T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU

(CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU)

ANABİLİM DALI

EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

Yüksek Lisans Tezi

Neslihan TÜRKAN ER

Ankara - 2016

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU

(CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU)

ANABİLİM DALI

EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

Yüksek Lisans Tezi

Neslihan TÜRKAN ER

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara - 2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU
(CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU)
ANABİLİM DALI

EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	**İmzası**
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN	
Doç. Dr. Mustafa ÖZEN	
Yrd. Doç. Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTÜ	

Tez Sınavı Tarihi ..27.10.2016....

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (.... /.. /2016)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

Neslihan TÜRKAN ER

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR DİZİNİ iii
GİRİŞ 5

BİRİNCİ BÖLÜM
KAMU İHALELERİNİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ, SUÇUN TARİHÇESİ, 4735 SAYILI KANUNDA SUÇLA İLGİLİ YER ALAN BENZER DÜZENLEMELER, SUÇUN GENEL ESASLARI

I. KAMU İHALELERİNİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ 2

A- İhale Kavramı 2
B- İhalelere Egemen Olan Temel İlkeler 8
C- İhalenin Süreçleri 12

II. İHALELERİN DAYANDIĞI HUKUKİ MEVZUATIN TARİHSEL SÜRECİ .27
III. EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN TARİHÇESİ 29
IV. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDAKİ BENZER DÜZENLEMELER .30

A- 765 sayılı TCK m. 205'te Yer Alan Suç 32
B- 765 sayılı TCK m. 361'de Yer Alan Suç 36
C- 765 sayılı TCK m. 362'de Yer Alan Suç 37

V. 4735 SAYILI KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNUNDA KONUYLA İLGİLİ BENZER DÜZENLEMELER 40

A- 4735 Sayılı Kanunu'nun 25'inci Maddesi 40
B- 4735 Sayılı Kanunu'nun 26'ncı Maddesi 42
C- 4735 Sayılı Kanunu'nun 27'nci Maddesi 47
D- 4735 Sayılı Kanunu'nun 28'inci Maddesi 54

VI. EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN GENEL ESASLARI 56

A- Genel Olarak 56
B- Suçun Hukuki Konusu 60
C- Mağdur (Suçun Pasif Süjesi) 63
D- Fail (Suçun Aktif Süjesi) 67
E- Suçun Maddi Konusu 81

İKİNCİ BÖLÜM
EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN UNSURLARI
I-MADDİ UNSUR 100

A- Tipe Uygun Fiil 100
1- Tipiklik (Yasallık) 100
2- Fiil 102

II- HUKUKA AYKIRILIK UNSURU 148
III- MANEVİ UNSUR 148

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN VEYA AZALTAN SEBEPLER, SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, YAPTIRIMI, SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

I- CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN VEYA AZALTAN SEBEPLER 152

A- Hata..... 155
B- Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit 159
C- Zorunluluk Hali..... 161

II- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ 164

A- Teşebbüs 164
B- İştirak 169
C- İçtima 173

III- YAPTIRIM 189
IV- EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ 202

A- Görevli Mahkeme..... 202
B- Muhakeme Koşulu 203
C- Koruma Tedbirleri..... 208
D- Dava Zamanaşımı 211

SONUÇ.....212
KAYNAKÇA 218
ÖZET.....231

KISALTMALAR DİZİNİ

AB **:** Avrupa Birliği

AÜHFD **:** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Bkz. **:** Bakınız

C. **:** Cilt

CD. : Ceza Dairesi

CMK **:** Ceza Muhakemeleri Kanunu

ÇED **:** Çevresel Etki Değerlendirme

Dn. **:** Dipnot

E. **:** Esas

E.T. **:**Erişim Tarihi

HD. **:** Hukuk Dairesi

HİŞG **:** Hizmet İşleri Genel Şartnamesi

K. **:** Karar

KİK **:** Kamu İhale Kurulu

KİSK **:** Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu

Krş. **:** Karşılaştırınız

m. **:** Madde

R.G. **:** Resmi Gazete

S. : Sayı

s. **:** Sayfa

TAAD **:** Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

TCK **:** Türk Ceza Kanunu

TMMOB **:** Türkiye Mühendis ve Mimar Odaları Birliği

Vd. **:** Ve devamı

Y. : Yıl

YCGK **:** Yargıtay Ceza Genel Kurulu

YİGŞ **:** Yapım İşleri Genel Şartnamesi

GİRİŞ

Kamu hizmetlerinin gerçekleştirilmesinde idarelerin harcama faaliyetlerinde bulunmaları ve bu harcamaları kendilerine tahsis edilen ödeneklerle en etkin ve verimli şekilde gerçekleştirmeleri hem mevzuat hem de hesap verme açısından önemlidir. Bu doğrultuda kamu ihale sistemi, devletin kamusal ihtiyaçları karşılamak için başvurduğu, kamu harcamalarının rekabet, verimlilik gibi birçok ilke doğrultusunda yapılmasını amaçlayan bir harcama yöntemidir. Günümüzdeki ekonomik sistem içerisinde kamunun harcama yapmak için başvurduğu yöntemlerden ihale sisteminin ülke ekonomisinde önemli bir yer tuttuğu ve bu önemin her geçen gün artmakta olduğu görülmektedir. Nitekim Kamu İhale Kurumu Kamu Alımları İzleme Raporuna göre; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yürütülen kamu alımlarının tutarı; 2005 yılında 30.684.741.863 TL; 2006 yılında 39.023.459.706 TL; 2007 yılında 65.978.292.000 TL; 2009 yılında 66.224.836 TL; 2010 yılında 69.510.284 TL, 2011 yılında 91.771.406 TL; 2012 yılında 94.398.722 TL; 2013 yılında 99.070.326.000 TL; 2014 yılında 106.074.933.000 TL; 2015 yılında ise; 76.004.934.000 TL'dir. Bu rakamlara Kamu İhale Kanunu'nun kapsamı dışındaki kamu alımları ile idarenin gelir getirici faaliyetlerinden; satım (özellikle özelleştirmeler), kiralama vs. için yapılan ihale bedellerini de eklendiğimizde kamu ihalelerinin mali boyutu ortadadır. Değindiğimiz miktarlar yurt içi toplam hâsılaya oranlandığında, bu oran yıllara göre %12–15 oranında değişmektedir. Kamu ihalelerinin ülke ekonomimizdeki mali boyutları göz önünde bulundurulduğunda, kamu ihale sisteminin kamu ihale mevzuatına uygun yürütülmesi, ekonomide verimliği artırıcı ve piyasayı düzenleyici gibi etkileri başta olmak üzere bireysel

refahın, sosyal ve demokratik bir ülke olmanın son derece önemli bir unsuru olduğunu söylemek mümkündür. Hal böyle iken; kamu ihalelerinin bu devasa hacmi ile devletin ihale sürecindeki işlev ve etkinliğinin fazlalığı, yolsuzluklar için uygun bir zemin yaratmaktadır. Nitekim büyük meblağların yer aldığı kamu ihalelerinden hukuk dışı yöntemlere başvurmak suretiyle haksız kazanç elde etmek isteyenlerin sayısının azımsanmayacak kadar çok olduğu bir gerçektir.

Bu yolsuzlukların Türkiye'de en çok ihale sürecinden sonraki sözleşme aşamasında gerçekleştiği TBMM komisyon tutanaklarında defaten dile getirilmiştir. Kamu ihale sistemi bağlamında yolsuzluk ile etkin bir mücadele için kanun koyucu, ihale süreci tamamlandıktan sonra sözleşme aşamasında rastlanabilecek ihale sözleşmelerine aykırı davranışları yalnızca 5237 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda yer verilen idari yaptırımlarla engellemeyi yeterli görmemiş ve ceza politikası açısından; ihale sözleşmesine bağlı olarak edimlerin yerine getirildiği süreçte oluşabilecek yolsuzlukları önlemek, kamu menfaati ve düzenini sağlamak amacıyla bu sürecin cezai açıdan da yaptırıma tabi tutulması gerekliliğini ortaya koymuştur. Bu doğrultuda, 2005 yılında yürürlüğe giren Türk Ceza Kanununda "edimin ifasına fesat karıştırma suçu" ilk kez bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Nitekim Avrupa Birliği hukukunda ihale sürecinde ve sözleşme aşamasında gerçekleşebilecek hukuka aykırı davranışlar, 'Topluluğun mali çıkarlarına yönelik davranışlar' olarak değerlendirilmekte ve cezalandırılması zorunlu davranışlar arasında sayılmaktadır.

Çalışmamızın konusunu; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) İkinci Kitabı'nın "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısım dokuzuncu bölüm

“Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar” başlığı altında 236’ncı maddede düzenlenen “edimin ifasına fesat karıştırma suçu” oluşturmaktadır.

Çalışmamız üç bölümden ibarettir. Birinci bölümde edimin ifasına fesat karıştırma suçunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikli olarak; kamu ihalelerinin temel esaslarına ana hatlarıyla yer verilmiş, akabinde bu suçun edimin ifasına fesat karıştırma suçunun tarihi gelişimi ile 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda konuyla ilgili benzer düzenlemeler ele alınmış ve son olarak edimin ifasına fesat karıştırma suçu kapsamında maddi ve hukuki konu, mağdur ve fail gibi kilit kavramlar irdelenerek çalışmamızın sonraki bölümüne ışık tutulması amaçlanmıştır.

İkinci bölümde; edimin ifasına fesat karıştırma suçu, suç genel teorisi çerçevesinde suçun unsurları ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Üçüncü bölümde ise; bu suçun özel görünüş şekilleri, yaptırımı ile usul hukuku bakımından özellik arz eden hususları üzerinde durulmuş, ilgili konu başlıkları altında yüksek yargı kararlarına temas edilerek, konunun uygulama açısından görünüşü ele alınmıştır. Nihai olarak çalışmamız, suç tanımında tespit ettiğimiz eksiklik ve çelişkilere yönelik çözüm önerilerinin getirildiği sonuç kısmı ile tamamlanmıştır.

Çalışma konumuz; disiplinler arası bir incelemeyi de gerekli kıldığından, biz de kamu ihale hukuku, idare hukuku ve borçlar hukuku dallarını ilgilendiren kısımlarına yer vermek suretiyle çalışmamıza katkı sağlamak arzusundayız.

Belirtmeliyiz ki, ihale sözleşmesine ilişkin sürecin multidisipliner niteliğinden kaynaklanan karmaşık yapısı, Yargıtay’ın konuya ışık tutabilecek yeterli sayıda içtihadının bulunmaması ve Türk Ceza Hukuku literatüründe konuyla ilgili

yapılan incelemenin azlığı sebebiyle edimin ifasına fesat karıştırma suçunun hukuksal yapısı bugüne kadar kapsamlı bir şekilde ortaya konulamamıştır. Çalışmamızla anılan boşluğu tam olarak dolduramayacak olsak da, son günlerde Türkiye gündemini oldukça meşgul eden ve devlet bütçesine önemli yük getiren bu suçun öğretide daha iyi anlaşılabilmesine ve doğru uygulanabilmesine bir nebze olsun katkı sağlama inancını taşımaktayız.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALELERİNİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ, SUÇUN TARİHÇESİ, 4735 SAYILI KANUNDA SUÇLA İLGİLİ YER ALAN BENZER DÜZENLEMELER, SUÇUN GENEL ESASLARI

I. KAMU İHALELERİNİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

A- İhale Kavramı

Devletin varlık sebebi, kolektif ihtiyaçların tatmini, kamu için lüzumlu ve faydalı olan şeylerin yapılması zaruretidir[1]. Genel olarak kamu hukukuna tabi faaliyet gösteren idarelerin söz konusu ihtiyaçları, kendi iç bünyelerinde karşılamaları genellikle mümkün olmaz. Bu sebeple idareler, bu ihtiyaçları özel hukuka tabi kişilerle yapacağı sözleşmelerle karşılama yoluna gitmektedirler[2]. Diğer bir deyişle idarelerin toplumun bitmeyen ihtiyaçlarını karşılamakla sorumlu olmaları ve bu sorumluluğu artan nüfus, şehirleşme ve gelişen teknoloji karşısında bizzat yapmak yerine daha az zamanda daha az masrafla gerçekleştirebilecek olan özel

[1] ONAR, Sıdık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları,** İstanbul, 1966,Cilt: I, s. 1.

[2] BUZ, Vedat, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları,** Ankara 2007, s. 35.

müteşebbislerden temin etmeleri sıklıkla tercih edilen bir yöntemdir[3]. Bu durum, idarelerin kamu alımları gerçekleştirebilmeleri için öncelikli olarak, ihtiyaçlarını temin edecekleri özel hukuk kişilerini, başka bir söylemle sözleşmenin diğer tarafının nasıl belirleneceği hususunu gündeme getirir. Nitekim idareler, sözleşmenin diğer tarafını seçmekte tamamen bağımsız değildirler. Bu noktada izlenecek süreç, belli usul kurallarını içermektedir ki, bu sürece genel olarak "ihale" adı verilir. Diğer bir deyişle ihale, idarelerin faaliyetlerini yerine getirirken ihtiyaç duydukları mal ve/veya hizmetlerin temini için, özel hukuka tabi kişilerle imzalayacakları ihale sözleşmesi öncesinde başvurdukları yöntemdir[4].

İhale kavramının kapsamını belirlemek, çalışmamızın konusunu oluşturan "edimin ifasına fesat karıştırma suçu" bağlamında önem arz ettiğinden, öncelikli olarak ihale kavramından ne anlaşılması gerektiği ile ilgili bir kaç tanıma yer vermenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Sözlük anlamı olarak ihale; Arapça kökenli "havi" sözcüğünden türemiş olup, "bir işi birinin üzerine bırakma" anlamı taşımaktadır. Diğer yandan Türk Dil Kurumu tarafından ihale; "iş, mal vb.ni birçok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene verme, eksiltme veya artırma" olarak tanımlanmaktadır[5].

---

[3] ALAMUR, Seher, **"Türk Hukuku'nda İdari Sözleşmeler",** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul 2013, s. 11.

[4] ONAR, 1966, s. 540 vd.; ÖZAY, İl Han, **Günışığında Yönetim,** İstanbul, 2004, s. 262 vd.

[5] **Türk Dil Kurumu,** Türkçe Sözlük, (http://www.tdk.gov.tr) *(E.T.12.09.2013)* ; İngilizce'de, Türkçe'deki ihale kavramına karşılık olarak, "bid", "tender", ve "procurement" terimleri kullanılmaktadır,

Öğretide yer alan bir başka tanıma göre kamu ihaleleri; "*idarenin görev alanına giren hizmetlerin yürütülmesi amacıyla, karşılığı idare tarafından ödenmek üzere gerekli mal ve hizmetlerin veya bir işin yasada öngörülen usul kurallarına uymak suretiyle oluşturulan rekabet ortamı içerisinde katılan adaylardan en uygun teklifi sunan özel bir kişiye yaptırılmasına yönelik olarak imzalanacak sözleşmelerin oluşum sürecini ifade eden bir dizi işlemler…"*dir[6].

Kamu alımlarında ihale kavramından hukuken ne anlaşılması gerektiği ile ilgili, 04.01.2002 tarih ve 4734 sayılı *Kamu İhale Kanunu*[7]nun "Tanımlar" kenar başlıklı 4. maddesine bakmak gerekir. Söz konusu maddeye göre ihale; *"Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin*

---

[6] KUTLU, Meltem, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:75, İzmir 1997, s. 76.

[7] RG: 22 Ocak 2002/24648; Özgenç, İzzet, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,** Ankara 2012, s. 9, "08. 09. 1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, belirli kamu kurum veya kuruluşlarının "*alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri"* ile ilgili olarak izlenecek ihale yöntemlerine ilişkin hükümler içermektedir. (bkz. madde 1). 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ise, belirli kamu kurum veya kuruluşlarının " *mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri*" ne ilişkin esas ve usulleri belirlemektedir. (bkz. madde 2). 4734 sayılı Kanun, 2886 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırmamıştır. Ancak, Kamu İhale Kanunu kapsamında yer alan işlere ilişkin ihalelerle ilgili olarak artık Devlet İhale Kanununun hükümleri uygulanamayacaktır. (bkz. 4734 sayılı Kanun, madde 68, fıkra a). Bu itibarla, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun kamu kurum veya kuruluşlarının *"mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri"* ne ilişkin hükümlerinin zımnen ilga edildiğini kabul etmek gerekir. 4734 sayılı Kanunda kamu kurumları adına yapılan satış ve kiralama işleri ile ilgili olarak hüküm bulunmadığı için, bu hususlara ilişkin ihalelerde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaya devam edilmektedir.

onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri" ifade etmektedir. Bu tanımlamanın, kavramın sözcük anlamıyla da özdeşleştiği görülmektedir.

"İhale" kavramına ilişkin yer verdiğimiz tanımlardan hareketle, ihalenin üç unsurdan oluştuğunu söylemek mümkündür. Buna göre; bu unsurlardan birincisini kamusal harcama yapmaya yetkili bir ihale makamı, başka deyişle idare oluşturur. İkinci unsur; idare lehine ihtiyaç duyulan hizmet, malzeme veya yapım işidir. Son unsur ise ihale süreci sonunda imzalanacak sözleşmede yer alması gereken tarafların, hak ve yükümlülüklerinin, alımı gerçekleştirilecek iş, hizmet veya malzeme niteliği, buna mukabil bedelin belirlenmesidir[8].

"İhale" kavramının hukuki niteliğini Borçlar Hukuku bağlamında değerlendirmek gerekirse; idarenin bir ihale açması "icaba davet" iken, ihaleye katılanların teklif sunması "icap", ihalenin bu tekliflerden en uygun olanına verilmesi ise "kabul" mahiyetindedir[9].

İhale mevzuatımızda kamu adına yapılan satım ve kiraya verme işlemlerinde[10] bedel artırım esası kabul edilmekle beraber; mal veya hizmet alımları ve kiralama gibi işlemlerde[11], bedel eksiltme esası benimsenmektedir. Buna göre, artırmalarda teklif olunan bedellerin en yükseği; eksiltmelerde ise teklif olunan bedellerden tercihe layık görüleni bulunup iş, o teklifi verenin üzerine bırakılmaktadır. Artırmalarda en çok artıranın veya eksiltmelerde uygun teklifi

[8] EKER KAZANCI, Behiye, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları,** Ankara 2011, s. 26.

[9] UZ, Abdullah, **Kamu İhale Hukuku,** Ankara 2005, s. 9.

[10] İdareye gelir getiren işlemlerdendir.

[11] İdarenin bütçeden harcama yapmasını gerektiren işlemlerdir.

verenin icabını kabul mahiyetindeki irade bildirimi ve bu iradenin oluşumunu sağlayan şartlar esas alınmak suretiyle sözleşme imzalanmasına kadarki idari işlemlerin tümü, "*ihale süreci*" ni oluşturmaktadır. Bu süreç, kamu ihale sözleşmesinin imzalanması ile sona ermektedir. Kamu ihale sözleşmesinin imzalandığı an itibariyle başlayan ikinci evre ise, sözleşme konusu *"edimin ifası süreci*" ni oluşturmaktadır[12] .

Türk Kamu İhale mevzuatına bakıldığında ihale sürecinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu; ihale sözleşmesinin imzalanması ve edimlerin yerine getirilmesi süreci ise 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile düzenleme altına alındığı görülmektedir.

Yasa koyucu tarafından ihale sürecinin, özel nitelikte kamu (idare) hukuku kuralları ile yürütülmesinin tercih edilmesinin en önemli nedenleri; konunun kamu kaynaklarını yakından ilgilendirmesi ve ülke ekonomisinde önemli bir payı oluşturan ihalelere kamuoyunun duyduğu duyarlılıktır. Kamu ihale hukuku düzenlemeleriyle amaçlanan; kamu ihtiyaçlarının karşılanması kapsamında yapılacak ihalelerde, ihale sözleşmesinin karşı tarafının objektif bir şekilde belirlenerek en iyi sözleşmenin imzalanması, yaşanabilecek yolsuzlukların önlenmesi ve bu süreçte gerçekleştirilen işlemler konusunda topluma güven verilmesidir[13].Bu sebeple; kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri, kamu hukuku

[12] ÖZGENÇ, 2012, s. 9-10.

[13] İNAN, Atilla, **İhale Hukuku Ders Notları,** Ankara 2011, s. 22.

sistematiği içinde yer alan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre yürütülecektir.

Aynı zamanda; idarelerin özel hukuk kişilerinden temin edecekleri kamu alımlarında 4735 sayılı Kamu İhale sözleşmeleri Kanunu'nda öngörülen esaslar çerçevesinde sözleşme imzalamaları kanuni bir zorunluluktur. Ancak belirtmeliyiz ki; kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından gerçekleştirilmesine yönelik yürütülen her yöntem, ihale usulü olarak değerlendirilemez[14].

[14] Bundan bahisle örneğin; kamu ihale sözleşmelerini idari niteliği bulunan imtiyaz sözleşmeleri ile kıyasladığımızda bu sözleşme tiplerinin nitelikleri itibariyle önemli ölçüde ayrıştıklarını söyleyebiliriz. Kısaca imtiyaz sözleşmelerini tanımlayacak olursak; İmtiyaz sözleşmeleri; bir özel kişi ya da şirketi, bir kamu eserinin yapımı ya da kamu hizmetinin yürütülmesini kendi yararına yapmak konusunda yetkilendiren, devlet destekli veya desteksiz, kar garantili veya garantisiz ve hizmetin yürütülmesi için gerekecek bedelin ve kârın, hizmetten yararlananlardan ya da kamu eserini kullananlardan alınacak ücretlerle gerçekleşmesini sağlayan bir sözleşmedir (Tanım için bkz. SEZGİNER, Murat, İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. XI, S. 1-2, Y. 2007, s. 1080. Şöyle ki; kamu ihale sözleşmesi neticesinde tamamlanan kamu hizmetlerinden yararlanan kullanıcılar buna mukabil herhangi bir bedel ödemezlerken; imtiyaz sözleşmesinin tarafı yükleniciler, hizmetten yararlanan kullanıcılardan bedel isteyebilmeyi içeren işletme hakkını da elde etmektedirler[14]. Diğer bir deyişle; imtiyaz sahibinin geliri, kamu hizmetinden yararlananlardan, kullanıcılardan alınacak ücrettir. İdare, tahsil hakkını devretmektedir. Kullanıcılardan alınacak ücret, düzenleyici bir hükümle belirtilir.

Bu suretle, devlet bütçesine çok fazla yük getirmeden bir kamu hizmetinin kamuya sunulması sağlanmaktadır (bkz. TOPRAK, 2012, s. 37).

Diğer taraftan imtiyaz sözleşmesiyle özel kişiye devredilen bir hak (kamu hizmeti) söz konusudur ve bu kamu hizmeti, imtiyaz sahibinin kar ve zararına işletilir. Oysaki ihale sözleşmesinde kamu hizmetinin devri değil, kamu adına temini söz konusudur. Ayrıca İmtiyaz sözleşmeleri çok daha uzun

B- İhalelere Egemen Olan Temel İlkeler

İdarenin ne özel hukuk sözleşmelerinde ne de idari sözleşmelerde sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü yoktur. İdare, akit tarafı kamu ihale prosedürüne uygun olarak seçmelidir. Bu sebeple, ihale sözleşmesinin karşı tarafının (âkidin) belirlenmesi ve sözleşme yapma iradesinin açıklanması önemli hususlardandır[15]. Nitekim idare, ihale düzenlerken en uygun âkidi bulmayı ve kamunun en çok yararına olan sözleşmeyi yapmayı amaçlamaktadır[16]. Zira en uygun sözleşmeciyle, en iyi sözleşmenin imzalanması sonucunda; en uygun kalitedeki mal, hizmet alımı ve/veya yapım işinin, en uygun bedelle, uygun zamanda ve koşullarda yaptırılması mümkün olabilecektir.[17] İdarenin bu amaca ulaşabilmesi için ihale sürecinde, yasa koyucu tarafından yasalarda öngörülen bir takım temel ilkelere uygun davranması gereklidir. Bu ilkelerin ihlali suretiyle devletin mali çıkarlarını zedelemeye yönelik gerçekleştirilen fiil ve davranışlar; 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bazı idari ve cezai yaptırımlara bağlanmıştır.

---

bir süreyi kapsar. İmtiyaz sözleşmeleriyle işletme hakkı verilmesi, kiralama veya benzeri diğer yöntemlerle kullanma hakkının devri süresi kırk dokuz yılı geçemez.

[15] EKER KAZANCI, 2011, s. 26.

[16] SOYASLAN, Doğan, **"İhaleye Fesat Karıştırma Suçu",** İhale Hukukunda Uygulamada Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Yolları Paneli**,** Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Bilirkişiler, Hakemler ve Arabulucular Derneği, Ankara 2012, s. 16.

[17] İNAN, 2011, s. 22.

4734 sayılı Kanun'un "Temel İlkeler" kenar başlıklı 5 inci maddesinde ihaleye egemen olan temel ilkeler yer almaktadır[18]. Bu ilkeler aşağı kısaca izah edilmiştir.

- Saydamlık**:** Bu ilke; ihale sürecinde ihaleye katılanların ihale ile ilgili tüm bilgilere ulaşabilme, öğrenebilme ve görebilme haklarını ifade eder[19]. İhalelerin ilan edilmesi[20], ihale dokümanlarının içeriğinin açıklanması, pazarlık usulünün sınırlı olarak kullanılması, ihale tutanaklarının tutulması gibi ihale mevzuatında yer alan benzeri düzenlemeler ihale sürecinde saydamlık ilkesinin hayat bulması bakımından önem arz eder[21].

- Rekabet: Kamu alımlarında rekabetin sağlanması, idarenin ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetin en uygun kalite, fiyat ve koşullarda sağlanmasının

---

[18] *"İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.*

Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilemez.

Eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez.

Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir.

Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz.

(Değişik altıncı fıkra: 30/7/2003-4964/4 md.) İlgili mevzuatı gereğince Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporu gerekli olan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için ÇED olumlu belgesinin alınmış olması zorunludur. Ancak, doğal afetlere bağlı olarak acilen ihale edilecek yapım işlerinde ÇED raporu aranmaz."

[19] EKER KAZANCI, 2011, s. 39.

[20] İhalelerin ilanı; ihalelerde eşitlik ilkesi ile birlikte rekabet ilkesinin sağlanmasına da hizmet eder.

[21] UZ, 2005, s. 27.

vazgeçilmez bir unsurudur. Gerçek bir rekabetin olabilmesi için, mümkün olduğu kadar fazla kişinin ihalelere katılmasına fırsat tanınmalıdır. İhaleler istekliler bakımından serbest ve eşit şartlar altında yürütülmelidir[22]. Rekabet ilkesi, etkin ve etkili kamu alımları sisteminin oluşturulabilmesine hizmet etmesinin yanı sıra kişilerin yolsuzluk eğilimlerinin azalmasına da yardımcı bir faktördür.[23]

Bu nedenle, ihale sürecinde bir takım anlaşmalar, açık veya zımni birleşmeler yapılması ya da bir takım hileli davranışlarda bulunulması suretiyle, ihalenin sonucunu etkilemek ve bu şekilde teknik süreci tıkayıp rekabeti bozmak, Kamu İhale Kanunun 17. maddesinde yasak fiil ve davranışlar arasında sayılmıştır.[24]

- Kamu Alımlarında Güvenilirlik: Kamu alımlarında güvenilirlik; hem kamu alımını gerçekleştirecek kamu kurum ve kuruluşları hem de istekli firmalar için aranan bir unsurdur. Nitekim istekliler, eşit ve adil bir şekilde tekliflerinin değerlendirilmesi beklentisine karşın; ihale yürüten idareler de, isteklilerin kamu personeli üzerinde oluşturabilecekleri etkiye dayanarak değil, sadece gösterecekleri yetenek ve iş deneyimleri ile tekliflerinin fiyat ve kalitesine bağlı olarak ihalede yarışmaları beklentisi içerisindedirler. Ancak her iki tarafın bu yöndeki

[22] SEZER, Yasin, **Kamu İhalelerine Katılma Yasağı,** Ankara 2012, s. 57.

[23] UZ, 2005, s. 33.

[24] 4734 sayılı Kanunun "*İhalelere Katılmaktan Yasaklama*" kenar başlıklı 58 inci maddesinde; 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği hükme bağlanmıştır.

beklentilerinin karşılandığı bir ihale sürecinde kamu alımlarındaki güvenirlikten söz edilebilir. Kamu alımlarında karşılıklı güven, aynı zamanda ihalelerde saydamlığı ve yüksek düzeyde bir rekabeti de gerektirir[25].

-Gizlilik İlkesi: İhale sürecinde saydamlık ve gizlilik ilkeleri bir arada uygulanmak zorundadır. Burada gizlilik ilkesinden anlaşılması gereken husus, verilen tekliflerin belirlenen gün ve saate kadar gizli tutulacak olmasıdır. Diğer taraftan, yaklaşık maliyetin (muhammen bedel) gizli tutulması esastır[26]. Bunun yanı sıra alınan teklifler ve ihaleye katılanlara yönelik kamu görevlileri tarafından edinilen özel bilgilerin gizliliğinin sağlanması da bu ilkenin bir gereğidir[27].

Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlayanlar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235/2'nci maddesinin (b) bendi[28] uyarınca ihaleye fesat karıştırma suçundan dolayı cezalandırılırlar.

---

[25] UZ, s. 60.

[26] EKER KAZANCI, 2011, s. 38.

[27] Nitekim 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Bilgi ve Belgeleri Açıklama Yasağı" başlıklı 61'inci maddesinde; *"Bu Kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar; ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve malî yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Aksine hareket edenler hakkında ilgisine göre 58 ve 60 ıncı maddelerde belirtilen müeyyideler uygulanır."* hükmü yer almaktadır.

[28] Söz konusu düzenleme;

"Madde 235- (2) Aşağıdaki hallerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır:
...
(b) Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak." şeklindedir.

-Eşit Muamele İlkesi: Anayasal bir kural olan eşitlik ilkesi, kamu ihale hukukunda da dikkate alınması gerekli önemli bir hususdur[29]. Bu ilke, ihaleye katılanlar arasında fırsat eşitliğinin sağlanmasını ifade eder.

Kamu İhale Kanunu'nun 12. maddesinde; ihale konusu iş için şartnamede yer verilecek teknik kriterlerin, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olmasının yanı sıra rekabeti engel olacak hususlar içermemesi ve bütün istekliler için fırsat eşitliğini sağlamaya elverişli olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Açık ihale usulüyle yürütülen ihalelerde ihale ilanı ile birlikte isteyen herkesin teklifte bulunabilme imkânının mevcut olması, bu ilkenin gereğidir[30].

C- İhalenin Süreçleri

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun ihale sözleşmesinin yürütülmesi aşamasında gündeme gelen bir suç tipi olduğu dikkate alındığında, ihaleye hazırlık sürecinden sözleşme sürecine kadar ihalenin hangi süreçlerden geçtiğinin, sözleşme sürecinin hangi noktada başladığı ve nasıl devam ettiğinin bilinmesi çalışma konumuzun sınırlarını tespiti bakımından önem arz etmektedir.

---

[29]GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku,** Bursa, 2004, s. 212.

[30] KUTLU; belli istekliler arasında yapılan ihalelerde belli adaylar arasından seçim yapılıyor olmasını eşitlik ilkesine aykırılık olarak değerlendirmemekle birlikte, eşit imkânlarda ihaleye katılım fırsatı sağlamak için isteklilerin aynı anda ihaleye davet edilmesini eşitlik ilkesi açısından daha önemli olduğu kanaatindedir. Bkz. KUTLU, 1997, s. 180.

İhalenin süreçleri temel olarak üç kısımdan oluşmaktadır[31]:

1- İhaleye Hazırlık Süreci:

Bu süreçte, öncelikli olarak ihaleye hangi ihtiyacın temini için çıkılacağı belirlenir. İhtiyacın mal veya hizmet alımı ya da bir yapım işi olması durumuna göre ihale hazırlıklarının içeriği farklılık gösterebilir. Örneğin, ihale konusu işin bir yapım işi olması durumunda ihale hazırlık sürecinde gerçekleşen idari işlemler şunlardır: İlk olarak etüt raporu hazırlanır, işin projesi varsa projesi temin edilir, projesi yoksa proje yapımı için ayrıca hizmet alım ihalesine çıkılır, daha sonra yaklaşık maliyeti hesaplama süreci başlar. Bu süreçte, mahal listesi hazırlanır, birim fiyat tespitleri ve fiyat araştırmaları yapılır, birim fiyatları oluşturulur, metraj hesapları ve analiz hesapları yapılır, özel birim fiyat teklif cetvelleri hazırlanır, yaklaşık maliyet hesabı ve ekleri hazırlanır (KİK. m.9), analiz formatı ve sıralı analizler oluşturulur. İhale onay belgesi, yaklaşık maliyet hesabı ve ekleri, teklif türünün belirlenmesi formu, sıralı analizleri, ihale dosyası satış bedeli belirleme tutanağı tanzim edilerek onaya sunulur.

[31] İhale dar anlamda kullanıldığında, ihaleye hazırlık sürecini ve ihale sürecini kapsamaktadır. Oysaki ihale üst bir kavramdır ve geniş yorumlanmalıdır. Kanaatimizce sözleşme aşamasını da içermelidir.

2- İhale Süreci:

İhaleye çıkma yönünde onay alınmasından sonra ihale süreci başlar[32]. 4734 sayılı Kanunu uyarınca ihale sürecini oluşturan zincirleme idari işlemler şunlardır:

İhale onayı sonrası işin ihale işlem dosyası ve örnek dosyası hazırlıklarına geçilir. (KİK.m.7) Kamu İhale Kurulu'nun EKAP sistemi üzerinden ihale işlemlerine başlanır. İhale kayıt numarası alınır. İhale örnek dosyası hazırlanarak; idari şartname, teknik şartname, sözleşme tasarısı, yapım işleri genel şartnamesi, standart formlar, analiz formatları, birim fiyat tarifleri tanzim edilir, CD ortamında projesi ile birlikte çoğaltılır. İhale yetkilisi[33] ihale komisyonunu görevlendirir (KİK. m.6). Buna göre, ihale yetkilisi biri başkan olmak üzere, ikisinin ihale konusu işin uzmanı olması şartıyla, ilgili idare personelinden en az dört kişinin ve muhasebe veya malî işlerden sorumlu bir personelin katılımıyla kurulacak en az beş ve tek sayıda kişiden oluşan ihale komisyonunu, yedek üyeler de dâhil olmak üzere görevlendirir. İhale günü belirlenir. İlana çıkılır. İşin büyüklüğüne göre; KİK bülteninde, ulusal gazetelerde, yerel gazetelerde veya yerel ilan panolarında ihalenin

[32] KOCA, Mahmut Reis, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu Ve Uygulamada Öne Çıkan Sorunlar", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 2014,** C.: 2, S.: 2, s. 210.

[33] 4734 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde; *"İdarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlileri"* ihale yetkilisi olarak tanımlanmıştır.

ilanının yapılması için gerekli yazışmalar yapılır[34](KİK. m.13). İhale doküman satışı yapılır (KİK m.28). İlân yapıldıktan sonra, tekliflerin hazırlanmasını veya işin gerçekleştirilmesini etkileyebilecek maddi veya teknik hatalar veya eksikliklerin idarece tespit edilmesi veya isteklilerce yazılı olarak bildirilmesi halinde, ihale dokümanında değişiklikler yapılabilir. Yapılan bu değişikliklere ilişkin ihale dokümanının bağlayıcı bir parçası olan zeyilname, son teklif verme gününden en az on gün öncesinde bilgi sahibi olmalarını temin edecek şekilde ihale dokümanı alanların tamamına gönderilir. Zeyilname ile yapılan değişiklikler nedeniyle tekliflerin hazırlanabilmesi için ek süreye ihtiyaç duyulması halinde, ihale tarihi bir defaya mahsus olmak üzere en fazla yirmi gün süreyle zeyilname ile ertelenebilir. Zeyilname düzenlenmesi halinde, teklifini bu düzenlemeden önce vermiş olan isteklilere tekliflerini geri çekerek, yeniden teklif verme imkânı sağlanır. 4734 sayılı Kanun'un "Tekliflerin Değerlendirilmesi" kenar başlıklı 36'ncı maddesi uyarınca; teklifler ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar idareye verilir. İhale komisyonunca ihale dokümanında belirtilen saatte kaç teklif verilmiş olduğu bir tutanakla tespit edilerek, hazır bulunanlara duyurulur ve hemen ihaleye başlanır. 4734 sayılı Kanun'un 30 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen esaslara uygun olmayan zarflar bir tutanak ile belirlenerek değerlendirmeye alınmaz. Zarflar

[34] 4734 sayılı Kanun'un "İlan süreleri ve kuralları ile ön ilan" kenar başlıklı 13'üncü maddesinde, yaklaşık maliyetin eşik değer sınırının altında kalması, eşitliği veya aşması durumuna göre ihale ilan sürelerinin, açık, belli istekliler ve pazarlık usulünde kaç gün olacağı ayrı ayrı düzenlenmiştir.

isteklilerle birlikte hazır bulunanlar önünde alınış sırasına göre açılır. İstekliler ile bunlara ait teklif tutarları ve yaklaşık maliyet açıklanır. İsteklilerin teklif zarfları kapsamında sundukları zorunlu belgelerde herhangi bir eksikliğin bulunup bulunmadığı ve teklif mektubu ile geçici teminat belgelerinin usulüne uygun olup olmadığı incelenir. Belgeleri eksik veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmayan istekliler tutanakla tespit edilir. Bu işlemlere ilişkin hazırlanan tutanak ihale komisyonunca imzalanır. Bu aşamada; hiçbir teklifin reddine veya kabulüne karar verilmez, teklifi oluşturan belgeler düzeltilemez ve tamamlanamaz. Teklifler ihale komisyonunca hemen değerlendirilmek üzere oturum kapatılır. 4734 sayılı Kanunun 34'üncü maddesi uyarınca, ihale komisyonu, tekliflerin incelenmesi, karşılaştırılması ve değerlendirilmesinde yararlanmak üzere net olmayan hususlarla ilgili isteklilerden yazılı olarak tekliflerini açıklamalarını isteyebilir. İhale sürecinde, kamu ihale mevzuatında düzenlenen "bilgi ve belge tamamlatma" müessesesi gereğince; istekli firmaların teklif dosyaları kapsamında sundukları zorunlu belgelerin içeriğinde yer alan eksik bilgiler veya tereddüt doğuran hususlar, ilgili kamu kurum veya kuruluşlarına sorulmak suretiyle tamamlatılabilir.

İhale tarihi itibariyle ihaleye katılan tüm isteklilerin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığının sorgulanır. İhale komisyonu, verilen teklifleri değerlendirdikten sonra, diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit eder. Bu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği süre içinde teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak ister. Yapılan yazılı açıklamaları dikkate alarak, aşırı düşük teklifleri değerlendirir. Bu değerlendirme sonucunda, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifleri

reddedilir. İhale ilanında ve dokümanında ihalenin, 4734 sayılı Kanunun 38 inci maddesinde öngörülen açıklama istenmeksizin sonuçlandırılacağına ilişkin düzenleme bulunan ihalelerde ise; sınır değerin altında olan teklifler sorgulanmaksızın ihale ekonomik açıdan en avantajlı teklif üzerinde bırakılır. Yaklaşık maliyeti 4734 sayılı Kanunun 8' inci maddesinde öngörülen eşik değerin yarısına kadar olan ihalelere özgü olmak üzere; ihale ilanında ve dokümanında sınır değerin altında olan tekliflerin reddedileceğinin belirtilmesi halinde sınır değerin altında olduğu tespit edilen teklifler sorgulama yapılmaksızın reddedilir.

İhale komisyon kararı ihale yetkilisince onaylanmadan önce, ihale üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığı bir kez daha teyit ettirilerek, ihale komisyon karar tarihi itibariyle alınan teyit belgeleri ihale komisyon kararının ekinde ihale yetkilisine sunulur. Her iki isteklinin de, tekliflerini sunduktan sonraki bir aşamada farklı idarelerce ya da mahkeme kararıyla ihaleye katılmaktan yasaklanmaları durumunda ihale komisyonunca ihalenin iptaline karar verilir ve bu karar ihale yetkilisinin onayına sunulur. Diğer taraftan, ekonomik açıdan avantajlı birinci teklif sahibi yasaklı olup, ikinci teklif sahibi yasaklı değilse, ihale ekonomik açıdan en avantajlı ikinci kişinin uhdesinde bırakılır. Ancak belirtmeliyiz ki; ekonomik açıdan avantajlı birinci teklif sahibi yasaklı değilse, ihale bu kişinin uhdesine bırakılır. İhale komisyon karar tutanağı tanzim edilir. Bu karar, ihale yetkilisinin onaya sunulur. İhale komisyonu kararı üzerine ihale yetkilisi, verilen bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir. İhalenin iptal edilmesi halinde bu durum bütün isteklilere derhal bildirilir. İdare bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmez. Ancak, idare

isteklilerin talepte bulunması halinde, ihalenin iptal edilme gerekçelerini talep eden isteklilere bildirir[35].

İhale yetkilisi tarafından ihale komisyon kararı onaylanırsa, bu tarihi izleyen en geç üç gün içinde ihale kararı ihaleye teklif veren tüm isteklilere bildirilir ve bu yazı ekinde ekonomik açıdan avantajlı birinci ve ikinci teklif sahibinin geçici teminatları dışında diğer isteklilerin teminatları ihaleye teklif veren isteklilere iade edilir. Bu noktada hemen sözleşme imzalanmaz. Zira sözleşme imzalanabilmesi için Kamu İhale Mevzuatında öngörülen 10 günlük sürenin dolması beklenir. Bu süre zarfında, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesi gereğince istekli ve/veya istekli olabilecekler tarafından idareye karşı şikayet başvuru yoluna gidilmesi halinde, öncelikli olarak idarece şikayet şekil unsuru yönünden incelenir. Şikayetin, İhalelere

[35] Tekliflerin çok yüksek olması, temel ilkelere aykırı durumların ortaya çıkması, 4734 sayılı Kanun'un "Temel İlkeler" başlıklı 5'inci maddesinde yer alan *"Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz."* hükmüne rağmen ödenek aktarımları nedeniyle idarelerin ödenek sıkıntısı içinde olmaları, belli istekliler arasında ihale usulünde ihaleye davet edilen istekli sayısının beşten, teklif verenlerin ise üçten az olması, idari yönetim değişiklikleri nedeniyle ihtiyaçların teminine ara verilmesi veya ihtiyaçların başka bir şekilde temin edilmesi, idarenin ilan yapıldıktan sonra düzeltemeyeceği bir eksiklikle karşılaşması, tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilememiş herhangi bir yasaklı üzerinde ihalenin bırakılmış olması ve bu durumun sonradan ortaya çıkması gibi gerekçelerle ihale yetkilisi tarafından ihale iptal edilebilir. Bkz. (*http://www.kilichukuk.org/kamuihale13.htm)l (E.T. 01.08.2014).*

Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğinin 8'inci maddesinde belirtilen zorunlu bilgi ve belgeleri içerip içermediği yönünden yapılan şekli inceleme neticesinde bir eksiklik belirlenirse; başvuru süresinin sonuna kadar başvuru sahibi belirlenen eksikliklerin giderilmesi gerektiği hususunda uyarılır. Söz konusu eksiklikler giderilmezse, şikâyet başvurusunun reddine karar verilir. Şikâyet başvurusunun şekli açıdan incelenmesinin akabinde maddi bakımdan incelemeye geçilir. İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek hukuka aykırılıkların bulunduğu tespit edilirse şikâyet kabulüne karar verilir. Düzeltme yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratmayacak hukuka aykırılıkların bulunduğu tespit edilirse düzeltici karar verilir. Başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olduğu, sözleşmenin usulüne uygun olarak imzalandığı veya şikâyete konu işlemlerde ihalenin iptalini veya düzeltici işlem belirlenmesini gerektirecek hukuka aykırılığın bulunmadığı tespit edilirse şikâyet idarece reddedilir. Şikâyet başvurusu sonucu tüm isteklilere bildirilir. İdarenin şikâyet başvurusuna verdiği kararın iptali için kural olarak doğrudan idare mahkemesinde dava açılamaz. Zira yargı yoluna gidilmeden önce tüketilmesi gerekli zorunlu idari başvuru yolu mevcuttur. Bu da; Kamu İhale Kuruluna (KİK) karşı yapılacak "itirazen şikâyet" başvurusudur.

İstekli ve/veya istekli olabileceklerin Kamu İhale Kurumu'na itirazen şikâyet başvuruları üzerine, idareler İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 19. maddesi gereğince, Kurul tarafından kendilerinden talep edilen ihale doküman suretlerini "aslı gibidir" yaparak Kurul'a gönderirler. Kurul, idarelerden ve hatta ilgili diğer makamlardan temin ettiği bilgi ve belgeler kapsamında yaptığı inceleme neticesinde, üç şekilde başvuruyu sonuçlandırabilir. İlk

olarak, ihale kararı üzerinde düzeltici işlem tesis edilmesine karar verebilir. Bu durumda ihale komisyonu tarafından, Kurul kararında belirtilen hukuka aykırı kısımlar düzeltilir ve ihalenin buradan itibaren yapılan diğer işlemleri oluşan değişikliğe göre yeniden tesis edilir. Diğer bir deyişle, ihale kararında düzeltilen kısımdan itibaren, ihaleye tekrar devam edilir. İkinci olarak Kurul, ihale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde ihalenin iptaline karar verebilir. Son olarak; başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, şikâyete konu işlemlerde ihalenin iptalini ya da düzeltici işlem belirlenmesini gerektirecek hukuka aykırılığın bulunmadığının tespiti veyahut itirazen şikâyet başvurusuna konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması hallerinde başvurunun reddine karar verebilir. Bu durumda idare, ihale sürecine kaldığı yerden devam eder. İdarece, sözleşmeye davet edilecek isteklinin sözleşme imzalanmadan önce son kez ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığının teyidi Kamu İhale Kurulu'nun web sayfası üzerinden yapılır. Kesinleşen ihale kararının tebliğini izleyen on gün içinde ihale üzerinde bırakılan kişiye, kesin teminat mektubunu sunmak şartıyla kendisiyle sözleşme imzalanacağı hususu idare tarafından bildirilir. Bunun yanı sıra vergi ve SGK borcu olup olmadığına dair yazı getirmesi de talep edilir. Sözleşme imzalamaya davet edilen isteklinin hakkında ihalelere katılmaktan yasaklılık kararı bulunması ya da SGK borcunun sözleşme imzalanmasına imkân vermeyecek tutarda olması durumunda, idare tarafından ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla, bu teklif sahibi istekli ile de Kanunda belirtilen esas ve usullere göre sözleşme imzalanabilir.

İhale süreci, idare ile ihale uhdesinde bırakılan yüklenici arasında yapılan sözleşmeyle sona erer[36]. Bu aşamadan sonra ihalenin son aşaması olan "sözleşme süreci" başlar.

3- Sözleşme Süreci:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 46. maddesi gereğince yapılan bütün ihaleler kural olarak bir sözleşmeye bağlanmak zorundadır[37]. Bu süreçte idare tarafından hazırlanan ihale sözleşmeleri, ihaleyi kazanan gerçek/tüzel kişi ile ihale yetkilisi arasında imzalanır. Yüklenicinin ortak girişim (iş ortaklığı) olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır (KİK m. 46). Sözleşmenin imzalanması ile bu ana kadar olan idari işlemlerin tümünü kapsayan

[36] HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar,** Ankara, 2012, s. 417.

[37] Yargıtay 13. HD. 11.04.1995, 1998/10 E., 1998/65 K. sayılı ilamında; "*İhale yasası kapsamındaki kuruluşlar, tüm alımların bu yasada belirtilen ihale usullerinden biri ile yapmak zorundadır. Bu yasa hükümlerine uygun olmayan alımlara ilişkin sözleşmeler kural olarak geçersizdir ve hukuki bir sonuç doğurmaz. Geçersiz sözleşme ile alınan mallar haksız zenginleşme hükümleri uyarınca geri istenebilir. Ancak geçersiz sözleşme ile alınan mallar idare tarafından teslim alınıp kullanılmaya başlanarak benimsendikten sonra, sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi iyi niyet kuralı ile bağdaşmaz. Sözleşme ve şartname dışı malzeme teslim edildiğini ileri süren davacı bu iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür."* İfadesine yer verilmiştir. Karar için ayrıca bkz. YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu,** Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 7125.

ihale süreci sona erer ve artık edimin ifası süreci başlar[38]. İhale sürecinde, 4734 sayılı Kanun ve bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde idare hukukunun genel hükümleri geçerli iken; Kamu ihale sözleşmesi imzalandığı andan 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşme Kanunu (KİSK) hükümleri yürütülecek[39] ve bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde ise borçlar hukukunun genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır (KİSK m.36). Bu aşamada ortaya çıkan hukuki ihtilaflar, özel hukuk hükümleri çerçevesinde çözümlenir[40].

İhale sürecine yönelik işlemler kamu hukuku ilkelerine tabiyken, sözleşme imzalandıktan sonra artık özel hukuk ilkeleri uygulama alanı bulur[41]. Kamu ihale sözleşmesi, iki taraflı bir özel hukuk sözleşme türüdür. Sözleşme hükümlerinin uygulanmasında idare ve yüklenici eşit hak ve yükümlülüklere sahiptirler. Bu

[38] KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", **TAAD,** 2013**,** Yıl:4, S.: 13, s. 3; B. EKER KAZANCI, 2011 s. 216; ÖZGENÇ, 2012, s. 10.

[39] 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre yürütülen ihaleler yine 2286 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri doğrultusunda sözleşmeye bağlanacaktır. Zira 4735 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinde yalnızca Kamu İhale Kanununa tabi yürütülen ihalelerin sözleşme usul ve esaslarını düzenlediği hüküm altına alınmıştır.

[40] MERAN, Necati, **İhaleye Fesat Karıştırma Ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları,** Ankara 2011, s. 309; SARITAŞ, Hatice "İhaleye Fesat Karıştırma Ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları", **Sayıştay Dergisi, 2009,** S.: 73, s. 93.

[41] MERAN, 2011, s. 309.

nedenle, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde eşitlik ilkesini bozacak hükümlere yer verilemez (KİSK m.4).

İhale sözleşmeleri idarelerce, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunun uygulanmasında uygulama birliğini sağlamak üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Tip Sözleşmeleri esas alınarak düzenlenir. Ayrıca, mal ve hizmet alımlarında, Kamu İhale Kurulu'nun uygun görüşü alınarak istekliler tarafından hazırlanması mutat olan sözleşmeler de kullanılabilecektir (KİSK m.5).

İşin 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 dâhil 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 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 yapılması şartları, sözleşmenin feshine ilişkin şartlar, yüklenicinin sözleşme konusu iş ile ilgili çalıştıracağı personele ilişkin sorumlulukları, ihale dokümanında yer alan bütün

belgelerin sözleşmenin eki olduğu bilgisi ve anlaşmazlıkların çözümü konu başlıkları sözleşmede yer alması zorunlu hususlardandır. (KİSK m.7)

4734 sayılı Kanun'un *"İhalenin Sözleşmeye Bağlanması"* kenar başlıklı 46'ncı maddesine göre, ihale sözleşmeleri yazılı geçerlilik şekil şartına bağlıdır[42]. İhale sözleşmesi için öngörülen yazılı olma şartı, bir ispat şekli olmayıp geçerlik koşuludur. Ancak yazılı şekil şartından kural olarak resmi yazılı şekil anlaşılmamalıdır. Nitekim ihale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylattırılması yürürlükteki mevcut mevzuat gereğince zorunlu değildir[43].

Kanun'da öngörülen şekil şartına rağmen tarafların yazılı bir sözleşme imzalamaksızın karşılıklı edim borçlarının ifasına yönelik hazırlık faaliyetlerine başlamış olmaları ve bu duruma bir müddet ses çıkarmamaları üzerine, artık taraflardan birinin sözleşmenin şekle aykırılığını ileri sürmesi hakkın kötüye

---

[42] Yargıtay 13. HD. 11.04.1995 tarih ve E:1998/10. K:1998/65 sayılı ilamında; *"Bu yasa hükümlerine uygun olmayan alımlara ilişkin sözleşmeler kural olarak geçersizdir ve hukuki bir sonuç doğurmaz. Geçersiz sözleşme ile alınan mallar haksız zenginleşme hükümleri uyarınca geri istenebilir. Ancak geçersiz sözleşme ile alınan mallar idare tarafından teslim alınıp kullanılmaya başlanarak benimsendikten sonra, sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi iyi niyet kuralı ile bağdaşmaz. Sözleşme ve şartname dışı malzeme teslim edildiğini ileri süren davacı bu iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür.*" hükmüne yer verilmiştir. Karar için bkz. DOĞANYİĞİT, Sadettin, **Açıklamalı, Uygulamalı, Sorun Çözümlü, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu,** Ankara, 2003, s. 507.

[43] Bu konuda aksi görüş ileri süren YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ; kamu kurumların tarafından yapılan ihaleler sonucu düzenlenen sözleşmelerin noter tarafın tasdik edilmesi hususunun bir geçerlilik şartı olduğu, dava aşamasında bu durumun yargıçlar tarafından re'sen gözetilmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Ayrıca bkz. YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, 2014, s. 7125.

kullanılması ve dürüstlük kuralına aykırılık olarak değerlendirilir. Böyle bir durumda sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu kabul edilmelidir.

Bu noktada konumuzu ilgilendirmesi sebebiyle belirtmeliyiz ki; uygulamada usulüne uygun çıkarılmayan ihaleyi üstlenen veya aldığı ihalenin usulünce onaylanmasını beklemeden işe başlayan müteahhidin iş sahibi kamu kuruluşu yararına olan yaptığı işin bedeli, yapılan zorunlu ve faydalı masrafları (malzeme ve işçilik) bunların yapıldığı tarihten itibaren işleyen faizi caiz olan vekâletsiz iş görme hükümleri (BK m. 410–413) uyarınca kendisine ödenmektedir. Uygulamada müteahhide ödenecek ücret bilirkişi aracılığıyla hesap edilmekte, bilirkişi işin yapıldığı tarih itibariyle mahalli rayiç fiyatları üzerinden sonuca gitmektedir[44].

[44] KARACA, Mehmet, **Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri Ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi,** Ankara, 2009, s. 44, dp. 51 *(naklen)*; *"Konumuzu ilgilendirmesi sebebiyle uygulamada sıkça rastlanılan bir durumdan bahsetmek istiyoruz. Kimi zaman belediye veya diğer kamu kuruluşlarınca usulüne uygun çıkarılmayan ihaleyi üstlenen veya aldığı ihalenin usulünce onaylanmasını beklemeden işe başlayan müteahhidin iş sahibi kamu kuruluşu yararına olan yaptığı işin bedeli, yapılan zorunlu ve faydalı masrafları (malzeme ve işçilik) bunların yapıldığı tarihten itibaren işleyen faizi caiz olan vekaletsiz iş görme hükümleri (BK m. 410–413) uyarınca kendisine ödenmektedir. Uygulamada müteahhide ödenecek ücret bilirkişi aracılığıyla hesap edilmekte, bilirkişi işin yapıldığı tarih itibariyle mahalli rayiç fiyatları üzerinden sonuca gitmektedir. Bu hesaplama tarzı hakkındaki Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 15. HD. 29.04.1984 T., 1984/4667 E.., 1985/1431 K.; Cengiz Kostakoğlu, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Son Değişiklikleri ile İmar Mevzuatı ve En Son Yargıtay Kararları ile Genişletilmiş 3. Baskı (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. 2000), s. 25 vd., Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 17 ve özellikle s. 24 – 25.)"*

4735 sayılı Kanun'un *"Sözleşme Türleri"* kenar başlıklı 6'ncı maddesinde ihale sözleşmelerinin beş türde düzenlenebileceği hükmü yer almaktadır. Buna göre;

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

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

c) Yapım işlerinde; ön veya kesin projelere ve bunlara ilişkin mahal listeleri ile birim fiyat tariflerine, mal veya hizmet alımı işlerinde ise işin ayrıntılı özelliklerine dayalı olarak; idarece hazırlanmış cetvelde yer alan her bir iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için istekli tarafından teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden "birim fiyat teklif sözleşme",

d) 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",

e) Çerçeve anlaşmaya dayalı olarak idare ile yüklenici arasında imzalanan "münferit sözleşme".

II. İHALELERİN DAYANDIĞI HUKUKİ MEVZUATIN TARİHSEL SÜRECİ

Osmanlı İmparatorluğu döneminde kamu ihaleleri ile ilgili ilk düzenleme 1857 tarihli Nizamnamesi ile getirilmiştir. Cumhuriyet tarihimizde kamu kurum kuruluşlarının ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik çıkarılan ilk Kanun 22.04.1925 tarih ve 661 sayılı "Hükümet Namına Vuku Bulacak Müzayede, Münakasa ve İthalat Kanunu" dur. Daha sonrasında 02.06.1934 tarih ve 2490 sayılı "Artırma, Eksiltme ve İhale" Kanunu çıkarılmıştır. Bu Kanun'un akabinde ise 08.09.1983 tarih ve 2886 sayılı "Devlet İhale Kanunu" çıkarılmıştır.

2886 sayılı Kanun'un günümüzün değişen ve gelişen koşullarına ayak uyduramaması, uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermekte yetersiz kalması, bütün kamu kurumlarını kapsamaması, idareler için yeterli hesap verme düzeni öngörmemesi, Avrupa Birliği ve uluslararası ihale uygulamalarına paralellik göstermemesi ve bilhassa gelir nitelikli ihaleler ile gider nitelikli ihalelerin farklı Kanunlarla düzenlenmesi gerektiği düşüncesiyle yasa koyucu tarafından yeni mevzuat düzenleme çabaları başlamıştır[45].

Ülkemizin Helsinki'de AB'ye aday ülke ilan edilmesini takiben, AB komisyonu tarafından yayımlanan "Katılım ortaklığı belgesine" paralel olarak hazırlanan ve AB müktesebatına uyum amacıyla yapılacak değişiklikleri ve yenilikleri de içeren "Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programında" kamu alımları konusundaki mevzuat uyumunun orta vadede tamamlanmasının öngörülmesi çerçevesinde AB direktifleri ve Uncitral Kamu Alımları Model Kanunu ilkeleri temel alınarak saydamlık ve rekabetin sağlanması

[45] KARACA, 2009, s. 18; EKER KAZANCI, 2011, s. 18.

amacıyla reform niteliğinde değişiklikler getiren ve 01.01.2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere 22.01.2002 tarihli resmi gazetede yayımlanan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hazırlanmıştır[46].

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hem sözleşmenin imzalanmasından önceki dönemi hem de sözleşmenin imzalanmasından sonraki dönemi kapsayan bir sürece yönelik kurallar içermekteyken; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu sadece sözleşmenin imzalanmasından önceki döneme ilişkin bir süreci konu edinmektedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi olarak yapılan ihaleler sonucu sözleşmeyle bağlanan hukuki ilişkiye yönelik esaslar ise, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda düzenlenmektedir.

Diğer taraftan; 4734 sayılı Kanun yalnızca kamu harcamalarını içeren mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerini düzenlemekteyken, her ne kadar 4734 sayılı Kanun 2886 sayılı Kanun'un yerine çıkarılmış izlenimi vermekteyse de; idarelerin kiralama, trampa ve kamuya gelir getirici işleri halen 2886 sayılı Kanun ile yürütülmektedir. Bu anlamda her iki ihale Kanunu da halen yürürlüktedir[47].

[46] İĞDELER, s. 2; KARACA, 2009, s. 20.

[47] EKER KAZANCI, 2011, s. 19.

III. EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN TARİHÇESİ

Ceza hukuku diğer hukuk disiplinlerine göre ikincil nitelikte bir disiplindir. Örneğin kendine özgü kural ve yaptırımlar içeren borçlar hukuku ya da idare hukuku gibi hukuk disiplinlerinde, söz konusu yaptırımlar marifetiyle ihtilaflar çözülemediğinde, yasa koyucunun izlediği suç politikasına bağlı olarak, devreye son çare olarak ceza hukuku disiplini girebilmektedir. Bu noktada ceza hukuku yaptırımlarından, suçun niteliğine göre adli para cezası ve/veya özgürlüğü sınırlandırıcı hapis cezaları veya güvenlik tedbirleri gibi yaptırımlar girer.

Tam da bu yüzden; 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda öngörülen idari yaptırımlarla tarafların edimin fesat karıştırıcı nitelikteki fiilleri işlemelerini önlemenin tek başına yeterli ve etkili bir çözüm yolu olmayacağını düşünen yasa koyucu, güttüğü suç politikası gereği yüksek kamu menfaatlerini korumak adına, bu alanı ayrıca Türk Ceza Kanunu ile koruma gereği duymuştur. TCK'nin 236. maddesinde "edimin ifasına fesat karıştırma suçu" kenar başlığı altında yer verilen bu düzenleme ile söz konusu eylemlerin gerçekleştirilmesi suretiyle kamuya verilen zararın daha etkin bir şekilde önüne geçebilmekte bir çare olarak düşünülmüştür[48].

5237 sayılı Kanun'da edimin ifasına fesat karıştırma suçu ilk kez bağımsız bir şekilde düzenlenmiştir. Bu suç tipi, yeni TCK bakımından olumlu bir yeniliktir. Ancak hemen belirtelim ki, 5237 sayılı TCK öncesinde yürürlükte bulunan

[48] DÜLGER, Murat Volkan, "Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Uğur Alacakaptan'a Armağan,** C.:1, İstanbul, 2008, s. 221.

mülga 765 sayılı TCK'nin bazı maddelerinde de bu suçun koruduğu hukuki menfaat, benzer şekilde korunmakla birlikte yeni TCK'nin 236'ncı maddesinde yer alan düzenlemeden önemli farklılıklar içermekteydi. Bu bağlamda, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun 5237 sayılı Kanun ile getirilmiş yeni bir suç tipi olduğunu söylemek, kanımızca çok da hatalı bir söylem olmayacaktır.

Bu noktada mülga 765 sayılı TCK'de yer alan benzer düzenlemeleri, 5237 sayılı TCK'nin 236'ncı maddesiyle mukayeseli olarak analiz etmenin, çalışma konumuz açısından yararlı olacağı kanaatindeyiz.

IV. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDAKİ BENZER DÜZENLEMELER

765 sayılı TCK'nin 205 ve 362'nci maddeleri, edimin ifası aşamasında işlenebilecek suç tiplerine yer vermesi sebebiyle, 5237 sayılı TCK madde 236'da düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna benzerlik göstermektedir[49]. Mülga TCK'de, edimin ifasına fesat karıştırılması, 5237 sayılı Kanun'da olduğu gibi yasa koyucu tarafından ayrı bir suç başlığı altında düzenlenmemiştir. Buna karşın mülga 765 sayılı TCK'nin muhtelif maddelerinde, bu suçla korunan hukuki menfaati konu alan benzer düzenlenmelere yer verilmiş ve söz konusu eylemler farklı yaptırımlara bağlanmıştır. Bu düzenlemelere genel olarak ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamında yer verilmekteydi. Diğer bir deyişle, bugünkü manada edimin ifasına fesat karıştırma olarak tabir edilen suç tipini, ihaleye fesat karıştırma suçu bünyesinde barındırmaktaydı. Oysaki yeni TCK 765 sayılı Mülga TCK' den farklı olarak, ihale süreci ile edimin ifası sürecini birbirinden bağımsız değerlendirerek, bu

[49] EKER KAZANCI, 2011, s. 221–222.

süreçlerde gerçekleştirilebilecek fesat karıştırıcı eylemleri farklı haksızlıklar olarak ele almış ve ayrı ayrı yaptırımlara bağlamıştır[50].

Öğretide; sözleşme sürecinin ihale sürecinden ayrı ele alınarak bu sürece ilişkin bağımsız bir suç tipi yaratılmasının daha anlamlı olduğu düşünülmektedir[51]. Biz de bu görüşe katılmaktayız.

Aşağıda mülga 765 sayılı TCK' de, edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile benzerlik taşıyan suç tipleri unsurlarıyla ele alınmıştır[52].

---

[50] KOCA / ÜZÜLMEZ, 2013, s. 3.

[51] TUĞRUL, Ahmet Ceylani, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Rüşvet Suçları**, s. 22; *"765 sayılı TCK'de bu suçu devlet hesabına veya hükümet hesabına ayrımı yapılarak iki ayrı mağdur yaratılarak düzenlenirken edimin ifası aşamasında işlenen fiilleri de fesat karıştırma kapsamında bir genelleme içinde tek bir eylem olarak düzenlemekte, dolayısıyla tatmin edici bir suç tanımlaması yapılamazken; 5237 sayılı TCK nin da hangi hallerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılacağı yasa maddesinde tek tek sayılmış, hiçbir karışıklığa meydan vermeden ayrıntılı olarak düzenlenmiş, devlet hesabına veya hükümet hesabına ayrımı yapılmamış, ayrıca edimin ifası sürecindeki fesat karıştırmaları da müstakil olarak düzenlemiştir."*; Aynı görüş için bkz. ÇELİK, Kadir, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye Fesat Karıştırma Ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları", **Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi,** 2006**,** C.: 11, S.: 5, s. 81.

[52] Öğretide bazı yazarlar, TCK madde 236'da yer alan bu düzenlemenin, mülga Kanun'un ilgili maddelerinden tamamen bağımsız olduğunu, bu nedenle hükmü anlamada geçmişteki düzenlemelerden yararlanmanın pek de mümkün olmadığını düşünmektedirler. Bkz. HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, 2012, s. 417.

A- 765 sayılı TCK m. 205'te Yer Alan Suç

765 sayılı TCK'nin "Cürümler" başlıklı ikinci kitabının "Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler" başlıklı üçüncü babının "Basit ve Nitelikli Zimmet ile Devlet Alım ve Satımlarında Menfaat Sağlamak" başlıklı birinci faslında yer alan 205'inci maddesinde "Devlet Hesabına Yapılan Alım ve Satımlara Fesat Karıştırma" suçu düzenlenmişti[53].

1274 tarihli Hümayun'un 83'üncü maddesinde yer alan düzenleme örnek alınarak Mülga TCK'nin 205'inci maddesinde benzer düzenlemeye yer verilmişti. 1889 tarihli Mehaz İtalyan Ceza Kanunu'nda böyle bir düzenleme bulunmamakla birlikte, 205'inci madde bu 5237 sayılı Kanuna kadar bir kez değişikliğe uğramıştır[54]. 1953 yılında, 6123 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle maddede yer alan cezalar artırılmış "ve" bağlaçları "veya" olarak değiştirilmiş, zararın faile ödetileceği ibaresi hükme eklenmiştir[55].

---

[53] ALTIPARMAK, 2013, s. 71; *"TBMM Komisyon tutanaklarına bakıldığında, yeni getirilen edimin ifasına fesat karıştırma suçu için 765 sayılı TCK'nin 205'inci maddesinin esas alındığı görülmektedir. (Ayrıca bkz. ve krş: Komisyon Tutanakları ve Gerekçe, Adalet Bakanlığı, Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Türk Ceza Kanunu Komisyon Raporları)"*

[54] Mehaz 1889 tarihli İtalyan Ceza Yasası'nda, 765 sayılı Yasanın 205'inci maddesinde yer alan *'devlet hesabına yapılan alım satım ve yapımına fesat karıştırma'* suçuna benzer bir suç tipi bulunmamaktadır. 205'inci madde, aslı 1810 tarihli Fransız (Napolyon) Ceza Yasası olan 1274 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun'un 83'üncü maddesinden alınmıştır. Bkz. DÜLGER, 2008, s. 218.

[55] Son şekliyle 205. maddede*; "Bir kimse Türkiye Devleti hesabına olarak almaya veya satmaya yahut yapmaya memur olduğu her nevi eşyanın alım veya satımında veya pahasında veya miktarında veya yapmasında fesat karıştırarak her ne suretle olursa olsun irtikap eylerse on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasıyla cezalandırılır ve zarar kendisine ödettirilir."* hükmü yer

Bu hükme göre; sözleşmenin imzalanmasından sonraki aşamada kamu görevlilerinin çeşitli hilelere başvurmak suretiyle; sözleşmede veya ihale kararında vasıfları belirlenen mallar yerine başka malları kabul etmeleri ya da miktar olarak sözleşmede taahhüt edilen maldan daha azını kabul ederek malı tamammış gibi göstermeleri veyahut yapım işlerinde yapılan eserin sözleşmede ve şartnamelerde belirlenen şartları sağlamamasına rağmen sağlıyormuş gibi kayıt altına alarak teslim almaları, "Devlet Hesabına Yapılan Alım ve Satımlara Fesat Karıştırma Suçu"nu oluşturmaktaydı[56].

Yukarıda kısaca değindiğimiz üzere; yasa koyucu tarafından 205'inci madde kapsamında edimin ifası sürecinde gerçekleştirilen fesat karıştırma fiilleri ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamında değerlendirmekteydi[57]. Diğer bir deyişle 765 sayılı TCK'de ihaleye fesat karıştırma suçu, edimin ifasına fesat karıştırma suçunu da bünyesinde barındırmaktaydı.

Şöyle ki; 205' inci madde metninde *"*eşyanın alım veya satımında veya pahasında veya miktarında veya yapmasında fesat karıştırarak" denildiği için, "fesat karıştırma" fiillerinin sözleşme imzalanıp taahhüdün yerine getirildiği sırada, edimin ifası dolayısıyla gerçekleştirilmesi mümkündü[58].

---

almaktaydı. Ayrıca bkz. AKBULUT, Berrin, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", **Ceza Hukuku Dergisi**, 2009**,** Yıl: 4, S.: 10, s. 44.

[56] KAPLAN, Mahmut, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", **Prof. Dr. Füsun Sokullu- Akıncı'ya Armağan,** 2013**,** C.:71, S.: 1, s. 711.

[57] ÇELİK, 2006, s. 81; EKER KAZANCI, 2011, s. 221; ÖZGENÇ, 2012, s. 94; ALTIPARMAK, 2013, s. 137.

[58] ÖZGENÇ, 2012, s. 94, dn: 71 *(naklen)*; *"Örneğin ihale kararında ve sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın idareye teslim edilmesine rağmen, bu malın sözleşmeye uygunluğu zımnında*

205'inci maddede düzenlenen bu suçun faili kamu görevlisidir[59]. Madde hükmünde fail için her ne kadar "bir kimse" sözcükleri kullanılmış olsa da uygulamada ve doktrinde bu suçun ancak "bir memur"[60] tarafından işlenebileceği ve dolayısıyla "Devlet Hesabına Yapılan Alım ve Satımlara Fesat Karıştırma Suçu"nun özgü (mahsus) suç olduğu kabul edilmektedir.

Bu suçun maddi unsuru; devlet adına yapılan bir alım satım veya yapım söz konusu olduğu hallerde özel fail niteliği taşıyan kamu görevlilerinin, malın fiyatına veya miktarına ya da yapımına fesat karıştırarak irtikapta bulunması ve bu suretle kendisi veya bir başkası hesabına haksız yarar sağlamış olmasıydı. Ancak hemen belirtilmelidir ki; burada ifade edilen irtikap kavramı, 765 sayılı Mülga TCK madde 209'da düzenlenmiş olan fiillerle karıştırılmamalıdır[61]. Zira bu suç tipinde

---

belge düzenlemesi durumunda ya da sözleşme konusu malın teslimi aşamasında, teslim edilen mal miktarını tevsik zımnında düzenlenen belgede gerçekte teslim edilen miktardan fazla teslimatın yapıldığının ifade edilmesi durumunda, söz konusu suçun oluştuğu kabul edilmekteydi."

[59]DÜLGER, 2008, s. 230.

[60]Burcu Dermen Dönmez, "Türk Ceza Kanunu'nda Kamu Görevlisi Kavramı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** 2004**,** S.:4, s. 96; *"Ülkemizde yıllardır kullanılan ve benimsenen bir kavram olan "memur" kavramı, Avrupa Birliği uyum süreci ile başlatılan Anayasa değişiklikleri ve takiben gerçekleştirilen kanun reformu sürecinde 5237 sayılı Ceza Kanunu bakımından yerini "kamu görevlisi" ifadesine bırakmıştır."* Kamu görevlisi-memur-kamu görevi ayrımı ile ilgili olarak çalışmamızın "Fail (Suçun Aktif Süjesi)" konu başlığı altında yer verdiğimiz açıklamalarımız için ayrıca bkz. s. 61.

[61] 765 sayılı TCK'nin "İrtikap" başlıklı 209'uncu maddesinde; *"Memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına haksız olarak para verilmesine veya sair menfaatler sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına, bir kimseyi icbar eden memura altı yıldan az olmamak üzere ağır hapis cezası verilir. Yukarıdaki fıkrada yazılı cürüm, ikna suretiyle*

ifade edilen irtikâbın, "*eşyanın alım veya satımında veya pahasında veya miktarında veya yapmasında fesat karıştırarak*" meydana gelmesi gerekmekteydi[62].

Söz konusu düzenlemede, hangi hareketlerin hileli olarak değerlendirileceği hususunda bir açıklık bulunmadığından, bunu belirleme yetkisi hakimin takdirine bırakılmıştı. Eski yasanın 205'inci maddesinde; "alım veya satımda veya pahasında veya miktarında ve yapmasında" ifadeleri kullanıldığından, hilenin ihale sürecinde yapılabileceği gibi, edimin ifası sürecinde de gerçekleştirilebileceği kabul edilmişti. Aynı durum, cebir veya tehdit için de geçerlidir. Örneğin; 1000 adet şey üzerinden sözleşme yapılmışken, 1200 adet şey verilmeye tehditle sebep olunması durumunda 205'inci madde uygulama alanı bulmaktaydı[63].

Son olarak, 765 sayılı Mülga TCK'nin 205'nci maddesinde yer alan "Türkiye Devleti hesabına" ifadesinin ne anlama geldiği hususunda bir belirsizlik mevcuttu[64]. Nitekim tercih edilen bu ifade sebebiyle; devlet tüzel kişiliğinden ayrı tüzel kişiliğe haiz idarelerin - *meslek birlikleri, diğer kamu kurum ve kuruluşları vb gibi* - alım, satım veya yapım işlerine fesat karıştırılması halinde bu madde hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı hususunda bir açıklık bulunmamaktaydı.

---

işlenirse faile dört yıldan altı yıla kadar ağır hapis cezası verilir. Memur Kanunen almaması gereken bir şeyi diğerinin hatasından yararlanarak almış bulunursa iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir." hükmü bulunmaktaydı.

[62] EKER KAZANCI, 2011, s. 58.

[63] AKBULUT, 2009, s. 45.

[64] ibid, s. 58.; İÇEL, Kayıhan, "Eski Ve Yeni Ceza Yasalarımız Çerçevesinde Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları Bağlamında Zamanaşımı Ve Lehe Yasanın Belirlenmesi Sorunları", **10. Yıl'a Armağan İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,** 2012/2, Yıl:11, S.: 22, s. 108.

B- 765 sayılı TCK m. 361'de Yer Alan Suç

765 sayılı TCK madde 361'de "Kamuya Karşı Taahhüdün Yerine Getirilmemesi Suçu" düzenlenmekteydi[65].

Bu suçun faili, üzerine almış olduğu taahhüdü yerine getirmeyen bir kimse olarak belirtilmişti. Ancak bu taahhüdün bir kamu kurumunun veya bir kamu hizmetinin işlemesi ya da bir felaketin önünün alınması için gerekli olan gıda maddeleriyle, diğer eşya hakkında olması[66] ve bu taahhüdün bir resmi daireye veya bir kamu hizmetini yerine getirecek veya genel bir felaketi önleyebilecek bir kamu kuruluşuna karşı yapılması gerekmekteydi[67].

TCK madde 361'de yer alan "Kamuya Karşı Taahhüdün Yerine Getirilmemesi Suçu" nda taahhüde fesat karıştırma değil, taahhüdün icrai veya ihmali olarak yerine getirilmemesi hususu düzenlenmiş olması, buna karşın edimin ifasına fesat karıştırma suçunda esasın, taahhüde fesat karıştırılması olduğu

---

[65] Bu maddede; *"Her kim iltizam ettiği taahhüdü icra etmeyerek resmi bir daireye veya bir hizmeti amme ifasına yahut bir musibeti ammenin önünü almağa elzem olan erzak ve eşyanın fikdanına sebebiyet verirse bir seneden üç seneye kadar hapse ve yirmi beş liradan aşağı olmamak üzere iki yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkûm olur. Taahhüdün icra olunmaması failin yalnız ihmal ve teseyyübünden ileri gelmiş ise bir seneye kadar hapse ve yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkûm olur."* hükmü yer almaktaydı.

[66] İÇEL, 2012, s. 111; *"İnşaat veya sair bir yapım işinin, geniş kapsamlı bu kavramlara dahil olduğu hususunda kuşku yoktur."*

[67] EKER KAZANCI, 2011, s. 222.

hasebiyle, TCK madde 361' in inceleme konumuz olan edimin ifasına fesat karıştırma suçuyla benzerlik taşımadığını düşünmekteyiz.

C- 765 sayılı TCK m. 362'de Yer Alan Suç

765 sayılı TCK madde 362'de "Kamuya Karşı Taahhüdün Yerine Getirilmesine Hile Yapma Suçu" düzenlenmiştir[68]. Mülga TCK madde 361'de yer verilmeyen "fesat karıştırma" ifadesine bu Yasa'nın 362'nci maddesinde yer verilmiştir. Bu düzenleme, 1274 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun'da bulunmayan bir düzenlemedir. Bu düzenleme; 1983 yılında 2790 sayılı Kanunla, 1988 yılında ise 3506 sayılı Kanunla değişikliğe uğramış ve para cezaları arttırılmıştır[69].

Bu düzenlemeye göre, bir kimsenin resmi bir kuruma veya kamu hizmetine sunmayı taahhüt ettiği gereçlere[70] hile karıştırması suç olarak sayılmıştır[71].

---

[68] 362'nci maddede; *"Bir kimse yukarıdaki maddede yazılı olan erzak ve eşyanın nevi'nde 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 nakdidir." hükmü yer almaktaydı.

[69] AKBULUT, 2009, s. 46.

[70] İÇEL, 2012, s. 110; *"Bu taahhüdün konusu, maddenin 1'inci fıkrasında düzenlenmiş olan ağır şekilde 'resmi bir daireye veya bir hizmeti amme ifasına yahut bir musibeti ammenin önünü almağa elzem olan eşya'dır. Örneğin; bir kamu kurumunun faaliyeti için gerekli olan akaryakıtın sözleşmede belirlenen nev'inden veya niteliklerinden farklı bir petrol ürününün hileli bir takım tasarruflarla kamu kurumuna verilmesi durumunda nu suç oluşur. Aynı şekilde, taahhüt konusu eşyanın miktarının*

Mülga TCK'nin 362'nci maddesinde düzenlenen kamuya karşı taahhüdün yerine getirilmesinde hile yapma suçu, 5237 sayılı TCK'nin 236'ncı maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile benzerlik göstermektedir. Zira her iki suç bakımından da kamu kurumuna karşı belli bir mal veya hizmetin temini konusunda taahhüt altına girilmiş edimle ilgili hileli davranışlarda bulunma durumu söz konusudur[72]. Ancak edimin ifasına fesat karıştırma suçundan farklı olarak, bu suç tipinde fail olabilmek için illaki ihale sonucunda kamuya karşı bir taahhüt altına girme şartı aranmamaktaydı. Diğer bir ifadeyle, ihale yoluna başvurmaksızın bir sözleşme ile de kişi kamu kurumuna karşı taahhütte bulunmuş ve bu taahhüdü yerine getirirken hileye başvurursa eski TCK madde 362'de düzenlenen suç vücut bulabilecekti[73].

Bu suçun faili, Mülga TCK madde 205'ten farklı olarak herkes olabilmekteydi. Oysaki 205'nci maddede düzenlenen suç, yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilirdi[74].

Öğretide; 5237 sayılı TCK madde 236'da düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma fiillerinin, Mülga TCK'nin yalnızca 205'nci maddesi kapsamında mütalaa

---

kuruma ibraz edilen belgede gerçekte teslim olunandan fazla gösterilmesi durumunda da bu suç oluşur."

[71] MERAN, 2011, s. 136–137.

[72] EKER KAZANCI, 2011, s. 222.

[73] KAPLAN, 2013, s. 712.

[74] ibid, s. 710; İÇEL, 2012, s. 111.

edilebileceği, nitekim Yargıtay uygulamalarının da bu yönde olduğunu savunulmaktadır[75].

Bazı müellifler ise; 5237 sayılı TCK madde 236'da yer alan edimin ifasına fesat karıştırma suçunun, Mülga TCK'nin 205'nci maddesindeki suçla benzerliği bulunmadığını, bu suçun eski yasadaki karşılığının esas itibariyle 362'nci maddede düzenlenen suça tekabül ettiğini, zira eski ve yeni ceza yasalarının maddelerinin yayınlanan karşılaştırma listeleri incelendiğinde, 236'ncı maddenin eski yasadaki gerçek karşılığının 362'nci madde olduğunun görüleceği düşüncesindedirler[76].

Diğer bir kısım müellif ise, Mülga TCK'nin 205 ve 362'nci maddelerinde yer alan her iki suçun 5237 sayılı TCK'nin 236'ncı maddesinde yer alan edimin ifasına fesat karıştırma suçuna benzerlik taşıdığını ileri sürmektedirler[77].

Kanaatimizce hem ihaleye fesat karıştırma hem de edimin ifasına fesat karıştırma suçlarını kapsamına alan Mülga TCK'nin 205'inci maddesi ile "Kamuya Karşı Taahhüdün Yerine Getirilmesinde Hile Yapma Suçu"nu düzenleyen 362'nci maddesi, 5237 sayılı TCK madde 236'da düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçunu, yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle birebir karşılamasa da, içerdikleri bazı hususlar bakımından karşılıklarını kısmen de olsa bulmaktadırlar.

---

[75] ÖZGENÇ, "İhale Sürecinde İşlenen Suçlar", Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Adalet Bakanlığı Ortak Yayını, Ankara 2005, s. 77.

[76] PARLAR, Ali, **Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, Ankara, 2011, s. 114; İÇEL, 2012, s. 109; 765 Sayılı TCK ile 5237 Sayılı TCK Karşılaştırma Cetveli için bkz. İÇEL, Kayıhan/ ÜNVER, Yener, **Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları**, 8. Bası, İstanbul 2012, s. 775.

[77] ALTIPARMAK, 2013, s. 137; EKER KAZANCI, 2011, s. 221- 222; KAPLAN, 2013, s. 710; SARITAŞ, 2009, s. 62.

V. 4735 SAYILI KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNUNDA KONUYLA İLGİLİ BENZER DÜZENLEMELER

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun, "Kapsam" kenar başlıklı 1'inci maddesinde; bu Kanun'un, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanmasıyla ilgili usul ve kurallar içerdiği belirtilmektedir. Kamu İhale Kanunu, yalnızca mal ve hizmet alımı ile yapım işleri ihalelerini konu alan uygulanabilen bir Kanun olması dolayısıyla, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun da ancak bu ihalelere ait sözleşmelere uygulanacak usul ve kuralları içerdiğini söyleyebiliriz. Bu ön açıklamadan sonra, çalışma konumuz açısından benzer hususlar içeren 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun ilgili düzenlemelerine aşağıda kısaca yer verilmiştir.

A- 4735 Sayılı Kanunu'nun 25'inci Maddesi

4735 sayılı Kanun'un Üçüncü Kısmında, *"Yasak fiiller ve davranışlar"* kenar başlıklı 25'inci maddesinde, ihale sözleşmelerinin uygulanması aşamasında bazı fiil ve davranışlarda bulunulması yasaklanmıştır[78].

[78] 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,

25'inci maddenin (a), (c) ve (f) bentlerinde sayılan yasak fiil ve davranışlar, TCK madde 236'da düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturan tipik fiiller bakımından benzerlik göstermektedir. Bu nedenle bu madde hükmü, TCK'nin 236'ncı maddesinin ikinci fıkrasında sayılan fiiller bakımından yorum aracı olarak değerlendirilebilir[79].

Bu maddenin (b), (d), (e) ve (g) bentlerinde sayılan yasak fiil ve davranışlar, TCK madde 236'da düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturan tipik fiiller bakımından benzerlik göstermemektedir. Örneğin; hileli hareketle edimin ifasına fesat karıştırma hali suç olarak düzenlenmişken; tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak, sahte belge düzenlemek, kullanmak veya buna teşebbüs etmek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek, bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak gibi hareketler maddede suç olarak belirtilmemiştir. Bu durumda bu tür hareketlerle, ihale sonucunda yüklenilen edime fesat karıştırılmış olması halinde, bu suçları düzenleyen genel hükümler çerçevesinde cezalandırma yoluna gitmek gerekmektedir[80].

---

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"

sözleşme aşamasında, yasak fiil ve davranışlar olarak saptanmıştır.

[79] ÖZGENÇ, 2012, s. 104.

[80] EKER KAZANCI, 2011, s. 227.

Yükleniciler ile kamu görevlilerinin, 25'inci maddede sayılan yasak fiil ve davranışlarda bulunmaları durumunda hangi yaptırımlarla karşı karşıya kalacakları ise 4735 sayılı Kanun'un 26, 27 ve 28' inci maddelerinde düzenlenmiştir.

Bu maddeleri kısaca ele alalım.

B- 4735 Sayılı Kanunu'nun 26'ncı Maddesi

Öncelikli olarak belirtmeliyiz ki; 4735 sayılı Kanun'un "*İhalelere katılmaktan yasaklama"*[81] kenar başlıklı 26'ncı maddesi, 4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesine paralel bir düzenleme içermektedir[82].

---

[81] 4735 sayılı Kanun'a göre ihalelere katılmaktan yasaklama kararı, ihale sözleşmesi aşamasında iki farklı merci tarafından verilebilir. Bunlar; İdareler tarafından verilen idari yaptırım niteliğinde yasaklama kararı (m. 26) ile mahkemelerce tesis edilen yasaklama kararı (m. 27) şeklindedir.

[82] 4734 sayılı Kanun'un "İhalelere katılmaktan yasaklama" başlıklı 58'nci maddesinde*; "(1) (Değişik birinci fıkra: 30/7/2003-4964/ 35 md.) 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir.*

(2) Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak

4735 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesi uyarınca idarelerin, yüklenici firmaların 25'inci maddede belirtilen yasaklamayı gerektirir fiil ve davranışlarıyla karşılaşmaları durumunda, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirme yükümlülüğünü haizdirler. 25'inci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kanunun 2'nci ve 3'üncü maddeleri ile istisna edilenler dâhil olmak üzere bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklılık kararı verilecektir.

4735 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinde sayılan durumlar gerçekleştiği takdirde, idarelerin yasaklama kararı verip vermeme hususunda bir takdir hakları bulunmamaktadır. Bu durumda, yasaklama kararı vermek zorundadırlar. Takdir hakkı, yalnızca yasaklılığa ilişkin sürenin belirlenmesinde söz konusu olup bu süre

---

olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir.

(3) İhale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmezler.

(4) Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırk beş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç on beş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur.

(5) İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür." hükmü yer almaktadır.

işlenen yasak fiil ve davranışın niteliği, ağırlığı, gerçekleşme veya teşebbüs aşamasında kalmış olma gibi hususlar ile yargı kararlarında belirtilen kriterler dikkate alınarak Kanun'da öngörülen alt ve üst sınırlar içerisinde idarelerce takdir edilecektir[83].

26'ncı madde hükmü gereğince, idarelerce ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilebilmesi için, herhangi bir kişinin edimin ifasına fesat karıştırma suçundan dolayı yargılanmasına ve mahkûm olmasına gerek yoktur[84].

İdarece verilen, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama yaptırımı, Türk Ceza Kanunu anlamında bir ceza niteliğinde olmamakla birlikte, idari yaptırım (idari ceza) niteliğini haizdir[85].

İhalelere katılmaktan yasaklılık kararı; sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık tarafından, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri tarafından, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilecektir.

4735 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesinde ihalelere katılmaktan yasaklama işlemini tesis edecek yetkili mercii belirlemede kabul edilen kıstas; ihale sözleşmesini uygulayan idarenin hiyerarşi zincirinde en üstünde yer alan yahut vesayet denetimi ile bağlı bulunduğu makamın tespitidir[86].

---

[83] SIRABAŞI, Volkan, "Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Süresi, Sürenin Başlangıcı ve Hukuki Niteliği", **Ankara Barosu Dergisi,** 2011/4, s. 376.

[84] ÖZGENÇ, 2012, s. 110.

[85] SIRABAŞI, 2011, s. 374.

[86] SIRABAŞI, 2011, s. 375.

Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı; sermaye şirketi olması halinde sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında ayrıca ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir. Bunun yanı sıra, yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; bu kişilerin ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında; sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir.

Bu fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler, yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak hiçbir ihaleye iştirak edemezler. Yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın, yasaklılık kararını verecek makam tarafından tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırk beş gün içinde verilmesi şartıyla[87] alınan yasaklama kararı, en geç on beş gün içinde Resmi

[87] Benzer bir düzenleme de 4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesinde ve Kamu İhale Genel Tebliği'nde yer almaktadır. 4734 sayılı Kanun'un "ihalelere katılmaktan yasaklama" kenar başlıklı 58'inci maddesinde; ihale sürecinde 17'nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklamaları hususunda kararın yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırk beş gün içinde verileceği düzenlenmiş olup, bu 45 günlük sürenin ne zaman başlayacağının tespiti ile ilgili olarak; Kamu İhale Genel Tebliği'nin "Yasaklamaya ilişkin sürenin hukuki niteliği başlıklı 28.1.5.1.2. maddesinde*; "Anayasa ile teminat altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğü gibi temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin düzenlemeler ile 4734 sayılı Kanunun 58 inci maddesinin sözü edilen gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, 58 inci maddenin dördüncü fıkrasında yer alan sürelerin disipliner niteliği aşan ve yetki süresini belirleyen nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre idarenin, yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği yazının ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa ulaştığı tarihi izleyen en geç 45 günlük süre içinde yasaklama kararı verilmesi*

Gazetede yayımlanır ve yayım tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar, Kamu İhale Kurumu tarafından kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin sicillerde tutulur[88].

4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesi gereğince ihale sürecinde yükleniciler hakkında verilen ihalelere katılmaktan yasaklılık kararı nasıl ki idari yaptırım niteliğini taşıyorsa, sözleşme sürecinde 4735 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesi gereğince verilen yasaklılık kararı da aynı niteliği taşır.

Burada yeri gelmişken, söz konusu idari yaptırımların, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu karşısındaki durumundan da bahsetmek gerekir. Kabahatler Kanunu madde 16/1'de kabahatler[89] karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirler olarak belirtilmiştir. İdari tedbirlerden anlaşılması

---

zorunlu olmaktadır. Bu süre geçirildikten sonra yasaklama kararı verilmesi mümkün bulunmamaktadır." hükmüne yer verilmiştir. Buna göre; bu kırk beş günlük sürenin başlangıcı ile ilgili olarak, idarenin ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği tarih, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarih olarak esas alınmaktadır. 4735 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesinden söz konusu 45 günlük sürenin başlangıcı olarak aynı şekilde, idarenin ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği tarih, söz konusu fiil ve davranışın tespiti tarihi olarak esas alınmalıdır. Bu yönde verilen Danıştay kararı için ayrıca bkz. Danıştay 13. Dairesi, Esas: 2005/7182, Karar: 2005/5405.

[88] İhale sürecinde ihaleye katılan isteklilerin yasaklı olup olmadığı bilgisine, Kurum tarafından tutulan bu sicillerden sorgulanarak ulaşılır.

[89] 5326 sayılı Kabahatler Kanunu madde 2; "*Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır."*

gereken ise madde 16/2'de; mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olarak ifade edilmiştir. Kabahatler Kanunu'nun 19'uncu maddesinde ise; diğer Kanunlarda kabahatler karşılığında belirli bir süre için; bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, işyerinin kapatılması, ruhsat veya ehliyetin geri alınması, kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması gibi yaptırımlara ilişkin mevcut düzenlemelerin, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılıncaya kadar saklı olacağı belirtilmiştir.

O halde Kabahatler Kanunu'nun anılan düzenlemelerinden hareketle, 4735 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinde yer alan fiil ve davranışları gerçekleştiren kimselere, yine bu Kanun'un 26'ncı maddesi uyarınca idareler tarafından verilen "ihalelere katılmaktan yasaklılık kararı, "Bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi" niteliğini taşıyan ve Kabahatler Kanunu'nun 16'ncı maddesinde belirtilen "diğer idari tedbir" kapsamına girmektedir. Bu itibarla, 4735 sayılı Kanun'da düzenlenen bu yaptırımlar, Kabahatler Kanunu hükümlerine uygun hale getirilinceye kadar "ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler" olarak uygulanmaya devam edecektir[90].

C- 4735 Sayılı Kanunu'nun 27'nci Maddesi

Kamu İhale sözleşmelerinde yasak fiil veya davranışlarda bulunan yükleniciler hakkında idarece yalnızca kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanma kararı vermekle yetinilmez, aynı zamanda gerçekleştirilen fiil ve davranışların Türk

[90] EKER KAZANCI, 2011, s. 49-50.

Ceza Kanuna göre suç teşkil etmesi durumuna göre, yüklenicilerin cezai sorumluluğuna gidilmesi için gerekli süreç de başlatılır. Örneğin; Kanun'un 25'inci maddesinin (a) bendinde sayılan; hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırma veya buna teşebbüs etme fiillerini gerçekleştiren veya (c) bendinde yer alan, sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapan veya (f) bendi uyarınca mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmeyen kişilerin bu fiil ve davranışları aynı zamanda TCK madde 236'da yer alan "edimin ifasına fesat karıştırma" suçunu oluşturmaktadır. Bu durumda, yükleniciler hakkında Kanun'un 26'ncı maddesi hükmü gereği idarece kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmesinin yanı sıra, bu kişiler hakkında gerekli cezai müeyyideler uygulanmasıyla birlikte 4735 sayılı Kanun'un 27'nci maddesinde izah edilen yasaklılık kararına ayrıca hükmedilecektir[91].

[91] 4735 sayılı Kanun'un "*Yüklenicilerin ceza sorumluluğu"* başlıklı 27'nci maddesi:

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

Bu Kanunda belirtilen yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hükmolunanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya

Bu süreç 4735 sayılı Kanun'un *"Yüklenicilerin ceza sorumluluğu*" kenar başlıklı 27'nci maddesinde genel olarak ele alınmıştır. Buna göre; 25'inci maddede sayılan yasak fiil ve davranışları gerçekleştirdikleri idarece tespit edilen- kabul işlemi yapılmış olsa dahi- gerçek kişiler ile o işteki ortak veya vekillerin bu fiilleri Türk Ceza Kanununa göre ayrıca bir suç teşkil ediyorsa, yüklenicilerin bu fiil veya davranışları hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulmalıdır[92].

4735 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışları gerçekleştiren yüklenicilerin bu fiilleri aynı zamanda Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil ediyorsa, yükleniciler hakkında hükmolunacak cezanın yanı sıra, bu kimselere yargı kararıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Hâkim, ihalelere katılmaktan yasaklılığın süresini belirlerken, kişinin suç dolayısıyla ortaya çıkan tehlikelilik durumunu göz önüne almalıdır. Diğer taraftan belirtmeliyiz ki, mahkemece failin gerçekleştirmiş olduğu suç karşılığı ceza yaptırıma hükmedilmesinin yanı sıra ayrıca haklarında

---

bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır.

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

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

[92] ŞİMŞEK, V. Arif, **A'dan Z'ye Yapım İhaleleri,** Ankara, 2006, s. 53.

ihaleye katılmaktan yasaklama kararına hükmedilmesi zorunluluk arz eder. Bu zorunluluk, 4735 sayılı Kanun'un 27'nci maddesinin lafzından anlaşılmaktadır[93].

Mahkeme tarafından haklarında ihalelere katılma konusunda yasaklama kararı verilenlerin cezası, idari bir yaptırım olan 4735 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesinde düzenlenen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanacaktır.

Haklarında ceza hükmolunan ve mahkeme kararıyla yasaklanan yükleniciler, Cumhuriyet Savcılıkları tarafından söz konusu durumun sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna ve ilgili meslek odalarına bildirilir. Sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca bildirimi izleyen on beş gün içinde Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur.

27'nci maddede, bu yasaklama kapsamına Kanun'un 26'ncı maddesinin ikinci fıkrasında sayılanların da dâhil edileceği hususuna yer verilmiştir. Öyleyse, haklarında mahkeme kararıyla yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin bir şahıs şirketi olmaları halinde, şirket ortaklarının tamamı hakkında; sermaye şirketi olması halinde ise, sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi

---

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

ortaklar hakkında ayrıca yasaklama kararı verilecektir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir.

Ayrıca, 4735 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinde belirtilen yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hükmolunanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanırlar.

Tam da bu noktada belirtmeliyiz ki; yasa koyucu, bu yaptırımın uygulama alanını, ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralını ihlal edecek şekilde gerçek ve tüzel kişiler aleyhine genişletmiştir. Bu yönü itibariyle söz konusu hükümlerin, Anayasanın "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38'inci maddesinde güvence altına alınan "ceza sorumluluğunun şahsiliği"[94] ilkesine açıkça aykırıdır.

Bunun yanı sıra, yasaklama kararının kişinin hangi tarih itibarıyla ortağı olduğu şirketler hakkında verilebileceği hususu da açık değildir. Maddenin bu düzenlemesi itibarıyla, hakkında ihaleye katılma yasağı verilmiş olan bir kişinin

[94] 5237 sayılı TCK'nin "Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği" kenar başlıklı 20'inci maddesinde; *"(1) Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.(2) Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla Kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır."* hükmü yer almaktadır.

bilahare bir şirket kurması veya kurulmuş olan bir şirkete ortak olması söz konusu olabilir. Bu yönü itibarıyla da söz konusu düzenleme sorunludur[95].

Bu yasaklama tedbiri, 26'nci maddede düzenlenen yasaklama kararından hukuki niteliği itibariyle ayrışmaktadır. Nitekim bu tedbir, mahkeme tarafından hükmedileceği öngörüldüğünden bir idari tedbir niteliğini taşımamaktadır.

Ayrıca, mahkeme tarafından söz konusu şahıslar hakkında verilen bu yasaklama kararı, tek başına bir ceza niteliğinde değil; bir ceza mahkûmiyetinin sonucu niteliğini taşımaktadır. Zira hâkim tarafından TCK hükümleri uyarınca bir mahkûmiyete hükmedildiğinde, bu mahkûmiyetin bir sonucu olarak bu maddede düzenlenen yasaklama kararına da hükmedilecektir[96]. Bu yönü itibariyle edimin ifasına fesat karıştırma suçundan dolayı cezaya hükmedilmesinin yanı sıra verilen ihaleden yasaklama kararı ancak bir güvenlik tedbiri niteliğini taşıyabilir.

Bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi sonucunu doğuran ihaleye katılmaktan yasaklılık kararının 765 sayılı Mülga TCK kapsamında hukuki niteliğine değinmek faydalı olacaktır. Bunun için öncelikli olarak Mülga Ceza Kanununda yaptırımlarla ilgili sınıflandırmaya kısaca yer vermeliyiz. Bilindiği üzere 765 sayılı Türk Ceza Kanununda mehaz İtalyan Ceza Kanununda olduğu gibi suçlar, cürüm-kabahat şeklinde nitelendirilmekte ve ağır suçlar için "cürüm", hafif suçlar için "kabahat" ayırımı kabul edilmekteydi. 765 sayılı Mülga TCK'nin yaptırım sisteminde, esas itibariyle, suç karşılığında öngörülen yaptırımların hepsi "ceza" olarak öngörülmekte ve cezalar da açıkça ifade edilmese de veriliş şekillerine göre,

[95] ÖZGENÇ, 2012, s. 115.

[96] EKER KAZANCI, 2011, s. 50.

"asli", "fer'i" ve "mütemmim (tamamlayıcı)" cezalar olarak birbirlerinden ayrılmaktaydı. Yani 5327 sayılı TCK'de güvenlik tedbiri olarak düzenlenen yaptırımlar, 765 sayılı mülga TCK'de fer'i ve mütemmim ceza olarak ortaya çıkmaktaydı. Fer'i cezalar; hidematı ammeden memnuiyet (kamu hizmetlerin yasaklılık) (m. 31), muayyen bir meslek ve sanatın tatili icrası (m. 35) ve kanuni kısıtlılıktı (m. 33/1). Öte yandan, Eski TCK'de cürümlere mahsus ceza olarak gösterilen kamu hizmetlerinden yasaklılık cezası ile kabahatlere mahsus cezalar arasında gösterilen meslek ve sanatın tatili icrası cezaları, hem asli ceza olarak hem de fer'i ceza olarak verilebilmekteydi. Bunların her ikisi de cezai nitelikte olduğu için, ceza sorumluluğu bulunmayan kişilere uygulanma hususu tartışmalıydı.

Günümüzde 5237 sayılı yeni TCK'de "aslî ceza" ve "fer'î ceza" ayırımı kaldırılmış; suç olgusu dolayısıyla uygulanabilen yaptırımlar, ceza ve güvenlik tedbiri olarak belirlenmiştir. Ancak belirtilmesi gereken şey, 765 sayılı mülga TCK zamanında, emniyet tedbiri olarak kabul gören yaptırımların yanı sıra feri cezaların da güvenlik tedbiri kapsamına alındığı hususudur[97].

İhalelere katılmaktan yasaklılık, sadece ceza kanunda zikredilen asli cezaya bağlı feri bir ceza olmayıp şartları sayılan hapis cezasının bir sonucu niteliğinde güvenlik tedbirlerinden hak yoksunluğu müessesesini teşkil eder. Diğer taraftan 27'nci maddede her ne kadar mahkeme tarafından haklarında ihalelere katılma konusunda yasaklama kararı verilenlerin cezasının, idari bir yaptırım olan 4735 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesinde düzenlenen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanacağı yer alıyor olsa da, bunun hatalı bir düzenleme olduğunu düşünmekteyiz. Nitekim ceza mahkemesi tarafından kurulan

[97] EKER KAZANCI, 2011, s. 210.

mahkûmiyet hükmünde güvenlik tedbiri olarak ihaleden yasaklama kararı verilmiş ise, kararın infazına, mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesiyle derhal başlanabilmelidir[98]. Zira TCK'nin "Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma" başlıklı madde 53/2'de yer alan; "Kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamaz." hükmü gereği, kural olarak cezanın infazı tamamlanınca tedbirler de sona erer[99].

D- 4735 Sayılı Kanunu'nun 28'inci Maddesi

4735 sayılı Kanun'un 28' inci maddesinde, edimin ifası sürecinde görev üstlenen kamu görevlilerinin ceza sorumluluğu düzenlenmektedir. Maddede; muayene ve kabul komisyonlarının başkan ve üyeleri, yapı denetim görevlileri ve ihtiyacın karşılanma sürecindeki her aşamada görev alan diğer ilgililerin, görevlerini kanunî gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarının, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulunduklarının tespiti halinde, haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanacağı, ayrıca fiil veya davranışlarının özelliğine göre haklarında ceza kovuşturulması da yapılacağı ve hükmolunacak ceza ile birlikte tarafların uğradıkları zarar ve ziyanın genel hükümlere göre kendilerine tazmin ettirileceği, bu Kanuna aykırı fiil veya davranışlardan dolayı hüküm giyen idare görevlilerinin artık bu Kanun kapsamına

[98] ÖZGENÇ, 2012, s. 112.

[99] TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 14. Bası, Ankara 2009, s. 408.

giren diğer işlerde görevlendirilemeyeceği[100] ve son olarak mahkemece haklarında herhangi bir ceza verilmiş olanların, bu Kanun kapsamına giren bütün kamu kurum ve kuruluşlarında bu Kanunun ve ilgili diğer ihale mevzuatının uygulanması sürecinde görev alamayacakları ve ilgili kadrolara, komisyonlara atanamayacakları düzenlenmiştir.

Bu noktada belirtmeliyiz ki, edimin ifasına fesat karıştırılması nedeniyle meydana gelecek zarar ziyanın tazmini hususunda 4735 sayılı Kanun'da özel bir düzenleme bulunmadığından, edimin ifasına fesat karıştırma suçu işleyen kişilerin kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın haklarında genel hükümlere göre tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanmalıdır[101].

[100] Kanaatimizce, maddenin lafzında her ne kadar bu Kanuna aykırı fiil veya davranışlardan dolayı hüküm giyen kamu görevlilerinin bu Kanun kapsamına giren işlerde görevlendirilemeyeceği ifade edilmiş olsa da, burada "hüküm giyme" ifadesinden haklarından kamu davası açılan kamu görevlilerinin yargılama sonuçlanıp hüküm kesinleşinceye kadar bu Kanun kapsamına giren işlerde görevlendirilemeyeceklerinin anlaşılması gerekmektedir.

[101] ÖZGENÇ, 2012, s. 118.

VI. EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN GENEL ESASLARI

A- Genel Olarak

Türk Ceza Kanunu'nda ihaleye ilişkin suçlar temelde iki kısma bölünmüştür. Bunlardan ilki "ihale" ikincisi ise yine yapılan sözleşme çerçevesinde yerine getirilmesi gereken "edim" aşamalarıdır[102]. İhalenin türüne göre, ihale makamının en uygun teklifi verenin, en çok arttıranın veya eksiltenin, icabını kabul mahiyetindeki irade bildirimini takiben imzalanan sözleşmeyle, bu ana kadar idari işlemlerin tümünü kapsayan ihale süreci sona ermekte ve artık edimin ifası süreci başlamaktadır[103]. İhale sürecinde, ihaleye katılan istekli kimseler ile idare arasındaki ilişki, idare hukuku kurallarına tabi iken; sözleşmenin imzalanmasından sonra idare ile ihale kendisine bırakılan yüklenici arasındaki ilişki özel hukuk hükümlerine tabidir. Bu süreçte ortaya çıkan ihtilaflar da artık özel hukuk hükümleri çerçevesinde çözümlenir. Sözleşmenin yürütülmesi aşamasında, ihale kendisine bırakılan yüklenici taraf ile idarenin, sözleşmeden doğan karşılıklı hukuki sorumlulukları mevcuttur[104].

İhale sürecinde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmasa dahi edimin ifasında ortaya çıkabilecek bir takım sözleşmeye aykırı fiillerle, kamunun hak ve hukukunu korumak adına mücadele edilmesi gerektiğini savunan yasa koyucu, 5237

[102] ALTIPARMAK, 2013, s. 135.

[103] EKER KAZANCI, 2011, s. 216.

[104] ibid, s. 215.

sayılı TCK'nin 236'ncı maddesinde "Edimin İfasına Fesat Karıştırma" suçu adı altında bu fiilleri cezalandırmıştır[105]. Bu sebeple, ihaleyi alan yükleniciler ile edimi kabule yetkili kamu görevlilerinin, sözleşmeden kaynaklanan ve kamuyu yakından ilgilendiren yükümlülüklerini yerine getirmeleri sırasında TCK'nin 236'ncı maddesinde sayılan fiilleri işlemeleri halinde, edimin ifasına fesat karıştırma suçundan dolayı cezai yaptırıma da maruz kalacaklardır.

TCK madde 236'ya konu olan ihaleler yalnızca 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ya da 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu kapsamındaki ihaleler ile sınırlı değildir. Devlet hesabına diğer mevzuat hükümlerince yürütülen hizmet ve mal alımları ile yapım işleri ihalelerinin sözleşme aşamasında, 236'ncı maddede yer alan hileli seçimlik hareketlerin icrası durumunda, somut olayın gerekli diğer şartlarının da varlığı halinde, edimin ifasına fesat karıştırma suçundan söz edilecektir[106].

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu 5237 sayılı TCK'nin ikinci kitabının "Topluma Karşı Suçlar" başlığını taşıyan üçüncü kısmının " Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" başlıklı dokuzuncu bölümü altında 236'ncı maddede düzenlenmiştir[107]. Buna göre;

---

[105] İÇEL, 2012, s. 108.

[106] EKŞİ, Hakkı, **"Kamu Harcamaları Kapsamında Kamu İhale Sisteminin Yolsuzluk Suçları Açısından Değerlendirilmesi",** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, Bursa, 2013, s. 78.

[107] TCK. 236. madde gerekçesinde; *"Bu maddede, edimin ifasına fesat karıştırma suçu tanımlanmıştır. Sözleşmenin imzalanmasıyla ihale süreci sona ermekte ve edimin ifası süreci başlamaktadır. Bu süreçte edimin ifasına fesat karıştırılması bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır.*

Söz konusu suç, kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına

Edimin ifasına fesat karıştırma

Madde 236- (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 girile edimin ifasına fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Aşağıdaki fiillerin[108] hileli olarak yapılması halinde, edimin ifasına fesat karıştırılmış sayılır:

a) İhale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi.

b) İhale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi.

çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırmak suretiyle işlenebilir. Bu bakımdan söz konusu suçun uygulama alanı sadece kamu kurum veya kuruluşlarına karşı girişilen taahhütlerin yerine getirilmesiyle sınırlı tutulmamıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında, edimin ifasına fesat karıştırma niteliğindeki hareketler sayılmıştır. Sayılan bütün bu hareketlerin ortak özelliği hileli davranışlar olmasıdır. Fıkra metninde beş bent olarak sayılan bu seçimlik hareketler yeterli açıklıkta tanımlandığı için, ayrıca izaha gerek görülmemiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasına göre, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, kamu görevlilerinin ve sair kişilerin bir menfaat temin etmiş olmaları gerekli değildir. Aksi takdirde, yani edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin edilmiş olması hâlinde, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre ceza sorumluluğu cihetine gidilir." denilmektedir.

[108] Yasa koyucu söz konusu düzenlemede "fiiller" kavramına yer vermişken, madde gerekçesinde bunun yerine "hareketler" kavramını kullanmayı tercih etmiştir.

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.

Maddenin birinci fıkrasında, hangi kurumlara karşı taahhüt edilen edimlere fesat karıştırması halinde bu suçun oluşacağı düzenlenmiştir. Söz konusu suç; kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırılması suretiyle işlenebilir.

Bu kurum ve kuruluşlara karşı taahhüt altına girilen edimin, yalnızca ihale sözleşmesi suretiyle yüklenileceğine yönelik bir gereklilik fıkra metninden açıkça anlaşılamamaktadır. Zira yalnızca ilk fıkrayı okuyan bir kimse, sadece ihale suretiyle değil, burada sayılan kurum kuruluşlara karşı herhangi bir şekilde taahhüt

altına girildiğinde de, yüklenilen edimin ifasına fesat karıştırılması durumunda bu suçun oluşacağı düşünülebilecektir. Ancak maddenin ikinci fıkrası dikkate alındığında, maddede sözü edilen "taahhüt altına girilen edim "den kastın, ihale sözleşmesi nedeniyle taahhüt altına girilen edim olduğu sonucuna varılmaktadır[109].

Maddenin ikinci fıkrasında, edimin ifasına fesat karıştırma niteliğindeki hareketler seçimlik olarak beş bent halinde sayılmıştır[110].

Maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için kamu görevlilerinin ve sair kişilerin bir menfaat temin etmiş olmaları şartı aranmamaktadır[111]. Edimin ifasına fesat karıştıran görevli kişiler bakımından bir menfaat temini söz konusu olduğu takdirde, menfaat temini ayrı bir suç teşkil ediyorsa, edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak ile birlikte ayrıca bu suç sebebiyle de cezalandırılacakları, diğer bir ifadeyle, haklarında gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

B- Suçun Hukuki Konusu

Suçun hukuki konusu, kanunun yasak hükmü ve müeyyide ile açıkça koruduğu hukuki hak ve menfaattir. Başka bir deyimle, suçun hukuki konusu, ceza

[109] Eker Kazancı, 2011, s. 216.

[110] Fıkra metninde sayılan bu seçimlik hareketler, çalışmamızın "Tipik Fiil" konu başlığı altında ayrıca izah edilmiştir. Bkz. s. 112 vd.

[111] M. R. Koca, 2014, s. 210.

kuralı ile korunan ve suçun ihlal ettiği, zarar verdiği veya tehlikeye maruz bıraktığı ferdî, toplumsal, maddi veya maddi olmayan varlık ya da menfaattir[112].

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun hukuki konusu bakımından doktrinde görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bir görüşe göre, edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile korunan hukuki değer karma niteliktedir. Bu suçla bir taraftan ülkenin ekonomik işleyişi ve dengesi ile sınırlı kaynaklarının korunması amaçlanırken, diğer taraftan sözleşme hürriyetinden kaynaklanan edimin taahhüt edildiği şekilde ifası sağlanarak ticari hayatta güven ve işlerlik korunmaya çalışılmıştır. Bunun yanı sıra kamu görevlilerine duyulan güveni muhafaza etmek ve toplumsal hayatta dürüstlüğü temin etmek de hedeflenmektedir[113]. Diğer görüş; suçun koruduğu hukuki değerin, yalnızca sözleşme hürriyetinden kaynaklanan edimin ifasının sağlanması suretiyle ticari hayatta kazanılan işlerlik ve güven olduğunu kabul etmektedir[114]. Bir kısım yazarlar ise; korunan hukuki değerin, kamuya ve kamu görevlilerine duyulan güveni sağlamak ve dürüstlüğü temin etmek olduğu gibi, bu yolla diğer taraftan dolaylı olarak ekonominin de korunduğunu savunmaktadırlar[115]. Bir başka görüş; öncelikli olarak yasa koyucunun ihaleye fesat karıştırma suçunu düzenlerken korumaya çalıştığı hukuki değer ile edimin ifasına fesat karıştırma suçunda gözettiği hukuki değerin aynı olduğunu, Ceza Kanunundaki bu düzenlemeyle kamusal faaliyet

---

[112] EREM, Faruk, "Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin", **AÜHFD 1968**, C.25, S.1, s. 23; TOROSLU, 2009, s. 93; *"Varlık, insanın ihtiyaçlarını tatmine elverişli her şeyi ifade eder. Menfaat ise, kişi ile varlık arasında var olan ve kişinin bir ihtiyacını gidermek için varlığı kullanmasına imkan veren ilişkidir. Bunlar hukuken korunduklarında hukuki varlık veya hukuki menfaat adını almaktadırlar."*

[113] YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, 2014, s. 7125- 7126.

[114] MERAN, 2011, s. 304; PARLAR, 2011, s. 115.

[115] EKER KAZANCI, 2011, s. 223; AKBULUT, 2009, s. 48.

niteliğini taşıyan bütün artırma ve eksiltme işlemlerinin dürüstlük esasına dayalı olarak yerine getirildiği hususunda toplumsal güvenin korunmasının amaçlandığını kabul etmektedir[116]. Bazı yazarlar ise, bu suç tipiyle ülkenin ekonomik işleyişi ve dengeli sınırlı kaynaklarının korunmak istendiği, nitekim bu suç tipinin Ceza Kanunu'nda sistematik olarak ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar bölümünde düzenlenmesinin özel bir anlamı bulunduğu görüşündedirler[117]. Bazıları ise suçun hukuki konusunu; kamu adına yapılan ihalelerde tarafların akdettikleri sözleşme hükümlerine uygun davranmalarıyla oluşacak kamusal yarar olarak tarif etmektedirler[118]. Tam da bu hususta, Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin verdiği 27.02.2013 tarih, E: 2012/3485 ve K: 2013/1418 sayılı ilamda; *"... İhaleye fesat karıştırma suçunda, korunan hukuki yararın kamu idaresine ve dolayısıyla kamu görevlilerine duyulan güven ve itibar ile kamunun maddi ve mali yararları kapsamında temelde serbest rekabet ortamının korunması olduğu..."* ifadelerine yer verilmiştir[119].

Kanaatimizce, edimin ifasına fesat karıştırma suçu birden fazla hukuki menfaati koruyan karma nitelikte çok hukuki konulu suçlardan biridir. Bu suçla korunmak istenen hukuki değerin öncelikli olarak 5237 sayılı TCK'nin sistematiğinden hareketle; ülkenin ekonomik işleyişi ve sınırlı kaynaklarının korunması olduğunu söyleyebiliriz. İkinci olarak kanaatimizce yasa koyucu, toplumun kamu idaresine olan güvenini devamlı kılmak amacıyla edimin ifasına fesat karıştırma fiillerini bağımsız bir suç tipi olarak Türk Ceza Kanunu'nda düzenleme gereği duymuştur.

[116] ÖZGENÇ, 2012, s. 29 ve 92.

[117] DÜLGER, 2008, s. 230.

[118] HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, 2012, s. 418.

[119] KOCA, 2014, s. 213.

C- Mağdur (Suçun Pasif Süjesi)

Pasif süje veya mağdur, suçu oluşturan fiilden doğrudan doğruya saldırıya uğrayan kişi veya kişilerdir. Diğer bir ifadeyle mağdur, ceza normu ile korunan hukuki varlık veya menfaatin sahibidir. Her suçun mutlaka bir mağduru vardır[120]. Tanımdan hareket ettiğimizde, suç oluşturan eylem ile mağdurun hukuki menfaati ihlal edilmektedir. Ancak bu söylem, suç oluşturan eylemlerle mağdurdan başka kimselerin hukuken korunan haklarının ihlal edilmeyeceği anlamına gelmez. Bu noktada, mağdur-suçtan zarar gören kavramları irdelenmelidir.

Bu suç, TCK sistematiğinde ikinci kitabın "Topluma Karşı İşlenen Suçlar" kısmının Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" bölümünde düzenlenmiştir. Dolayısıyla edimin ifasına fesat karıştırma suçu, kişilere ait menfaatlere karşı değil, topluma ait menfaatlere karşı işlenmektedir. Doktrinde bazı yazarlar, bu suçun mağdurunun, edimin usulüne uygun ifa edilmemesinden zarar gören gerçek kişiler olduğunu, diğer bir deyişle, toplumu oluşturan herkes olduğunu; suçtan zarar görenin ise; başta hazine olmak üzere kendisine karşı edimin ifası için taahhüt altına girilen kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatifler ile suçtan zarar gören gerçek kişiler olabileceğini ifade etmektedirler.[121] Bu görüşte

[120] TOROSLU, 2009, s. 95.

[121] KOCA / ÜZÜLMEZ, 2013, s. 9; KAPLAN, 2013, s. 721; ÖZGENÇ, 2012, s. 108; ALTIPARMAK, 2013, s. 153; DÜLGER, 2008, s. 230; KOCA, 2014, s. 216; ARSLAN, Çetin / TÖNGÜR, Ali Rıza, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", **TAAD,** 2013, Yıl:4, S.:14, s. 236.

olanlar; suçun koruduğu hukuki değerin ancak gerçek kişilere ait olabileceğini[122], bu suçtan ötürü bir kamu kurumu veya kuruluşu ya da özel hukuk tüzel kişisi zarar görmüş olsa dahi, suçun mağdurunun yine toplumu oluşturan gerçek kişiler olabileceğini, tüzel kişilerin ancak bu sıfatları itibariyle suçtan zarar gören sıfatını taşıyabileceklerini kabul etmektedirler[123]. Aynı doğrultuda bazı Yargıtay Ceza Dairesi kararlarında, suça konu ihaleyi düzenleyen ilgili kamu kurum veya kuruluşunun, edimin ifasına fesat karıştırma suçundan zarar gören olduğu vurgulanmaktadır[124].

Aynı zamanda Yargıtay 5. CD.'nin 06.05.2013 tarih ve 7386/4597 sayılı bir ilamında, 26.12.2003 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5020 sayılı Kanun'un 12 ve 13'üncü maddeleriyle; 3628 sayılı Kanunun 17'nci maddesinin 1'inci fıkrasında yapılan değişiklik ve 18'inci maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkralarda yer alan *"...resmi ihale ve satımlara fesat karıştırma... suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında, yapılan ihbar veya takipsizlik kararı ve iddianame Cumhuriyet*

[122] KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s.133, ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Ankara, 2013, 9. Bası, s. 210.

[123] ÖZGENÇ, 2012, s. 68 - 69; EKER KAZANCI, 2011, s. 130; MERAN, 2011, s. 115; KAPLAN, 2013, s. 721.

[124] Örneğin; Yargıtay 5. Ceza Dairesi 30.05.2013 tarih, E: 2012/4781 ve K: 2013/4752 sayılı ilamında; *"...Suçtan zarar gören Ordu Belediye Başkanlığı vekilinin sanığın cezalandırılması yönündeki beyanları karşısında 5271 sayılı CMK' nin 238/2 maddesi uyarınca davaya katılmak isteyip istemediği sorularak, katılmak istemesi halinde aynı Yasanın 238/3. maddesi uyarınca olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, ..."* hükmüne yer verilmek suretiyle suçtan zarar görenin Belediye tüzel kişiliği olabileceği belirtilmiştir. Karar için ayrıca bkz. KOCA, 2014, s. 217.

Başsavcılığınca, Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü ile varsa diğer ilgili kamu kurum veya kuruluşlarına bildirilir. Hazine avukatının yazılı başvuruda bulunması halinde, Maliye Bakanlığı, başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanır." şeklindeki düzenleme nedeniyle hazinenin suçtan zarar gören sıfatının bulunduğu kabul edilmiştir[125].

[125] 5. CD.'nin 06/05/2013 tarih ve 7386/4597 sayılı ilamında; *"26/12/2003 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5020 sayılı Kanun'un 12 ve 13'üncü maddeleriyle; 3628 sayılı Kanunun 17'nci maddesinin 1'inci fıkrasında yapılan değişiklik ve 18'inci maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkralarda yer alan "...resmi ihale ve satımlara fesat karıştırma suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında, yapılan ihbar veya takipsizlik kararı ve iddianame Cumhuriyet Başsavcılığınca, Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü ile varsa diğer ilgili kamu kurum veya kuruluşlarına bildirilir. Hazine avukatının yazılı başvuruda bulunması halinde, Maliye Bakanlığı, başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanır." şeklindeki düzenleme karşısında; CMK'nin 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 ilgili Üniversite ile Hazinenin duruşmadan haberdar edildiğine ve temyiz hakkını kullanabilmeleri için, hükmün tebliğ edildiğine ilişkin bilgi ve belgeye rastlanmadığı anlaşıldığından, davanın ilgililere haber verildiğini ve hükmün tebliğ edildiğini gösteren bilgi ve belgeler var ise dosyasına eklenmesi, aksi halde anılan tebligat noksanlığı giderilerek alınacak tebligat parçaları ile bunlar tarafından hükümlerin temyiz edilmesi durumunda dilekçelerinin ve ayrıca Yargıtay C. Başsavcılığınca düzenlenen ekli tebliğnamenin kendilerine tebliği ile bunlara dair belgelerin eklenmesinden ve "temyiz vaki olursa bu hususta ek tebliğname düzenlendikten sonra" iade edilmek üzere incelenmeyen dosyanın mahalline gönderilmesi için Yargıtay C. Başsavcılığına Tevdiine"* karar verilmiştir. Karar için ayrıca bkz. YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, 2014, s. 7129-7130.

Doktrinde bazı yazarlar ise; suçun doğasının izin verdiği ve tüzel kişilere ait varlık ya da menfaatlerin ceza normu ile korunduğu sürece tüzel kişilerin de suçun mağduru olabileceklerini ileri sürmektedirler[126]. Bu görüşte olanlar, TCK madde 236'da düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçunun mağdurunun ve aynı zamanda suçtan zarar görenin; bir edimin gerçekleştirilmesi hususunda kendilerine karşı taahhüt altına girilmiş olan kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatifler olabileceğini ileri sürmektedirler[127].

---

[126] KATOĞLU; aksi düşüncenin ciddi sorunlara yol açacağını ifade etmektedir. Örneğin, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 74. maddesinde, banka itibarına zarar verecek fiiller yasaklanmakta, aynı kanunun 158. maddesi ile bu yasağa aykırı davranış cezalandırılmaktadır. Banka tüzel kişiliğinin itibarına zarar veren fiillerin mağduru her halde banka tüzel kişiliğidir, yani tüzel kişidir. Aksi görüşün kabulü halinde, tüm banka çalışanlarının itibarlarının zedelendiği ve tüm bu gerçek kişilerin suçun mağduru oldukları gibi tuhaf bir sonuca varılacaktır. Bkz. KATOĞLU, Tuğrul, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", **AÜHFD,** 2012**,** C.: 61, S.: 2, s. 673; SOYASLAN, Doğan "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat' a Armağan,** 2012**,** C.: 9, S.: 2, s. 182. ; TOROSLU, 2009, s. 97; *"Sadece birey gibi gerçek kişiler veya şirket veya devlet gibi özel veya kamusal nitelikteki tüzel kişiler değil, kendilerine özgü ihtiyaçları tatmin eden varlık veya menfaatlerin hamili olan aile, toplum ve devletler topluluğu gibi tüzel kişiliği bulunmayan sosyal topluluklar da suçun pasif süjesi veya mağduru olabilir."*

[127] HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, 2012, s. 418; PARLAR, 2011, s. 117; " *Suçun mağduru ise, ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde edimin ifasına fesat karıştırılmak suretiyle zarar uğratılan veya zarar tehlikesiyle karşı karşıya bırakılan kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatifler olabilirler."*

Kanaatimizce burada kritik husus, bazı varlık ya da menfaatlerin bu topluluklar çevresinde kümelenip kümelenmediğidir. Tüzel kişilere ait varlık ya da menfaatlerin cezaen korunması halinde bu tüzel kişiler suç mağduru olarak kabul edilir. Bu itibarla, tüzel kişiler ve bir tüzel kişi olan devlet suçun mağduru olabileceği gibi, hatta tüzel kişiliği bulunmayan toplum, aile, devletler topluluğu gibi topluluklar da suçun mağduru olabilirler. Bu düşünceden hareketle, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun mağduru ve aynı zamanda suçtan zarar görenin; bir edimin gerçekleştirilmesi hususunda kendilerine karşı taahhüt altına girilmiş olan TCK madde 236/1'de sayılan tüzel kişiliklerin olabileceği kanaatindeyiz.

D- Fail (Suçun Aktif Süjesi)

Ceza hukukunda fail kavramı, hukuka aykırı fiili işleyen kimseyi ifade eder[128]. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili; TCK'nin 236'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında sayılan tipik fiilleri hileli olarak gerçekleştiren kişilerdir. Bu suçun failinin kimler olabileceğini tespit edebilmek için TCK madde 236/2'de yer alan düzenlemeyi yakından incelemek yerinde olacaktır.

TCK madde 236/2 (a) ve (b) bentlerinde yer verilen seçimlik hareketleri işleyebilecek olanlar bakımından "teslim eden" veya "kabul eden" kavramları kullanılmış iken; (c), (d) ve (e) bentlerinde sadece "kabul eden" kavramı kullanılmıştır. Buna göre; (a) ve (b) bentleri bağlamında failler; edimin ifasına fesat karıştırarak bu edimi teslim eden kişiler veya fesada uğramış edimi kabul eden kamu görevlileri olacaktır. (c), (d) ve (e) bentleri bağlamında failler ise yalnızca;

[128] TOROSLU, 2009, s. 91.

yükleniciler tarafından fesada uğratılmış edimi kabul eden kamu görevlileri olacaktır[129]. Bu noktada "teslim eden" ve "kabul eden" kavramlarıyla kimlerin ifade edilmek istendiğine değinmek gerekecektir.

Teslim eden; ihale sözleşme veya kararına göre, ihale kendisine bırakılarak ihaleye konu edimi ifa yükümlülüğü altına girmiş olan kimsedir[130]. Hemen belirtmeliyiz ki, TCK madde 236/2'de ifade edilen "teslim eden" kişiden ihale sözleşmesinin tarafı konumunda olan kişi anlaşılmalıdır[131]. Diğer bir deyişle, malı bizzat teslim eden kişi, bazen ihale sözleşmesinin tarafı konumunda olan "teslim eden" kişi olamayabilir. Bu durumda, "teslim eden" sıfatını taşıyan suçun failinin her zaman için malı bizzat teslim eden kişi olarak algılanmaması gerekir[132].

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili olarak "kabul eden" kimseden; edimi kabul etmekle yetkilendirilmiş kamu görevlisinin anlaşılması gerekir[133].

---

[129] KAPLAN, 2013, s. 720.

[130] DÜLGER, 2008, s. 218.

[131] ÖZGENÇ, İzzet/ ŞAHİN, Cumhur, **"Uygulamalı Ceza Hukuku",** Ankara 2011, s. 97; "*Tüzel kişi, belli bir gayeye matuf, gai (final) olarak hareket edemez. Bu nedenle, tüzelkişiyi normun muhatabı (ve dolayısıyla, yükümlüsü)olarak telakki etmek mümkün değildir."*

[132] YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, 2014, s. 7127.

[133] 5. CD. 12/06/2013 – 2012/4334 E., 2013/6480 K. sayılı ilamında;*"İhale şartnamesine göre teslim alma işleminin kabul komisyonu tarafından yapılması gerektiği, Gü.... Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı Başkanlığının 07/11/2007 tarihli yazısında da teslim alma işleminde muayene kabul komisyonunun yetkili olduğunun ancak, böyle bir komisyonun kurulmadığının belirtilmesi, sanıkların savunmaları, olayın oluş biçimi ve tüm dosya kapsamı karşısında, mahkemenin beraat kararı ile ilgili uygulama ve gerekçesinde bir isabetsizlik görülmediğinden tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak*

Tam da bu noktada, kamu görevlisi-memur kavramları arasındaki ayrıma değinmenin faydalı olacağını düşünmekteyiz. 765 sayılı TCK madde 279'da; "memur" ve "kamu hizmeti görmekle yükümlü" kavramlarıyla ikili bir ayrıma gidilmişti. Bu ayrım, 765 sayılı Kanun uygulaması bakımından farklı sonuçlar doğurmaktaydı. Nitekim bazı suçlar sadece kamu görevi gören memurlar, bazı suçlar ise hem kamu görevi gören memurlar hem de kamu hizmeti gören kamu hizmetlileri tarafından işlenebilmekteydi. Buna karşılık bu kişilere karşı işlenen suçlar bakımından suçun ağırlaştırıcı nedeninin uygulanabilmesi için, mağdurun kamu görevi gören memur olması gerekirdi. Diğer bir deyişle, kamu hizmeti gören kişiler bu kapsama dâhil edilmemekteydi. Kanun koyucu yerine getirilen görevin amacı ve işlevin niteliğini esas alarak farklı düzenlemeler yapmayı tercih etmişti[134]. 765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki "memur" tanımının doğurduğu sakıncaları bertaraf etmek üzere ilk kez 5237 sayılı TCK'de memur kavramını da kapsayan "kamu görevlisi" tanımına yer verilmiştir. Yeni düzenleme ile 765 sayılı TCK döneminde memur sayılmayan birçok görevli "kamu görevlisi" kapsamına dâhil edilmiştir. 5237 Sayılı TCK madde 6/c'de; kamu görevlisi; *"kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi"* olarak tanımlanmıştır. 5237 sayılı TCK, "kamu görevlisi" kavramının belirlenmesinde temel ölçüt olarak 'kamusal faaliyet'i esas almıştır. Nitekim madde gerekçesinde kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçütün, gördüğü

---

edilmemiştir." ifadesi yer almaktadır. Karar için ayrıca bkz. YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, 2014, s. 7126.

[134] DÖNMEZ DEMREN, Burcu "Türk Ceza Kanununda 'Kamu Görevlisi' Kavramı/ Concept of 'Public Servant' in Turkish Penal Code", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** Mayıs-Haziran 2011, Sayı 94, s. 115-116.

işin kamusal faaliyet niteliğini taşıması olduğu vurgulanmıştır. "Kamusal faaliyet" kavramı, ceza kanunumuz açısından yeni bir kavram olup, bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğine sadece madde gerekçesinde yer verilmiştir. Gerekçede; 'kamusal faaliyet'; *"Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasi kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi"* olarak tanımlanmıştır. İdare hukukundan farklı olarak 5237 sayılı TCK, kamusal faaliyete katılan kişinin devletle herhangi bir istihdam ilişkisi içerisinde olmasını da aramamaktadır. Diğer bir deyişle, idare hukukundan farklı olarak kamuya yönelik ve kamuya yararlı her hizmeti sağlayan, yeni ceza kanunu kapsamında kamu görevlisi tanımına uygun düşmektedir. Madde gerekçesinde yer verildiği üzere, bu konuya ilişkin yapılan tek sınırlama; kamusal bir faaliyetin yürütülmesine ihaleye dayalı olarak katılan özel hukuk kişilerinin kamu görevlisi olarak kabul edilemeyeceği hususudur. Böyle bir katılma söz konusu olduğunda, ihaleyi düzenleyen kamu kurum ve kuruluşları ile ihaleyi alan kişi arasında özel hukuk ilişkisi hükümleri uygulanacak, cezai sorumluluk kapsamında ise; TCK'nin genel hükümlerinden hareket edilerek ihale ilişkisine dayanarak katılan kişilerin sorumluluğu yoluna gidilecektir. Öğretide, kanun koyucunun burada kamu hizmeti görenleri değil, kamuya yararlı iş görenlerin kapsam dışına bırakılmasını amaçladığı, nitekim idare hukukunda kamusal faaliyetin özel hukuk kişilerince üstlenilmesi yolları arasında ihale yöntemine yer verilmediği, ihalenin sadece bu kapsamda kullanılan bir araç olduğu ileri sürülmüştür[135].

Bu değerlendirmeler ışığında, edimin ifasına fesat karıştırma suçu bağlamında TCK madde 236/2'nin (a) ve (b) bentlerinde yer verilen seçimlik hareketleri işleyebilecek olanlar bakımından "teslim eden" sıfatı taşıyan kişiler her

[135] DÖNMEZ DEMREN, 2011, s.119- 120.

ne kadar kamuya yararlı faaliyet üstleniyor olsalar da, kamusal faaliyetin yürütülmesine doğrudan katılmadıklarından, kamu görevlisi sayılamazlar.

Konuyu idare hukukundan bağımsız olarak ve ceza hukukunun ihtiyaçlarını gözeterek ele aldığımızda, kamusal faaliyetin kamu görevini ve kamu hizmetini yürütenleri kapsadığı, kamuya yararlı bir faaliyetin yürütülmesine katılanların kamusal faaliyet kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini, bu yorumun kamusal faaliyete herhangi bir surette katılma ifadesinin sınırsız genişliğini daraltacağını düşünmekteyiz[136].

4735 sayılı Kanun'un 11'inci maddesi uyarınca; yükleniciler tarafından teslim edilen mal, hizmet veya yapım işinin muayene ve kabul işlemleri, idarelerce kurulacak en az üç kişilik muayene ve kabul komisyonları tarafından yapılacağı ifadesine yer verilmiştir[137]. Bu sebeple, kamu görevlisi olmakla birlikte edimi kabul etme hususunda görevlendirilmeyen kişi bu suçun faili olamaz[138].

---

[136] Benzer yönde verilmiş ilam için bkz. Yargıtay 4. CD. 02.04.2008 tarih ve 2008/1344 Esas, 2008/5396 sayılı Karar.

[137] Kamu İhale Kanuna göre kamu kurum ve kuruluşlarınca ihale edilen mal ve hizmet alımlarıyla yapım işlerinin muayene ve kabul işlemleri ile Muayene ve Kabul Komisyonlarının kuruluş ve çalışma esasları 19 Aralık 2002 gün ve 24968 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan; Mal Alımları Denetim, Muayene Ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik (Bu Yönetmelikte bilahare, 22.06.2005 tarih ve 23853 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan değişiklikler yapılmıştır.), Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği, Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği, Danışmanlık Hizmetleri Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği ile düzenlenmiştir. Bu yönetmelikler ile ilgili açıklamalar için bkz. NALÇAKAR, Haluk, **Mahalli İdareler Açısından Yorumlanmış İhale Mevzuatı,** Mahalli İdarelere Hizmet Derneği Yayınevi, Ankara, 2009, s. 609- 613.

[138] KOCA, 2014, s. 214.

Doktrinde, TCK madde 236/2 (a) ve (b) bentlerinde; bir taraftaki fail/lerin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen mal(lar)ı teslim etmesi, diğer taraftakilerin ise kabul etmesi söz konusu olduğundan, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun iki taraflı[139]çok failli suç niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir[140]. Ancak doktrinde aksi yönde görüş sunan yazarlar da vardır[141].

Çok failli suçlarda suç ancak kanuni tanımdaki kişi sayısı kadar katılımla işlenebilir. Birden çok failin suçun oluşumu için zorunlu olarak bulunması gereken suç tipleri -suça (zorunlu) iştirak gibi- suçun özel görülüş biçimi olmayıp doğrudan suçun oluşumu için yasal tanımda aranılan bir özelliktir[142].

Kanaatimizce, edimin ifasına fesat karıştırma suçu, çok failli suç tanımlamasına uymamaktadır. Zira TCK madde 236 (a) ve (b) bentleri uyarınca bu suçun faili, kabul eden ve/veya teslim eden olabilir. Edim konusu olan malı sözleşmesi veya şartnamesinde belirtilen niteliklere uymadığı halde hileli yöntemlerle kabul eden kamu görevlisinin bu suçun faili olabilmesi için, teslim edenin eylemleri yönünden yapılan değerlendirme neticesinde onun da suçun faili olma zorunluluğu aranmamaktadır. Teslim eden, eylemlerinden ötürü kusurlu olmasa

---

[139] Burada çok failli suç tiplerinden "karşılaşma suçları" kastedilmektedir. Karşılaşma suçlarında, suç işlenmesine farklı yönlerde hareket ederek katkıda bulunan faillerin varlığı zorunludur.

[140] HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, 2012, s. 418; ARSLAN / TÖNGÜR, 2013, s. 236

[141] Aksi yönde görüş ileri süren AKBULUT; TCK madde 236/2 (a) ve (b) bentlerinde; kabul eden veya teslim eden çok failli suçlardan karşılaşma suçlarının iki tarafını oluşturmadığını, çünkü bu suçun hileli hareketlerle işlendiği için karşı tarafın aldatılmasının gerekmediğini, bu durumda teslim eden açısından suçun teşebbüs aşamasında kalacağını dile getirmektedir. Bkz. AKBULUT, 2009, s. 68.

[142] YALÇIN SANCAR, Türkan, **Çok Failli Suçlar,** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1998, s.36.

bile, kabul eden kişinin eylemleri TCK madde 236/2 kapsamında nitelendirilebiliyorsa, suç yalnızca kabul eden bakımından vücut bulabilir. Kaldı ki, TCK madde 236/2 (c), (d) ve (e) bentleri bakımından suçun çok failli suç olup olamayacağı yönünde yapılacak bir değerlendirmede; yasa koyucunun suçun failinin yalnızca "kabul eden" olabileceğini öngördüğünden, "teslim eden"i fail kapsamına almadığından, teslim edenin karşılaşma suçlar bakımından fail sıfatıyla bir unsur teşkil edemeyeceği açıktır. Tüm bu değerlendirmelerimiz doğrultusunda bu suçun çok failli suç kategorisinde bulunmadığı kanaatindeyiz.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun, fail bakımından yapılan ayrıma göre, özgü suç niteliği taşıyıp taşımadığı hususu, gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında görüş ayrılıkları içermektedir.

Doktrinde pek çok yazar; bu suçun faili olabilmek için TCK'de özel bir şart aranmadığı, bu sebeple bu suçun failinin herkes olabileceği görüşündedirler[143]. Zira, bu suçun faili açısından aranılan yegane şartın; kişinin 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 ihaleyle belli bir edimin yerine

[143] ÖZGENÇ, s. 108; İÇEL, 2012, s. 110; EKER KAZANCI, 2011, s. 223; ALTIPARMAK, 2013, s. 146; MERAN, s. 304; DÜLGER, 2008, s. 230; PARLAR, 2011, s. 117; ÇELİK, 2006, s. 18; SARITAŞ, 2009, s. 65; ERDAĞ, Ali İhsan, **"Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar",** s. 6. Makale için bkz. (*http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.html)* (*E.T. 24.04.2013*)

getirilmesi hususunda taahhüt altına girilmiş olmasıdır. Yoksa elbette herhangi bir kişinin bu suçun faili olamayacağını kabul etmektedirler[144].

Benzer yönde görüş ileri süren bazı yazarlar ise; edimin ifasına fesat karıştırma suçunun, 765 sayılı Mülga TCK'nin benzer suç tiplerinden olan 205'inci maddesinden farklı olarak bir "memur suçu" niteliğinde olmadığını ve herkesin bu suçun faili olabileceğini düşünmektedirler[145]. Nitekim 765 sayılı Mülga TCK'nin 205'inci maddesinde; *"Bir kimse Türkiye Devleti hesabına olarak almaya veya satmaya yahut yapmaya memur olduğu her nevi eşyanın alım veya satımında ve pahasında ve miktarında ve yapmasında fesat karıştırarak her ne suretle olursa olsun irtikap eylerse on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasiyle cezalandırılır ve zarar kendisine ödettirilir.* " hükmünde fail için her ne kadar "bir kimse" sözcükleri kullanılmış olsa da uygulamada ve doktrinde bu suçun ancak "bir memur" tarafından işlenebileceği ve dolayısıyla bunun bir özgü (mahsus) suç olduğu kabul edilmekteydi[146]. Diğer taraftan, 205'inci maddenin Kanun sistematiği

---

[144] Aynı yönde görüş için bkz. DÜLGER, 2008, s. 230. Bu doğrultuda yapılan bir yorum, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili olabilecekleri edimi "teslim eden" ile sınırlandırmak anlamına geleceğinden, bu görüşe katılmıyoruz.

[145] İÇEL, 2012, s. 110.

[146] DÜLGER, 2008, s. 230; TOROSLU, 2009, s. 91; *"Bir suçun özgü suç mu yoksa herkes tarafından işlenebilen bir suç mu olduğunu belirleyebilmek için, sadece kanunun ifadesi ile yetinmek ve böylece failin 'her kim' veya 'kimse' diye belirlendiği bütün suçları herkes tarafından işlenebilen suç saymak doğru değildir. Bir suçun gerçekten herhangi bir kimse tarafından işlenebilip işlenemeyeceğini belirleyebilmek için, suçu öngören normun büyük bir dikkatle incelenmesi gerekir. Böylece, örneğin 'kimse' deyiminin kullanılmış olmasına rağmen TCK. nun 322'nci maddesinde yer alan suçun (savaş zamanında yükümlülükleri yerine getirmeme suçu) özgü suç olduğunu kabul etmek gerekir. Gerçekten*

içerisindeki yeri değerlendirildiğinde de, bu suçun ancak bir memur tarafından işlenebileceği savı güçlenmekteydi. Nitekim madde metninde Türkiye Devleti hesabına olarak almaya veya satmaya yahut yapmaya görevli ve yetkili olması gerektiği belirtilmekteydi[147]. Bu yönde düşünce ileri süren yazarlar, 5237 sayılı Yeni TCK ile getirilen yeniliklerden birinin de, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun özgü bir suç olmaktan çıkarılması hususunu belirtmektedirler.

Öğretide başka bir görüş; sadece belli niteliklere sahip kişiler tarafından bu suçun işlenebiliyor olması sebebiyle bu suçun özgü/mahsus suçlar kategorisinde yer alması gerektiğini ileri sürmektedir. Çünkü bu suçun faili ancak mal veya hizmeti kabule yetkili kişiler ya da bu iş kendisine ihale edilen ve edimi ifa etmekle yükümlü kimseler olabilir[148].

Yargı içtihatları da bu görüşü destekler niteliktedir. Nitekim söz konusu yargı kararlarında; TCK madde 236/2'nci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde yüklenici konumunda bulunan 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 olabilecekleri, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan bu kimselerce işlenebileceğinden hareketle bu suçun özgü suç olduğu yönünde herhangi bir tereddüdün bulunmadığı ifade edilmiştir. Yine aynı kararlarda, 5237 sayılı TCK madde 40/2'ye göre özgü suç niteliğinde olan edimin ifasına fesat karıştırma suçuna, özel faillik niteliği taşıyanların haricinde iştirak eden

---

hükmün içeriğinin incelenmesinden, söz konusu suçun failinin sadece maddede belirtilen türden bir sözleşme yapmış bulunan kimseler olabileceği sonucu çıkmaktadır."

[147] EKER KAZANCI, 2011, s. 224.

[148] HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, 2012, s. 418; KAPLAN, 2013, s. 721; KOCA, s. 215; ARSLAN / TÖNGÜR, 2013, s. 235.

diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulmaları gerektiği hükme bağlanmıştır[149].

[149] Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Hukuki Müzakere Toplantıları 23-26 Mayıs 2013- Hatay, "*İhaleye Fesat Karıştırma Suçları İle İlgili Değerlendirmeler*" s. 14; Yargıtay 5.CD. E: 2012/4644, K: 2013/6190, T: 05.06.2013 sayılı ilamında edimin ifasına fesat karıştırma suçunun özgü suç olduğu yönünde karar vermiştir. Şöyle ki; *" 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 Ersan Hillez İnş. Taah. Tic. Ltd. Şti. adına doğrudan veya dolaylı olarak katılıp katılmadığının tespiti için ihale dosyasında mevcut işyeri teslim tutanağı, yapım işleri geçici ve kesin kabul tutanakları, hak ediş vb. belgelerde firma kaşesi üzerindeki imzaların sanığa ait olup olmadığı hususlarında sanık ve bu tutanaklarda isim ve imzaları bulunan kamu görevlilerinin dinlenmesinden ve gerekirse imza incelemesinin de yaptırılmasından sonra, 5237 sayılı TCK'nin 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasanın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığından, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın "a" ve "b" bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin "c", "d" ve "e" bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceğinden, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiğinden, 5237 sayılı TCK'nin 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK'nin 236/2-d maddesi uyarınca ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alınarak, kamu görevlisi olmayan sanık Mahir'in suça ne şekilde katıldığının karar yerinde tartışılması gerekirken, noksan araştırma ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması…"*; Yargıtay 5.CD.

Kanaatimizce de, edimin ifasına fesat karıştırma suçu özgü/mahsus bir suçtur. Nitekim özgü suçun kanuni tanımına bakıldığında, herhangi bir kimse olmanın dışında, failin belli özel niteliğe sahip olması aranmaktadır. Ayrıca, özgü suçlarda suçun failinin diğer insanlara göre özel yükümlülüğü bulunmalıdır[150]. Öncelikli olarak belirtmeliyiz ki; edimin ifasına fesat karıştırma suçunun kanuni tanımında yer alan tipik fiilleri gerçekleştirecek kişiler, TCK madde 236/2'de edimi

---

26.09.2012 tarih, 2012/3921 E., 2012/9472 K. Sayılı ilamında; "*5237 sayılı TCK'nın235 ve236. maddelerinde ihaleye ve edimin ifasına fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddelerde sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasa 'nın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığı, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metinleri gerekçeleriyle birlikte incelendiğinde; 235. maddenin 2. fıkrasının "a" ve "b" bentlerinde sayılan hallerde ihale sürecinde görev alan ilgili kamu görevlileri, "d" bendinde belirtilen halde ise ihaleye katılan ya da katılmak isteyen kişilerin suçun faili olabileceği, 236. maddenin 2. fıkrasının "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 suçların özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerekiği, bu itibarla 5237 sayılı TCK'nin 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK'nin 235/2-(a-2)maddesi uyarınca ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen ihaleye fesat karıştırma suçuna ya da TCK'nin 236/2-e maddesi uyarınca ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri gözetilmelidir"* hükmüne yer verilerek edimin ifasına fesat karıştırma suçunun özgü suç niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Bkz. (http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html) *(E.T. 27.06.2014).*

[150] AKBULUT, Berrin, "Bağlılık Kuralı", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 14, S. 1, Yıl: 2010, s. 183.

"teslim eden" ve/veya "kabul eden" olmak üzere sınırlı olarak belirlenmiştir. İkinci olarak; bu suçun failleri, herhangi kimselerden farklı olarak, ilgili kamu ihale mevzuatından kaynaklanan özel yükümlülüklerle donatılmışlardır. Buna göre; 4735 sayılı Kanun'un 11'inci maddesi uyarınca; idareler tarafından kurulacak en az üç kişilik muayene ve kabul komisyonları, teslim edilen mal, hizmet veya yapım işinin muayene ve kabul işlemleri ile yükümlü kılınmışlardır. Aynı Kanun'a göre edimi teslim eden de, ihale sözleşmesi veya kararında belirlenen şartlara göre ihale konusu edimi ifa etmekle yükümlüdür. Bu itibarla; TCK madde 236/2'nin aradığı özel faillik niteliğini taşımayan kişiler, katkıları ne olursa olsun fail olamayacaklardır. Yargı kararlarında da ifade edildiği üzere; özel faillik niteliği taşıyanların haricinde edimin ifasına fesat karıştırma suçlarına iştirak eden diğer kişiler azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olurlar.

Örneğin; (X) İlçesinde yapılacak olan Adliye Binasının ihalesine girerek ihaleyi kazanan (A) İnşaat şirketinin sahibi ve yetkilisi, bu inşaatı, ihale şartnamesinde belirtilen sürede ve nitelikte bitirdiğinden bahisle (X) İlçesi Cumhuriyet Başsavcılığına başvurarak eseri teslim etmek istediğini belirtmesi üzerine, Adalet Bakanlığı Teknik İşler Daire Başkanlığınca kurulmuş ve en az üç kişiden oluşan "muayene komisyonu" ve "kabul komisyonu" tarafından kontrol ve muayenesinin yapılarak teslim alınması (kabul edilmesi) gerekir. Muayene ve kabul komisyonunda yer almayan kamu görevlileri bu suçun faili olamazlar. Bu kişiler TCK madde 40/2 uyarınca diğer üçüncü şahıslar gibi, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun "kabul eden" tarafında yer alan asli faillerin eylemine ya azmettiren ya da yardım eden sıfatı ile iştirak edebilirler[151].

[151] KOCA,2014, s. 214.

Diğer taraftan, idarenin onayıyla işin bir kısmının yüklenici tarafından alt yükleniciye verilmesi durumunda, alt yüklenici de işin sözleşme, idari ve teknik şartnamelerde yer alan şartlara uygun ifası hususunda hukuki sorumluluğu vardır[152]. Ancak bu durumda, TCK madde 236'da yer alan diğer şartların varlığı kaydıyla, yüklenicinin cezai sorumluluğu ortadan kalkmaz[153]. Taşeron firmanın eseri, sözleşmesine uygun olmayan şekilde inşa etmesi durumunda, ihale sözleşmesini imzalayan ve edimi taahhüt edenin asli fail olarak kabulü; taşeron şirket yüklenicisinin ise, şartları varsa, suça iştirak hükümlerine göre sorumluluğuna gidilmesi gereklidir[154]. Failin kamu görevlisi olması, TCK'de bu suç bakımından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli bir unsur olarak belirlenmemiştir. Bu nedenle, söz konusu durum, yalnızca temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecek bir husustur[155]. Ancak edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden

[152] 4734 sayılı Kanun'un *"Alt yükleniciler"* kenar başlıklı 15'inci maddesinde; ihale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi halinde ihale aşamasında isteklilerden alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmeleri gerektiği, sözleşme imzalamadan önce de alt yüklenicilerin listesini idarenin onayına sunmalarının idarece istenebileceği; ancak bu durumda, alt yüklenicilerin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluklarının yüklenicinin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı hüküm altına alınmıştır.

[153] AKBULUT, 2009, s. 54; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, 2014, s. 7127; KAPLAN, 2013, s. 721.

[154] KOCA, 2014, s. 215; AKBULUT' a göre; bir işin alt yükleniciye yaptırılması söz konusuysa, bu kişiler yaptıkları işlerle ilgili olarak edimin ifasına fesat karıştırma suçunu işleyebileceklerdir. Bkz. B. Akbulut, 2009, s. 54.

[155] ÖZGENÇ, 2012, s. 108.

kamu görevlileri, TCK madde 236/3 uyarınca ayrıca ilgili (rüşvet, irtikap vb.) suç hükümlerine göre cezalandırılırlar[156].

İhaleye fesat karıştırarak ihaleyi kazanan kimsenin aynı zamanda sözleşmenin yürütülmesi aşamasında da edime fesat karıştırması söz konusu olabilir. Bu durumda kişi hem ihale sürecinde işlediği ihaleye fesat karıştırma suçundan, hem de sözleşme aşamasında işlediği edimin ifasına fesat karıştırma suçundan ayrı ayrı cezalandırılır[157].

Kamu kurum veya kuruluşlarının yapmış oldukları ihalelere genelde tüzel kişiliği haiz şirketler katılmakta ve ihale bu şirketler uhdesinde bırakılmaktadır. Tüzel kişi aracılığıyla veya tüzel kişi yararına olarak bu suçun işlenmesi halinde, hareket ve kusur yeteneği olan kişilerin tespit edilmesi gerekmektedir. Zira tüzel kişilerin hareket ve kusur yeteneği bulunmamaktadır. Fail, hareket yeteneğine ve kusur yeteneğine sahip gerçek kişiler olabileceğinden, tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna gidilmeyecektir[158]. Ancak, tüzel kişi aracılığıyla veya tüzel kişi yararına olarak, edimin ifasına fesat karıştırma suçu işlendiğinde bu tüzel kişiler hakkında, TCK madde 242'ye göre, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbiri uygulanmalıdır[159].

---

[156] MERAN, 2011, s. 304; KOCA, 2014, s. 240; Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalara, çalışmamızın "İçtima" başlığı" altında yer verilecektir.

[157] ALTIPARMAK, 2013, s. 146.

[158] KAPLAN, 2013, s. 721.

[159] TCK'nin **"***Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması"* başlıklı 242'nci maddesinde; "Bu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur." denilmektedir.; Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalara çalışmamızın "Yaptırım" başlığı altında yer verilecektir.

E- Suçun Maddi Konusu

Ceza Hukukunda, suçun maddi konusu denildiğinde, üzerinde suçun meydana geldiği insan veya şey anlaşılmaktadır[160]. Suçun maddi konusu, suçun hukuki konusundan farklı bir kavramdır. Nitekim suçun hukuki konusunu oluşturan varlık veya menfaatler maddi veya manevi nitelikte olabildikleri halde, suçun maddi konusunu sadece maddi veya fiziki yapıya sahip varlıklar oluşturmaktadır[161].

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun maddi konusu; TCK madde 236/1'de sayılan kurumlar lehine taahhüt[162] altına girilen edimlerdir[163]. Öncelikli olarak edim kavramından anlaşılması gerekenin ne olduğunu kısaca izah edelim.

"Edim" sözlük anlamıyla; "Alacaklının isteyebileceği ve borçlunun yapmak zorunda olduğu davranış, ivaz" olarak tanımlanmaktadır[164]. Borçlar Hukuku

---

[160] TOROSLU, 2009, s. 93; *"Ancak bu, failin fiziki faaliyetlerinin somut olarak üzerinde gerçekleştiği her şahıs veya şey değil, sadece suç yaratan normda yer alan tanımda söz konusu olan şahıs veya şeydir.",* F. Erem, 1968, s. 16; *"Hareketin dış alemde yalnız iki konusu olabileceği, bunun bir "insan" veya "şey" den ibaret olduğu, fakat bu iki kavramın da geniş bir şekilde anlaşılması gerekeceği umumiyetle ileri sürülen fikirlerdir. Ancak ne kadar geniş anlaşılırsa anlaşılsın bu iki çeşit konu dışında kalan kavramlar da olacaktır. Dince mukaddes sayılan tarihi kişiler, duygular, fikirler ve diğer bazı kavramlar bir suçlu hareketin doğrudan doğruya konusu olmaya elverişli değildirler."*

[161] TOROSLU, 2009, s. 94.

[162] ALTIPARMAK, 2013, s. 147; *"Taahhüt bir şeyi üstüne almak demektir. Taahhüt etmek ise, üstlenmek anlamına gelmektedir. Kendi adına ve hesabına gerçek veya tüzel kişilere karşı sözleşme ile ya da sözleşme yapılmaksızın bir işin yapılmasını, bir şeyin teslim edilmesini yüklenmektir."*

[163] ÖZGENÇ, 2012, s. 92; MERAN, 2011, s. 304; KAPLAN, 2013, s. 713; AKBULUT, 2009, s. 48.

bağlamında edim; alacaklının borç ilişkisi gereğince talep etme hakkına sahip olduğu, borçlunun da yerine getirmekle yükümlü olduğu davranıştır. Bu davranış; yapmak, vermek ya da yapmamak şeklinde karşımıza çıkar[165]. Edim, yerine getiriliş biçimi bakımından olumlu edim ve olumsuz edim olmak üzere ikiye ayrılır. Olumlu edimde, borçlunun olumlu bir davranışta bulunma yükümlülüğü söz konusu iken; olumsuz edimde borçlunun bir kaçınma veya katlanma yükümlülüğü altına girmesi söz konusudur. Verme borçları ve yapma borçları olumlu edim örneklerindendir[166]. Rekabet yapmama, manzarayı kapatmama gibi yükümlülükler ise olumsuz edime örnektir. İhale sözleşmelerinde yüklenici, ihaleyi düzenleyen makama karşı daima bir olumlu edim yükümlülüğü altındadır. Diğer bir deyişle yükleniciler, idareye karşı daima verme veya yapma borcu altındadır.

Edim; hukuka, ahlaka, adaba, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olamaz. Ayrıca edimin sözleşme yapılırken başlangıçta objektif imkânsız olmaması da gereklidir. Aksi takdirde yapılan sözleşme batıl olur[167]. O halde idarece belirlenen ihale konusu iş; hukuka, ahlaka, adaba, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmamalıdır. Buna rağmen yapılan ihale sözleşmesi batılla mutlaktır.

---

[164] **Türk Dil Kurumu,** Türkçe Sözlük (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=comİgts&arama=gts&guid=TDK.GTS.532c4b84087053.48473832,) *(E.T. 21.03.2014)*

[165] OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 5. Baskı, İstanbul 2006, s. 5; KILIÇOĞLU, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 7. Bası, Ankara 2006, s.3; YILDIRIM, Abdülkerim, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** Ankara 2014, s. 36; KAPLAN, 2013, s. 714; EKER KAZANCI, 2011, s. 227.

[166] ZAPATA, 2012, s. 5.

[167] OĞUZMAN / ÖZ, 2006, s. 72; ZAPATA, 2012, s. 5.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunda bahsi geçen edim kavramından anlaşılması gereken; ihale kendisine bırakılan kişi ile işin sahibi idare arasında imzalanan ihale sözleşmesinde taahhüt altına girilen, idari ve teknik şartnamelerde vasıf ve mahiyeti belirli olan iştir. Bu açıklamadan hareketle idarenin, ihale sözleşmesini imzaladığı kişinin sözleşmede yazmayan bir şeyi gereği gibi ifa etmediğinden bahisle edimin ifasına fesat karıştırıldığını ileri süremez[168]. Zira ihale mevzuatı açısından taahhüt olarak kabul edilmeyen bir edimin, ceza hukuku bakımından taahhüt olarak kabul görmesi düşünülemez[169].

Suçun konusunu oluşturan edim; mal teminine, hizmet ifasına veya yapım işine yönelik olabilir. Nitekim 236'ncı maddenin 2'nci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde, edimin konusunun mal olması durumunda malın hileli olarak sözleşmede istenilen türde ya da belirlenen miktarda sunulmaması; (d) bendinde, edimin konusunun yapım işi olması halinde, yapım işinin ve kullanılan malzemenin hileli olarak sözleşmede belirlenen esaslara uygun olmaması; (e) bendinde, edimin konusunun hizmetin ifası olduğunda hizmetin hileli olarak sözleşmede belirlenen esaslara uygun olarak yerine getirilmemesi hallerinde edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşacağı belirtilmek suretiyle, suçun konusunu oluşturan edimlerin nelerden ibaret olacağı madde hükmünde ifadesini bulmuştur. Bu noktada

---

[168] KOCA, 2014, s. 217; *"Örneğin; (A) Belediyesinin Spor Tesisleri Yapım ihalesine girerek ihaleyi kazanan ve ihale sözleşmesini imzalayan (B) şirket temsilcisi, sözleşme içinde yer almayan çevre yollarının temizlenmesi ve ağaçlandırılması sözünü de verdiği takdirde, bu yol ve ağaçlandırma işlerini zamanında veya hiç yapmazsa bile edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır. Çünkü çevre yollarının temizlenmesi ve ağaçlandırılması edimi, ihale sözleşmesi kapsamında yer almamaktadır."*

[169] ALTIPARMAK, 2013, s. 151.

belirtilmelidir ki; TCK madde 236'da yer alan bu düzenleme, ihaleye fesat karıştırma suçunun düzenlendiği TCK madde 235'ten farklı olarak; mal veya hizmet satımları ya da kiralamaları için düzenlenen ihale sözleşmelerinin uygulanması aşamasında gerçekleşen fesat karıştırıcı eylemleri kapsamına dâhil etmemiştir. Diğer bir deyişle, mal veya hizmet satımları ya da kiralamaları için düzenlenen ihalelerin sözleşme sürecinde gerçekleşmesi muhtemel hileli fesat karıştırıcı eylemler TCK madde 236'da düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçu kapsamı değerlendirilmeyecektir[170].

Diğer taraftan öğretide; TCK madde 236/2'nci fıkrasının (d) ve (e) bentlerinde; yapım ve hizmet niteliğindeki edimden bahsedilmekle birlikte diğer bentlerde böyle bir sınırlamanın bulunmadığı, dolayısıyla ihale kararında veya sözleşmede taahhüt altına girilmek şartıyla trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisine ilişkin edimlere fesat karıştırılması halinde, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşacağı yönünde görüşler mevcuttur[171].

Yasa Koyucu, "Kamu kurum veya kuruluşları aracılığıyla yapılan artırma veya eksiltmeler" suretiyle gerçekleştirilen ihalelerde taahhüt altına girilen edimlerin ifasına fesat karıştırma eylemlerini de kapsam dışı bırakmıştır. Keza, TCK'nin 236'ncı maddesinde; yalnızca kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı ve bu kurum veya kuruluşlara karşı taahhüt altına girilen edimlerin ifasına fesat karıştırılması

[170] KOCA; TCK madde 236'nın mal, hizmet alım ve satımı ihaleleri ile kiralama ihalelerini kapsamına aldığını ileri sürmektedir. Bkz. KOCA, 2014, s. 207.

[171] AKBULUT, 2009, s. 53.

durumunda bu eylemlerin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle kamu kurum veya kuruluşları aracılığıyla yapılan artırma[172] veya eksiltmeler[173] sonucu imzalanan sözleşmelerde taahhüt altına girilen edime fesat karıştırılmış olsa bile edimin ifasına fesat karıştırma suçu gerçekleşmeyecektir. Bu yönüyle söz konusu suç, TCK'nin 235'inci maddesinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçundan ayrışmaktadır.

Öyle ki, ihaleye fesat karıştırma suçunun düzenlendiği TCK'nin 235'inci maddesinin 1'inci fıkrasında; kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin yapılan ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişinin cezalandırılacağı hükme bağlanmış olup, maddenin son fıkrasında ise; 235'inci maddede düzenlenen tüm fıkra hükümlerinin kamu kurum veya kuruluşları aracılığıyla yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalarına fesat karıştırılması halinde de uygulanacağı belirtilmiştir.

---

[172] İNAN, 2011, s. 27; *"Artan fiyat (İngiliz) İhalesi, ilk fiyat ve açık ihaleler olarak tanımlanabilir. Bu ihalede fiyat teklifleri, eğer bir muhammen bedel tayin edilmiş ise teklif söz konusu bedelden başlamak üzere, artan bir şekilde daha yüksek bir teklifin yapıldığı zamana kadar devam etmektedir. Çok nesneli (eş zamanlı artan ihalelerde, birden fazla nesne aynı zamanda satışa sunulmakta, fiyatlar her birisi için bağımsız ve artan bir şekilde teklif edilmekte ve hiçbir oyuncunun nesnelerden herhangi birisine teklif vermediği ana kadar devam etmektedir."*

[173] İNAN, 2011, s. 28; *" Azalan tipte fiyat (Dutch) İhalesi; azalan, ilk fiyat ve açık ihaleler olarak tanımlanabilir. Fiyat, yüksek bir seviyeden başlatılarak, ihaleyi kazananın durduracağı ilk teklife kadar düşürülmekte ve ilk teklifte ihale sonlanmaktadır."*

Örneğin: 09.06.1932 tarih ve 2004 sayılı İcra İflas Kanuna göre alacağın tahsili amacıyla icra dairesince hacizli malların açık artırmayla satımında; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 322'nci maddesi uyarınca İcra İflas Kanunu hükümleri doğrultusunda taşınır ve taşınmaz mal veya hakkın paylaştırılması ve ortaklığın giderilmesi için yapılacak satışlarda; 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'unun 440'ıncı maddesi uyarınca vesayet altında bulunanın taşınırların satımı ile bu Kanun'un 444' üncü maddesi uyarınca taşınmazların satımında; Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca amme borçlularından haczedilen mal, hak ve varlıklar ile bu varlıkların feri veya mütemmim cüzü niteliğindeki sözleşmelerden haczedilen şirket malları ya da hisselerinden oluşturulan "ticari ve iktisadi bütünlük" kapalı zarf ve açık artırma usullerinin birlikte uygulanması suretiyle ihale ile satışa çıkıldığında ihaleye fesat karıştırma suçlarının işlenmesi mümkündür[174]. Ancak, bu tür artırma yöntemiyle gerçekleştirilen ihaleler neticesinde ihale kendisine bırakılan kişi ile yapılan ihale sözleşmelerinde taahhüt edilen edime fesat karıştırılması durumunda edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır[175].

[174] MERAN, 2011, s.120.

[175] Kanun koyucunun ihaleye fesat karıştırma suçundan farklı olarak, edimin ifasına fesat karıştırma suçunda neden böyle bir ayrıma gittiği şöyle açıklanabilir: Kanaatimizce, artırma yöntemiyle gerçekleştirilen ihaleler, ihaleyi düzenleyicinin amacına göre ihalelerden, "satım ihaleleri" sınıfına girmektedir. TCK m. 236'da, suçun konusunu oluşturan edimler yalnızca mal veya hizmet alım veya yapım işlerine yönelik olup, satım ve kiralama ihalelerinde taahhüt edilen edimler bu suçun konusunu oluşturmamaktadırlar. Bu nedenle, satım ihalelerinin bir türü olan artırma usulüyle yapılan ihalelerde

TCK'nin 236'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında; bir ihale neticesinde hangi yetkili mercilere karşı taahhüt edilen edimin ifasına fesat düzenlenmiştir. Buna göre;

1- Kamu kurum veya kuruluşlarına karşı ihale sonucu üstlenilen edimin ifasına fesat karıştırmak bu suça sebebiyet verecektir. Kamu kurum ve kuruluşları deyiminden devlet tüzel kişiliği, onun bünyesinde bulunan ve ayrı bir tüzelkişiliği olmayan bakanlıklar ile bunların taşra teşkilatları, ayrı bir tüzelkişiliğe sahip il özel idaresi, belediye, köy gibi yerel yönetimler ve belli bir kamu hizmetini görmek için kurulmuş kamu kurumları anlaşılır[176].

Örneğin; (X) İli Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliği, Sağlık Bakanlığı Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu Başkanlığı tarafından açılan bir "Demirbaş ve Tıbbi Cihaz Alımı" ihalesi neticesinde, tedarikçinin teslim etmeyi taahhüt ettiği malların sözleşmede belirlenen şartları taşımadığı halde idareye hileli olarak teslim edilmesi ve muayene ve kabul komisyonu tarafından malların söz konusu vasıfları taşıyormuş gibi hileli olarak kabulü halinde, kamu görevlileri ve tedarikçi tarafından edimin ifasına fesat karıştırma suçu işlenmiş sayılacaktır.

2- Kamu Kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına karşı ihale sonucu üstlenilen edimin ifasına fesat karıştırmak bu suça sebebiyet verecektir. Örneğin; Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliğinin (TMMOB) açmış olduğu "2014 Yılı 10 Aylık Genel Periyodik Temizlik Hizmetleri Alım İşi" ihalesinde hizmet sunucusu, aylık periyodik temizlik işlerini bilerek ve isteyerek aksatmak suretiyle sözleşmede

---

taahhüt edilen edime fesat karıştırılması halinde, bu eylemler TCK m. 236 kapsamında değerlendirilmeyecektir.

[176] GÜLEL, İlhan, *"5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İhaleye Fesat Karıştırma Suçu",* **TAAD**, S. 11, Ekim 2012, s. 229.

belirtilen şartlara göre hizmet vermemesi durumunda edimin ifasına fesat karıştırma suçunu işlemiş sayılacaktır.

3- Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da Kamu Kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketlere karşı ihale sonucu üstlenilen edimin ifasına fesat karıştırmak bu suça sebebiyet verecektir. Örneğin, İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin kurduğu İstanbul Halk Ekmek A.Ş. tarafından yapılan "un alımı" na ilişkin bir ihalede un miktarının hileli olarak sözleşmede belirlenen miktardan az olarak teslim eden tedarikçi, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili olacaktır[177].

4- Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da Kamu Kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflara karşı ihale sonucu üstlenilen edimin ifasına fesat karıştırmak bu suça sebebiyet verecektir. Örneğin; (X) İli Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı tarafından açılan "Öğrenci Yurdu Yapımı İşi" ihalesinde, yüklenicinin eserin yapımında kullanmayı taahhüt ettiği malzemeler yerine şartname ve sözleşmede belirlenen niteliklere uygun olmayan malzemeleri hileli olarak kullanırsa yüklenici, edimin ifasına fesat karıştırma suçunu işlemiş sayılacaktır.

5- Kamu yararına çalışan derneklere karşı ihale sonucu üstlenilen edimin ifasına fesat karıştırmak bu suça sebebiyet verecektir. Örneğin; Türk Kızılay Derneği tarafından açılan "Uydu Telefonu" alım ihalesinde tedarikçi, ihale kararında veya sözleşmede teslim etmeyi taahhüt ettiği uydu telefonlarını daha sonraki bir tarihte

[177] KAPLAN, 2013, s. 713.

teslim ederse ve bunu hileli davranışlarla gerçekleştirirse, tedarikçi edimin ifasına fesat karıştırma suçunu işlemiş sayılacaktır.

Bir başka örnekte ise; kamuya yararlı dernek sıfatını haiz (X) Hastanesini Kalkındırma ve Güzelleştirme Derneği tarafından açılan bir "Tomografi (bilgisayarlı kesityazar) Cihazı Alımı" ihalesi neticesinde (Y) şirketi ile sözleşme imzalanmıştır. İhale sözleşmesinde cihazın 1999 model olması gerektiği belirtilmiş olmasına rağmen (Y) şirketi tarafından teslim edilen cihazın aslında 1989 yılına ait olduğu, (Y) şirketi adına sözleşmeyi imzalayan şirket yetkililerinin, taahhüt ettikleri evsafta olmayan bir malı hileli yöntemlerle derneğe teslim ettikleri anlaşılırsa edimin ifasına fesat karıştırma suçundan sorumluluklarına gidilir[178].

6- Kooperatiflere karşı ihale sonucu üstlenilen edimin ifasına fesat karıştırmak bu suça sebebiyet verecektir. Örneğin; (X) ÇUKOBİRLİK Kooperatif Müdürlüğünce yapılan "Tahmil, Tahliye ve Nakliye" ihalesi neticesinde, kendisiyle sözleşme imzalanan hizmet sunucusunun, emtia dağıtımını sözleşmede belirlenen şartlara uygun olarak yerine getirmekten hileli olarak kaçınması halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşacaktır.

Tam da bu noktada, edimin ifasına fesat karıştırma suçuna konu olan, kamu kurum veya kuruluşlarına karşı üstlenilen taahhütlerin hangi tür işlemlerden doğabileceğini izah etmek faydalı olacaktır. Buna göre, idarelere karşı özel hukuk kişileri tarafından üstlenilen edimler genel olarak iki tür idari işlemden doğmaktadır. Bunlardan ilkini, yürütülen bir ihale usulü neticesinde imzalanan sözleşmeyle

[178] ALTIPARMAK, 2013, s. 149.

idareye karşı taahhüdün üstlenilmesi oluşturur[179]. İkinci taahhüt biçimi ise, bir ihale süreci söz konusu olmaksızın kamu kurum veya kuruluşlarının doğrudan temin yoluna başvurması neticesinde gerçekleşmektedir[180].

Öncelikli olarak belirtmeliyiz ki; edimin ifasına fesat karıştırma suçunun varlığı için suça konu edimin bir ihale kararına dayanması gerekir[181]. İhale, 2886 veya 4734 sayılı Kanun hükümleri gereğince gerçekleştirileceği gibi, 4734 sayılı Kanun'un *"İstisnalar"* kenar başlıklı 3' üncü maddesinde bu Kanun'dan istisna tutulan kamu kurum veya kuruluşlarının ilgili mal veya hizmet alımı ya da yapım işleri ihaleleri, kendi mevzuatları çerçevesinde de gerçekleşebilir[182]. Bu durumda, edimin kararlaştırıldığı sözleşme; 4735 ya da 2886 sayılı Kanunun ilgili hükümlerine ya da Kamu İhale Kanunu'ndan istisna tutulan kamu kurum kuruluşlarının kendi özel mevzuat hükümleri uyarınca tanzim edilecektir. İhale kararı, bu mevzuatlardan hangisine dayanırsa dayansın, burada önem arz eden husus, bir ihale kararına dayanmaksızın yapılan sözleşmelerden doğan edimlere fesat karıştırılması halinde bu suçun oluşmayacağıdır. Nitekim madde metninin ilk fıkrasında, ifası gereken edimin bir ihale sonucu imzalanan sözleşmeden doğmuş olması gerekliliğinden açıkça söz edilmemiş olsa da; ikinci fıkrasında hangi hileli davranışların fesat karıştırıcı eylemler olduğu sayılırken her bentte, "ihale kararında veya sözleşmede" ifadesi vurgulanmıştır. Yasa koyucunun bu ifadeye özellikle yer vermesi nedeniyle, bir ihale kararına dayanmaksızın idareyle bir mal, hizmet alım veya yapım işine yönelik

[179] Bir ihale kararına dayanmakla birlikte ihale sözleşmesi imzalanması gerekmeyen istisnai hallere çalışmamızın devamında yer verilecektir.

[180] ALTIPARMAK, 2013, s. 148.

[181] YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, 2014, s. 7131.

[182] ALTIPARMAK, 2013, s. 151.

akdedilen sözleşmelerin yürütülmesi aşamasında, edime fesat karıştırmaya yönelik eylemler bu suça vücut vermeyecektir[183]. Başka bir ifadeyle, ihale olmaksızın imzalanan sözleşmenin konusunu oluşturan edimin ifasına fesat karıştırılması halinde, TCK madde 236'da düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmaz[184].

Doktrinde bazı yazarlar, edimin ifasına fesat karıştırma suçuna konu edimin bir ihale kararına dayanması gerektiği görüşünün aksini savunmaktadırlar. Bu görüşte olanlar; edimin kamu kurum veya kuruluşları lehine yapılan bir ihaleye istinaden üstlenebileceği gibi bir ihale sürecine tabi olunmaksızın piyasadan temin edilebileceği, bu tür alımlar neticesinde imzalanan sözleşmelerin yine bu suça konu olabileceği, aksi yönde görüşlerin ise kanuni dayanağının bulunmadığını ileri sürmektedirler. Bu görüşte olanlar, bir ihale usulü olmayan "doğrudan temin[185]" yöntemiyle mal veya hizmet satın alınması neticesinde yüklenici tarafından edimin

[183] MERAN, 2011, s. 305.

[184] YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, 2014, s. 7131.

[185] MERAN, 2011, s. 305; *" Doğrudan temin yoluyla alım, 4964 sayılı Kanunla 4734 sayılı Kanun'un 18. maddesinde yapılan değişiklikle ihale usulü olmaktan çıkarılmıştır. 4734 sayılı Kanun'un 22. maddesine göre, idarelerin doğrudan temin yöntemiyle, bu maddede sayılan koşulların varlığı halinde ilan yapmadan ve teminat almadan, piyasa fiyat araştırması yaparak ihtiyaçlarını sağlamaları sırasında ihale komisyonu kurulmasına ve 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde sayılan yeterlik koşullarının aranmasına gerek bulunmamaktadır."*; ALTIPARMAK, 2013, s. 153; *"Bu yöntemin kaynağı başta Kamu İhale Kanunu olmak üzere, birçok yasal düzenlemelerdir. Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun, 4070 sayılı Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun, 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu bu konuya örnek olabilir."*

ifasına fesat karıştırılmasıyla, TCK'nin 236'ncı maddesi kapsamında sorumluluk doğacağı yönde fikir ileri sürmektedirler[186].

Oysaki TCK madde 236 kapsamında, edimin ihaleye dayanan bir sözleşmeden kaynaklanmasının şart olduğunu düşünen yazarlar, doğrudan teminin bir ihale türü değil bir alım türü olduğu bilgisinden hareketle, bu alım neticesinde taahhüt edilen edimin ifasına yönelik fesat karıştırıcı eylemlerin icrası halinde, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşmayacağını[187], ancak dolandırıcılık suçunun gündeme gelebileceğini ileri sürmektedirler[188]. Ancak Yargıtay uygulamalarında bu kanaatin aksine, doğrudan temin yönteminin bir ihale usulü olmadığı, sadece 4734 sayılı Kanun'un 22'nci madde metninde belirtilen durumlarda idarelerce kullanılabilecek satın alma yöntemi olduğu kabul edilmesine rağmen,

[186] ÖZGENÇ, 2012, s.93–94; ARSLAN / TÖNGÜR, 2013, s. 234 *(naklen)*; *"TCK madde 236'nın 2. fıkrasının "a", "b", "c" ve "e" bentlerindeki "ihale kararında veya sözleşmede" ibarelerinden de anlaşılacağı üzere, suçun konusunu oluşturan edim, maddede sayılan tüzel kişilere karşı ihaleye istinaden girilen bir edim olabileceği gibi, doğrudan temin yöntemi örneğinde olduğu üzere, ihaleye ilişkin olmayan sözleşmeye dayalı bir edim de olabilir. Ancak "d" bendindeki halde – diğerlerinden farklı olarak- "şartname veya sözleşmesinde" ifadesiyle sadece ihalelerle bağlantılı olarak taahhüt altına girilen edimlere yapılmış bir atıf bulunduğundan, ihalesiz imzalanan sözleşmelere fesat karıştırılması, bu bent çerçevesinde cezalandırılmayacaktır. Bu durumun tanımdaki zafiyetten kaynaklandığını ve suçla korunan hukuki değer gözetildiğinde eksik olduğunu düşünmekteyiz."*

[187] YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, 2014, s. 7132; MERAN, 2011, s. 306; AKBULUT, 2011, s. 50; KAPLAN, 2013, s. 715.

[188] KAPLAN, 2013, s. 715.

doğrudan teminle yapılan alımlarda edimin ifasına fesat karıştırma suçunun konusunu oluşturacağı kabul edilmektedir[189].

Diğer taraftan belirtilmesi gereken diğer husus; ihale sonrasında yazılı bir ihale sözleşmesinin yapılmadığı bazı istisnai durumlarda, taahhüt edilen edimlere fesat karıştırılması halinde de edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşacağıdır[190]. 4734 sayılı Kanun'un 44'üncü maddesinde belirtildiği üzere; ihale üzerinde kalan

---

[189] Yargıtay 5. CD. 15/05/2013, 7696/5129**;** *"...Teftiş Kurulu Müfettişleri Tekin ... ve İ. Ercan ... tarafından düzenlenen 10/07/2007 tarihli suç duyurusu yazısının, Hakan.., Mehmet..., Çiğdem... ve Hacer ... tarafından düzenlenen 26/01/2007 günlü, Muzaffer ..., Cevdet..., Yıldırım... ve Yüksel ... tarafından düzenlenen 14/02/2007 günlü raporlar ile davaya konu edilen ...Gar sahasında bulunan Loko bakım hazırlama ve kompresör bölmesi posta binası bakım ve onarım işine ilişkin doğrudan temin ve edimin ifası sürecine ilişkin evrakların asılları veya onaylı suretlerinin dosyaya getirtilmemesi, benzer eylemleri nedeniyle sanıklar haklarında dava açılıp açılmadığı araştırılıp, açılmışsa ve mümkünse davaların birleştirilmesinden sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri yerine, onaysız fotokopi şeklindeki belgelere dayanılarak eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması..."*; Yargıtay 5 CD. 15/05/2013, 7496/5128**;** *"... Teftiş Kurulu Tekin ... ve İ. Ercan ... tarafından düzenlenen 10/07/2007 tarihli suç duyurusu yazısının, Hakan.., Mehmet..., Çiğdem... ve Hacer ... tarafından düzenlenen 27/11/2006 günlü, Muzaffer .., Cevdet..., Yıldırım... ve Yüksel ... tarafından düzenlenen 27/12/2006 günlü raporlar ile davaya konu edilen ...Gar sahasında bulunan meydan çeşmesinin bakım ve onarımı, peyzaj çalışması ve işyerlerinin etrafında bulunan pislik malzemenin hafriyatının yapılarak nakledilmesi işine ilişkin doğrudan temin ve edimin ifası sürecine ilişkin evrakların asılları veya onaylı suretlerinin dosyaya getirtilmemesi, benzer eylemleri nedeniyle sanıklar haklarında dava açılıp açılmadığı araştırılıp, açılmışsa ve mümkünse davaların birleştirilmesinden sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri yerine, onaysız fotokopi şeklindeki belgelere dayanılarak eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması..."*. Kararlar için ayrıca bkz. YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, 2014, s. 7132.

[190] MERAN, s. 2011, s.307.

istekli, 42 ve 43'üncü maddelerinde yer alan düzenlemeler gereği, kesin teminatı idareye vererek sözleşmeyi kural olarak imzalamak zorundadır. Türk İhale Hukukunda, Avrupa Birliğine giriş sürecindeki uyumlaştırmanın da etkisiyle, ihale kararının ihale sonrasında muhatapla sözleşme imzalanması suretiyle pekiştirileceği yukarıda bahsi geçen 44'üncü madde hükmü gereği açıktır[191]. Ayrıca edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşup oluşmadığı hususunda bir değerlendirme yapılabilmesi için öncelikli olarak taahhüt edilen edimin ne olduğuna ilişkin bilgilere işin sözleşmesine bakılarak ulaşılabildiğinden bir ihale sözleşmesinin varlığı, TCK madde 236'nın uygulanması bağlamında da önem arz eder.

Ancak 4734 sayılı Kanun'da ihalelerin sonuçlanmasının ardından sözleşme imzalama zorunluluğunu sınırlandıran bazı düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemeler, Kamu İhale Kanunu'nda hem ihtiyari hem de istisnai konumdadırlar. Şöyle ki; "pazarlık usul "ünün düzenlendiği Kanun'un 21'inci maddesinin son fıkrasında; bu maddenin (b), (c) ve (f) bendi kapsamında yapılan mal alımlarında, malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi ve bunun idarece uygun bulunması halinde, sözleşme yapılmasının ve kesin teminat alınmasının zorunlu olmadığı düzenlenmiştir. 21'inci maddenin (b), (c) ve (f) bentlerine baktığımızda bu haller; doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olaylar ile savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak

[191] ALTIPARMAK, 2013, s. 148.

yapılmasının zorunlu olması ve idarelerin yaklaşık maliyeti 177.556,- TL[192] (Yüzyetmişyedibinbeşyüzellialtı Türk Lirası)'ye kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları ile sınırlıdır. Bu hallerde, sözleşmeye bağlanmayan ancak ihale sonucu taahhüt edilen edimlere fesat karıştırılması halinde, edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşacaktır.

İhale kararından sonra bir sözleşme yapılmasının zorunlu olmadığı istisnai durumlara ilişkin benzer düzenlemeler, 2886 sayılı Kanun'un bazı maddelerinde de yer almaktadır. 2886 sayılı Kanun'un 51'inci maddesinde pazarlık usulüyle yapılacak işlerden; yer, özellik (askeri birliklerin kuruluş özellikleri dâhil) ve nitelikleri itibariyle her yıl Genel Bütçe Kanununda gösterilecek belli tutarları aşmayan ve süreklilik göstermeyen, bu Kanunun 1'inci maddesinde gösterilen işler; Silahlı Kuvvetlerin manevra ve planlı tatbikatları ile sıkıyönetim faaliyetlerinin gerektirdiği ve acele olarak temini zorunlu her türlü ihtiyaçları; silahlı Kuvvetler için Genelkurmay Başkanlığınca, güvenlik kuvvetleri için İçişleri Bakanlığınca tespit edilecek özel durumlardaki her türlü ihtiyaçları ve taşıma işleri; önceden düşünülmesi mümkün olmayan ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması üzerine acele olarak yapılması gerekip, kapalı veya açık teklif usulünün uygulanmasına yeterli süre bulunmayan işler; diğer ihale usulleriyle temin edilemeyeceği açıkça belli olan işler; bilgisayar alımı, kiralanması, bakım ve onarımı; her çeşit araç ve gerecin yetkili servislerine yaptırılacak periyodik bakım ve onarımları; yedek parça ve lastik alımları; 29'uncu maddeye göre ihalenin yapılmaması veya sözleşmenin

[192] 2016/1 No.'lu Kamu İhale Tebliği'nin 3'üncü maddesi uyarınca 4734 sayılı Kanun'un 21'inci maddenin birinci fıkrasının (f) bendinde belirtilen 167.966,-TL (Yüzaltmışyedibindokuzyüzaltmışaltı Türk Lirası) 177.556,-TL (Yüzyetmişyedibinbeşyüzellialtı Türk Lirası) olarak güncellenmiştir.

bozulması nedeniyle, yeniden yapılacak ihalelerin sonuçlandırılmasına kadar geçecek süre içindeki ihtiyaç maddelerinin alımı; özellikleri nedeniyle belli isteklilere yaptırılmasında yarar görülen her türlü hizmet, eğitim, araştırma, etüt ve proje, planlama, müşavirlik, keşif, harita, fotoğraf, film, baskı, sergileme, kontrol, muayene işleri ile teknik, fikri ve güzel sanatlarla ilgili çalışmayı gerektiren diğer işler; tek kişi veya firma elinde bulunan taşınır mal, hak ve hizmetlerle, belirli taşınmaz malların alımı veya kiralanması ve son olarak, özellikleri nedeniyle yabancı ülkelerden sağlanması zorunlu olan her türlü alım, kiralama, onarım, yaptırma, keşfettirme, montaj, sigorta, taşıma ve hizmet işleri için sözleşme yapılması zorunlu değildir. Bu düzenlemenin yanı sıra 2886 sayılı Kanunu'nda benzer düzenlemeler içeren başka maddeler de mevcuttur. Buna göre; Kanun'un 61'inci maddesinin atfı doğrultusunda; 57'nci maddede yazılı süre içinde taahhüdün şartname hükümlerine göre yerine getirilmesi ve bunun idarece uygun bulunması halinde sözleşme yapılması ve kesin teminat alınması zorunlu değildir. 57'nci maddede ise; sözleşme yapılması gerekli olan hallerde müteahhit veya müşteri 31'inci maddeye göre onaylanan ihale kararının veya Maliye Bakanlığının vizesi gereken hallerde bu vizenin yapıldığının bildirilmesini izleyen günden itibaren 15 gün içinde geçici teminatı kesin teminata çevirerek noterlikçe tescil edilmiş sözleşmeyi idareye vermek zorundadır. Bu süre içinde edim yerine getirilmiş ise, sözleşme yapılması zorunlu değildir, bu konuda idarenin takdir hakkı saklıdır[193].

[193] ALTIPARMAK, 2013, s. 148.

İKİNCİ BÖLÜM

EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN UNSURLARI

Suçun genel unsurları teorisi, bir fiili suç haline sokan ve onu diğer hukuka aykırı fiillerden ayıran hususların nelerden ibaret olduğunu açıklamayı amaçlar. Suçun organik olarak bir bütün olduğu ve kısımlara bölünemeyeceği bir gerçek ise de, mantıki bir incelemeye tabi tutulmasının zorunluluk olduğu, suçun genel unsurlarının bu inceleme için gerekli kıldığı bir ayrım ve tasnif yolunda elde edilen esaslar ile bu esasların bir araya gelmesiyle ortaya çıkan bir hukuki fiil olduğu belirtilmektedir[194].

Bu açıdan edimin ifasına fesat karıştırma suçunun varlığından söz edebilmek için, bir takım unsurların bir arada gerçekleşmesi gereklidir. Çalışmamızın bu bölümünde suç teorisi bakımından suçun maddi, manevi ve hukuka aykırılık olmak üzere üç unsurdan oluştuğu varsayımından hareketle bu suç tipini ayrıntılı olarak unsurlarıyla inceleyecek ve bu konuda Yargıtay'ın yaklaşımlarına yer vereceğiz. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun unsurlarını incelemeye geçmeden öncelikle belirtmeliyiz ki; suç genel teorisi içerisinde suçun unsurlarının nelerden ibaret olduğu hususunda doktrinde tam olarak birlik yoktur. Konuyla ilgili olarak öğretide bazı yazarlar suçun; tipiklik (yasallık/kanuni unsur), maddi unsur, manevi unsur (kusurluluk) ve hukuka aykırılık olmak üzere dört unsurdan oluşacağını ileri

[194] DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım,** Cilt: I, 11. Bası, İstanbul 1997, s. 307-308.

sürmektedirler[195]. Bazı yazarlar suçun; tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk olmak üzere üç unsurdan oluştuğu görüşünü benimsenmektedirler[196]. Bazı yazarlar tarafından ise, suçun maddi unsur (fiil, sonuç, nedensellik bağı ve hukuka uygunluk nedenleri) ve manevi unsur (kast ve taksir) olmak üzere iki unsuru bünyesinde barındırdığı ileri sürülmektedir[197].

Suçun unsurları hususunda doktrinsel görüş ayrılıkları başlıca tipiklik ve hukuka aykırılık müesseseleri bakımından ortaya çıkmaktadır. Faile isnat edilen objektif unsurları ifade eden tipiklik, ceza hukukunu ilgilendiren ve bu disiplin bağlamında önemli sayılan fiilleri tespit etmeye yarar. Diğer bir deyişle tipiklik, faile yüklenebilen bütün objektif unsurları, yani kendisini karakterize eden özellikleri ile birlikte hareketi ve harekete bağlı neticeyi içerir[198]. Bu nedenle ceza hukukunun ele aldığı, değerlendirdiği konuyu sadece tasvir edici nitelikte olan "tipiklik"

---

[195] ARTUK, Mehmet Emin / GÖKÇEN, Ahmet / YENİDÜNYA, **Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Ankara, 2007, s. 384; CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş,** İstanbul, 3. Bası, 2005, s. 231 – 454; DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Ankara, 2009, s. 195; ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku,** Ankara, 2006, s.109; SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara 2012, s. 205.

[196] ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, M. Nihat / BACAKSIZ, Pınar / DOĞAN, Koray / TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Ankara, 2011, s. 195; HAFIZOĞULLARI bu unsurları; "*fiilsiz suç olmaz, ihlalsiz suç olmaz ve kusursuz suç olmaz"* şeklinde ifade etmiştir. Bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Ankara 2008, s. 189- 252; EKER KAZANCI, 2011, s. 130 – 192; HAKERİ, Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Ankara, 2011, s. 111.

[197] TOROSLU, 2009, s. 111 – 211.

[198] KEYMAN, Selahaddin, "Tipiklik ve Ceza Hukuku", **AÜHFD,** 1980, C. 37, S.1 - 4, s. 83.

müessesinin bağımsız bir unsur olarak değil de, suçun maddi unsuru kapsamında fiil (eylem) ile birlikte değerlendirilmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Diğer taraftan, hukuka aykırılığın suçun kurucu unsuru olup olmadığı noktasında doktrinde görüş birliği yoktur. Bazı yazarlar hukuka aykırılığı suçun yasallık (kanuni) unsuru içinde, bazı yazarlar maddi unsur içinde ele almış, bazıları ise kusurluluk ve kusurluluğu etkileyen haller içinde değerlendirmişlerdir[199]. Buna karşılık, hukuka aykırılığın suçun unsuru olmadığı ancak suçun esaslı karakteri olduğunu ileri süren görüşler de mevcuttur[200]. Kanaatimizce bir fiilin suç olması için tipe uygun olması yetmez, fiilin aynı zamanda hukuka da aykırı olması gerekir. Diğer bir deyişle, tipe uygun olarak gerçekleştirilen fiilin, hukuk düzenince caiz sayılmaması ve bu fiilin hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması gerekir[201]. Fiil hukuka uygun olursa, suçun hukuka aykırılık unsuru eksik olduğundan suç meydana gelmez. Biz, "hukuka aykırılık" şartının, suçun varlığı için aranan bağımsız bir unsur olduğu görüşündeyiz[202].

---

[199] Bu değerlendirmeler için bkz. DÖNMEZER, Sulhi /ERMAN, Sahir, **"Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku",** Cilt: II, Sekizinci Bası, İstanbul 1983, s. 3 vd.

[200] EREM, Faruk, "Ceza Hukukunda Hakkın Kullanılması", **AÜHFD**, 1989-1990, C. 41, S. 1-4, s. 6.

[201] CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, 2005, s. 287; EKİCİ ŞAHİN, **Meral, Ceza Hukukunda Rıza,** Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 96.

[202] KUNTER de aynı görüştedir. Bkz. KUNTER, Nurettin, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi,** İstanbul, 1949, s. 85; *«Hukuka aykırılık, maddi unsura dahil değildir. Zira, her ne kadar hukuka aykırı olanın hareket olduğu söylenebilirse de, meselâ kusurlu olanın da cezalandırılanın da hareket olduğu şüphesizdir. Diğer taraftan, öyle sebepler vardır ki, maddi unsura tesir etmediği halde sadece hukuka aykırılığı kaldırır. Bu da gösteriyor ki, bunların ayrı ayrı varlıkları vardır, birbiri içinde değillerdir.»*

I-MADDİ UNSUR

A- Tipe Uygun Fiil

1- Tipiklik (Yasallık)

Tipikliğin içeriğinin ne olduğu doktrinde tartışmalıdır[203]. Tipikliği; bir cezanın uygulanabilmesi için varlığı gerekli şartların bütünü, yani sadece hareket ve netice değil, hukuka aykırılık ve kusurluluğu da içerecek şekilde geniş yorumlayanlar olduğu gibi[204]; ceza hukuku bakımından önemli sayılan fiilleri tespit etmeye yaradığı ileri sürülerek yalnızca suçun objektif unsurlarının bütünü olarak dar yorumlayanlar da vardır. Tipikliği dar anlamda ele alan yazarlardan bazısı bu kavramı yasallık ilkesinin karşılığı olarak ifade etmekte[205]; bazısı ise Ceza Kanunu'nun özel kısmında

---

[203] Bu konudaki değerlendirmeler için ayrıca bkz. KEYMAN, 1980, s. 59.

[204] KEYMAN, bu yöndeki görüşünü *"... Gerçek anlamda tipiklik, geniş tipiklik kavramıdır."* demek suretiyle belirtmektedir. *Bkz.* KEYMAN, 1980, s. 89; Bu yönde benzer görüşler için bkz. DEMİRBAŞ, 2009, s. 206; KUNTER, 1949, s. 53.

[205] *" Suçun kurucu unsurlarını sayarken kısaca belirtmiş olduğumuz gibi, suçun yasal unsuru ya da tipiklik denilince anlaşılan şey, eylemin ceza yasasında yazılı tanıma uygun olmasıdır."* demek suretiyle ALACAKAPTAN, tipikliği yasallık olarak ifade etmektedir. Bkz. ALACAKAPTAN, Uğur, **Suçun Unsurları,** AÜHF Yayınları, No: 372, Ankara, 1975, s. 29; SOYASLAN, 2012, s. 228; Bu konuyla ilgili ayrıca bkz. ERCAN, İsmail, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** İstanbul, 2013, s. 68; "*Suçun 'yasallık unsuru', 'yasallık=kanunilik ilkesinden farklı olarak, yalnızca suç adı verilen insan davranışlarının yasayla tanımlanmasını değil, aynı zamanda somut olaydaki insan davranışının yasal suç tipiyle birebir örtüşmesini de gerektirir. Başka bir deyişle, yasallık unsuru, hem tipi hem de tipikliği içerir. Tip (suç kalıbı) bir ceza ya da tedbire bağlanmış soyut insan hareketi modelidir.*

tespit edilmiş suç tiplerinin maddi unsurlarının gösterdiği özellikler şeklinde tanımlamakta[206]; kimileri de; ceza normlarında fiili karakterize eden bir kavram olarak yorumlamaktadır[207].

Biz tipikliği dar olarak ele alıyor ve fiilin kanundaki tarifle birebir uyuşması olarak tanımlıyoruz. İşlenen bir fiilin suç olup olmadığı hususu gündeme geldiğinde, ilk olarak bu fiilin Ceza Kanunu'nun özel hükümler kısmında düzenlenmiş olan suç tiplerinden birinin kanuni tanımında yer alan maddi unsurları (hareket-netice-nedensellik bağı) objektif olarak gerçekleştirip gerçekleştirmediği araştırılmalıdır[208]. Fiilin suç tipinde tarif edilen unsurları gerçekleştirdiği sonucuna varıldıktan sonra, fiilin hukuka aykırılığını tespit noktasında genel kısımda düzenlenmiş olan hukuka uygunluk nedenlerinden birine girip girmediği hususu ile son olarak kusurluluğa ilişkin unsurlar dikkate alınmalıdır[209].

İnceleme konumuz olan edimin ifasına fesat karıştırma suçunda, failin fiillerinin kanuni tanıma uygun olup olmadığı tipiklik yönünden yapılan bir değerlendirmeyle mümkün kılınabilir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturan tipik seçimlik hareketler, TCK'nin 236'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında

---

Tipiklik ise, somut insan hareketinin normun çizdiği hareket modelinin bütün özelliklerini taşımasıdır."

[206] ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. II-III, İstanbul 1992, s. 40 vd.; Bu hususta Grispigni'nin değerlendirmeleri için bkz. KEYMAN, 1980, s. 102.

[207] İÇEL, Kayıhan/ SOKULLU, AKINCI, Füsun/ ÖZGENÇ, İzzet/ SÖZÜER, Adem/ MAHMUTOĞLU, Fatih S./ ÜNVER, Yener, **İçel Suç Teorisi,** 2. Kitap, 2. Bası, İstanbul 2000, (**İçel ve Diğerleri, İçel Suç Teorisi).**

[208] ALACAKAPTAN, 1975, s. 29; EKER KAZANCI, 2011, s. 225.

[209] HAKERİ, 2009, s. 115; EKİCİ ŞAHİN, 2010, s. 95.

sayılmıştır. Suçun maddi unsuru kapsamında bir inceleme yaparken, gerçekleştirilen eylemlerin TCK madde 236'da düzenlenen seçimlik hareket biçimlerinden birine uyup uymadığı araştırılmalıdır[210]. Gerçekleştirilen eylem, ilgili madde hükmünde sayılan seçimlik hareket biçimlerinden herhangi birine girmiyorsa, eylemin tipikliğe uymadığı gerekçesiyle suçun maddi unsurunun oluşmadığından ve bu itibarla edimin ifasına fesat karıştırma suçunun vücut bulmayacağından söz edebiliriz.

2- Fiil

Suçun dinamik unsurunu oluşturan "fiil" kavram olarak; insanın dışta beliren, belli bir hedefe yönelmiş davranışlarını ifade eder[211]. Ancak her insan davranışı, fiil niteliğini taşımamaktadır. Fiil; kanuni tarifte yer alan ve yine kanuni tarifte kendisine bağlanan neticenin gerçekleşmesi bakımından illiyet bağı taşıyan iradi davranıştır[212]. Fiil, insanın iradesinin dışa yansıması olduğundan, sübjektif yapısından soyutlanmış bir hareket anlamsızdır[213]. Yapma veya yapmama şeklinde iki şekilde karşımıza çıkar. Birinci halde hareket, ikinci halde ihmal söz konusudur[214]. Hareket, insan vücudunun bir hedefe ve amaca yönelmiş çeşitli iradi faaliyetlerinin bir bütünüdür[215].

---

[210] EKER KAZANCI, 2011, s. 130 ve 225.

[211] KEYMAN, Selahattin, "Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket", **AÜHFD,** Sayı:1-4, Cilt: 40, 1988, s.122; ALACAKAPTAN, 1975, s. 40; TOROSLU, 2009, s. 115.

[212] ARTUK/ GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2007, s. 415; EKER KAZANCI, 2011, s. 225.

[213] KEYMAN, 1988, s.126.

[214] TOROSLU, 2009, s. 113; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, 2005, s. 235.

[215] KEYMAN, 1988, s.140; *"İradenin içeriği, yani süjenin hareketiyle neyi istediği, hareketin iradilik unsuru bakımından önemli değildir. Bu kusurluluğu (kast, taksir) ilgilendirir."*

Belirtmeliyiz ki, hedefin veya amacın tek olması, her zaman hareketin de tek olmasını gerektirmez. Bazen aynı amaca ve hedefe yönelen birden fazla hareket tek bir suçu oluşturabildiği gibi bazen de her hareket arasındaki zaman aralığına bağlı olarak birden fazla suç meydana gelebilir. Gerek bir suçun işlenmesi sırasında yapılan hareketlerin sayısı, gerek bu hareketlerin biçimi dikkate alınarak suçları bir takım ayrımlara tabi tutmak mümkündür. Yasa koyucu hareketin işleniş biçimi bakımından, bazı suçların ancak madde hükmünde sayılan bir takım hareketlerin gerçekleştirilmesi suretiyle işlenebileceğini düzenlemişse, diğer bir ifadeyle bir suçun işlenmiş sayılması için, sonucu meydana getirmeye elverişli herhangi bir hareketin yapılmasını yeterli bulmayıp, ayrıca bu hareketlerin nelerden ibaret olabileceğini sınırlı ve açık bir şekilde düzenlemiş ise, bu suç "bağlı hareketli" bir suçtur. Yasa'da sadece neticenin belirtilip hareketin belirlenmediği suçlara ise, "serbest hareketli" suçlar denir[216]. Suçun işlenebilmesi için Yasa'da birkaç hareketin gösterilip, ancak bu hareketlerden sadece birinin yapılmasıyla dahi neticenin gerçekleşeceğinin kabul edildiği suçlara "seçimlik hareketli" suçlar denir[217]. Yasada öngörülen hareketlerden birkaçının birbiri ardına yapılması, o kişinin birden fazla suç işlediği anlamına gelmeyecek ve bu nedenle eylemin cezalandırılması bakımından gerçek içtima hükümleri uygulanmayacaktır[218]. Fail, ister bir, ister birlikte birden çok seçimlik hareket yapsın, sonuçta bir tek suç işlenmiş olur. Birden çok seçimlik harekette bulunmak temel cezayı belirlemede etkilidir. Belirtmeliyiz ki; seçimlik

[216] ALACAKAPTAN, 1975, s. 46-47; TOROSLU, 2009, s. 118; EKER KAZANCI, 2011, s. 225; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, 2005, s. 258.

[217] CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, 2005, s. 258.

[218] ALACAKAPTAN, 1975, s. 47; ERDAĞ, s. 7; Ayrıca bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. çalışmamızın "İçtima" başlığı.

hareketlerden her biri aynı zamanda suçu gerçekleştirmeye elverişli bağlı harekettir. Hareketin sayısı bakımın yapılan ayrıma göre, suç tek bir hareketle gerçekleşiyorsa "tek hareketli", buna karşılık birden fazla hareketin gerçekleşmesi şartıyla oluşuyorsa "birden fazla hareketli" suç denir[219].

Bu noktada, "fiil" kavramına ilişkin yaptığımız bu genel açıklamalar doğrultusunda çalışma konumuz olan edimin ifasına fesat karıştırma suçunun dinamiğini oluşturan fiil unsuru ele alınmalıdır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunda TCK madde 236'da bu suç bakımından yasaklanan fiil, taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırmaktır. Bu fiillerin neler olabileceği konusuna girmeden, evvela "Edimin ifasına fesat karıştırmak" ifadesinde yer alan "edim" ve "fesat karıştırmak" kavramlarının ayrı ayrı analizi önem arz eder.

Tekrar anımsayacak olursak; edimin ifasına fesat karıştırma suçu bağlamında edim kavramından; ihale kendisine bırakılan kişi ile işin sahibi idare arasında imzalanan ihale sözleşmesiyle taahhüt altına girilen, idari ve teknik şartnamelerde vasıf ve mahiyeti belirli olan iş anlaşılmalıdır[220]. Edimin ne olduğunun tespiti bakımından bakılması gereken ilk yer ihale sözleşmesidir. Ancak, bazı ihale uygulamalarında, ihale kendisine bırakılan kişi ile ayrıca yazılı bir ihale sözleşmesi imzalanmamaktadır[221]. Bu durumda, edimin ifası bağlamında varsa o iş için hazırlanan idari ve teknik şartnameyi esas almak gereklidir[222]. Bu sebepten ötürü,

[219] CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, 2005, s. 259.

[220] Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. çalışmamızın "Suçun Maddi Konusu" başlığı, s. 44.

[221] Bu konuyla ilgili yaptığımız açıklamalar için bkz. s. 62-63.

[222] ÖZGENÇ, 2012, s. 97.

yasa koyucu tarafından TCK madde 236/2 fıkrasının (d) bendinde, ayrıca "şartname" ibaresine yer verilmesi gereği duyulmuştur[223].

"Edimin ifasına fesat karıştırma suçu" ifadesinde yer alan "fesat" kavramından ne anlaşılması gerektiğini ele alacak olursak; "fesat" kelimesinin lügatimizde karşılığı; bozuk, bozukluk, hiledir[224]. Fesat karıştırmak ise; bir şeyin olması gereken durumunu ve düzenini bozmak, değiştirmek anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle, hukuki sonuçları itibariyle bir iş veya işlemde sakatlık oluşturmaktır[225].

Edimin ifasına fesat karıştırıcı fiillerin nelerden ibaret olduğu bu suçun düzenlendiği TCK madde 236/2'de yer almaktadır. Buna göre aşağıdaki fiillerin hileli olarak gerçekleştirilmesi ve diğer şartların da varlığı kaydıyla, edimin ifasına fesat karıştırılmış olur:

1. İhale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi,

2. İhale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi,

3. Edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi,

---

[223] TCK madde 236/2, (d)- *"Yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi"*

[224] Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, (http://www.tdk.gov.tr) *(E.T. 01.05.2014).*

[225] ALTIPARMAK, 2013, s. 72.

4. Yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi,

5. Hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi.

Buna göre, suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerin beş bent halinde tek tek sayıldığı görülmektedir. Belirtmeliyiz ki, bu hareketler örnekseyici değil sınırlayıcıdır. Diğer bir ifadeyle, bu hareketlerin dışında kalan hareketlerle edimin ifasına fesat karıştırma suçu işlenemez[226]. Aksinin kabulü, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 38/1 maddesinde öngörülen suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil eder[227]. Bu nedenle, öncelikli olarak edimin ifasına fesat karıştırma suçunun bağlı hareketli bir suç olduğunu söyleyebiliriz. İkinci olarak, TCK madde 236/2' de beş bent halinde sayılan bağlı hareket biçimlerinden herhangi birinin gerçekleştirilmesiyle, diğer şartların da oluşması halinde, bu suç vücut bulacağından, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun aynı zamanda seçimlik hareketli bir suç olduğunu söylemek mümkündür[228]. Öğretide, TCK madde 236/2'nin (a) ve (b) bentlerinde; bir taraftan fail/lerin ihale kararında veya sözleşmede belirlenen miktar

[226] Bkz. Çalışmamızın *"4735 sayılı Kanunu'nun 25. maddesi"* başlığı altında yer verdiğimiz açıklamalar, s. 31.

[227] "Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar" kenar başlığı altında yer alan anayasal düzenleme şöyledir: *"Madde 38 – (I) Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez."*

[228] EKER KAZANCI, 2011, s. 225.

ve/veya niteliğe uygun olmayan mal/ların hileli olarak teslim edilmesi; diğer taraftan muayene ve kabul komisyonu üyelerinin ise bu durumu bile bile bu mal(lar)ı kabul etmelerinin söz konusu olduğu dikkate alındığında, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun, (a) ve (b) bentlerinde belirlenen haller bakımından iki taraflı ve çok failli suç niteliğinde olduğu kabul edilmektedir[229].

TCK madde 236/2'nin (c), (d) ve (e) bentlerinde yer alan düzenlemelere dikkatli bakıldığında, iştirak hükümleri bir tarafa bırakılırsa, yalnızca "edimi kabul eden kişi"nin cezalandırılacağı hükme bağlanmışken, "teslim eden" bakımından herhangi bir cezai sorumluluktan ayrıca bahsedilmemiştir. Bu suçla korunmak istenen hukuki menfaat göz önünde bulundurulduğunda, "teslim eden" bakımından da benzer bir düzenlemeye gidilmemiş olması kanaatimizce eksiklik teşkil etmektedir[230].

a- Hileli Davranış

Edimin ifasına ancak hileli davranışlarla fesat karıştırılabilir[231]. Kanun, ancak hileli davranışlarla hareket etmek suretiyle bu suçun işlenebileceğine yönelik bir düzenleme getirdiğinden, yapısal olarak edimin ifasına fesat karıştırma suçu, bağlı hareketli bir suçtur.

Belirtmeliyiz ki; ihale sözleşmesinin yürütülmesi aşamasında sözleşmenin taraflarınca gerçekleştirilecek herhangi bir hile, tek başına bu suçun

[229] HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, 2012, s. 418; ARSLAN / TÖNGÜR, 2013, s. 236; *Ayrıca bkz. çalışmamızın 125. no'lu dn.*

[230] Aynı yönde görüş için bkz. ARSLAN / TÖNGÜR, 2013, s. 239.

[231] ÖZGENÇ, 2012, s. 95.

maddi unsurunun oluşmasına vücut vermeyecektir. Ayrıca, TCK madde 236/2'de beş bent halinde sayılan seçimlik hareketlerden herhangi birinin hileli davranışın etkisiyle işlenmesi gereklidir[232]. Diğer bir deyişle, hilenin yanı sıra bu alternatif fiillerden herhangi birinin işlenmesi halinde bu suçun maddi unsuru tamamlanmış olacaktır[233].

Yargıtay uygulamalarında da, eylemin hileli hareketlerle gerçekleştirilmesi şartı aranmaktadır[234].

---

[232] ÖZGENÇ, s. 95.

[233] ÖZGENÇ, s. 97.

[234] Yargıtay 5. CD. 05.06.2013 tarih ve 8121/6193 sayılı ilamında; *"Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun bir zarar suçu ve ihaleye fesat karıştırma suçundan bağımsız bir suç tipi olarak, 5237 sayılı TCK'nin 236'ncı maddesinde düzenlendiği, anılan maddenin ikinci fıkrasında sayılan seçimlik hareketlerin ortak özelliğinin hileli davranışlar olduğu, hile niteliği taşımayan hareketlerle bu suçun oluşmasının mümkün olmadığı, bununla birlikte suçun maddi unsurlarından olan hilenin gerçekleşmesinin salt bu suçu oluşturmadığı, ayrıca hileli hareketlerle suçun kanuni tanımında beş bent halinde düzenlenen fiillerden herhangi birinin gerçekleştirilmesiyle oluştuğu…''* ifadelerine yer verilmiştir. Yine Yargıtay 5. CD. 06/02/2013 tarih ve 4502/902 sayılı ilamında; "... *ihale şartnamesinin 41. maddesinde '... en avantajlı teklif numune olarak getirilen malın kalitesi ve düşük fiyat esasına göre belirlenecektir.' hükmünün yer alması karşısında sanığın gerek ihale sürecinde gerekse ihale sonrasında edimin ifası safhasındaki eylemlerinde hileli hareketleri bulunmadığı gibi, isnat olunan TCK'nin 235/2-a-4 maddesinde belirtilen suçun özgü suç niteliğinde olup, ihale komisyonu üyelerince işlenebileceği, sanığın ancak bu eyleme TCK'nin 40/2. maddesi kapsamında iştiraki mümkün olabileceğinden ve böyle bir durumun da dosyada sübuta ermediği anlaşıldığından, ayrıca sanık hakkında düzenlenen iddianamede edimin ifasına fesat karıştırma suçundan açılmış bir kamu davası bulunmadığı da gözetilmeden CMK'nin 225. maddesine de aykırı olarak, beraatı yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi"* ifadelerine yer verilmiştir. Kararlar için ayrıca bkz. YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, 2014, s. 7136.

Nitekim Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 05.06.2013 tarih ve 2012/8121 Esas, 2013/6193 karar sayılı bir ilamında da; "… *Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun bir zarar suçu ve ihaleye fesat karıştırma suçundan bağımsız bir suç tipi olarak 5237 sayılı TCK'nin 236'ncı maddesinde düzenlendiği, anılan maddenin ikinci fıkrasında sayılan seçimlik hareketlerin ortak özelliğinin hileli davranışlar olduğu, hile niteliği taşımayan hareketlerle bu suçun oluşmasının mümkün olmadığı, bununla birlikte suçun maddi unsurlarından olan hilenin gerçekleşmesinin salt bu suçu oluşturmadığı, ayrıca hileli hareketlerle suçun kanuni tanımında beş bent halinde düzenlenen fiillerden herhangi birinin gerçekleştirilmesiyle oluştuğu,…"* ifadesine yer verilmiştir[235].

TCK madde 236/2'de beş bent halinde sayılan hileli seçimlik hareketlerin icrai davranışlarla gerçekleştirilebileceği muhakkak olmakla birlikte ihmali davranışlarla gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Her şeyden önce belirtmeliyiz ki ihmali davranış; kişinin kendisinden beklenen davranışı sergilememesi, gerekli olduğu noktada pasif kalmasını ifade eder. Hileli ihmali davranıştan ne anlaşılması gerektiği noktasında ise doktrinde bazı yazarlar; failin aydınlatma yükümlülüğü olmasına rağmen bu görevin ihmali bir aldatmaya yol açıyorsa bu ihmali davranışın hile olarak nitelendirilebileceğini ileri sürmektedirler[236]. Bu görüşte olanlar tarafından, edimin ifası sürecinde edimi ifa eden kimsenin sözleşme gereğince karşı tarafı aydınlatma yükümlülüğü olduğu halde bu yükümlülüğü bilerek ve isteyerek ihmal etmesi durumunda bu görevin ihmali

[235] KOCA, 2014, s. 221- 222.

[236] EKER KAZANCI, 2011, s. 146 ve 150.

aldatmaya yol açıyorsa, bu kimsenin hileli davranışta bulunduğunun kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir[237].

Bazı yazarlar yaptıkları lâfzî yorum neticesinde; TCK madde 236'da "... teslim veya kabul edilmesi", "... verilmesi veya kabul edilmesi", "... kabul edilmesi" ifadelerinin yasa koyucu tarafından bilhassa tercih edilmesi sebebiyle, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun sadece icraî hareketlerle işlenebileceği, ihmali hareketlerle işlenemeyeceği kanaatini taşımaktadırlar[238].

Hile kavramından ne anlaşılması gerektiğine değinecek olursak; edimin ifasına fesat karıştırma suçunun düzenlendiği TCK madde 236'ya baktığımızda bu hususta bir tanımlamaya gidilmediği görülmektedir. Ancak, "dolandırıcılık" suçunda dolandırıcılık fiilinin gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için -*edimin ifasına fesat karıştırma suçunda olduğu gibi*- hileli davranışların gerçekleştirilmesini şart koyan yasa koyucu, 5237 sayılı TCK'nin dolandırıcılık suçunu düzenleyen 157'nci madde gerekçesinde hile kavramına ilişkin bazı açıklamalar getirmiştir. Biz de yasa koyucunun hileyle ilgili söz konusu açıklamalarından yararlanmak suretiyle inceleme konumuz olan edimin ifasına fesat karıştırma suçu bağlamında hile kavramından ne anlaşılması gerektiğini yorumlayacağız.

Söz konusu madde gerekçesinde belirtildiği üzere hile; icrai bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi, karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanmak suretiyle ihmali davranışlarla da

[237] EKER KAZANCI, s. 229.

[238] HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, 2012, s. 419.

gerçekleştirilebilir[239]. Ancak bu durumda kişinin, hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması gerekir. Hataya düşen kişi ile hukuki ilişkide bulunulan durumlarda böyle bir yükümlülük vardır. Ayrıca, muhatabın belli bir hususdaki hatası karşısında kişinin ihmali davranışının, örneğin susmasının, bir beyan, açıklama değerini taşıması gerekir.

Doktrinde hile kavramı bazı yazarlar tarafından sıklıkla ele alınmıştır. Bu çalışmalar bir bütün olarak değerlendirildiğinde; genel olarak hile, bir takım hareketlerle karşı tarafın bir olgu[240] üzerinde hataya düşürülmesi olarak tanımlanabilir[241]. Bu noktada belirtmeliyiz ki; hata doğuran her davranış hile olarak değerlendirilemez. Örneğin; araştırma olanağı varken ve bu gerekliyken bir başkası

---

[239] Bu husus doktrinde her ne kadar tartışmalı olsa da, aşağıda yer vereceğimiz üzere, yasa koyucu TCK madde 157'de; *"hile; icrai bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi, karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da, yani ihmali davranışlarla da gerçekleştirilebilir."* demek suretiyle hilenin ihmal suretiyle gerçekleşebileceğini kabul etmiştir. TCK Madde 157 gerekçesi için bkz. *(*www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/**madde**gerekce.doc) *(E.T. 04.05.2014).*

[240] EKER KAZANCI, 2011, s. 227; *"Olgu, geçmişte gerçekleşmiş, halen mevcut veya gelecekte oluşacak ispatlanabilir, somut durumlar ya da olaylardır. İhale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi; ihale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi; edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi; yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi; hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi suretiyle oluşan hileli hareketler inceleme konumuz olan "olgu" kavramını oluşturmaktadır."*

[241] EKER KAZANCI, s. 227.

tarafından söylenen bir söze araştırma yapmaksızın kolayca inanan kimse, bunun sonucuna katlanmalıdır[242]. Hile; belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalıdır[243]. Ayrıca, hilenin objektif olarak hataya düşürmeye ve başkasının tasarrufu üzerinde etki doğurmaya elverişli olması da gereklidir[244]. Başka bir ifadeyle, ifade ediliş ve sergileniş tarzı açısından yöneldiği kimsenin denetim yapma yetkisini elinden alabilmeli ve mevcut güven ortamında kişinin istenilen yönde hareket etmesini sağlayıcı olmalıdır[245]. Dolayısıyla kişinin iradesi üzerinde bir etkide bulunmaksızın yalnızca olayları değiştirmek, objelerde manipülasyon yapmak hile teşkil etmeyecektir[246]. Hilenin aldatıcı vasfı, muhatap aldığı kişinin kişilik özelliklerine göre değil, aynı konumdaki ortalama zekâya ve bilgiye sahip bir kişinin sahip olması gereken niteliklere göre belirlenir. Bu bakımdan, hangi hareketin hile teşkil ettiği tespit edilirken sübjektif değil objektif şartlar dikkate alınmalıdır[247].

Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararlarında; fail tarafından yapılan davranışın hileli olarak kabul edilebilmesi için belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olması, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte bir takım hareketler içermesi gerektiği kabul edilmekle birlikte, esasen hangi davranışların hileli olup olmadığı hususunda genel bir kural koymanın zor olduğu, bu nedenle olaysal olarak değerlendirme yapılması, olayın özelliği, mağdurun durumu,

[242] MERAN, 2011, s. 123.

[243] MERAN, s. 123.

[244] GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat, "Dolandırıcılık Suçu", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** İstanbul, Sayı: 14, 2008, s. 17.

[245] MERAN, 2011, s. 123.

[246] KOCA / ÜZÜLMEZ, 2013, s. 14.

[247] GÜLEL, İlhan,2012, s. 234.

fiille olan ilişkisi, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen eşyanın nitelikleri ayrı ayrı dikkate alınmak suretiyle bir sonuca ulaşılması gerektiği ifade edilmiştir[248].

Hilenin aldatma niteliği taşıyıp taşımadığı her somut olayda mağdurun durumu, faille olan ilişkisi, kullanılan hile, desise ve benzeri kriterler objektif olarak ele alınarak yargıç tarafından değerlendirilmelidir[249]. Doktrinde bazı yazarlar, hilenin

[248] Yargıtay'ın TCK madde 236'da ifade edilen hile kavramından ne anlaşılması gerektiğini ortaya koyduğu 5. CD. 16.05.2013 tarih ve 4728/5173 sayılı kararında; *"... Zarar suçu olarak TCK'nin 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 Kanun'da herhangi bir açıklık bulunmadığı, ancak Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamalarına göre, fail tarafından yapılan davranışın hileli olarak kabul edilebilmesi için belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olması, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte bir takım hareketlerin bulunması gerektiğinin kabul edildiği, esasen hangi davranışların hileli olup olmadığı ve bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği yolunda genel bir kural koymak oldukça zor olmakla birlikte, olaysal olarak değerlendirme yapılması, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen eşyanın nitelikleri ayrı ayrı dikkate alınmak suretiyle sonuca ulaşılması gerektiği nazara alındığında; dosya kapsamına göre, sözleşme, idari şartname, Yasa ve Yönetmelik hükümlerine aykırı olarak muayene ve kabul komisyonu oluşturulmadan, malın teslimi sırasında muayene yapılıp 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 itibariyle oluşmadığı gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm tesisi".* Karar için ayrıca bkz. YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, 2014, s. 7136 – 7137.

[249] YCGK, 24.11.1998, 6-280/359 sayılı ilamı *(naklen)* MERAN, 2011, s. 123, dn. 29.

kabulü için herhangi bir kişinin illâki aldatılmış olması şartını aramamaktadırlar[250]. Başka bir deyişle, failin gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek için başvurduğu hileli hareketlerin bir kişiyi muhakkak kandırabilir nitelikte olmasının zaruri olmadığını, fail tarafından soyut bir şekilde yalan söylenmiş olmasının da hile kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini düşünmektedirler[251].

b- Hileli Seçimlik Hareketler

Edimin ifasına ne suretle fesat karıştırılabileceği, TCK'nin 236'ncı maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Beş bent halinde sayılan bu hileli seçimlik hareketler, aşağıda ayrıntılı olarak izah edilecektir.

(1) İhale Kararında Veya Sözleşmede Evsafı Belirtilen Maldan Başka Bir Malın Teslim Veya Kabul Edilmesi

TCK madde 236/1 uyarınca, ihale makamlarının gerçekleştirdiği mal[252] alım ihalelerinde, ihale konusu malın bütün özellikleri teknik şartnamesinde belirtir.

---

[250] ÖZGENÇ, 2012, s. 95.

[251] EKER KAZANCI, 2011, s. 151; ÖZGENÇ, bir davranışın hileli hareket olduğu kabul edildikten sonra, ayrıca "kandırabilecek nitelikte" olup olmadığını araştırmaya gerek olmadığını, bir davranış kandırabilecek nitelikte değilse, hilenin varlığından zaten söz edilemeyeceğini, bu bağlamda EKER KAZANCI' nın değerlendirmelerine katılmadığını belirtmiştir. Bkz. ÖZGENÇ, 2012, s. 39.

[252] Mal kavramı, 4734 sayılı Kanunun 4. maddesinin *"Tanımlar"* kenar başlığı altında tanımlanmıştır. Buna göre mal; satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve hakları ifade eder.

Ayrıca 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 7'nci maddesi uyarınca işin adı, niteliği, türü ve miktarı hizmetlerde iş tanımı, işin yapılma yeri, teslim etme ve teslim alma şekil ve şartları ihale sözleşmesinde yer alması zorunlu hususlardandır[253].

Tedarikçi tarafından teslim edilen malın, teknik şartnamesinde tüm teknik özellikleriyle izah edilen ve ihale kararı ile ihale sözleşmesine konu maldan farklılık teşkil etmemesi gereklidir[254]. Tedarikçi tarafından idareye teslim edilen malın, ihale kararında veya sözleşmesinde belirtilen maldan daha kötü olmasına rağmen yine de idareye teslim edilmesi kamu zararına sebebiyet verebilir. Böyle bir olasılığın önüne geçmek için, ihale sözleşmesine konu malın kamu görevlilerince teslim alınmasından evvel, idare tarafından görevlendirilen kamu görevlileri tarafından muayene ve kabul işlemlerinin gerçekleştirilmesi önem arz eder.

Borçlar Kanunu, sözleşme konusu edimin kabulü ile ilgili yöntem ve esasları, taraflarca düzenlenecek sözleşme hükümlerine bırakmışken; kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu ihale sözleşmelerinde edimin kabul sürecine ilişkin yöntem ve esaslar, şartname ve yönetmelik hükümleri ile düzenlenmektedir[255]. Bu nedenle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 11'nci maddesinde; ihale sözleşmesine konu malın kamu görevlilerince teslim alınmasından önce muayene ve

[253] MERAN, 2011, s. 317.

[254] KOCA, 2014, s. 222.

[255] GÖK, Yaşar, "Yapım İşlerinde Geçici ve Kesin Kabul İşlemlerinin Gerçekleştirilme Süreci ve Karşılaşılan Hukuki Sorunlar", **Sayıştay Dergisi,** 2000, Sayı:37, s. 17.

kabul işlemlerinin gerçekleştirilebilmesi için, idareler tarafından *"muayene ve kabul komisyon" unun* oluşturulmasına ilişkin bir düzenleme getirilmiştir.[256].

Bu noktada, öncelikli olarak "teslim" ve "kabul" kavramlarına açıklık getirmek yerinde olacaktır. "Teslim"; sözleşme konusu malın zilyetliğinin ilgili kuruma tevdiini ifade etmektedir. "Kabul" ise; sözleşme konusu malın, teknik şartname ve sözleşmede belirlenen teknik şartlara uygun olup olmadığının araştırılması ve uygun olduğunun tespiti halinde malın zilyetliğini bulundurma iradesini göstermektir. Kanun hükmünde yer alan **"**kabul" ifadesinden geçici kabul mü yoksa kesin kabul mü anlaşılması gerektiğine yönelik herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Doktrinde bazı yazarlar, "kabul"den geçici kabul anlaşılabileceği gibi kesin kabulün de anlaşılabileceğini ileri sürmektedirler[257].

Kanaatimizce edimin ifasına fesat karıştırma suçu, ihale kararında veya şartnamesinde belirtilen şartlara aykırı, uygun olmayan ifanın görmezden gelinerek, eksiklik sorun yokmuş gibi kesin kabul tutanağı düzenlenmesi halinde işlenmiş olacaktır[258].

---

[256] 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeler Kanunu'nun 11/1 uyarınca; *"Teslim edilen mal, hizmet, yapım veya yapılan işin muayene ve kabul işlemleri, idarelerce kurulacak en az üç kişilik muayene ve kabul komisyonları tarafından yapılır. Mal veya yapılan iş yüklenici tarafından idareye teslim edilmedikçe muayene ve kabul işlemleri yapılamaz."*

[257] ÖZGENÇ, 2012, s. 98.

[258] Eksik ve aykırı ifaya rağmen iş tamammış gibi hileli yöntemlerle geçici kabulün gerçekleştirildiği, ancak daha sonra elde olmayan sebeplerle kesin kabulünün yapılamadığı bir durumda bu suçun tamamlanmış halinden mi, yoksa icrai hareketin kısımlara bölünebiliyor olmasından hareketle suça teşebbüsten mi kamu görevlilerinin sorumluluğuna gidileceği hususu bakımından bu saptama önem teşkil eder. Bu konudaki ayrıntılı açıklamalara, çalışmamızın "Teşebbüs" başlığı altında yer verilmiştir. Bkz. s. 169.

Diğer taraftan, kabul işlemlerinin hangi sırada yapılacağı ile ilgili olarak 4735 sayılı Kanunun 17'nci maddesinde her ne kadar, yüklenici tarafından malın veya yapılan işin idareye teslim edilmedikçe muayene ve kabul işlemlerinin yapılamayacağı belirtilmiş olsa da, uygulamada bazı durumlarda kabul işlemi, malın imalatının yapıldığı üretim tesisinde yapılmakta ve bunun üzerine sevki yoluna gidilerek teslim işlemleri gerçekleştirilmektedir. Bazen sözleşme konusu mal, ilgili kamu kurumunun deposuna konulur ve muayene ve kabul işlemleri depoda gerçekleştirilebilir. Bazı durumlarda ise, kabul işlemi numune (örnek) üzerinden gerçekleştirilebilir. Böyle bir durumda, numune olarak seçilen mal üzerinde gerekli test ve incelemeler yapıldıktan sonra malın kabulü yapılmaktadır.

Tedarikçi tarafından teslim edilen mal, muayene ve kabul komisyonu üyelerince incelenerek teknik şartnamesi ve ihale sözleşmesindeki tüm özellikleri taşıyıp taşımadığı tespit edilir[259]. Teslim ve kabul işlemleri gerçekleştirilmiş olan malların daha sonra teknik şartnamesinde ve ihale sözleşmesinde belirtilen teknik özellikleri taşımadığının anlaşılması üzerine, bu durumun Borçlar hukukunun ilgili hükümleri doğrultusunda sözleşmeden doğan hukuki sorumluluk gerektireceği aşikârdır. Bunun yanı sıra, söz konusu fiilin ceza sorumluluğunu da gerektirip gerektirmeyeceği noktasında TCK'nin 236'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan fiillerin hileli olarak gerçekleştirilmesi halinde edimin ifasına fesat karıştırılmış sayılır. Tam da bu noktada, TCK madde 236/2'nın (a) bendine baktığımızda, *"ihale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi"* fiilinin hileli şekilde gerçekleştirilmesinin, edimin ifasına fesat

[259] KOCA, 2014, s. 222.

karıştırma sayılacağını görmekteyiz. Bu hükümle; ihale sözleşmesinin konusu "mal" olan edimin niteliği konusunda gerçekleştirilen hileli davranışların suç teşkil edeceği ve bunun karşılığında sözleşmenin tarafı olan yüklenici hakkında, sözleşmeden doğan hukuki sorumluluğunun yanı sıra cezai sorumluluğuna da gidileceği düzenlenmektedir[260]. Bu bende göre, ihale kararında veya sözleşmede niteliği belirlenen maldan başka bir malın teslim edilmesi veya ihale kararında veya sözleşmede niteliği belirlenen maldan başka bir malın hileli olarak kabul edilmesi edimin ifasına fesat karıştırma suçu kapsamında değerlendirilir.

Burada değinilmesi gereken bir başka husus da; failin eyleminin TCK madde 236/2 (a) bendi kapsamında değerlendirilebilmesi için, tedarikçi tarafından teslim edilen veya kamu görevlisi tarafından kabul edilen malın, ihale kararında veya sözleşmesinde niteliği belirlenen maldan başka bir mal olmasının yanı sıra belirlenen maldan ayrıca nitelik itibariyle daha değersiz ve kalitesiz olmasının gerekli olduğudur[261]. Aksi takdirde, ihale kararında veya sözleşmesinde belirlenen maldan daha nitelikli bir malın teslim veya kabul edilmesinin kamuda herhangi bir zarara yol açmayacağı göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu fiilin, edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturmayacağını söylemek mümkündür[262].

Nitekim Yargıtay 4. Ceza Dairesinin, 25.10.2010 tarih 2008/19478 Esas , 2010/17402 Karar sayılı ilamında; *"..ihale sonucu imzalanan sözleşmedeki edimin ifası kapsamında, taahhüt edilen nitelikte et teslimi yerine, tek tırnaklı hayvan etinin*

[260] ARSLAN / TÖNGÜR, 2013, s. 237.

[261] YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, 2014, s.7141; KOCA, 2014, s. 223; MERAN, 2011, s. 317.

[262] KAPLAN, 2013, s. 717; ARSLAN / TÖNGÜR, 2013, s. 238.

*teslim edilmesi..”*nin edimin ifasına fesat karıştırma suçu kapsamında değerlendirileceği belirtilmiştir[263].

Diğer taraftan, edimin konusunun zamanla niteliği değişebilecek mahiyette olması ya da fail dışında başka bir kişiden aynı nitelikte malın alınması halinde sözleşme ya da şartnamedeki niteliklerden farklılığın kesin şekilde tespit edilmesi gerekmektedir. Aksi halde failin sorumluluğundan bahsedilmesi mümkün değildir[264].

---

[263] ARSLAN / TÖNGÜR, 2013, s. 237.

[264] Yargıtay 5. CD. 02/04/2013 tarih ve 4459/2660 sayılı ilamda; *“Dosya kapsamına göre Kocaeli İl Tarım Müdürlüğünün hizmet binasının 2007 yılı kışlık yakacak ihtiyacı için açılan ihaleyi sanıklardan Sevgi ..ve İsmet Ha... E..’ın yetkili olduğu şirketin kazandığı, söz konusu şirketin teslim ettiği kömürlerin analizinin sanık Şeniz K..’ın sorumlusu olduğu şirketçe yapıldığı ve kömürlerin ithal edildiğinin ihbar edilmesi üzerine soruşturma başlatıldığı, bu kömürlerden usulüne uygun olarak alınan numuneler üzerinde yapılan tetkiklerde ülke kriterlerine uygun olmadığının belirlendiği, söz konusu kömürler ile ilgili TÜBİTAK MAM, Çevre ve Orman Bakanlığı Çevre Referans Laboratuvarı ve Standart Laboratuvardan alınan raporlar arasında farkların olduğu anlaşılmakla; Kocaeli İl Tarım Müdürlüğü hizmet binasının 2007 yılı kışlık yakacak ihtiyacı için başka yerden kömür alınıp alınmadığı, soruşturma aşamasında anılan yerin deposunda bulunan ve numune alınan kömürlerin aynı kömür olup olmadığı ve kömürlerin depoda yaklaşık 6 ay bekletilmelerinin kalite değerlerinde değişikliğe etki edip etmeyeceği hususları araştırılıp, gerektiğinde bu çelişkileri giderecek şekilde rapor aldırılıp sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi..”* ifadelerine yer verilmiştir. Yine Yargıtay 5. CD. 02/04/2013 tarih ve 6186/642 sayılı ilamda; *“ Sel... İlçe Milli Eğitim Müdürlüğünde çalışan sanıkların, okulların yakıt ihtiyacı için düzenlenen ihaleler neticesinde alınan yakıtın dağıtımı ve teslim alınmasında görev aldıkları, Zeliha ve Lütfi Kulluk İlköğretim Okuluna teslim olunan yakıttan alınan numunenin analizi sonucunda TSE’nin belirlediği sınır değerin altında olduğu iddiasıyla yapılan yargılamalarında; teslim alınan yakıtlara ait sevk irsaliyesi, fatura ve ordinolar ile Okul Aile*

TCK madde 236/2 (a) bendinde düzenlenen bu fiili gerçekleştirebilecekler arasında; hem malı teslim almaya yetkili kamu görevlisi hem de edim yükümlülüğü bulunan tedarikçiler yer alır[265].

Hemen belirtmek gerekir ki; ihale kararında ya da sözleşmesinde belirtilen maldan başka bir malı kabul eden kamu görevlisinin edimin ifasına fesat karıştırma suçundan dolayı cezalandırılabilmesi için ayrıca bir menfaat temin etmesi gerekli değildir. Ancak suçun düzenlendiği TCK madde 236/son fıkrasında yer alan; *"Edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar."* hükmüne istinaden, kamu görevlileri menfaat temini sebebiyle ilgili suçtan da ayrıca cezalandırılacaklardır[266]. Bu itibarla, eylemleri TCK madde 236/2 (a) bendi kapsamında değerlendirilen kamu görevlisi, bu suçu işlemiş olmakla birlikte, menfaat temini suretiyle söz konusu eylemleri aynı zamanda rüşvet, irtikap vb. gibi suçlarına da vücut vermekteyse, bu durumda gerçek içtima kuralları uygulanarak bu suçlardan da cezaen sorumluluklarına gidilecektir[267].

Birliğinin bütçesinden yakıt alımı yapıldığına dair belgelerin araştırılıp incelenmesi, Okul Müdürü Kemal Bayrakçı dinlenerek İlçe Milli Eğitim Müdürlüğünün verdiği yakıt dışında yakıt alımı yapıp yapmadıklarının tespit edilmesi, aynı yüklenici firmanın yakıt verdiği diğer okul yetkililerinin de yakıtın kullanımı sırasında düşük standartta olduğuna dair bir tespitleri olup olmadığı hususlarında dinlenilmesinden sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi.." ifadelerine yer verilmiştir. Karar için ayrıca bkz. YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, 2014, s. 7142.

[265] KAPLAN, 2013, s. 717.

[266] EKER KAZANCI, 2011, s. 230; KOCA, 2014, s. 225.

[267] EKER KAZANCI, 2011, s. 230.

(2) İhale Kararında Veya Sözleşmede Belirtilen Miktardan Eksik Malın Teslim Veya Kabul Edilmesi

İşin sözleşmesinde, ihale konusu malın miktarının belirtilmesi esastır. Tedarikçi, ihale sözleşmesinde taahhüt ettiği edimi eksiksiz olarak yerine getirmekle yükümlüdür[268]. Aksi takdirde, malın teslim edilmesi gereken miktardan eksik olarak teslim edilmesi, Borçlar Hukuku hükümleri kapsamında tazminat sorumluluğunu gerektireceği gibi[269], bu eylemleri TCK madde 236/2 (b) bendi kapsamında edimin ifasına fesat karıştırma suçu kapsamında sorumluluk da doğurabilir.

TCK madde 236/2 (b) bendinde yer alan edimin konusu "mal"dır; ancak söz konusu düzenlenme 236/2 (a) bendinden farklı olarak malın niteliğinde değil, niceliğinde yapılan hileyi konu almaktadır[270].

---

[268] EKER KAZANCI, s. 230.

[269] Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Giderim borcu" başlıklı 112'nci maddesinde; *"Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür."* hükmü yer almaktadır.

[270] Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 13.06.2012 tarih ve 2012/3277 Esas, 2012/6769 Karar sayılı ilamı her iki duruma da örnek teşkil etmektedir. Şöyle ki; " *... Çan Termik Santraline yakıt teslimi sırasında diğer sanıkların yardımı ile rafineriden temin ettikleri yakıta daha ucuz maddeler katarak miktarını artırıp kalitesini düşürerek veya gerçekte teslim edilmediği halde teslim edilmiş gibi kantar fişi ve evrak düzenlettirerek niteliksiz veya noksan yakıt vermek suretiyle menfaat temin ederek nitelikli dolandırıcılık suçunu işledikleri iddia ve kabul edilmiş ise de; 5237 sayılı TCK'nin 236/1. maddesinde kamu kurum ve kuruluşlarına karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırılmasının bağımsız suç olarak düzenlendiği, aynı maddenin 2/a-b bendinde 'ihale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka malın veya belirtilen miktardan eksik malın teslimi veya kabul edilmesinin' edimin ifasına fesat karıştırma sayıldığı, bu duruma sanıkların işlediği kabul edilen ihale*

Örneğin; (X) İli Emniyet Müdürlüğü'nün açtığı 200.000 litre euro-dizel mazot ihalesi kendisine bırakılan şirket sahibi (Y) ile Emniyet Müdürlüğü arasında yapılan ihale sözleşmesine bağlı olarak (Y), 190.000 litre euro-dizel mazot teslim etmesine rağmen evrakta hileli olarak bunu 200.000 litre euro-dizel gibi göstermesi durumunda, TCK madde 236/2 (b) bendi kapsamında edimin ifasına fesat karıştırma suçundan cezalandırılacaktır[271]. Bu noktada hemen belirtmeliyiz ki; kararlaştırılan miktardan daha fazla malın teslimi halinde, bu suç oluşmayacaktır[272].

Ayrıca değinilmesi gereken bir başka husus da; her eksik teslimatın muhakkak edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturmayacağıdır. Nitekim kısmi kabule açık ihalelerde, "kısmi kabulün" yapılması bu suçu oluşturmaz. Şöyle ki; 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 11'inci maddesi uyarınca; *"taahhüdün tamamlanan ve müstakil kullanıma elverişli bölümleri için kısmî kabul yapılabilir."* Bu düzenlemeye göre; malın veya yapılan işin yüklenici tarafından idareye teslimiyle, muayene ve kabul komisyonu tarafından kontrole başlanacak, taahhüt edilen malın tamamlanan kısımları elverişliyse kısmi kabul gerçekleştirilecektir. Bu durum, TCK madde 236/2 (b) bendi kapsamında değerlendirilemez[273]. Ancak ihaleye konu malın parti parti teslimi söz konusu ise ve

---

şartnamesine aykırı olarak niteliksiz ve eksik yakıt teslim ve kabul etme fiillerinin edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmadan yazılı biçimde nitelikli dolandırıcılıktan mahkumiyetlerine karar verilmesi..." yönünde hüküm kurulmuştur. Karar için ayrıca bkz.

(http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html) (E.T. 27. 04.2014)

[271] KOCA, 2014, s. 226.

[272] KAPLAN, 2013, s. 717.

[273] ALTIPARMAK, 2013, s. 140; KAPLAN, 2013, s. 718.

bu partilerden birisinde gösterilen miktardan daha az miktar mal hileli yöntemlerle teslim edilmiş ise, edimin ifasına fesat karıştırma suçundan bahsedilecektir[274].

Diğer taraftan; ihale kararında veya sözleşmede belirtilen malın hiç teslim edilmemesi ve tedarikçinin bu eylemine kamu görevlisinin bilinçli hareketleriyle iştirak etmesi durumunda, bu eylemlerin edimin ifasına fesat karıştırma suçuna sebebiyet verip vermeyeceği hususuna yönelik doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş tarafından; madde metninde eksik teslim veya kabulden bahsedilmesi, hiç teslim etmeme halinin bu madde kapsamında uygulanma kabiliyeti bulunmadığı, aksinin kabulünün suçta kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği ve bu durumda genel suç tiplerine göre sorunun çözülmesi gerektiği ifade edilmektedir[275]. Bu düşünceye göre, malın hiç teslim edilmemesi eylemine kamu görevlisinin ya da özel mevzuatı gereği kamu görevlisi gibi cezalandırılan kişinin bilinçli hareketleriyle iştirak etmesi, mal hiç teslim edilmediği halde teslim alınmış gibi evrak düzenlemesi halinde eylemin üçüncü kişi yararına zimmet ve belgede sahtecilik suçlarını oluşturacağı, kamu görevlisinin ya da özel mevzuatı gereği kamu görevlisi gibi cezalandırılan kişinin iştiraki olmaksızın malın hiç teslim edilmemesine rağmen teslim edilmiş gibi işlem yapılması halinde ise eylemin dolandırıcılık suçunu oluşturacağı ifade edilmektedir.

Yargıtay içtihatlarında konuyla ilgili bir görüş birliği bulunmamaktadır. Zira TCK madde 236/2 (e) bendine ilişkin olarak; hizmet niteliğindeki edimin ihale kararında veya sözleşmeden belirtilen şartlara göre hiç yerine getirilmemesi bir

---

[274] YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, 2014, s. 7146.

[275] AKKAYA, Çetin, **İhaleye İlişkin Suçlar,** *(yayınlanmamış makalesinden naklen),* YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, 2014, s. 7145.

olayda eylemin edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturacağına yönelik hüküm kurulmuş iken[276], malın hiç teslim edilmemesinin ise dolandırıcılık suçuna vücut vereceği yönünde tespitte bulunulmuştur[277].

[276] Yargıtay 5. CD. 23.05.2013 tarih ve 4574/5640 sayılı ilamda; *"Sanık Ferhat... Ç..'nin başkanlığını yaptığı Ga... Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı tarafından muhtaç ailelere 9.000 ton kömürün dağıtımının yapılması için 15.06.2007 tarihinde dağıtım ihalesi yapıldığı ve ihaleyi Ak... Nakliyat isimli firmanın kazandığı, Vakıf Başkanı sanık Ferhat Ç...'nin, şirket yetkilisi Birol A...'a; "vakfımızın bir otomobile ihtiyacı var, otomobiller 35.000 TL civarında, senden otomobil almak için yardım bekliyoruz." dediği, Birol A...'un da, "bu para çok fazla, biz bu parayı ödeyemeyiz." diyerek teklifi kabul etmediği, bunun üzerine vakıf başkanının, Birol A...'u ikna etmek amacıyla pazarlık havasına soktuğu, ancak ikna edemediği, bu arada yanlarında bulunan Vakıf Müdürü Aydın M...'in, Beldelerde oturan ihtiyaç sahiplerine dağıtılacak kömürün Belde Belediyeleri tarafından dağıtılması halinde, yüklenici firmanın aradaki fark ile bir araba alabileceği şeklinde öneride bulunduğu, daha sonra Birol A..."un beldelerde oturanlara, belde belediyelerinin kömür dağıtması şartıyla 20.000 TL vermeyi kabul ettiği, bunun üzerine, sözleşmenin imzalandığı ve müteahhidin işe başladığı, varılan anlaşma gereğince belde belediyelerine yazı yazılarak kömür dağıtımında yardım edildiği, Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından temin edilen kömürlerin Manisa ili Soma ilçesi yataklarından, kömür işletmeleri vasıtasıyla gönderildiği ve Ga... ilçesindeki depoya indirildiği, beldelere gönderilecek kömürlerin ise Soma'dan gelen tırlar tarafından, beldelere kadar götürülerek, belde belediyelerinin gösterdiği depolara indirildikten sonra belediyeler tarafından hak sahiplerine vakıftan verilen listeye göre dağıtıldığı, dağıtımdan sonra yapılan dağıtım listelerinin firma tarafından vakfa verildiği, yüklenici firma tarafından beldelerde oturan hak sahiplerine dağıtım yapılmadığı halde bu firmaya ödeme yapıldığının anlaşılması karşısında edimin ifasına fesat karıştırma suçunun tüm unsurları ile oluştuğu gözetilmeden yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde görevi kötüye kullanma suçundan mahkumiyet hükümleri kurulması,"* şeklinde bir hüküm kurulmuştur. Karar için ayrıca bkz. YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 7145.

[277] Yargıtay 5. CD. 27/05/2013 tarih ve 7504/5713 sayılı ilamında; "*Sanık Önder Öz..'in He... Milli Eğitim Bakanlığına bağlı okulların ihtiyacı için kalorifer yakıtı ihalesini alan Öz... petrol şirketinin*

Kanaatimizce, azın cezalandırıldığı yerde çoğun cezalandırılmaması söz konusu olamayacağından, "eksik" kavramının kapsamına "malın hiç teslim edilmemesi" hallerinin de girdiği kabul edilmelidir. Bu itibarla, mal hiç teslim edilmediği halde teslim alınmış gibi gerçeğe aykırı kesin kabul tutanağı düzenlenmesi halinde, söz konusu eylemin belgede sahtecilik suçunun yanı sıra edimin ifasına fesat karıştırma suçunu da oluşturduğunu kabul etmek gerekecektir[278].

TCK madde 236/2 (b) bendi kapsamında fail olabilecekler; ihale kararı ve sözleşmesinde belirtilen maldan eksik malı teslim eden kişi olabileceği gibi; ayrıca ihale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik olduğunu bilmesine rağmen malı hileyle gerçeğe aykırı olarak kabul eden kamu görevlileri de olabilecektir.

---

yetkilisi olduğu, kardeşi Yaşar Ö...r'in ise suça konu yakıtları dağıttığı, 25/10/2005 tarihinde 34.... 259 plakalı araç ile dağıtılan yakıta dair sahte olarak düzenlenen Hendek Bakırcılar Kantar fişinde brüt 31.210 litre olarak gösterildiği halde, okullara tutanak karşılığı, teslim edilen akaryakıt miktarının 21.000 litre olduğu, böylece aradaki fark olan 10.210 litre akaryakıt teslim edilmediği halde teslim edilmiş gibi gösterildiği şeklindeki iddia karşısında kalorifer yakıt ihalesine ilişkin şartlar ve belgeler incelenerek olay tarihinde kaç litre yakıt teslim edilmesi gerektiğinin saptanmasından sonra 31.210 litre yakıt teslimi gerektiği halde gerçekte 21.000 litre yakıt teslim edildiği sonucuna varılması durumunda eylemlerin tamamlanmış edimin ifasına fesat karıştırma olarak değerlendirilmesinin zorunlu olacağı, başka bir sonuca ulaşılması durumunda ise, kamu kurumunu dolandırma fiilinin ve görev durumunun da tartışılması gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile dosya kapsamı ve oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde beraat kararları verilmesi.." yönünde değerlendirmede bulunulmuştur. Karar için ayrıca bkz. YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, 7145-7146.

[278] Aynı yönde görüş için bkz. AKBULUT, 2009, s. 61.

Kamu görevlilerinin hileyle, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malı menfaat temin etmek suretiyle kabul etmeleri halinde TCK madde 236/son fıkrasında yer alan; *"Edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar."* hükmü uygulama kabiliyeti bulur.

Örneğin; bir mal alım ihalesi neticesinde imzalanan ihale sözleşmesinde belirlenen miktardan eksik olmasına rağmen yine de kabul işlemlerini gerçekleştirmeleri karşılığında tedarikçi tarafından kamu görevlilerine rüşvet verilmesi durumunda, kamu görevlileri hakkında hem edimin ifasına fesat karıştırma (m. 236), hem de rüşvet (m. 252) suçundan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmedilmesi gerekmektedir. Zira burada gerçek içtima hükümlerini uygulamak gerekecektir. Hatta diyelim ki; rüşvet karşılığında, sözleşmede belirlenen miktarda mal teslim edilmediği halde teslim edilmiş gibi kabul tutanağı düzenlenmesi ve bu kabul tutanağına istinaden kamu kurum veya kuruluşu tarafından tedarikçiye bir ödemede bulunulması halinde, resmi belgede sahtecilik, edimin ifasına fesat karıştırma, rüşvet ve zimmet olmak üzere dört ayrı suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir[279].

765 sayılı Mülga TCK'nin yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay'ın, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın kabul edilmesi halinde edimin ifasına fesat karıştırılmasını da kapsayan 205'inci maddesine - ihaleye fesat karıştırma suçunun oluştuğu yönde- atıfta bulunduğu içtihatları mevcuttur[280]. Bu

[279] ÖZGENÇ, 2012, s. 102.

[280] Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 15.12.1987 tarih ve 8836 Esas., 7450 Karar sayılı ilamında; *"Siirt Tekel B. Müdürlüğüne bağlı Kurtalan Müdürlüğü 1978 mahsulü alım noktasında 18/08/1979 günü gerçekleştirilen alımda yaprak tütünlerin kilolarını şişirilmek suretiyle alım işleminin yürütüldüğünün aynı gün saat 18.00 sıralarında telefonla ihbar edilmesi üzerine olaya el konularak sanık Halil'in*

içtihatların aksine bazı içtihatlarda ise; ihaleye fesat karıştırma suçunun değil, görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğu yönünde kararlar da mevcuttur. Söz konusu içtihatlara konu örnek olaylarda malın miktarına hile karıştırılması söz konusu olduğundan 765 sayılı Mülga TCK'nin 205'nci maddesi kapsamında bir değerlendirme yapılsaydı, bunun daha doğru olacağı düşüncesindeyiz[281].

(3) Edimin İhale Kararında Veya Sözleşmede Belirtilen Sürede İfa Edilmemesine Rağmen, Süresinde İfa Edilmiş Gibi Kabul Edilmesi

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 7'nci maddesi uyarınca işin süresi, sözleşmede belirtilmesi zorunlu hususlardandır. Yüklenici, edimi sözleşmede belirtilen süre içinde ifa etmekle yükümlüdür. Aksi takdirde sözleşmenin süresinde ifa edilmemesi, sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğinden, 4735 sayılı Kanunun 20'nci maddesi uyarınca idare lehine sözleşmeyi fesih hakkı doğacaktır. Aynı düzenleme gereğince, idarenin en az on gün süreli ihtarına rağmen

---

kantara, sanık İsmet'in eksper olarak görevlendirildiği, bu kişilerin saat 12.00 ile 19.00 arasında fiilen çalışarak tütün toplayıcısı tefecilerden 1439 balya tütün alımını yaptıkları, gerçekte 25, 781 kg olan miktarın, 45,509 kg olarak belirtildiği, bu suretle üreticilere 1,571,529,50 lira yerine 2,728,241,10 lira yapayı gerektirecek şekilde belge düzenlerken, bunun gelen ihbar üzerine belirlenmesinden ibaret eylem, TCK madde 205'e eksik teşebbüs olarak değerlendirilmelidir." ifadesi yer almaktadır. Bkz. *(naklen)* ALTIPARMAK, 2013, s. 141.

[281] Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 11.06.1998 tarih ve 2162/3972 sayılı içtihadında; *"Sanıkların gerçekte 1500 kilogram gelen (pulver tozunun) 3000 kilogram geldiğine ilişkin giriş pusulasını ve kabul tutanağını imzalama eylemleri, görevi yasaya aykırı olarak yapma biçiminde (olduğundan, mülga 765 s.) TCK'nın 240. maddesinde tanımlanan görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturur."*, bkz. *(naklen)* ÖZGENÇ, 2012, s. 96.

aynı durumun devamı, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezasının uygulanmasını beraberinde getirecektir[282].

Görüldüğü üzere, ihale sözleşmesinde taahhüt edilen edimin süresinde yerine getirilmemesi, 4735 sayılı Kanunu gereğince özel hukuk bağlamında bir takım sonuçlar doğurduğu açıktır[283].

Bununla birlikte ne 4735 sayılı Kanunda ne de TCK'de edimi süresinde ifa etmeyen yüklenici, hizmet sunucusu veya tedarikçi hakkında cezai müeyyide uygulanacağına dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Öyleyse, edimin süresinde ifası sadece 4735 sayılı Kanun kapsamında sözleşmenin geleceği açısından önem arz eder. Bu durumda idare 4735 sayılı Kanun'da yer verilen imkânlar dâhilinde öngörülen yaptırımları derhal yerine getirmekle yükümlüdür.

---

[282] 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun "İdarenin Sözleşmeyi Feshetmesi" başlıklı 20 maddesinin (a) bendinde; *"Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi"* hükmü yer almaktadır.

[283] 4735 sayılı Kanun'un "Mücbir sebepler" başlıklı 10. maddesinde; mücbir sebeplerin bulunması halinde, süresi içinde veya gereği gibi ifa etmemenin yaptırımla karşılanmayacağı belirtilmiş ve daha sonra mücbir sebepler sıralanmıştır. Buna göre mücbir sebepler; a) Doğal afetler, b) Kanuni grev, c) Genel salgın hastalık, d) Kısmî veya genel seferberlik ilânı, e) Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller. (Burada yer alan "Kurum" ifadesinden 4735 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 4734 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 4. maddesine yaptığı atıf dolayısıyla "Kamu İhale Kurumunu" anlamak gerekecektir.) Bu hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur.

Hemen belirtmeliyiz ki; yüklenici, hizmet sunucusu veya tedarikçi tarafından işin süresinde bitirilememesi yasa koyucu tarafından cezai sorumluluğu gerektiren bir hâl olarak değerlendirilmezken; yüklenici, hizmet sunucusu veya tedarikçi tarafından işin süresinde bitirilmemesine rağmen idarenin inisiyatif kullanarak işi süresinde ifa edilmiş gibi hileli olarak kabul etmesi, kamu görevlilerinin cezai sorumluluğunu gerektirmektedir. Nitekim yasa koyucu, "edimin ihale kararında veya sözleşmesinde belirtilen sürede ifa edilmemesine karşılık edilmiş gibi kabul edilmesini" TCK madde 236/2 (c) bendinde, edimin ifasına fesat karıştırma suçu için öngörülen alternatif hareket biçimleri arasında yer vermiştir.

Bu düzenleme gereği; ihale kararında veya sözleşmesinde belirtilen sürede ifa edilmeyen edimi, süresinde ifa edilmiş gibi hileli olarak kabul eden kamu görevlisi, edimin ifasına fesat karıştırılması suçundan sorumlu olacaktır[284]. Diğer bir ifadeyle burada cezalandırılan fiil, ihale sözleşmesinde yerine getirileceği taahhüt edilen edimin geç ifa edilmesi değil; zamanında ifa edilmeyen edimin sözleşmedeki süresi içinde ifa edilmiş gibi kabul edilerek yükleniciyi uğrayacağı hukuki sonuçlardan kurtarmaya yönelik gerçekleştirilen hileli eylemlerdir[285].

İştirak hükümleri bir tarafa bırakıldığında burada dikkat edilmesi gereken önemli husus, edimi kabul eden kişinin cezalandırılmasına rağmen teslim eden kişinin suç tanımına alınmamasıdır[286]. Öyleyse TCK madde 236/2 (c) bendinde yer verilen hareketi gerçekleştirmek suretiyle bu suçun faili olabilecekler yalnızca; ihale konusu edimi (mal, hizmet veya yapım işi) kabule yetkili kamu görevlileri

[284] EKER KAZANCI, 2011, s. 230; MERAN, 2011, s. 318; KAPLAN, 2013, s. 718.

[285] KOCA, 2014, s. 227.

[286] ARSLAN/ TONGÜR, 2013, s. 239.

olabileceklerdir. Kanaatimizce suçla korunan hukuki değer göz önünde bulundurulduğunda, (c) bendi kapsamına teslim edenin dâhil edilmemesi mevcut düzenlemede önemli bir eksikliktir[287]. Ancak hemen belirtelim ki, süresinde edimi ifa etmediği halde kamu görevlilerini kabule razı eden tedarikçi, hizmet sunucusu ya da yüklenici fail sıfatıyla olmasa da, iştirak hükümleri gereği, azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu olacaklardır[288].

Bazen kabul komisyonunun işyerine gitmesi ve kabulü yapması bir nedenle gecikebilir. Böyle durumlarda, yüklenicinin yaptığı işin süresinde tamamlandığı kontrol teşkilatı tarafından tespit edilmiş olması, kabul tutanağında bu tarihin yazılması şartıyla, muayene ve kabul incelemesinin daha sonra yapılması, ihale mevzuatına aykırılık teşkil etmeyeceği gibi[289], TCK madde 236/2 (c) bendi kapsamında da değerlendirilmeyecektir.

TCK madde 236/2 (c) bendi kapsamında gerçekleştirilen eylemde, edimin konusu; mal, hizmet veya yapım işi olabilir. Zira madde metninde sadece edimden söz edilmiş, yukarıda yer verdiğimiz (a) ve (b) bentlerinin aksine edimin türü bakımından herhangi bir ayrıma gidilmemiştir. Bu nedenle, gerek mal veya hizmet alımı gerekse yapım işleri ihalelerinde kabul komisyonu üyelerinin TCK madde 236/2 (c) bendinde düzenlenen hileli hareketleri, edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturur.

Konuyla ilgili değinilmesi gereken bir başka husus da şudur: 4735 sayılı Kanun'un "İlkeler" kenar başlıklı 4'üncü maddesinde; *"Bu Kanunda belirtilen haller*

[287] Aynı yönde görüş için bkz. EKER KAZANCI, 2011, s. 231; ARSLAN/ TONGÜR, 2013, s. 239.

[288] KOCA, 2014, s. 227.

[289] AKBULUT, 2009, s. 62.

dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez." hükmü bulunmaktadır. Yine aynı Kanun'un; "Sözleşmede Değişiklik Yapılması" kenar başlıklı 15'inci maddesinde, sözleşme hükümlerinin değiştirilebileceği sınırlı alanlar düzenlenmiştir. Buna göre; sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılmaması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla; *"a)İşin yapılma veya teslim yeri b) İşin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları"* ile ilgili hususlarda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir. Öyleyse işin süresiyle ilgili sözleşme hükümlerinde değişikliğe gidilmesi durumunda, bu süreyi dikkate alarak edimi kabul eden kamu görevlilerinin eylemleri, edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturmaz.

Ayrıca, edimin kısım kısım ve değişik zamanlarda tamamlanacağı sözleşmesinde öngörülmüşse, taahhüdün tamamlanan ve müstakil kullanıma elverişli bu kısımları için idarenin isteği üzerine işin bütününün geçici kabulünü tazammun etmemek şartıyla kısmı kabul yapılabilir. Bu durumda da edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmaz[290].

Belirtmeliyiz ki; süresinden önce ifa edilen edimin kabulü halinde, kamu görevlilerinin bu davranışları, edimin ifasına fesat karıştırma sayılmaz[291]. Nitekim Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmeliğin 28'inci

[290] Bkz. Yapım İşleri Genel Şartnamesi, madde 42; *"Sözleşme çerçevesinde bulunan yapım işlerinin kısım kısım ve değişik zamanlarda tamamlanacağı sözleşmesinde öngörülmüşse, taahhüdün tamamlanan ve müstakil kullanıma elverişli bu kısımları için idarenin isteği üzerine işin bütününün geçici kabulünü tazammun etmemek şartıyla kısmı kabul yapılabilir. ";* Aynı yönde görüş için bkz. YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, 2014, s. 7148.

[291] KAPLAN, 2013, s. 718.; ALTIPARMAK, 2013, s. 142.

maddesi, Hizmet Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmeliğin 13'üncü maddesi ve Yapım İşleri Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmeliğin 15'inci maddesinde; işin süresinden önce bitirilmesi halinde yüklenicinin edimi teslim başvurusunun idarece uygun görülmesi ve söz konusu durumun ek bir maliyet de getirmiyor olması durumunda, kabul komisyonu üyelerince işin sözleşmesindeki bitim tarihi beklenmeksizin işin kabulünün yapılabileceği hükme bağlanmıştır[292].

Konuyla ilgili değinilmesi gereken bir başka husus da; edimin hiç ifa edilmemesine rağmen süresinde ifa edilmiş gibi kabulünün yapılmasının TCK madde 236/2 (c) bendi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. Doktrinde bazı yazarlar, "çoğun içinde az da vardır" kuralı gereği, yasa koyucunun geç ifayı zamanında ifa edilmiş gibi kabul edilmesini edimin ifasına fesat karıştırma suçu olarak kabul ederken, edimin hiç ifa edilmemesine rağmen süresinde ifanın yapılmış olmasını, suç haline getirmediğinin kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedirler[293]. Biz de bu görüşe katılmaktayız.

[292] Söz konusu durumda, teminat süresinin başlangıç tarihi işin sözleşmeye göre bitmesi gereken tarih değil, erken gerçekleştirilen geçici kabulün itibar edildiği tarih olacaktır. Bkz. GÖK, s. 23.

[293] AKBULUT, 2009, s. 62; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, 2014, s. 7148.

(4) Yapım İhalelerinde Eserin veya Kullanılan Malzemenin Şartname Veya Sözleşmesinde Belirlenen Şartlara, Miktar Veya Niteliklere Uygun Olmamasına Rağmen Kabul Edilmesi

Yapım[294] ihalesi sonunda ihale kendisine bırakılan yüklenici ile işin sahibi idare arasında yapım işine ait sözleşme imzalanır. İhale sözleşmesinde; işin projesinde ve teknik şartnamesinde gösterilen vasıflara yeniden yer verilerek yükleniciden bu eser sözleşmesine riayet etmesi beklenilir[295].

Yapım İşleri Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmeliğin "Geçici Kabul Başvurusu" kenar başlıklı 6'ncı maddesi uyarınca; yüklenici taahhüt ettiği işi, sözleşme ve eklerinde yer alan hükümlere uygun olarak tamamlandığında idareye geçici kabulün yapılması için yazılı olarak başvuruda bulunur. Geçici kabul komisyonu işyerine giderek yüklenici tarafından yapılan işlerin nev'ini, niteliğini, sözleşme ve ekleri ile teknik gereklere ve iş sırasında onaylanan değişikliklere uygunluğunu ve kabule hazır olup olmadığını inceler. Komisyon, yapmış olduğu inceleme ve muayene sonucunda, işi geçici kabule hazır bulduğu takdirde, işin genel durumuna ilişkin görüşleri ile uygun göreceği diğer kayıt ve şartları belirten "Geçici Kabul Tutanağı"nı düzenler. Ancak kabule engel nitelikte olmamakla birlikte yapılan

[294] 4734 sayılı Kanun'un 4. maddesinde "yapım" işinden; 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 işlerin anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir.

[295] KOCA, 2014, s. 229.

işte kusur ve noksanlıklar tespit ederse bu eksiklikleri bir tutanakta belirtir ve görülen kusur ve noksanlıkların giderilerek tamamlanması için işin özelliğine göre yeterli süre verir[296]. Söz konusu noksan ve kusurlar komisyonca belirlenen süre içinde tamamlanmadığı takdirde, yapı denetim görevlisi tarafından Yapım İşleri Genel Şartnamesinin (YİŞGŞ) 42'inci maddesi hükümleri uygulanır[297].

Yapım İşleri Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmeliğin 10'uncu maddesine göre; kesin kabul için öngörülen süre tamamlandığında yüklenici, idareye kesin kabulün yapılması için yazılı olarak başvuruda bulunur. Kesin kabul komisyonu, yaptığı inceleme ve muayene sonunda işi kesin kabule hazır bulduğu takdirde "Kesin Kabul Tutanağını" düzenler. Ancak kabule engel nitelikte olmamakla birlikte yapılan işte kusur ve noksanlıklar tespit ederse, aynı Yönetmeliğin 12'nci maddesi gereğince, bu eksiklikleri bir tutanakta belirtir ve

---

[296] "*Yapım ihalesine ait sözleşmelerde tarafların üzerinde uyuştuğu vasıflar; yer, biçim, ölçü, imal tarzı, renk gibi somut eseri belirlemeye yarayan genel vasıflar veya eseri daha yakından tanımlayan özel vasıflar (betonun taşıma gücü, kalorifer tesisatının ısıtma derecesi, çatının yalıtım biçimi vb.) olabilir. Yapılarda bu vasıflar, işin teknik şartnamesinde veya projesinde gösterilir. Söz konusu belge ve normlarda öngörülen vasıfları taşımayan işler kusurlu sayılır. Noksan işler ise, işin projesi gereği yapılması gereken iş kısımlarının yapılmamış olmasıdır."(naklen)* bkz. GÖK, 2000, s. 24.

[297] YİŞGŞ'nin "Geçici Kabul" kenar başlıklı 42'inci maddesinde; "*Kabul komisyonunun tespit ettiği eksiklikler, belirlenen sürede yüklenici tarafından giderilmezse bu sürenin bitiminden sonra eksikliklerin giderilmesine kadar geçecek her gün için, giderilecek eksikliklerin durumuna göre sözleşmesinde günlük gecikme cezası olarak yazılan miktarın belli bir oranında günlük ceza uygulanır ve geçici kabul tarihi kusur ve eksikliklerin giderilmesi tarihine ertelenir. Ancak bu gecikme otuz günü geçtiği takdirde idare, yüklenici hesabına eksiklerin giderilmesini kendisi yaptırabilir. Bu takdirde de eksikler tamamlanıncaya kadar ceza uygulaması devam eder ve kabul tarihi ertelenir."* hükmü bulunmaktadır.

görülen kusur ve noksanlıkların giderilerek tamamlanması için işin özelliğine göre yeterli süreyi belirler.

Yine bu Yönetmeliğin 12'nci maddesinde; muayene ve kabul komisyonu üyelerinin yaptığı muayene ve incelemeler sırasında geçici kabule veya kesin kabule engel teşkil eden kusur ve eksiklikler saptamaları halinde, kabul işlemlerinin söz konusu eksiklikler giderilinceye kadar gerçekleşmeyeceği hükme bağlanmıştır. Ne var ki; iş hiç kabul edilemeyecek ölçüde ağır kusurlu ve ayıplı imal edilmişse, Yargıtay'ın konuyla ilgili görüşlerinde yer aldığı üzere idare, sözleşmenin feshedilmesini ve yapının yıktırılarak yükleniciden tazminat talep etmelidir[298].

İşi kabule yetkili kabul komisyonu üyelerinin, geçici veya kesin kabule engel teşkil eden kusur ve eksiklikleri bilmelerine rağmen iş tamammış gibi, kabule yönelik tutanak düzenlemeleri halinde söz konusu davranış, TCK madde 236/2 (d) kapsamında edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşumuna sebebiyet verecektir. Nitekim TCK madde 236/2 (d) bendinde; yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirtilen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen, kabul işlemlerini gerçekleştiren kamu görevlilerinin söz konusu hileli hareketlerinin, edimin ifasına fesat karıştırılma suçundan sorumluluğu gerektireceği düzenlenmiştir. Burada cezalandırılan fiil; yüklenici tarafından inşa edilen eserin sözleşme veya şartnamesinde belirlenen niteliklere uygun olmadığı bilinmesine rağmen kamu görevlilerince, edimin gereği gibi ifa edildiği kabul edilerek, yüklenici ve alt yüklenicileri, haklarında doğacak hukuki sorumluluktan kurtarmaya yönelik gerçekleştirilen hileli hareketlerdir.

[298] GÖK, 2000, s. 27.

TCK madde 236/2 (d) kapsamında edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili yalnızca, yapım işini kabule yetkili kimseler olabilecektir. "Kabule yetkili kimseler" ifadesinden anlaşılması gerekenler ise; muayene ve kabul komisyonu başkan ve üyeleri ile yapı denetim görevlileridir.

Yapı denetim görevlileri, denetlenecek yapı hakkında teknik bilgiye sahip olan kimselerdir. Yapım ihalelerinde sözleşmenin imzalanması ile yüklenicinin sözleşmede yazılı süre içerisinde işe başlayabilmesi için yapı denetim görevlileri; kazıklar, someler, röperler ve bunun gibi zemin hazırlıklarını sağlayarak yükleniciye yerin teslimini yaparlar[299]. Denetim görevlileri, kabul kararında eksikliklerin ve kusurların tamamlandığını yazmakta ve imzalamaktadırlar. Örneğin; Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 42'nci maddesinde olduğu gibi. Eğer denetim görevlisinin sorumluluğu altındaki eksiklik ve kusurlar, TCK madde 236 anlamında sözleşme ve şartnameye uygun değilse ve buna karşın uygun olduğu kaydı kabul tutanağına ekleniyorsa, denetim görevlisi de edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili olacaktır[300]. Ancak burada önemli husus, kabulün kamuyu aldatıcı nitelikte hileli eylemlerle gerçekleştirilmesidir.

Belirtmeliyiz ki; TCK madde 236/2 (d) bendinde belirtilen hileli hareketleri gerçekleştiren kabule yetkili kimselerin bu suç bağlamında cezaen sorumlulukları mevcut olmakla birlikte, söz konusu hareketleri, 4735 sayılı Kanun'un 28'inci maddesine istinaden ayrıca idarece haklarında disiplin cezası verilmesini gerekli kılabilir[301].

---

[299] ALTIPARMAK, 2013, s. 142–143.

[300] AKBULUT, 2009, s. 68.

[301] Söz konusu düzenleme;

Örneğin; inşası tamamlanan tesisin geçici kabulü yapıldıktan belli bir süre sonra, bu tesisin yapımında kullanılan demir veya çimentonun, işin teknik şartnamesi ve sözleşmesinde kararlaştırılan oranın miktar veya nitelik itibariyle altında kalmasına rağmen, bu eksiklikler muayene ve kabul komisyonu üyelerince görmezden gelinerek herhangi bir eksiklik ve sorun yokmuş gibi kesin kabul tutanağının düzenlenmesi halinde, kamu görevlilerinin söz konusu eylemleri, TCK madde 236/2 (d) bendi gereğince edimin ifasına fesat karıştırma suçuna vücut verir[302].

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, hakediş düzenlemesi suretiyle de işlenmiş olabilir. Örneğin bir yapım işi ihalesi suretiyle ifa edilen bir hafriyat işinde, nakliyesi gerçekleştirilen hafriyat miktarı (kamyon sefer sayısı) veya hafriyatın nakledildiği mesafe gerçeğe aykırı olarak yüksek gösterilmek suretiyle tutanak düzenlenmesi ve bu tutanaklara istinaden hakediş düzenlenmesi halinde, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Kurum

---

''Görevlilerin ceza sorumluluğu

Madde 28- Muayene ve kabul komisyonlarının başkan ve üyeleri, yapı denetim görevlileri ve ihtiyacın karşılanma sürecindeki her aşamada görev alan diğer ilgililerin, görevlerini kanunî gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarının, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulunduklarının tespiti halinde, haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanır. Ayrıca, fiil veya davranışlarının özelliğine göre haklarında ceza kovuşturulması da yapılır ve hükmolunacak ceza ile birlikte tarafların uğradıkları zarar ve ziyan genel hükümlere göre kendilerine tazmin ettirilir. (Değişik son cümle: 30/7/2003-4964/48 md.) Bu Kanuna aykırı fiil veya davranışlardan dolayı hüküm giyen idare görevlileri, bu Kanun kapsamına giren işlerde görevlendirilemezler.''

[302] ÖZGENÇ, 2012, s. 100; KAPLAN, 2013, s. 719.

görevlilerinin, gerçeğe aykırı olarak düzenlendiği hususunda bilgi sahibi oldukları hakedişe istinaden müteahhide ödeme yapılabilmesi için işlem tesis etmeleri sebebiyle edimin ifasına fesat karıştırma suçundan dolayı ceza sorumlulukları cihetine gitmek gerekir[303].

Yüklenici ve alt yüklenicilerin yapım işi ihaleleri sözleşmelerinde teknik özellikleriyle belirtilen edimi gereği gibi ifa etmemeleri TCK madde 236/2 (d) bendi kapsamında değerlendirilemeyeceğinden, söz konusu davranışlar yüklenici ve alt yüklenicilerin cezai sorumluluğunu gerektirmez. Sözleşme hükümlerine aykırılık ancak 4735 sayılı Kanun'un "Yapım İşlerinde Yüklenicilerin ve Altyüklenicilerin Sorumluluğu" başlıklı 30'uncu maddesi kapsamında hukuki sorumluluk doğurmaktadır. Bu düzenleme uyarınca; yapım işlerinde yüklenici ve alt yükleniciler, yapının fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması, hileli malzeme kullanılması ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan, yapının tamamı için ise başlama tarihinden itibaren kesin kabul tarihine kadar sorumlu olacağı gibi, kesin kabul onay tarihinden itibaren de on beş yıl süreyle müteselsilen sorumludur. Bu zarar ve ziyan genel hükümlere göre yüklenici ve alt yüklenicilere ikmal ve tazmin ettirilir. Ayrıca haklarında bu Kanun'un 27'nci maddesi uygulanır[304].

Ancak belirtmeliyiz ki; TCK madde 236/2 (d) bendinde yer alan düzenleme gereğince yalnızca yapım işini kabule yetkili kamu görevlileri suçun fail olabileceğinden, yükleniciler ancak kamu görevlisinin yanında azmettiren ya da

[303] ÖZGENÇ, 2012, s. 100.

[304] 4735 sayılı Kanun'un "Yüklenicilerin ceza sorumluluğu" kenar başlıklı 27'nci maddesi ile ilgili olarak bkz. Çalışmamız s. 34–35.

yardım eden sıfatıyla iştirakten sorumlu olabilecektir[305]. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir[306].

Ancak doktrinde bunun aksini savunan görüşler de vardır. Bazı yazarlara göre; yükleniciler söz konusu eylemleri dolayısıyla, eğer şartları varsa, TCK madde 238'de düzenlenen "kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma[307]" suçundan cezalandırılmalıdırlar[308]. Bu görüş, yapım ihalelerinde eserin veya eserde kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya nitelik

---

[305] EKER KAZANCI, 2011, s. 233; MERAN, 2011, s. 321; Nitekim Yargıtay 5. CD. 05.06.2013 tarih ve 2012/4644 Esas ve 2013/6190 Karar sayılı ilamında TCK madde 236/2 (d) bendinde yer alan suçun özgü suç olduğuna hükmetmiştir. Karar için bkz. KOCA, 2014, s. 230. dn. 139.

[306] Yargıtay 5. CD. 05/06/2013 tarih ve 4684/6157 sayılı ilamında; *"Tüm dosya kapsamı, mahkemece yapılan keşif ve alınan bilirkişi raporuna göre, ... Tren İstasyonunun tahmil ve tahliye hizmetlerinin ikmali amacıyla 160 metre rampa yapılması işinin ihalesini kazanan Er... Müh. İnş. Tah. Tic. Şirketinin yetkilisi yüklenici sanık Erdal A...'nın, miktar ve nevi bakımından ihale konusu işleri şartnameye uygun olarak yapmadığı, maliyet, ölçüm ve kabul komisyonunda görevli memur olan sanıklar Savaş ...ve Ziya... Kı...'nın ise dava konusu iş eksik yapılmış olmasına rağmen tam yapılmış gibi yükleniciden teslim almaları sonucunda ilgili firmaya 1491,14 TL fazladan para ödemesine sebebiyet verdikleri, bu şekilde sanıkların üzerlerine atılı edimin ifasına fesat karıştırmak suçunu fikir ve eylem birliği içerisinde işledikleri sabit olduğu halde dosya kapsamına ve oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi.."* ifadelerine yer verilmiştir. Karar için ayrıca bkz. YAŞAR/ GÖKCAN / ARTUÇ, 2014, s. 7151.

[307] TCK madde 238; *" (1) Taahhüt ettiği işi yerine getirmeyerek, kamu kurum ve kuruluşları veya kamu hizmeti veya genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu eşya veya besinlerin ortadan kalkmasına veya önemli ölçüde azalmasına neden olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası verilir."*

[308] EKER KAZANCI, 2011, s. 233; ERMAN, Sahir / ÖZEK, Çetin, **Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar,** İstanbul, 1996, s. 660.

itibarıyla uygunmuş gibi kabul edilmesi, yükleniciler bakımından her ne kadar edimin ifasına fesat karıştırma suçuna vücut vermese de, ihale sözleşmesine konu taahhüdün resmi daire veya kamu hizmeti ya da genel bir felaketin önlenmesi için gerekli besin ve başka eşya olması şartıyla "kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma" suçunu oluşturabileceğini benimsemektedir. Ayrıca, bu görüşü savunan yazarlar söz konusu suçun düzenlendiği hükümde yer alan "eşya" kavramının sadece taşınır malları ifade edeceğini, bu nedenle doğal afetlerden korunma amaçlı olarak inşaat yapmayı üstlenen bir yüklenici, işin teknik şartnamesinde ve ihale sözleşmesinde taahhüt ettiği miktardan daha az malzeme kullanarak eseri tamamladığında, inşaatta kullanılacak malzemenin eksikliğine yol açmış bulunacağından bu eylemleri, kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçundan dolayı cezai sorumluluğunu gerektirecektir[309].

Kanaatimizce TCK madde 236/2 (d) bendinde yer alan söz konusu düzenleme gereğince; yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirtilen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmaksızın hileli olarak tesliminin edimin ifasına fesat karıştırma suçu kapsamının dışında bırakılması, bu suçun hukuki konusu nazara alındığında, yerinde olmamıştır. Yasa koyucunun, TCK madde 236/2 (d) bendinde yer alan bu suçun kapsamını, yüklenicileri de içine alacak şekilde genişletmesi uygun olacaktır.

[309] EKER KAZANCI, 2011, s. 234.

(5) Hizmet Niteliğindeki Edimin, İhale Kararında Veya Sözleşmede Belirtilen Şartlara Göre Verilmemesine Veya Eksik Verilmesine Rağmen Verilmiş Gibi Kabul Edilmesi

Yüklenici[310] tarafından idareye teslim edilen hizmet[311] işlerinin gereği gibi ifa edilip edilmediğinin muayenesi ve hizmetin kabul işlemleri, 19.12.2002 tarih ve 24968 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde yürütülmektedir.

Yine bu kapsamda, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre, sözleşmeye bağlanan hizmet işlerinin yürütülmesinde uygulanacak usul ve esasları belirlemek amacıyla Hizmet İşleri Genel Şartnamesi (HİGŞ) mevcuttur.

HİGŞ' nin kapsamı ile ilgili olarak; bu Genel Şartname 4735 sayılı Kanun uyarınca götürü bedel veya teklif birim fiyat üzerinden sözleşmeye bağlanan "danışmanlık" dışındaki hizmet işlerini kapsar. Ayrıca, yaklaşık maliyeti 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 13'üncü maddesinin (b) bendinin 1 numaralı alt bendinde belirtilen üst limit tutarının altında kalan hizmet işlerinde bu Genel Şartnamenin 2, 4,

---

[310] Hizmet alımı ihalesine teklif veren gerçek veya tüzel kişiler veya bunların oluşturdukları ortak girişimler, ihale süreci aşamasında 4734 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlığı altında "hizmet sunucusu" şeklinde ifade edileceği hükme bağlanmıştır.

[311] 4734 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlığı altında "hizmet" kavramı tanımlanmıştır. Buna göre hizmet; kavramından "*bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, (...), tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri"* anlaşılmalıdır.

5 ve 6'ncı bölümlerinde yer alan hükümler, idareler tarafından uygulanmayabilir. (HİGŞ madde 2)

HİGŞ' nin ilgili hükümlerine göre yüklenici; işleri gereken özen ve ihtimamı göstererek planlamak, projelendirmek (sözleşmede öngörüldüğü şekilde), yürütmek, tamamlamak ve işlerde oluşabilecek kusurları sözleşme hükümlerine uygun olarak gidermekle yükümlüdür (HİGŞ madde 6). Yüklenici; işlerin yürütülmesi, tamamlanması ve işlerde olabilecek aksaklıkların giderilmesi için gerçekleştirdiği bütün işlemlerde, sözleşme koşullarına uygun davranma yükümlülüğü içerisindedir. Bu itibarla, yüklenici hizmeti ifa ederken kamu düzenine ve kamusal yaşamın gereklerine uygun davranacak, kamunun mülkiyeti veya hüküm ve tasarrufu altındaki taşınır ve taşınmaz mallar ile özel kişilerin mülkiyetindeki taşınır veya taşınmaz mallara, kamusal kullanıma tahsis edilmiş veya bırakılmış yol, meydan, park gibi orta mallarına ve kamu hizmetinde kullanılan mallara zarar vermeyecek, bunların kullanımına ve bunlara ulaşılmasına engel olmayacaktır. Belirtilen yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde, idarenin maruz kalabileceği tüm zarar, ceza, tazminat ve benzeri sorumluluklar ile bunların mali sonuçlarından doğacak giderler yüklenici tarafından bizzat karşılanacaktır (HİGŞ madde 15). Ayrıca, alt yüklenici çalıştırılmasının idarenin iznine tabi olduğu bütün işlerden idareye karşı yüklenicinin hukuki sorumluluğu devam eder (HİGŞ madde 18).

Yüklenici, bütün işleri kontrol teşkilatının sözleşme ve eklerindeki hükümlere aykırı olmamak şartı ile vereceği talimata göre yapmak zorundadır. Yüklenici kullanacağı her türlü malzemeyi kontrol teşkilatına gösterip iş için elverişli olduğunu kabul ettirmeden iş yerinde kullanamaz (HİGŞ madde 26). Herhangi bir

işin, kontrol teşkilatının denetimi altında yapılmış veya işe onay verilmiş olması, yüklenicinin üstlenmiş olduğu işi bütünüyle projelerine, sözleşme ve şartnamelerine, teknik ve sanat kurallarına uygun olarak yapmak hususundaki yükümlülüklerini ve bu konudaki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz (HİGŞ madde 27).

Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliğinin 8'inci maddesi gereğince yüklenici, sözleşme konusu işi tamamlandığında hizmet işinin kabulünün yapılması için idareye yazılı olarak başvuruda bulunur. Yönetmeliğin 5'inci maddesi gereğince, idarece belirlenecek süre içinde yetkili makam tarafından, biri başkan olmak üzere en az üç kişiden oluşan muayene ve kabul komisyonu oluşturulur.

Kabul komisyonu tarafından yapılacak muayene ve incelemeden sonra işin durumu uygun görüldüğü takdirde bir kabul tutanağı düzenlenir ve tutanak, yüklenici veya vekili tarafından imzalanır.

Kabul için yapılan incelemede, giderilmesi mümkün olmayan veya zaman kaybını gerektiren ancak işin teknik olarak kabulünde sakınca görülmeyen kusur ve eksiklikler tespit edilecek olursa, yüklenicinin hak ediş veya teminatından uygun görülecek bir bedel kesilmek şartı ile iş idare tarafından, yüklenicinin hak ediş veya teminatından iş değerindeki azalma, kusur ve eksikliğin fazladan doğuracağı bakım ve onarım giderleri ile diğer giderlerde dikkate alınarak belirlenecek uygun bir bedel kesilerek bu haliyle kabul edilebilir (HİGŞ madde 47).

Kabul komisyonu işin kabulüne ilişkin kusur ve eksikliklerin varlığını tespit ederse, gördüğü kusur ve eksikliklerin dökümünü gösterir bir liste düzenler ve bunların giderilmesi için gerekli olan süreyi belirler. Kabul komisyonunun tespit ettiği eksiklikler, belirlenen sürede yüklenici tarafından giderilmezse, bu sürenin bitiminden eksikliklerin giderilmesine kadar geçecek her gün için, eksikliğin miktarı

nazara alınarak sözleşmesinde gecikme cezası olarak yazılan miktarın belli bir oranı tutarında ceza uygulanır ve kabul tarihi eksikliklerin giderilmesi tarihine ertelenir. Ancak bu gecikme, sözleşmede belirtilen süreyi geçtiği takdirde idare, bu eksiklikleri üçüncü taraflara yaptırabilir. Bu işlerin bedeli, yüklenicinin varsa alacaklarından veya teminatından kesilir. Bu takdirde eksikler tamamlanıncaya kadar ceza uygulaması devam eder ve kabul tarihi ertelenir (HİGŞ madde 44).

Görüldüğü üzere, hizmet niteliğindeki edimin ihale kararında veya sözleşmesinde belirlenen şartlara göre verilmemesi veya eksik verilmesi, yüklenicinin HİGŞ hükümleri gereğince idari ceza yaptırımını ve tazminat sorumluluğunu gerektirmektedir. Yüklenicilerin hizmet niteliğindeki edimi gereği gibi ifa etmemelerinden doğabilecek hukuki sorumluluk, aynı zamanda 4735 sayılı Kanun'un "Hizmet sunucularının sorumluluğu" başlıklı 34' üncü maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme uyarınca 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 ziyan genel hükümlere göre hizmet sunucusuna ikmal ve tazmin ettirilir. Ayrıca haklarında bu Kanun'un "Yüklenicilerin Ceza Sorumluluğu" nu düzenleyen 27' nci madde hükümleri de uygulanır.

Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliğinin "Sorumluluk" başlıklı 14'üncü madde hükmünde; muayene ve kabul komisyonu başkan ve üyelerinin, kontrol teşkilatı üyeleri ile diğer ilgililerin görevlerini kanuni gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarının, taraflardan birinin zararına yol açacak

ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulunduklarının tespiti halinde, haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezasının uygulanacağı, ayrıca fiil veya davranışlarının özelliğine göre haklarında ceza kovuşturması yapılabileceği ve hükmolunacak ceza ile birlikte tarafların uğradıkları zarar ve ziyanın genel hükümlere göre kendilerine tazmin ettirileceği hükme bağlanmıştır.

Muayene ve kabul komisyonu üyelerinin, konusu hizmet olan ihale sözleşmelerinin yürütülmesi aşamasında görevlerini gereğince yerine getirmemelerinden kaynaklı tâbi olacakları cezai sorumlulukla ilgili düzenlemeye, TCK madde 236/2 (e) bendinde yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre; hizmet niteliğindeki edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen hizmetin gereği gibi yerine getirilmiş gibi kabul edilmesi, muayene ve kabul komisyonu üyelerinin edimin ifasına fesat karıştırma suçu kapsamında cezai sorumluluklarını gerektirir.

Bu bentte düzenlenen suçun oluşabilmesi için; ihale şartnamesi veya sözleşmede taahhüt edilen hizmetin yalnızca sözleşme veya şartnamesinde belirlenen niteliklere uygun olmadığı halde kabul edilmesi yeterli değildir. Aynı zamanda, durumunun bilinmesine rağmen kabulün hileli davranışlarla gerçekleştirilmesi gereklidir. Bu hususta kabulle görevlendirilen kamu görevlisinin kastının tespiti suçun oluşumu bakımından önem arz etmektedir[312].

Bu noktada belirtmeliyiz ki; HİGŞ'nin 47'nci maddesi uyarınca giderilmesi mümkün olmayan veya zaman kaybını gerektiren ancak işin teknik olarak kabulünde sakınca görülmeyen kusur ve eksiklikler tespiti halinde, yüklenicinin hak ediş veya teminatından uygun görülecek bir bedel kesilmek şartı ile

[312] KOCA, 2014, s. 235.

işin kabul edilmesi durumunda, muayene ve kabul komisyonu üyelerinin TCK madde 236/2 (e) bendi kapsamında edimin ifasına fesat karıştırma suçundan sorumluluklarından bahsedilemeyecektir[313].

4735 sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz. Ancak hizmet niteliğindeki edimlerin niteliğine dikkat etmek gerekmektedir. Buna göre, hizmet niteliğindeki edim, sürekli (belli dönemler itibariyle tekrarlanmak suretiyle ifa edilen) nitelikte veya belli bir çalışma sonrasında tamamlanarak (bir defada) ortaya çıkan hizmetler olabilir. Örneğin; sadece bir kongre veya festival gibi bir etkinliğin güvenlik veya yemek hizmetinin taahhüt edilmesi halinde, ilgili kongre veya festival süresince devam eden bir edim söz konusudur. Bir kurumun güvenlik, yemek, temizlik gibi hizmetleri ihale edilmişse ifa süreklilik arz etmektedir[314]. Hizmet niteliğindeki edim süreklilik arz ediyorsa, bu durumda edimin ifasına ilişkin periyodik olarak tutulan kayıtlara göre edimin kabulü gerçekleştirilecektir. Bu halde aksayan, eksik veya belirtilen niteliği taşımayan hizmetin kabulü de edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturacaktır. Örneğin; A Belediyesi bir yıl boyunca çöp toplama ve temizlik işlerini ihale edecektir. İşin teknik şartnamesinde; 20 adet işçi tarafından, 20 adet araç ve 20 kg temizlik maddesi kullanılmak suretiyle günlük olarak temizlik yapılacağına ilişkin detaylar belirtilmiştir. Bu durumda ihaleyi alan B firmasının bir yıllık dönem içerisinde şartnamede belirtilen ilkelere uyması gerekecektir. Bu şartnameye uygun olmayan şartlarda gerçekleştirilen hizmet, eksik veya gereği gibi ifa edilmemiş demektir.

[313] MERAN, 2011, s. 323.

[314] KAPLAN, 2013, s. 719.

Diyelim ki aynı somut olayda, 20 (yirmi) işçi çalıştırılması gerektiği halde altıncı ayda 10 işçi çıkararak hizmeti mevcut işçilerle yürütmeye devam ettiği idarece bilinmesine rağmen, kamu görevlilerince hizmetin yine de hileli olarak kabul edilmesi halinde kamu görevlileri edimin ifasına fesat karıştırma suçunu işlemiş sayılacaklardır[315].

Yasa koyucu TCK madde 236/2'nin tıpkı (d) bendinde olduğu gibi (e) bendinde de, yüklenicinin hileli olarak hizmet niteliğindeki edimini ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre vermemesini bu suç kapsamına almamıştır. Böyle bir durumda, yüklenicinin edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından cezai sorumluluğundan söz edilmeyecektir[316]. Suçla korunan hukuki menfaatin gözetilmesi durumunda, bu durumun bir eksiklik olduğu ortadadır.

Ancak doktrinde kimi yazarlar, yine yukarıda değindiğimiz üzere, burada diğer şartların varlığı halinde hizmet sunucusunun, TCK madde 238'de düzenlenen "kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçundan dolayı cezalandırılabileceğini ileri sürmektedirler[317]. Ancak bu noktada, suçun oluşması için taahhüdün konusunun, resmi daire veya kamu hizmeti veya genel bir felaketin önlenmesi için gerekli besin ve başka eşya olması zorunludur.

[315] ALTIPARMAK, 2013, s. 144.

[316] EKER KAZANCI, 2011, s. 234; KAPLAN, 2013, s. 720; ARSLAN/ TÖNGÜR, 2013, s. 239; KOCA, 2014, s. 233.

[317] EKER KAZANCI, 2011, s. 235.

II- HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Hukuka aykırılık, ceza yasasının veya ceza hükümlü özel bir yasanın bir maddesinde yer alan, dış görünüşüyle suç sayılan bir eylemin, aynı yasa veya yürürlükteki hukuk düzeninde yer alan diğer bir hüküm tarafından meşru sayılmamış olmasıdır[318].

TCK madde 236/2'de beş bent halinde sayılan eylemlerin, edimin ifasına fesat karıştırma suçuna sebebiyet verebilmesi için aynı zamanda hukuka aykırı olmaları şarttır. Eylem hukuka aykırı değilse, başka bir deyişle eylemi hukuka uygun hale getiren bir neden bulunuyorsa, suç oluşmaz. Belirtmeliyiz ki, TCK'de yer verilen hukuka uygunluk sebepleri, bu suçla bağdaşmaz[319].

III- MANEVİ UNSUR

Bir suçun oluşması için sadece maddi unsurun ve hukuka aykırılık şartının varlığı yeterli değildir. Ayrıca, fiille birlikte iradenin de bulunması, diğer bir deyişle kısaca fiilin iradi olması da gerekir. Fiile iradenin katılması, suçun manevi (psikolojik veya sübjektif) unsur denen yönünü oluşturmaktadır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun manevi unsurunu "kast" oluşturur. Failin, suçun kanuni tanımında yer alan eylemleri bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi gereklidir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından failin

---

[318] ALACAKAPTAN, 1975, s. 8.

[319] Bu konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. Çalışmamızın "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Sebepler" başlığı, s. 154 – 157.

genel kastı yeterlidir, kanun koyucu ayrıca özel bir kast aramamıştır. Başka bir deyişle, kanun koyucu failin, eylemi hangi saikle gerçekleştirdiğinin bir önemi yoktur[320].

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun olası kastla işlenip işlenemeyeceği hususu ise doktrinde tartışmalı bir konudur. Ancak bu konuyla ilgili doktrinsel görüşlere yer vermeden önce olası kast kavramına genel hatlarıyla yer vermenin faydalı olacağını düşünmekteyiz. Olası kast; TCK'nin 21'inci maddesinin ikinci fıkrasında; kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi hali olarak tarif edilmiştir. Olası kastta fail, hukuka aykırı sonucu öngörmekte; ancak sonucu doğrudan doğruya istememekle birlikte göze almakta, öngörülen sonuca katlanacağı iradesini taşımaktadır. Kastın "bilmek ve istemek" unsurlarından "istemek" unsuru, doğrudan doğruya olası kastta bulunmamaktadır.

Bazı yazarlar, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun kanuni tanımında yer verilen "hileli davranış" biçiminin, suçun unsurlarını bilerek ve isteyerek hareket etmeyi gerektirdiğinden, bu suçun olası kastla işlenmesinin mümkün olmadığını ileri sürmektedirler. Bu görüşe göre; edimin ifasına fesat karıştırma suçunun gerçekleşebilme şartlarından "hileyle" söz konusu seçimlik fiilleri icra etme, failin kamu görevlisini/yükleniciyi aldatmaya yönelik bir iradi tavırla, bundan doğacak sonuçları doğrudan doğruya istemeyi gerektirir. Diğer bir anlatımla, teslim için ihale yükümlüsünün gerçekleştireceği hileli davranış, kamu görevlisinin aldatmaya

[320] HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, 2012, s. 420; ÖZGENÇ, 2012, s. 108; EKER KAZANCI, 2011, s. 235–236; ARSLAN/ TÖNGÜR, 2013, s. 243; DÜLGER, 2008, s. 231; ALTIPARMAK, 2013, s. 154; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, 2014, s. 7155.

yönelik olarak aldatma iradesini gerektireceği gibi, eksik veya sözleşmeye aykırı olarak kabul işlemlerinin yapılması da kamu görevlisi bakımından ancak bilerek ve isteyerek bir davranış içinde bulunmayı gerektirir. Bu nedenle, kastın "bilmek ve istemek" unsurlarından "istemek" unsurunu bünyesinde barındırmayan olası kast müessesesinin, edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından söz konusu olamayacağı ileri sürülmektedir[321].

Ancak öğretide çoğunlukta yer alan diğer bir görüş; edimin ifasına fesat karıştırma suçunun olası kastla da işlenebilmesinin mümkün olduğu yönündedir[322].

Biz de, kastın "bilmek ve istemek" unsurlarından "istemek" unsurunu bünyesinde barındırmayan olası kast müessesesinin, edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından söz konusu olamayacağı görüşünü desteklemekle birlikte, bu suçun olası kastla işlenemeyeceği savımızı edimin ifasına fesat karıştırma suçunun aynı zamanda bir sırf hareket suçu olması gerçeğine dayandırmaktayız. Nitekim sırf hareket suçlarında suçun oluşabilmesi için herhangi bir neticeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Suçun oluşabilmesi için hareketin, kanuni tarife uygun olarak yapılması yeterlidir. Oysa olası kast, netice ile belirlenir. Netice meydana gelmeden olası kastın varlığından da söz edilemez. Bu itibarla, sırf hareket suçları olarak adlandırılan şekli suçların olası kastla işlenemeyeceğinden bahisle, neticesi bakımından sırf hareketli suçlar sınıfına giren edimin ifasına fesat karıştırma suçunun olası kastla işlenemeyeceği kanaatindeyiz.

---

[321] MERAN, 2011, s. 324.

[322] KAPLAN, 2013, s. 722; AKBULUT, 2009, s. 67; ARSLAN/ TÖNGÜR, 2013, s. 243; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, **Ceza Özel Hükümler,** Ankara 2012, s. 670;YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, 2014, s. 7155.

Ayrıca belirtmeliyiz ki; suç tanımında hileli davranışlardan söz edildiğinden edimin ifasına fesat karıştırma suçunun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Kaldı ki; bu suçun taksirli halinin de mümkün olabileceğine yönelik TCK'de herhangi açık bir hüküm bulunmadığından, TCK madde 22/1'deki genel kural gereğince, bu suçun taksirle işlenebilmesi söz konusu değildir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN VEYA AZALTAN SEBEPLER, SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, YAPTIRIMI, SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

I- CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN VEYA AZALTAN SEBEPLER

TCK'nin 1. kitap, 2. kısım, 2. Bölümünün başlığında; *"Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler"* on bir maddede sıralanmıştır. Bunlar sırasıyla, Kanunun Hükmü ve Amirin Emri (TCK m. 24), Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali (TCK m. 25), Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası (TCK m. 26), Sınırın Aşılması (TCK m. 27), Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit (TCK m. 28), Haksız Tahrik (TCK m. 29), Hata (TCK m. 30), Yaş Küçüklüğü (TCK m. 31), Akıl Hastalığı(TCK m. 32) Sağır ve Dilsizlik (TCK m. 33), Geçici Nedenler, Alkol veya Uyuşturucu Madde Etkisinde Olma (TCK m. 34) dır. Yukarda belirtilen ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlığı altında iki ayrı konu bulunmaktadır. Bunlardan birincisi; kusurluluğu etkileyen haller; ikincisi, hukuka uygunluk sebepleridir. Bu iki kavram arasındaki farka kısaca değinmenin çalışmamız açısından faydalı olacağı inancındayız.

Hukuk düzeni sadece 'yasaklayıcı normlardan' oluşmamaktadır. Hukuk düzeni aynı zamanda belirli bir yasağı bazı koşullar altında hukuka uygun hale

getiren ‘izin verici normları’ da tanımaktadır[323]. Ceza kanunu tarafından yasaklanan bir fiil, yine ceza kanununun özel bir hükmü veya diğer kanunlarda yer alan başka bir düzenleme ile meşru sayılıp cezalandırılmıyorsa bu duruma hukuka uygunluk sebepleri denilmektedir[324]. Hukuka uygunluk sebeplerinin ortaya çıktıkları yerde artık hareketin hukuka aykırılığından dolayısıyla da haksızlıktan bahsedilemez. Diğer bir ifadeyle, hukuka uygunluk sebepleri varsa suç yoktur diyebiliriz. Ceza Kanunu’nda hukuka uygunluk sebepleri ise; kanun hükmünü (görevi) yerine getirme (TCK.m.24/1), meşru savunma (TCK.m.25/1), hakkın kullanılması (TCK.m.26/1) ve ilgilinin rızası (TCK.m.26/2) olmak üzere dört grupta toplanmıştır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun meydana geliş yapısı itibariyle, Türk Ceza Kanunu’nda yer alan söz konusu hukuka uygunluk sebepleriyle bağdaşmayacağını düşünmekteyiz.

---

[323] KEÇELİOĞLU, Elvan, *“Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nin Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** Sayı 87, Yıl: 2010, s. 301.

[324] KUNTER,1949, s.108; DÖNMEZER/ERMAN, 1983, s. 19; ARTUK, Emin; **Suç Genel Teorisi, Ceza Hukuku El Kitabı,** İstanbul 1989, s.207; EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997, s.549; ALACAKAPTAN, Uğur; **Suçun Unsurları,** Ankara 1970, s.84; BAYRAKTAR, Köksal; **Ceza Kanunundaki Hukuka Uygunluk Nedenleri**, **Ceza Hukuku Günleri, 70. yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler** (26-27 Mart 1997) İstanbul 1998, s. 68; SOYASLAN, Doğan; **Ceza Hukuku Özel Hükümler,** Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 1999, s.350; OKTAR, Salih; **Ceza Kanunu Dışındaki Hukuka Uygunluk Sebepleri, Ceza Hukuku Günleri, 70.Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler**-(İstanbul 26-27 Mart 1997) İstanbul 1998, s.75; TOROSLU, 2009, s. 135;CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, 2005, s. 300.

Kusur veya kusurluluk, işlenen fiille ilgili olarak failin sorumlu tutulup tutulmayacağı konusundaki değer yargıları şeklinde tanımlanmaktadır[325]. Kusurluluk ödeve aykırı bir davranıştan ötürü kınanabilirliktir, ayıplama yargısı, kendisini toplumsal bakımdan zararlı kıldığı için faile yöneltilen kınama yargısıdır. Farklı değil de öyle davranmış olduğu için faile yöneltilen onaylamamak, kınamak, kanun olarak konan toplumsal gereklerin ifadesi olan normlara failin iradesini uygun tutma borcundan kaynaklanmaktadır[326].

Kusurluluğu etkileyen hallerin varlığı halinde kişi suç teşkil eden eylemden ya hiç sorumlu tutulmamakta ya da sorumluluğu azalmaktadır. Kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler cezasızlık sonucunu ortaya çıkaran sebeplerdir. Kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler söz konusu olduğunda fiilin hem tipik hem de hukuka aykırı olma özelliği devam etmektedir[327]. Uygulamada ve doktrinde kusurluluğu etkileyen haller; zorunluluk hali (TCK m. 25/2), hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması (TCK m.27), yaş küçüklüğü (TCK m.31), akıl hastalığı (TCK m.32), sağır ve dilsizlik (TCK m.33), geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (TCK.m.34), cebir ve tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (TCK m.28), haksız tahrik (TCK m. 29) ve hata halleri (TCK 30) olarak belirtilmektedir.

---

[325] TURABİ, Selâmi, *"Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller",* **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** Sayı:101, Yıl: 2012, s. 273;

[326] HAFIZOĞULLARI, Zeki, "Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi", **AÜHFD,** Cilt 57, 2008, Sayı 3, Ankara 2009, s. 349.

[327] KEÇELİOĞLU, 2010, s.304.

Kusurluluğu etkileyen sebeplerden; hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması (TCK m.27), haksız tahrik (TCK m. 29), yaş küçüklüğü (TCK m.31), akıl hastalığı (TCK m.32), sağır ve dilsizlik (TCK m.33) ile geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (TCK.m.34) gibi haller edimin ifasına fesat karıştırma suçu için aranan "hileli davranma" şartını karşılamayacağından bu suç tipiyle bağdaşmaz. Kusurluluğu etkileyen sebeplerden; zorunluluk hali, hata, cebir ve tehtidin edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile bağdaşabileceğini düşünmekteyiz. Bu itibarla, söz konusu başlıklara çalışmamız bağlamında kısaca değinmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

A- Hata

Hata (TCK 30), kusurluluğu etkileyen bir sebeptir ve edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından hata mümkündür[328]. Hatanın bu suç bakımından hangi durumlarda gündeme gelebileceğine ilişkin açıklamalara geçmeden önce hata müessesesi ile ilgili kısaca bilgi verecek olursak; hata, genel olarak kural üzerinde ve fiil üzerinde hata olarak iki biçimde ortaya çıkar. Fiil üzerinde hatanın birinci şeklinde, hatanın etkisiyle fail tipik fiilin dışında kalan bir fiili işlediğine inanmasına karşın meydana gelen fiil objektif açıdan bir suça vücut vermektedir. Diğer bir deyişle kişi suç sayılan tipik fiilin neden ibaret olduğunu doğru biçimde bilmesine karşın, yasaklanandan farklı bir fiili gerçekleştirdiğini sanmaktadır. Burada fail, fiilin kanuni tipe uygunluğunda hata etmektedir[329]. Fiil üzerinde hata, genellikle dış

[328] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 2012, s. 420.

[329] TOROSLU, 2009, s. 219.

dünyaya ilişkin bir algılama hatasından kaynaklanır. Bu durum hataya konu olan şeyin durumundan (uzaklık, ışık durumu gibi) kaynaklanabileceği gibi, akıl yoluyla kavranan bir durumun doğru bilinmemesinden de kaynaklanabilir[330]. Bu şekilde tipiklik hatasına düşen fail, esasında zarar verme, kötü davranma, suç işleme kastı olmadığından kasıtlı suçtan dolayı değil, fiilin taksirli şeklinin kanunda öngörülmüş olması ve hatanın da taksirli olması şartıyla, en fazla taksirli suçtan dolayı cezalandırılabilir. Bu nedenle kişinin hataen, ihmal sonucu veya bilgisizliğinden dolayı gerekli dikkat ve özeni göstermemesi sonucu gerçekleştirdiği eylemler, TCK madde 236/2 de sayılan tipik eylemleri oluşturuyor olsa bile, suçun manevi unsuru gerçekleşmediğinden, edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır[331]. Yargıtay uygulamaları da bu doğrultudadır[332].

---

[330] GÜNGÖR, 2007, s. 24; TOROSLU, 2009, s. 216; ERSOY, Yüksel; "Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hatanın Hukuki-Psikolojik Anlamı", **Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi,** XXII, (4 Aralık 1967), s. 257- 258: *"... bilmeme, kişide gerçek durum hakkında bir tasarı bulunmamasıdır. O halde bilmeme kavramı hata kavramına göre daha geniştir: sadece hata hali söz konusu olduğu zaman bu iki kavram birbiriyle çakışmaktadır, çünkü hata hali daima bir bilmeme halinin sonucudur. Fakat bilmeme haline hata halinin sınırları dışında da rastlanabilir, yani kendisine hata eklenmeyen bilmeme halleri de vardır. ...bilmeme, bilgi sonucu olumlu şekilde değişebilecek olan iradenin akışını değiştirmemek suretiyle illiyet bakımından da davranış üzerine etkide bulunabilir."*

[331] Aynı yönde görüşler için bkz. ARSLAN/ TÖNGÜR, 2013, s. 243; ALTIPARMAK, 2013, s. 154; SARITAŞ, 2009, s. 65.

[332] Yargıtay 5. CD. 30.05.2013 tarih ve 4673/5880 sayılı ilamında; *"Sanıkların bilerek ve isteyerek gerçekleştirdikleri hileli eylemlerle ihale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın kabul edildiğinin dosya kapsamında sübuta ermediği, atılı suçun taksirle de işlenemeyeceği gözetildiğinde, tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir."* yönünde hüküm kurulmuştur. Karar için bkz. YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, 2014, s. 7155.

Örneğin, bir kamu binasının inşası işini ihale yoluyla üstlenen yüklenicinin, statik proje ve şartname gereği C25 numaralı betonu kullanması gerekirken C16 numaralı betonunu kullanmış olması, kabul ve muayene komisyonu üyeleriyle anlaşmak suretiyle kabul tutanağına kullanılan beton malzemesini C25 üzerinden gerçekleştirmesi durumunda; eserde kullanılan malzemenin niteliğinde teknik bilgi eksikliği sebebiyle yanılgıya düştüğünü ve bu nedenle sözleşmeye uygun olmayan şartlarda eser inşa ettiğini ileri süren yüklenici, hatası sebebiyle edimin ifasına fesat karıştırma suçu sebebiyle kusur sorumluluğuna gidilmemesi gerektiğini iddia etse de kabul komisyonu üyeleri TCK madde 236/2 (d) bendi uyarınca fail, yüklenici ise şerik sıfatıyla sorumlu olur. Aynı örnek üzerinden gidecek olursak; C25 numaralı beton kullanması gerekirken, malzeme temin ettiği işletmenin yanlış yönlendirmesi sonucu fark etmeyerek C16 sınıfından betonu alarak binanın yapımında kullanan yüklenici, bilmeme kaynaklı suçun maddi konusunda fiili hataya düşmesi sebebiyle edimin ifasına fesat karıştırma suçundan kastı aranmayacaktır. Söz konusu madde hükmünde suçun taksirli olarak da işlenebileceği açıkça düzenlenmemiştir. Fail, yalnızca kasıtlı olarak madde hükmünde belirtilen hileli eylemlere başvuruyorsa, suç cezalandırılacaktır. Sonuç olarak diyebiliriz ki, olası böyle bir olayda fail, taksirle gerçekleştirdiği eylemleri dolayısıyla edimin ifasına fesat karıştırma suçundan cezalandırılamayacaktır.

Ayrıca bu noktada ifade etmeliyiz ki; alt yüklenicinin yaptığı hileden haberdar olmayan yüklenici kasıtlı, hileli bir davranışı söz konusu olmadığından hatasından yararlanacak ve edimin ifasına fesat karıştırma suçundan ötürü cezai sorumluluğuna gidilemeyecektir[333].

[333] KAPLAN, 2013, s. 722.

Kural üzerinde hata (hukuki hata) ise; tipik fiilin unsurlarını tanımlayan gerek ceza gerekse ceza kanunu dışında kalan kanunların bilinmemesi veya yanlış bilinmesidir. Kural üzerinde hata söz konusu olduğunda, kişi ceza kuralı tarafından yasaklanan fiili gerçekleştirmeyi istemekte fakat bu fiilin suç olmadığına inanmaktadır. Diğer bir ifadeyle fail, eylemi iradi olarak gerçekleştirmekte, eylemin suç teşkil ettiğini bilmediği gibi sosyal açıdan da vicdani olarak da o eylemin suç kapsamında olmayacağı düşüncesiyle hareket etmektedir. Bu noktada, kişi ceza kuralı tarafından yasaklanan bir fiili isteyerek gerçekleştirdiğinden ve kast, fiilin hukuka aykırı olduğunun bilinmesi değil, fiilin bilinmesi ve istenmesi olduğundan, kural üzerinde hatanın kastın gerçekleşmesine bir etkisi olmaz. Kişi bu durumdan işlediği suçtan kasten sorumlu olacaktır[334]. Öyleyse, TCK madde 236/2'de beş bent halinde sıralanan seçimlik hareketlerden birini bilerek, isteyerek ve hileli yöntemlerle gerçekleştiren fail (kabul eden/teslim eden), her ne kadar bu eyleminin edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturacağını bilmese bile, kuralda hata -*kural olarak*- kastı kaldırmayacağından, edimin ifasına fesat karıştırmak suçundan kasten sorumluluğuna gidilecektir. Nitekim 5237 Sayılı TCK'nin "Kanunun Bağlayıcılığı" başlıklı 4'üncü maddesinde; *"Ceza Kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz."* hükmü yer almaktadır[335].

Ancak bu hükmün lafzından hareketle belirtmeliyiz ki; Ceza Kanunu dışında kalan bir kanun üzerindeki hata sonucu kişinin yasaklanandan farklı bir fiili

[334] GÜNGÖR, 2007, s. 25.

[335] Bu düzenleme eski Yasa'ya göre farklılık içermektedir. 765 Sayılı Mülga TCK'de yasayı bilmemenin mazeret sayılmayacağı belirtilmekteydi.

gerçekleştirdiğine inanması kuralda hata değil, fiil üzerinde hatanın sonuçlarını doğurur ve dolayısıyla fail lehine değerlendirilir[336].

B- Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit

5237 sayılı TCK'de sayılan ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerden biri de cebir ve tehdittir. Kanun'un "Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit" başlıklı 28'inci maddesinde "Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır." hükmü yer almaktadır. Hükümden de anlaşılacağı üzere yasa koyucu, karşı koyamayacağı cebir ve şiddet veya ağır korkutma ve tehdit altında suç işleyen kişinin cezalandırılmasının önüne geçmek istemiştir. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır. Madde hükmünü belirleyici kılacak olan gerek cebir, gerek korkutma, gerekse tehdidin gerçeklik anlamında kesinleşmiş, yoğun endişeye düşürmüş, korku verecek özellikte olup olmamasıdır.

Cebir ve şiddet veya korkuma ve tehdit altında TCK madde 236/2'de yer verilen eylemleri gerçekleştirmek zorunda kalan kişi, edimin ifasına fesat karıştırma suçundan dolayı cezalandırılamaz. Zira bu durumda kişinin kusurundan bahsedilemez[337]. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunda cebir veya tehdit kullanan

[336] CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, 2005, s. 436; GÜNGÖR, 2007, s. 109; HAFIZOĞLU/ÖZEN, 2012, s. 420.

[337] ÖZGENÇ, 2012, s. 95.

faile, TCK'nin 107'nci maddesinde tanımlanan tehdit suçundan veya 108. maddesinde tanımlanan cebir suçundan dolayı ceza verilmesi gerekir. Nitekim 236'ncı maddenin 2'nci fıkra gereği; edimin ifasına fesat karıştırma suçunun maddi unsurlarının sadece "hileli" olarak işlenebileceği esası kabul edilmiştir. Diğer bir deyişle; tehdit veya cebirle edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşması olanaklı iken, bu durum maddede kabul edilmemiştir. Örneğin; mal alımları ihale sözleşmesinin taraflarından yüklenicinin, ihale kararında veya sözleşmesinde belirlenen miktar maldan daha azının kabul işlemlerinin gerçekleştirilmesini, kamu görevlisinin üzerinde cebir veya tehdit kullanmak suretiyle sağladıysa, yüklenicinin söz konusu fiilleri edimin ifasına fesat karıştırma suçu kapsamında değil, yalnızca cebir veya tehdit suçları kapsamında değerlendirilir.

Kanaatimizce tehdit veya cebirle de edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşması olanaklı iken, bunun maddede kabul edilmemiş olması adil olmayan bir düzenlemeye yol açmıştır. 236'ncı maddede belirtilen fiillerin cebir veya tehdit yoluyla işlenmesi durumunda failin edimin ifasına fesat karıştırma suçundan sorumluluğuna gidilebilmeliydi.

Konuyu bir örnekle daha açıklamak uygun olacaktır. Örneğin; bir müteahhidin, edimi süresinde ifa etmemesine rağmen süresinde ifa etmiş gibi kabul etmediği takdirde kabul görevlisinin çocuğunu okul yolunda kaçıracağını söylemesi, bir başka deyişle, kabul görevlisini tehdit ederek edimin süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesini sağlaması durumunda müteahhidin davranışı edimin ifasına fesat

karıştırma suçu oluşturmayacaktır. Yüklenicinin söz konusu fiilleri yalnızca cebir veya tehdit suçları kapsamında değerlendirilecektir[338].

Bu yönüyle edimin ifasına fesat karıştırma suçu, ihaleye fesat karıştırma suçundan farklılık arz etmektedir. Nitekim ihaleye fesat karıştırma suçunun cebir veya tehdit uygulamak suretiyle gerçekleştirilmesi, ihaleye fesat karıştırma suçunun bir unsuru olarak düzenlenmiş bulunduğundan, edimin ifasına fesat karıştırma suçundan farklı olarak burada bileşik suç kuralları göz önünde bulundurulmalıdır.

C- Zorunluluk Hali

Zorunluluk halinin suçun unsurlarına etkisi bakımından doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Bir görüş, bu müessesenin hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hukuka uygunluk sebebi olduğunu ileri sürmektedir[339]. Bir diğer görüş ise, zorunluluk halinin kusurluluğu etkileyen bir mazeret sebebi olduğu yönündedir[340]. Her iki teoriye kısmi olarak katılan bir diğer görüş ise, ayırma teorisini benimsemektedir[341].

---

[338] DURSUN, Hasan, "Kamu İhalelerinde Yolsuzluğa Karşı Öngörülen İdari ve Cezai Yaptırımlara Genel Bir Bakış", **Kamu- İş Dergisi,** 2008, Cilt:10, Sayı:1, s. 204.

[339] CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, 2005, s. 318; TOROSLU, 2009, s. 148.

[340] HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, 2012, dp. 59, s. 71 (aynen naklen); *"CMK. 223. maddesi hükmünde zorunluluk halini mazeret nedeni saymaktadır.";* ÖZBEK/ BACAKSIZ/ DOĞAN/ KANBUR/ TEPE, 2011, s. 361; CEBRE, Ayvaz, **"Zorunluluk Hali"**, TAAD, Cilt:1, Yıl:3, Sayı:8, s. 239.

[341] Ayırma teorisini benimseyen yazarlar; ceza hukukunda zorunluluk halini hem haksızlık hem de kusur sorunu olarak görmekte ve zorunluluk halinin, bazı somut olaylarda hukuka uygunluk nedeni şeklinde, başka olaylarda ise mazeret nedeni(kusurluluğu etkileyen hal) şeklinde ortaya çıktığını ileri

Biz TCK madde 25/2'de düzenlenen 'zorunluluk hali'nin, kusurluluğu etkileyen bir hal olduğunu kabul etmekteyiz[342].

---

sürmektedirler. Bu görüş için bkz. KANGAL, Zeynel T., **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu,** Ankara 2010, s. 37.

[342] Zorunluluk hali Türk Ceza Kanunu'nun 25/2 madde ve fıkrasında düzenlenmiştir. Maddedeki düzenleme "*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez"* şeklindedir. Madde gerekçesinde ise; *"Maddenin ikinci fıkrasında kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak zorunluluk hali düzenlenmiştir."* ifadesi yer almaktadır.

Bunun yanı sıra, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 2-b bendi uyarınca zorunluluk halinde suç işlenmesi halinde kişinin yüklenen suça ilişkin olarak kusuru bulunmaması nedeniyle *"ceza verilmesine yer olmadığı"* yönünde karar verileceği hüküm altına alınmıştır.

Bu itibarla, hem Türk Ceza Kanununun 25'inci maddesi ve bunun gerekçesi hem de Ceza Muhakemesi Kanununun 223'üncü maddesi dikkate alınarak Türk Ceza Kanunu sistematiğinde zorunluluk halinin kusurluluğu etkileyen bir hal olarak ele alınması gerektiği kanaatindeyiz.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26.02.2008 tarih, 2007/1-281 Esas ve 2008/37 Karar sayılı emsal kararında; zorunluluk halinin 5271 sayılı CMK'nın 223'üncü maddesindeki düzenleme karşısında artık kusurluluğu kaldıran bir hal olarak kabul edilmesi gerektiği, yeni sistemde başlıca dört hukuka uygunluk nedeninden bahsedilebileceğinden söz edilmiştir. Bunlar; meşru savunma, hakkın kullanılması, kanunun emrini ifa ve ilgilinin rızası olarak sayılmıştır. Hukuka uygunluk nedenin bulunması eylemin suç olmasını engelleyeceğinden bu durumda fail hakkında beraat kararı verilmesi gerekeceği, 5237 sayılı yasada hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmemiş olan zorunluluk hali için de bu maddenin (TCK m. 27) uygulanmasının mümkün olmadığı yönünde hüküm kurulmuştur. Yargıtay bu görüşe, zorunluluk haline ilişkin TCK'nın 25/2'nci maddesinde yer alan düzenlemeyi esas alarak değil; 5271 sayılı CMK'nin madde 223/2-b fıkrasındaki düzenlemeyi esas alarak ulaşmıştır.

Bu noktada belirtmeliyiz ki, TCK madde 92[343] ve 147[344]'de 'zorunluluk hali' kenar başlığı altında düzenlenen ceza vermekten vazgeçilmesi veya cezadan indirim yapılabilmesi nedenleri, TCK madde 25/2 madde hükmünde öngörülen zorunluluk halinin özel halleri değildirler. TCK madde 28'de "Cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit" kenar başlığı altında öngörülen istenemezlik halinin özel halleridirler. Kanun koyucu, "zaruretin " farklı tezahürlerini "zorunluluk hali" terimi ile ifade etmiş, TCK madde 25/2'de öngördüğü "zorunluluk hali" ile istenemezlik ilkesinin esasını oluşturan çok çeşitli "zorlama hallerini" birbirine karıştırmıştır. Üçüncü kişi lehine de olabildiği içindir ki, TCK'nin 25/2 maddesinde öngörülen zorunluluk halinin esasını değerler çatışması (collisione dei beni) veya toplumsal zararın yokluğu düşüncesi oluşturmaktadır[345].

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu bünyesinde TCK madde 25/2' de yer alan zorunluluk hali ender de olsa gerçekleşebilir. Örneğin; bir mal alım ihale sözleşmesinin yürütülmesi aşamasında görevli olan kontrol ve muayene komisyonu üyesi (X) şahsının çocuğunun çok ağır tedavi masrafları gerektiren hastalığa düştüğünü, tedavi olmadığı takdirde ölümüne tıbben kesin gözle bakıldığı bir varsayımda; yükleniciyle anlaşarak para karşılığı hileli yöntemlerle işin

---

[343] TCK madde 92'de "Zorunluluk Hali" kenar başlığı altında yer alan düzenleme şöyledir: "*Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir."*

[344] TCK madde 147'de "Zorunluluk Hali" kenar başlığı altında yer alan düzenleme şöyledir: "*Hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir."*

[345] HAFIZOĞULLARI, İstenemezlik İlkesi, s. 367.

sözleşmesinde belirtilen miktardan eksik malın kesin kabulünü gerçekleştirmek kaydıyla ancak bu ağır ve muhakkak tehlikeyi defedebilen failin eylemi, her ne kadar bu suça vücut veriyor olsa da; burada üçüncü kişi lehine zorda kalma durumunun varlığından hareketle fail hakkında, "ceza verilmesine yer olmadığına" dair karar verilmelidir.

II- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A- Teşebbüs

Kural olarak, bir suçun işlenmiş olabilmesi için icrai veya ihmali eylemlerin yapılması yetmez, aynı zamanda hareket sonucunda belirli bir neticenin geçekleşmesi de gereklidir. Ancak TCK'de ve bazı özel kanunlarda bazı suçların tamamlanmış olması için herhangi bir neticenin gerçekleşmesini aramamış; suçun oluşabilmesi için kanunda yer alan tipik eylemlerin gerçekleşmesini yeterli görmüştür. İşte tamamlanması için neticenin aranmadığı bu suçlara, sırf hareketli suçlar adı verilmektedir[346]. Hareketleri parçalara bölünebilen veya hareketleri bir oluşum sürecine sahip bulunması gerçekleşen sırf hareket suçlarında, hareketlerin kişinin iradesi dışındaki nedenlerden dolayı tamamlanamaması halinde teşebbüs mümkün olacaktır. Bu tür suçlarda hareket tamamlanmışsa suç da tamamlanmıştır. Hareket tamamlanmamışsa suç da tamamlanmamıştır[347]. Bu yönüyle bu suçlara

[346] KOCA/ÜZÜLMEZ, 2008, s. 144.

[347] TOROSLU, 2009, s. 271; ÖZBEK/ BACAKSIZ/ DOĞAN/ KANBUR/ TEPE, 2011, s. 438; BAYRAKLI, Hasan/ BOZDAĞ, Ahmet, *"Türk Ceza Hukukunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu ve*

teşebbüs kural olarak mümkün değildir. Ancak hareketleri parçalara ayrılabilen sırf hareket suçlarında, fiilin iradi olmayan sebeplerle tamamlanamaması halinde teşebbüs mümkün olabilecektir.

Bu genel bilgiler kapsamında bir değerlendirme yaptığımızda, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun, sırf hareket suçu olduğunu diğer bir ifadeyle neticesi harekete bitişik suçlardan olduğunu söyleyebiliriz[348] . Nitekim failin TCK madde 236/2 de sayılan edimin ifasına fesat karıştırıcı eylemleri gerçekleştirmesi ile suç tamamlanmaktadır. Suçun tamamlanması için hareketin sonunda ayrıca zarar doğurucu bir neticenin meydana gelmesi gerekmemektedir[349].

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu açısından suçun tamamlanma anını, suçu oluşturan hareketlerin gösterildiği her bent açısından incelenirse;

(a) İhale kararında veya sözleşmede evsafı belirlenen maldan başka bir malın hileli olarak teslim edilmesi veya kabul edilmesi anında suç tamamlanmış olur.

(b) İhale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın hileli olarak teslim veya kabul edilmesi anında suç tamamlanmış olur.

(c) Edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen hileli olarak süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi anında suç tamamlanmış olur.

(d) Yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen hileli olarak kabul edilmesiyle suç tamamlanmış olur.

Vergi Suçlarının Teşebbüse Elverişlilik Açısından Değerlendirilmesi", **Maliye Dergisi,** Sayı:158, Ocak-Haziran 2010, s. 21.

[348] EKER KAZANCI, 2011, s. 236; ALTIPARMAK, 2013, s. 154.

[349] AKBULUT, 2009, s. 55.

(e) Hizmet niteliğindeki edimlerde edimin ihale kararında veya sözleşmede belirlenen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen hileli olarak verilmiş gibi kabul edilmesi ile suç tamamlanmış olur.

Görüldüğü üzere, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun sırf hareket suçu niteliğinde olması sebebiyle suçun tamamlanması için bu hareketlerin sonucunda bir zararın meydana gelmesi veya teslim eden ve/veya kabul eden açısından bir menfaat temini aranmamıştır[350]. Buradan hareketle, suçun teşebbüse elverişli olup olmadığı hususunda bir değerlendirme yapılması noktasında, icra hareketlerinin kısımlara bölünüp bölünememesi önem arz eder.

Bu itibarla, failin, edimin ifasına fesat karıştırıcı niteliğini haiz eylemleri kısımlara bölünebiliyorsa teşebbüs mümkündür. Ancak, failin icrai eylemleri kısımlara bölünemiyorsa kural olarak suça teşebbüs mümkün değildir[351]. Bu nedenle her somut olayda hareketin bölünebilir olup olmadığı ve eylemin teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığı yargıç tarafından incelenmelidir[352].

Yukarıda da izah ettiğimiz üzere, her ne kadar doktrinde bazı yazarlar tarafından[353], TCK madde 236'da yer alan "kabul" ifadesinden geçici kabulün ve kesin kabulün her ikisinin de anlaşılabileceği ileri sürülmüş olsa da, biz bu noktada

[350] PARLAR, 2011, s. 117; ERDAĞ, s. 7.

[351]EKER KAZANCI, 2011, s. 236; MERAN, 2011, s. 324; DÜLGER, 2008, s. 231; ALTIPARMAK, 2013, s. 154; KAPLAN, 2013, s. 723; GÜLEL, 2012, s. 250; ARSLAN / A. R. TÖNGÜR, 2013, s. 244; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, 2014, s. 7156; AKBULUT, 2009, s. 67; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, 2012, s. 671; PARLAR, 2011, s. 120.

[352] DÜLGER, 2008, s. 232.

[353] ÖZGENÇ, 2012, s. 98.

edimin ifasına fesat karıştırma suçunun tamam olması bakımından "kesin kabul tutanağının düzenlenmesi"nin önemli olduğunu düşünmekteyiz.

Bu sebeple, ihale sözleşmesinde belirtilen esaslara aykırı ve eksik ifaya rağmen iş tamammış gibi hileli yöntemlerle geçici kabulün gerçekleştirildiği, ancak daha sonra gerçeğin ortaya çıkmasıyla, elde olmayan sebeplerle kesin kabulünün yapılamadığı bir durumda, bu suçun tamamlanmış halinden değil, suça teşebbüsten dolayı kamu görevlilerinin cezai sorumlulukları cihetine gidilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Kanaatimizce geçici kabul tutanağının hileli olarak gerçeğe aykırı düzenlenmesi, edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturan elverişli icrai hareketlerin bölünebilir bir kısmını oluşturur.

Diğer taraftan, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun olası kastla işlenebileceğini savunan görüş, olası kastla işlenen bu suçta teşebbüsün mümkün olup olamayacağı hususunu gündeme getirmektedir. Bu görüşte olanlar; suça teşebbüs için Kanun'un teşebbüs hükümlerinin uygulanabilirliği açısından failin kasten hareket etmesini yeterli gördüğü, ayrıca bu kastın doğrudan mı yoksa olası kast mı olması gerektiği yönünde herhangi bir ayrıma gitmediği, bu nedenle olası kastla hareket eden failin elinde olmayan nedenlerle icrai hareketlerini tamamlayamaması veya icra hareketlerini tamamlamasına rağmen, elinde olmayan nedenlerle neticeyi gerçekleştirememiş olması halinde edimin ifasına fesat karıştırmaya teşebbüsten cezai sorumluluğuna gidilebileceğini ileri sürmektedirler[354].

Biz de genel olarak teşebbüs hükümlerinin uygulanabilirliği açısından failin doğrudan veya olası kastla hareket etmesi arasında herhangi bir ayrım gözetilmemesi gerektiğini düşünüyor olmakla birlikte, çalışmamızın "manevi unsur"

[354] KAPLAN, 2013, s. 723.

başlığı altında ayrıntılı olarak izah ettiğimiz üzere, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun bir sırf hareket suçu olması ve sırf hareket suçlarının olası kastla işlenemeyeceği görüşünü benimsememiz sebebiyle[355], olası kast-doğrudan kastın bu suça teşebbüse etkisini tartışmanın bu noktada konumuz açısından bir önemi olmadığını düşünmekteyiz.

Örneğin; (X) Belediyesinin düzenlediği "3 Kalem Petrol Ürünü Mal Alım İşi" ihalesinde fail, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malı hileli olarak idareye teslim etmek istemiş; ancak muayene ve kabul komisyonu üyeleri malı kabul edip kayıt altına almak üzere iken yüklenicinin hileli olarak eksik malı teslim etmeye çalıştığını farkına varmışlar ve kesin kabul işlemlerini gerçekleştirmemişlerdir. Bu somut olayda, icra hareketleri kısımlara bölünebildiği için suç teşebbüs aşamasında kalmıştır.

Aynı şekilde Yargıtay 5. CD nin 30.05.2013 tarih, 2012/4554 Esas ve 2013/5956 Karar sayılı ilamında hakim; *" ....sanığın ihale kararında ve sözleşmede evsafı belirtilen maldan eksik malzeme teslim etmeye çalıştığı, ancak Muayene ve Teslim Alma Komisyonunca gerekli muayene ve kabul işlemi için bilirkişi tayin edilmesi üzerine durumun ortaya çıktığı, satın alma işleminin iptaline karar verildiği anlaşılmakla eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde tamamlanmış suçtan hüküm kurulması,..."* şeklinde karar vererek hareketin kısımlara

[355] Olası kastta, netice kastı belirler. Sırf hareket suçları olarak adlandırılan şekli suçların olası kastla işlenemeyeceğinden bahisle, neticesi bakımından sırf hareketli suçlar sınıfına giren edimin ifasına fesat karıştırma suçunun olası kastla işlenemez. Ayrıntılı açıklamalarımız için ayrıca bkz. Çalışmamız, s. 130.

bölünebildiği durumlarda edimin ifasına fesat karıştırma suçunun teşebbüse elverişli olduğunu açıkça ortaya koymuştur[356].

Her iki somut olayda da hâkim, cezayı tayin ederken failin gerçekleştirdiği teşebbüs halinde kalmış icraî hareketlerin meydana getirdiği zarar ve tehlikeyi göz önünde bulundurmalıdır[357].

B- İştirak

Çalışmamızın önceki bölümlerinde yer alan açıklamalarımızda, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faillerinin yalnızca belli hukuki vasıflara sahip kişiler olabileceğini ve bu nedenle bu suçun "özgü / mahsus suç" olduğunu izah etmiştik[358]. Bu başlıkta "suça iştirak" müessesesi incelenirken, bu suçun özgü / mahsus suç olduğu bilgisiyle hareket edilecektir.

Öncelikli olarak belirtmeliyiz ki; edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak bakımından, TCK'de özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu itibarla, TCK'nin genel hükümleri bize yol gösterici olacaktır[359].

Buna göre, TCK madde 236/2'de yer verilen edimin ifasına fesat karıştırıcı nitelikteki eylemleri yüklenici ve/veya edimi muayene ve kabule yetkili kamu görevlilerinin hileli olarak gerçekleştirmeleri halinde her biri ayrı ayrı TCK

[356] Karar için bkz. YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, 2014, s. 7156.

[357] Bu konuyla ilgili daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. Çalışmamızın "Yaptırım" başlığı.

[358] Bu konuyla ilgili daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. Çalışmamızın "Fail (Suçun Aktif Süjesi)" başlığı.

[359] ERDAĞ, s. 7; KOCA, s. 238; ALTIPARMAK, 2013, s. 154.

madde 37/1[360] gereğince fail olarak sorumlu olacaklardır[361]. Suçun özel failleri dışındaki kimselerin suça iştirak etmeleri halinde ise, suçun özgü suç niteliğinde olması dolayısıyla bu kişiler yalnızca "azmettiren"[362] ve "yardım eden"[363] sıfatıyla sorumlu tutulacaklardır[364].

TCK madde 236/2'de düzenlenen seçimlik hareketleri ayrı ayrı ele almak suretiyle edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak müessesesini irdelemek daha açıklayıcı olacaktır. Buna göre;

TCK madde 236/2 (a) ve (b) bentlerinde fail olarak; "teslim eden" ve "kabul eden" ifadelerine yer verilmiştir. Teslim edenin hileli hareketlerle sözleşmede veya ihale kararında belirtilen malın dışında bir malı teslim etmesi durumunda kabule yetkili komisyon üyeleri aldatıldığı için fail olmayacaklardır[365]. Burada yalnızca teslim eden şahsın fail olarak sorumluluğu söz konusudur. İkinci varsayımda; yüklenicinin hileli hareketlerine rağmen kabule yetkili komisyon üyeleri durumu son anda farkına vararak kabul işlemlerini gerçekleştirmediler ise, bu durumda yüklenici suça teşebbüsten fail sıfatıyla sorumlu olur. Bir başka

[360] TCK'nin "Faillik" başlıklı 37/1 maddesinde; "*Suçun kanunî tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur*." hükmü bulunmaktadır.

[361] DÜLGER, 2008, s. 232; MERAN, 2011, s. 324.

[362] EKER KAZANCI, 2011, s. 237; " *Başka bir kimseyi bu türden bir fiili işlemeye, başka bir deyişle edimin ifasına fesat karıştırmaya azmettirme halinde, bu kimse de azmettiren olarak işlenen suçun cezasını alacaktır. (TCK madde 38)*"

[363]EKER KAZANCI, s. 237; *" Edimin ifasına fesat karıştırma suçuna, 5237 sayılı TCK madde 39'da belirtilen şekillerde yardım etmek suretiyle iştirak eden kimseler de, yardım eden sıfatıyla asıl suça göre daha az bir cezayla sorumlu olacaklardır."*

[364] ARSLAN/ TÖNGÜR, 2013, s. 244 – 245; KOCA, 2014, s. 239.

[365] KAPLAN, 2013, s. 724.

varsayımda, kabul eden ve teslim eden karşılıklı anlaşmak suretiyle (a) ve (b) bentlerinde yer alan seçimlik hareketlerden birini gerçekleştirdiler ise bu durumda, kabule yetkili komisyon üyeleri ile yüklenici ayrı ayrı fail sıfatıyla suçtan sorumlu olacaklardır. Her üç durumda da; suçun asli faili kabul eden veya teslim edenin eylemlerine iştirak eden üçüncü şahıslar, edimin ifasına fesat karıştırma suçu özgü suç niteliğini taşıdığından, eylemlerinden TCK madde 40/2[366] uyarınca "azmettiren" ya da "yardım eden" sıfatıyla sorumlu tutulacaklardır.

Nitekim Yargıtay 5. CD.'nin verdiği 11.06.2013 tarih, 2012/7220 Esas ve 2013/6446 Karar sayılı ilamında; *"...5237 sayılı TCK'nin 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasanın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığından, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın "a" ve "b" bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin, "c", "d" ve "e" bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceğinden, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiğinden, 5237 sayılı TCK'nin 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK'nin 236/2-d maddesi uyarınca ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen edimin ifasına fesat*

[366] TCK'nin "Bağlılık kuralı" başlıklı 40/2'nci maddesinde; *"Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur."* hükmü yer almaktadır.

karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alınarak, kamu görevlisi olmayan sanıkların suça ne şekilde katıldığının karar yerinde tartışılması gerekirken, noksan araştırma ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması,…" ifadelerine yer verilmek suretiyle, edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirakin ne şekilde mümkün olabileceği değerlendirilmiştir[367] .

TCK madde 236/2 (c), (d) ve (e) bentlerinde fail olarak, edimi kabule yetkili kimseler yer verilmiştir. Bu bentlerde yer alan seçimlik hareketlerden herhangi birini gerçekleştiren kamu görevlisine iştirak eden üçüncü bir kimse edimin ifasına fesat karıştırma suçundan TCK madde 40/2[368] uyarınca "azmettiren" ya da "yardım eden" sıfatıyla sorumlu olacaklardır[369].

Konuyla ilgili bir örnek verecek olursak; (X) Belediyesine ait bir atıksu arıtma tesisi yapım işinde; yataklama ve gömlekleme yapımında kullanılan ve işin ortalama olarak %10'unu oluşturan granürlümetrik (kum, çakıl, dolgu) malzemesini işin idari şartnamesinde belirtilmesine ve teknik şartnamesinde de ayrıntılı biçimde izahına yer verilmesine rağmen, yüklenicinin kâr elde etmek amaçlı bu malzemeyi hiç kullanmaması, söz konusu durumun muayene ve kabul komisyonu üyelerince de biliniyor olmasına rağmen kendilerine yüklenici tarafından sağlanan menfaat temini

[367] Karar için bkz. KOCA, 2014, s. 239.

[368] TCK'nin "Bağlılık kuralı" başlıklı 40/2'nci maddesinde; *"Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur."* hükmü yer almaktadır.

[369] KOCA, 2014, s. 240.

sebebiyle[370], işin şartname ve sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktara ve niteliklere uygun olduğundan bahisle işin kesin kabulünü yapmaları durumunda, kamu görevlileri TCK madde 236/2 (d) bendi kapsamında edimin ifasına fesat karıştırma suçundan sorumlu olacaklardır. Yüklenici ise, bu suçtan fail değil; ancak azmettiren sıfatıyla sorumlu olacaktır.

Bu noktada hemen belirtmeliyiz ki; edimi kabule yetkili kimseler dışında aynı idarede çalışan kamu görevlileri de bu suça iştirak bakımından üçüncü bir kimse olarak değerlendirilmelidir[371].

C- İçtima

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu açısından bazı suçların birleşmesi (içtima) mümkündür. Kanun koyucu, bu gibi hallerde TCK'de özel bir içtima kuralı vazetmemiş olduğundan, konuyla ilgili olarak ceza hukukunun içtimaya ilişkin genel hükümleri geçerlidir[372].

Öncelikle belirtmeliyiz ki; TCK madde 236/2'de beş bent halinde sayılan eylemlerden birden fazlasının gerçekleştirilmesi suretiyle idareye karşı taahhüt edilen edime fesat karıştırılması halinde, bu durum failin birden fazla suç işlediği anlamına gelmeyeceğinden içtima hükümlerinin uygulanması söz konusu olamayacaktır. Nitekim daha önce de belirttiğimiz üzere, suçun kanuni tanımında beş bent halinde

[370] Edimin ifasına fesat karıştırma suçunu gerçekleştirmenin yanı sıra menfaat temini sebebiyle eylemleri ayrıca başka suç tiplerine de giren kamu görevlilerinin ceza sorumluluklarına ilişkin detaylı açıklamalara, Çalışmamızın "İçtima" başlığına bkz.

[371] Bu yönde emsal karar için bkz. 5.CD. 28.05.2014 Tarih ve 2014/2574 E. Sayılı Kararı.

[372] ARSLAN/ TÖNGÜR, 2013, s. 245.

sayılan eylemler, seçimlik hareket biçimleri şeklinde düzenlenmiştir. Bilindiği üzere; Kanun koyucu yasada belirli bir sonucu meydana getirebilecek bir kaç hareket göstermiş ve bunlardan sadece birinin yapılması halinde suçun gerçekleşebileceğini kabul etmişse seçimlik hareketli suçlardan söz edilir. Bu suçların özelliği, kanunda belirtilen hareketlerden biri ile suçun işlenebilmesidir. Fail bir hareketle yetinmemiş ve birden çok harekette bulunmuşsa, yine de tek ceza verilir. Zira bu gibi durumlarda aynı normun birden çok ihlali ve bunun sonucu ihlal sayısınca suçun bulunması görünüştedir. Gerçekte norm bir defa ihlal edilmiştir ve dolayısıyla ortada bir suç vardır. Gerçek anlamda suçların birleşmesi bu nedenle yoktur[373]. Örneğin; bir idarenin temizlik işlerini yürüten hizmet sunucusu, ihale sözleşmesinde kullanmayı taahhüt ettiği miktardan daha az temizlik malzemesi kullanmış ve işleri tamamlaması gereken süreden çok daha sonra tamamlamış ise, bu durumda söz konusu eylemleri, TCK madde 236/2'nin (c) ve (e) bentlerinde yer alan her iki seçimlik hareketi de oluşturmaktadır. Burada, farklı seçimlik hareketlerle işlenen tek bir edimin ifasına fesat karıştırma suçundan söz edilecektir[374].

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun içtima hükümleri bakımından ilk görünümü TCK madde 236/3'te karşımıza çıkmaktadır. Maddede; *"Edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar."* hükmü bulunmaktadır.

Bu düzenleme ile edimin ifasına fesat karıştırılması dolayısıyla haksız yarar sağlayan kamu görevlilerinin eylemlerinin, edimin ifasına fesat karıştırma

---

[373] İÇEL, Kayıhan "Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri Ve Yeni Türk Ceza Kanunu", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,** 2008, Yıl: 7, Sayı 14, s. 44.

[374] ALTIPARMAK, 2013, s. 158.

suçunun yanı sıra söz konusu başka bir suça vücut vermesi halinde (rüşvet, zimmet[375], irtikap vb. gibi.) ayrıca bu suçtan da cezalandırılacakları hükme bağlanmıştır.

Failin çıkar sağlama fiili, edimin ifasına fesat karıştırma fiili ile ilgili olmakla birlikte o fiilden tamamen bağımsız bir fiildir. Yasa koyucu söz konusu hükümde, failin bu fiili ayrıca hangi suçu oluşturuyorsa ondan da cezalandırılması gerektiğini emretmiştir. Ancak bu noktada önemle belirtmeliyiz ki; kamu görevlisi ve sair kişilerin menfaat temin etmeleri halinde, bu hüküm uygulanacaktır. Görevli kişinin menfaat temini vaadi üzerine edimin ifasına fesat karıştırması, hükmün kapsamı dışındadır[376].

Kanaatimizce, TCK madde 236/3 düzenlemesi olmasaydı da, kamu görevlileri menfaat temin suretiyle edimin ifasına fesat karıştırma suçuyla birlikte

---

[375] ALTIPARMAK, s. 155- 156, *"...1998-1999-2000 Tarihlerinde 34.300 ton mıcır dolgu malzemesi, 8950 ton dolgu malzemesi, 5500 ton kum, 5350 ton çakıl, 2432 ton taş tozu ve 2849 ton mıcır olmak üzere toplam 59381 ton malın teslim alınmadığı, depolanmadığı, kullanılmadığı ve satın alınmadığı halde satın alınmış gibi gösterilen sahte fatura, sahte tesellüm heyet raporları, ambar giriş ve çıkış makbuzları, sahte ambar kartları ve ambar istek ve çıkış fişleri düzenlemek suretiyle kullanılmış gibi gösterilerek bu malzemelerin bedelleri sanıkların zimmetlerine geçirdiklerinden bahisle TCK'nin 202/1, 31, 33 maddeleriyle açılan kamu davasında sanıklara yükletilen bu zimmet eylemi ile ilgili münhasıran bir karar verilmesi gerekirken iddianamede anlatılan olayın tamamen zimmet fiiline ilişkin olup ihaleye fesat karıştırmadan bahis edilmediği ve zimmet suçunun farklı unsurlara sahip ihaleye fesat karıştırma suçuna dönüşemeyeceği gözetilmeden alınan bilirkişi raporundaki suç nitelendirilmesine bağlı kalarak yazılı şekilde hüküm kurulması…." (Yargıtay 5. CD. 20/11/2006 T., E: 3428 – K: 9311)*

[376] HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, 2012, s. 420.

ayrıca başkaca bir suçun oluşumuna sebep vermeleri halinde zaten ceza hukukunun genel hükmü olan gerçek içtima müessesesi uygulama alanı bulacaktı.

Benzer bir durumda, yüklenicilerin edimin ifasına fesat karıştırma suçunu işlemek amacıyla başka bir suçun oluşumuna da ayrıca sebebiyet veriyorlarsa, bu durumda kamu görevlileri için TCK madde 236/3'te olduğu gibi gerçek içtimanın uygulanacağına dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Tam da bu noktada, edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile birlikte gerçekleşebilen rüşvet suçuyla ilgili olarak doktrinde bazı yazarlar tarafından, kamu görevlileri ile rüşvet sözleşmesi yapmak suretiyle edimin ifasına fesat karıştıran yükleniciler hakkında gerçek içtima hükümlerinin uygulama alanı bulacağına dair özel bir düzenlemenin bulunmadığı, bu nedenle TCK madde 44'te düzenlenen ve genel bir kural niteliği taşıyan fikri içtima kuralları gereğince yüklenicinin; edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile rüşvet verme suçlarından cezası ağır olan suç bakımından cezalandırılacağı ileri sürülmektedir[377]. Kanaatimizce, edimin ifasına fesat karıştırma için gerçekleştirilen hileli hareket ile rüşvet sözleşmesi yapmaya yönelik gerçekleştirilen eylemler birbirinden bağımsız iki ayrı fiildir ve bu fiiller TCK'nin farklı maddelerini ihlal etmektedir. Oysaki fikri içtima, bir fiil ile kanunun birden çok ve farklı hükümlerinin ihlal edilmesi ve faile en ağır cezanın verilmesi anlamına gelmektedir[378]. Bu nedenle söz konusu durumda, kanaatimizce yükleniciye verilecek cezaya ilişkin olarak gerçek içtima kuralının uygulanması gerekir.

[377] KOCA, 2014, s. 225.

[378] ÖZEN, Mustafa "Ceza Hukukunda Fikri İçtima", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** 2007, Sayı: 73, s. 135.

Örneğin; teslimde malın miktarına ilişkin gerçekleştirilen hile, sahte bir belge düzenlenmesi suretiyle yapılmışsa bu takdirde, belgeyi düzenleyen TCK madde 236/2 (b) bendi uyarınca edimin ifasına fesat karıştırma suçundan cezalandırılacağı gibi ayrıca, sahtecilik suçundan gerçek içtima kuralları uyarınca cezalandırılmalıdır[379]. Nitekim faile her iki suçtan ceza verilmesi hususunun, TCK'nin "İçtima" başlıklı 212. maddesinde yer alan; "Sahte, resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur." hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde yerinde olduğu açıktır[380].

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından gerçek içtima hükümlerinin uygulama alanı bulacağı diğer bir suç tipi ise irtikap[381] suçudur. Bir

---

[379] Kabul edenin, sahteciliği bilmesine rağmen kabulü gerçekleştirmesi durumunda, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun yanı sıra, TCK'nin 37. maddesi uyarınca belgede sahtecilik suçunu birlikte işleme ya da diğer surette (TCK 38. veya 39. madde kapsamında) iştirakten sorumlu tutulması gerekir; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, 2012, s. 671.

[380] Bu konuda ARSLAN/ TÖNGÜR aksi yönde görüşlere sahiptirler. Nitekim suçun seçimlik hareketleri gözetildiğinde teslim ve/veya kabul etme fiillerinin sahte belge düzenlenerek icra edilmesi durumunda, sahtecilik suçunun özel bir türünün (veya sahteciliğin özel bir işleniş şekli) ortaya çıkması nedeniyle TCK'nin 212'nci maddesindeki düzenlemeye rağmen yalnızca edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşacağını, ayrıca sahtecilik suçundan ceza verilmesinin mümkün olmadığını ileri sürmektedirler. Ayrıca bkz. ARSLAN/ TÖNGÜR, 2013, s. 245.

[381] 5237 sayılı Kanunun 250' nci maddesinde "İrtikap" suçu düzenlenmiştir. Bu düzenleme şöyledir: *"(1) (Değişik: 2/7/2012-6352/86 md.) (1) Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde*

örnekle açıklamak gerekirse; kabule yetkili kamu görevlisi, konusu belli miktarda malın teslimi olan edimdeki eksikliği fark edip, bu hususu kabul edebileceği yönünde yükleniciyi ikna edip kendisine menfaat sağlarsa, edimin ifasına fesat karıştırma suçuyla birlikte aynı zamanda irtikap suçundan da cezalandırılacaktır[382].

Benzer şekilde, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun işlenebilmesi amacıyla örgüt kurma suçunun işlenmesi durumunda fail, hem TCK madde 220/4[383] 'te düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan hem de edimin ifasına fesat karıştırma suçundan dolayı cezalandırılacaktır[384].

Diğer taraftan, değinilmesi gereken bir diğer önemli husus da şudur: Dolandırıcılık suçu edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile benzerlik göstermektedir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından içtima hükümlerinin uygulama alanını saptamak açısından, her iki suçun birlikte gerçekleşmesinin mümkün olup

---

görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir.

(2) Görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) İkinci fıkrada tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) (Ek: 2/7/2012-6352/86 md.) İrtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir."

[382] KAPLAN, 2013, s. 725.

[383] 5237 sayılı TCK'nin "Suç işlemek amacıyla örgüt kurma" başlıklı 22/4 üncü maddesinde; *"Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi hâlinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur."* hükmü yer almaktadır.

[384] KAPLAN, 2013, s. 726.; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, 2014, s. 7159.

olamayacağının tespiti önem arz eden bir husustur. Bu itibarla öncelikle dolandırıcılık suçunu genel olarak izah etmek faydalı olacaktır.

Buna göre dolandırıcılık suçu[385]; failin, hileli davranışlarla bir kimseyi aldatarak; aldatılan veya bir başkasının zararına olmak üzere, kendine veya üçüncü bir kişiye, malvarlığına ilişkin yarar sağlamasıdır. Dolandırıcılık suçunda, hileli davranışlarla mağdurun aldatılması sonucunda; failin veya üçüncü bir kişinin malvarlığı artarken, mağdurun veya üçüncü bir kişinin malvarlığı azalmaktadır[386]. Dolandırıcılık suçunda bir menfaat temini şarttır. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunda, yukarıda ayrıntılarıyla açıkladığımız üzere, failin eylemlerinin hileli olarak gerçekleştirilmesi şart olup, teslim eden yüklenici kendi yararına malvarlığında bir artışa sebep olurken, kabule yetkili kamu görevlisi ister kendisine menfaat sağlamış olsun ister olmasın, ihaleyi düzenleyen kamu kurum veya kuruluşunun malvarlığı değerlerinde azalışa sebep olmaktadır. Burada fail; yüklenici ise kabule yetkili komisyon üyelerini, kabule yetkili kamu görevlisi ise idareyi aldatmaktadır. Failin edimin ifasına fesat karıştırma suçunu işlerken menfaat temini şart olmamakla birlikte menfaat temin etmesi durumunda, eylemlerinin aynı zamanda dolandırıcılık suçuna da vücut vereceği açıktır. Diğer bir anlatımla, edimin ifasına fesat karıştırma suçu esasında, menfaat temini varsa eğer, dolandırıcılık suçunun özel düzenlenmiş halidir. Böyle bir durumda karşımıza görünüşte içtima çıkmaktadır. Bu halde fail, özel normun önceliği prensibi gereği dolandırıcılık suçundan değil, edimin ifasına

---

[385] TCK madde 157' de dolandırıcılık suçu ile ilgili olarak; *"Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adlî para cezası verilir."* düzenlenmesi mevcuttur.

[386] YIRTIMCI, Esra, **"Dolandırıcılık Suçu",** Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim dalı, Ankara 2010, s. 12.

fesat karıştırma suçundan dolayı sorumlu olacaktır[387]. Her somut olayda, menfaat temininin varlığı sorgulanıp, menfaat temini varsa eğer bu takdirde, edimin ifasına fesat karıştırma suçuyla dolandırıcılık suçu arasında görünüşte içtima prensibi gözetilmelidir.

Nitekim Yargıtay 5. CD.'nin 13.06.2012 tarih, 2012/3277 E. ve 2012/6769 K. sayılı ilamında; *"...Çan Termik Santraline yakıt teslimi sırasında diğer sanıkların yardımıyla rafineriden temin ettikleri yakıta daha ucuz maddeler katarak miktarını artırıp kalitesini düşürerek veya gerçekte teslim edilmediği halde teslim edilmiş gibi kantar fişi ve evrak düzenlettirerek niteliksiz veya noksan yakıt vermek suretiyle menfaat temin ederek nitelikli dolandırıcılık suçunu işledikleri iddia ve kabul edilmiş ise de: 5237 sayılı TCK'nin 236/1. maddesinde kamu kurum ve kuruluşlarına karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırılmasının bağımsız suç olarak düzenlendiği, aynı maddenin 2/a-b bendinde " ihale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka malın veya belirtilen miktardan eksik malın teslimi veya kabul edilmesinin edimin ifasına fesat karıştırma sayıldığı, bu durumda sanıkların işlediği kabul edilen ihale şartnamesine aykırı olarak niteliksiz ve eksik yakıt teslim ve kabul etme fiillerinin edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmadan yazılı biçimde nitelikli dolandırıcılıktan mahkûmiyetlerine karar verilmesi…"* ifadesine yer verilerek ilk derece mahkemesinin verdiği karar bozulmuştur.

[387] KAPLAN, 2013, s. 726; AKBULUT, 2009, s. 69.

Görevi kötüye kullanma suçu bakımından da benzer bir durumla karşılaşabiliriz. Bu suç tipi, TCK madde 257'de düzenlenmiştir[388]. Kamu görevlilerinin görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmaları ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamaları halinde bu eylemleri ayrıca Kanunda tanımlanmış başkaca bir suça vücut vermiyorsa, görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Görevi kötüye kullanma kamu idaresi aleyhine işlenen bir suçtur. Kamu idaresinin işleyişi, kişilerin devletin idaresine olan güveninin temini olan kamu görevlileri tarafından işlenebilen görevi kötüye kullanma suçu fail yönünden bir başka ifadeyle failin sadece kamu görevlisi olması nedeniyle özgü, mahsus bir suçtur. Bu suç ancak kastla işlenebilir. Kamu görevlisinin, kötüye kullandığı yetkiyi bilmesi ve bunun yasaya aykırı olduğunun bilincinde olması yeterlidir. Görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin düzenleme genel, tamamlayıcı bir düzenlemedir. 5237 sayılı Kanun'un 257'nci maddesinin gerekçesinde de bu düzenlemenin tali ve tamamlayıcı nitelikte olduğu ifade edilmiştir. Bu hüküm herhangi bir ceza hukuku kaidesiyle özel olarak cezalandırılmış olan fiillerin dışında kalan bütün keyfi muameleleri kapsamına

[388] 5237 sayılı TCK'nin 257 maddesinde "Görevi kötüye kullanma" suçu düzenlenmiştir. Bu düzenleme; *"(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*
(2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
(3) İrtikâp suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır." şeklindedir.

alması itibariyle torba bir suç niteliğindedir. Örneğin; ihale kararı ya da sözleşmeden doğan edimi yüklenicinin gereği gibi ifa etmediğinin kamu görevlisinin farkına varmasına rağmen yine de kabul etmesi, TCK madde 257'de yer alan görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaz. Nitekim söz konusu düzenlemede; *"Kanunda ayrıca başka suç olarak tanımlanan haller dışında"* bir eylemin gerçekleştirilmiş olmasını görevi kötüye kullanma suçunun maddi öğesi olarak öngörülmüştür[389]. Oysaki ihale kararı ya da sözleşmeden doğan edimi yüklenicinin gereği gibi ifa etmediğinin kamu görevlisi tarafından farkına varılmasına rağmen yine de kabul edilmesi, diğer kanuni şartların da varlığı halinde, TCK madde 236'da düzenlenen "edimin ifasına fesat karıştırma suçu"nu oluşturur. Ne var ki; kamu görevlisinin söz konusu kasıtlı eylemleri TCK madde 236/2'de sayılan seçimlik hareketlerden herhangi birine girmiyorsa ve eylemleri Kanunda ayrıca başka suç olarak da tanımlanmamışsa, bu durumda fail tamamlayıcı bir suç niteliğinde olan görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılacaktır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun bazı suçlarla birleşmek suretiyle gerçek içtima hükümlerinin uygulanmasının yanı sıra ayrıca bazı suç tipleri bakımından fikri içtima hükümlerinin uygulanması da söz konusu olabilir.

Örneğin; Askeri Ceza Kanunu'nun (ASCK) "Şartnameye aykırı mal veya hizmet kabul etmek" başlıklı 143'üncü maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma suçuna benzer bir düzenleme mevcuttur[390].

---

[389]MERAN, 2011, s. 324; ARSLAN/ TÖNGÜR, 2013, s. 246.

[390] Şöyle ki; *"Sözleşmeye bağlanmış yiyecek, giyecek, teçhizat veya diğer mal ve hizmetler ile her nevi imalat ve inşaatı, sözleşmeye ilişkin şartname ve numunelerine uymadıkları halde kabul eden veya ettirenler üç yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılırlar.*

Fiil ceza kanunlarına göre daha ağır bir suç teşkil ediyorsa, ceza o kanuna göre tayin edilir.

Bu suçun maddi konusunu, sözleşmede kararlaştırılan edim oluşturmaktadır. Ancak dikkat edilmelidir ki; sözleşme, bir ihalenin sonucunda imzalanmış olabileceği gibi bir ihale düzenlenmeksizin de imzalanmış olabilir. Sözleşme bir ihaleye dayanmaksızın kurulmuşsa, bu durumda sözleşmede taahhüt edilen edime aykırı olduğu halde edimin kabul edilmesi, "şartnameye aykırı mal veya hizmet kabul etmek suç"una vücut verecektir. Sözleşme bir ihale kararına dayanmaktaysa ve sözleşme hükümlerine aykırı edimin kabulü hileli olarak gerçekleştirilmiş ise, söz konusu eylem aynı zamanda edimin ifasına fesat karıştırma suçuna da sebebiyet verecektir. Böyle bir olasılıkta, failin hangi suçtan sorumlu olacağına ilişkin aynı Kanun'un madde 143/2'de yer verilen özel bir içtima kuralı uygulanacaktır. Bu fıkrada, "Fiil ceza kanunlarına göre daha ağır bir suç teşkil ediyorsa, ceza o kanuna göre tayin edilir." ifadesi yer almaktadır. Bu fıkra gereği, ASCK madde 143/1 de düzenlenen fiil aynı zamanda edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturuyorsa fikri içtima kuralları uygulanacaktır[391].

Benzer bir durum, edimin ifasına fesat karıştırılmasıyla bu durumun aynı zamanda TCK madde 238'de düzenlenen "*kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma"* suçuna vücut vermesi halinde de söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda, fail gerçekleştirdiği edimin ifasına fesat karıştırma niteliğindeki tek bir eylemi ile yasanın aynı anda birden fazla maddesini ihlal etmiş olacağından (TCK madde 236 ve 238), failin cezai sorumluluğu bakımından fikri içtima hükümleri göz önünde bulundurulmalı ve faile cezası daha ağır olan edimin ifasına fesat karıştırma

---

Kabul edilen veya ettirilen eşya; silah, mühimmat, savaş aracı veya gereci ise veya suç seferberlik veya savaş halinde işlenmişse ceza artırılır."

[391] KAPLAN, 2013, s. 726- 727.

suçundan ceza verilmelidir[392]. Örneğin; bir hastanenin ihtiyaç duyduğu oksijen tüpünün sağlanması için açılan ihaleyi kazanan firmanın taahhüdünü hileli olarak yerine getirmemesi halinde böyle bir durum söz konusu olabilecektir. Bu durumda fikri içtima hükümleri doğrultusunda fail, cezası daha ağır olan edimin ifasına fesat karıştırma suçundan sorumlu tutulmalıdır[393].

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunda, içtimanın bir türü olan zincirleme suç hükümlerinin uygulanması da söz konusu olabilir. Nitekim edimin ifasına fesat karıştırma suçu TCK madde 43/3'te sayılan istisnai suçlar[394] içerisinde yer almamaktadır. Bu durumda, zincirleme suça ilişkin TCK madde 43'te yer alan genel hükümler uygulanır. Öncelikli olarak zincirleme suç müessesesini kısaca izah etmekte fayda vardır.

Zincirleme suç yasa koyucunun bazı gerekçelerle ve bazı durumlarla sınırlı olmak üzere gerçekte var olan birden çok suçu, tek suç kabul etmesiyle oluşturulmuş bir ceza hukuku kurumudur[395]. Bu nedenle zincirleme suç, yasa

---

[392] DÜLGER, 2008, s. 232.

[393] EKER KAZANCI, 2011, s. 237.

[394] Zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı bu suçlar; Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarıdır.

[395] Zincirleme suç, 5237 sayılı Kanunun "Zincirleme suç" başlıklı 43'üncü maddesinde;

"(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. (Ek cümle: 29/6/2005 – 5377/6 md.) Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.

(2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.

koyucunun izlediği suç politikası sonucu neticesinde fail lehine getirilmiş bir düzenleme olup, sadece kanunda yer verilen belli şartların gerçekleşmesiyle mümkündür[396]. Bu şartlar;

- Bir suçun[397] işlenmesi kararında birlik[398]

---

(3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz."

şeklinde düzenlenmiştir.

[396] ÖZEN, Mustafa, **"Suçların İçtiması (Zincirleme Suç - Fikri İçtima - Bileşik Suç"),** Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara 2008, s. 182.

[397] ÖZEN, 2008, s. 185–186. (naklen); *"TCK 43. maddede kullanılan 'bir' kelimesi, sayı sıfatı olarak mı, yoksa 'herhangi bir' şeklinde belgisiz sıfat olarak mı kullanıldığı açık değildir. Ancak, 'bir suç işleme kararı' ifadesi, '...aynı suçun birden fazla işlenmesi…' şeklindeki ifadesiyle birlikte değerlendirilip, zincirleme suçun, suçların gerçek içtimaına bir istisna olduğu da dikkate alındığında, 'bir suç' ifadesinden, tek bir suç değil, 'birden çok suç' anlaşılması gerekir."*

[398] HAFIZOĞULLARI, 2008, s. 362; *"Kanun, suç işleme kararında birliği gerekçede, suçlar arasında sübjektif bir bağ bulunması olarak tanımlamıştır. Kanunun sübjektif bağ olarak nitelendirdiği şey, kasttan ayrı olarak, birden çok suçu; planlı, programlı bir biçimde işleme iradesidir. Bu demektir ki; failin bir plan ev programı olmaksızın birden çok kez aynı suçu işlemesi halinde işlenen suçlar, arasında onları bir bütün kılan manevi bağ bulunmadığından, ortada zincirleme bir suç da yoktur. Böyle olunca, hâkim her somut olayda, söz konusu bu manevi bağın mevcut olup olmadığını, her halde oluşa ve failin dışa vurmuş olan davranışlarına bakarak tespite çalışacaktır. Burada kararda birlik "vakıasının" ispat edilememesi halinde, şüpheden sanık yararlanır kuralının nasıl uygulanacağı konusu tartışmalara neden olmaktadır. Gerçekten, ister ileri sürülsün isterse sürülmesin, her somut olayda suç işleme kararının failde mevcut olup olmadığını hakim resen tespit edecektir. Hakim, bu tespiti yapamadığında, yani vakıanın ispatı şüpheli kaldığında zincirleme suç yoktur mu denecek, yoksa şüpheden sanık yararlanır denerek, zincirleme suç var mıdır denecektir? Kanunun ifadesinden, şüpheden sanık yararlanır sonucu çıkmaktadır. Böyle olunca, failde birden çok suçu işleme kararının varlığının ispatlanamadığı her olayda, failin işlediği birden*

- Değişik zamanlarda işlenmesi

- Bir kişiye karşı işlenmesi

- Aynı suçun birden fazla işlenmesi

şeklinde sıralanabilir. Bu şartların tümünün edimin ifasına fesat karıştırma suçunda gerçekleşmesi durumunda, faile hükmedilecek cezanın tespitinde zincirleme suç hükümlerine başvurmak gerekecektir[399].

Suçun konusunun bir ihale sonucu üstlenilen bir edim olması ve parçalar bölünmekle birlikte tek edim olması nedeniyle burada suç çokluğundan bahsedilmesi mümkün değildir. Aynı kuruma karşı taahhüt edilen ve ihalesi farklı olan edimler nedeniyle suçun işlenmesi halinde zincirleme suç söz konusu olabilecektir[400]. Yargıtay uygulamaları da bu yöndedir[401].

çok suç, şüpheden sanık yararlanır kuralı gereğince zincirleme suç sayılacak, faile bir suçun cezası verilecek ve ceza arttırılacaktır."

[399] MERAN, 2011, s. 325. ; KOCA, 2011, s. 241.

[400] YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, 2014, s. 7160.

[401] Yargıtay 5. CD. 23/05/2013 tarih ve 5780/5629 sayılı ilamda; *"Sanıklar hakkında TCK'nin 43/1. maddesinde yer alan zincirleme suça ilişkin hükümlerin neden uygulanmadığının denetime imkan verecek şekilde gerekçeleriyle karar yerinde gösterilmemesi.."* ifadesine yer verilmiştir. Yargıtay 5. CD. 'nin18/04/2013 tarih ve 4490/3630 sayılı bir başka ilamında*; "Kamu görevlisi olan ve kabul tesellüm zaptında imzası bulunan sanıklar Numan... ile Savaş Ku...Ö..'in Adana Gar sahasında bulunan yazlık lokalin mutfak ve aile yemek yerinin tadilatı işini, keşif metraj ve şartnameye göre miktar ve nevi bakımından uygun olarak yapılıp yapılmadığını kontrol etmeden eksiksiz yapılmış gibi teslim almak suretiyle katılan idarenin dosyada mevcut olup, sanıklarca itiraz edilmeyen raporlarda belirtildiği şekilde zarara uğramasına ve yüklenicinin de haksız kazanç sağlamasına neden oldukları tüm dosya kapsamından anlaşılmakla, benzer eylemleri nedeniyle adı geçen sanıklar haklarında dava açılıp açılmadığı araştırılıp, açılmışsa zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağının*

Bir örnekle açıklayacak olursak; temizlik işlerinde olduğu gibi süreklilik arz eden edimlerde zincirleme suç hükümlerinin uygulama alanı bulması mümkündür. Şöyle ki; yüklenici hizmet alım ihalesi sonucunda, idarenin temizlik işlerini bir yıl süreyle yürütmekle yükümlüdür. Yüklenici firmanın işçileri bu süre zarfında edimi devamlı olarak eksik ifa etmesi veya ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara uygun olmadığı halde, uygunmuş gibi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek amacıyla tasarruf icra etmek suretiyle kabulü gerçekleştiren yetkili kişiler, belli aralıklarla idareye karşı işlerin uygunluğu yönünde sundukları rapor ve gerçekleştirdikleri kabul işlemleri dolayısıyla, her bir eylemlerinden ötürü ayrı ayrı edimin ifasına fesat karıştırma suçundan cezalandırılamazlar. Nitekim burada fail, birden fazla edimin ifasına fesat karıştırma suçunu belli aralıklarla[402] ve aynı idareye karşı gerçekleştirirken tek bir suç işleme kararında birlik kastıyla hareket etmiştir. Bu durumda, zincirleme suç hükümleri uygulanması için tüm şartlar gerçekleşmiştir. Bu itibarla, failin işlediği her bir edimin ifasına fesat karıştırma suçunun cezası toplanarak uygulanmayacaktır. TCK madde 43/1 gereğince, tek bir edimin ifasına fesat karıştırma suçundan dolayı faile verilecek ceza dörtte birden dörtte üçe kadar arttırılarak uygulanacaktır[403].

---

tespiti bakımından mümkünse davaların birleştirilmesinden sonra kamu görevlisi olan sanıkların edimin ifasına fesat karıştırma suçundan, yüklenici sanık Abdullah İnci'nin de TCK'nin 40/2. maddesi gereğince edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak etmekten dolayı ayrı ayrı mahkumiyetleri yerine yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi..." yönünde hüküm kurulmuştur. Bu kararlar için ayrıca bkz. YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 7160.

[402] ÖZEN, 2008, s. 199.

[403] ALTIPARMAK, 2013, s. 157.

Konuyla ilgili bir başka örnek vermek gerekirse; (X) Belediyesi, 15 (on beş) adet yapım işinin yürütülmesi için farklı tarihlerde ihalelere çıkmış, bu ihaleler en avantajlı teklif sunan firmalara ihale edilmek üzere bırakılmış ve bu firmalarla ayrı ayrı yapım işi ihale sözleşmeleri imzalanmıştır. Sözleşmenin yürütülmesi aşamasında (X) Belediyesinin kontrol teşkilatı ve kabul komisyonu üyeleri, yapım işlerinde kullanılacak malzemelerin, işin sözleşme ve teknik şartnamesinde belirtilen nitelikteki malzemeler ile aynı olmasına çok da gerek olmadığı, bu sayede elde edilecek kârın kendilerine de pay edilmesi şartıyla daha düşük kalitede malzemeler kullanılmasının yapım işlerinde sonradan bir sakınca doğurmayacağı yönünde yüklenici firmalarla gizli anlaşmalar yapmışlardır. Bu doğrultuda, yüklenici firmalar daha düşük nitelikte malzemeyle eseri inşa etmişler, kabul komisyonu üyeleri de yapım işinin kesin kabul işlemlerini gerçekleştirmişlerdir. Böyle bir durumda, kamu görevlileri, 15 (on beş) kez edimin ifasına fesat karıştırma suç/larını işlemek kastıyla hareket etmişlerdir. İşlenen suçun suçtan zarar göreni her defasında (X) Belediyesidir. Bu eylemler farklı zamanlarda gerçekleşmiştir. Kamu görevlileri 15 (on beş) ayrı ihalede her defasında TCK madde 236/2 (d) bendini ihlal etmişlerdir. Ancak faillerin suç işleme kararları arasında sübjektif bağ somut olayımızda kurulamamıştır. Her bir suç birbirinden bağımsız değerlendirilmelidir. Binaenaleyh, kamu görevlileri edimin ifasına fesat karıştırma suçlarından ötürü cezalandırılırken, zincirleme suça ilişkin yukarıda yer verdiğimiz şartların tümü gerçekleşmediğinden, zincirleme suç hükümleri uygulanmayacak, burada genel kural olan gerçek içtima hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Öyleyse failler, 15 (on beş) kez edimin ifasına fesat karıştırma suçundan cezalandırılacaklardır. Ayrıca kamu görevlileri yüklenicilerle 15 (on beş) ayrı ihalede rüşvet anlaşması yaptıklarından, TCK madde

236/3 uyarınca 15 (on beş) kez rüşvet suçundan da ceza sorumluluklarına gidilecektir.

III- YAPTIRIM

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun düzenlendiği TCK madde 236/1 de;

"*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."* hükmüne yer verilmek suretiyle bu suçun temel şekli için üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

Buna göre hâkim TCK'de yer alan "Cezanın belirlenmesi" başlıklı 60'ıncı maddesi uyarınca somut olayda; suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı ile failin güttüğü amaç ve saiki göz önünde bulundurarak edimin ifasına fesat karıştırma suçu için TCK madde 236/1'de öngörülen üç yıl (alt sınır) ve yedi yıl (üst sınırı) arasında temel cezayı belirleyecek olup akabinde, TCK madde 61/5 uyarınca temel ceza üzerinden sırasıyla; teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren

şahsî sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenlerini uygulayarak sonuç cezayı belirleyecektir[404].

Doktrinde, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun; 5237 sayılı TCK'nin ikinci kitabının "Topluma Karşı Suçlar" başlığını taşıyan üçüncü kısmının "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" başlıklı dokuzuncu bölümü altında düzenleniyor olması nedeniyle, bu suç bakımından TCK madde 236/1'de cezai yaptırım olarak yalnızca hapis cezasının öngörülmesi eleştirilmekte ve söz konusu düzenlemenin hapis cezasının yanı sıra adli para cezasının da içermesi yönünde görüş ileri sürülmektedir[405].

Belirtmeliyiz ki, yasa koyucu tarafından edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından üç yıldan yedi yıla kadar süreli hapis cezası öngörüldüğü için bu

---

[404] Yargıtay 5. CD. 27/05/2013, 8069/5761 sayılı ilamda; *"TCK'nin 53/1. maddesi uyarınca hapis cezasına mahkumiyetin sonucu olarak hak yoksunluğuna hükmedilmemesi, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen 28/04/2009 gün 2008/5-202 Esas, 2009/102 sayılı Kararında da belirtildiği üzere, bu husus mahkumiyetin yasal sonucu olması nedeniyle kazanılmış hakka konu olamayacağından, kararda uygulanmamış olması yalnız başına bozma nedeni teşkil etmeyeceğinden ve infaz sırasında nazara alınması mümkün görüldüğünden, sözleşmeye konu edimin bedeli (508.950,00 TL) itibariyle meydana gelen zararın ağırlığının ve sanığın kastının yoğunluğunun, temel cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınmayarak TCK'nin 3/1 ve 61. Maddelerine aykırı davranılması ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen 27/09/2011, 2011/3-167-2011/194 E. –K. Sayılı kararında da açıklandığı üzere; sanığın mahkumiyetiyle sonuçlanan ceza davasında kendisini vekille temsil ettiren katılan lehine, karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca vekalet ücretine hükmedilmemesi ise aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni sayılmamıştır."* yönünde hüküm kurulmuştur. Karar için ayrıca bkz. YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, 2014, s. 7160.

[405] KAPLAN, 2013, s. 727- 728.

suç, bir yıl veya daha az süreli hapis cezaları için TCK madde 49/2'de ifade edilen "kısa süreli hapis cezasına" girmemektedir. Bundan ötürüdür ki; TCK madde 50'de[406] gereğince, yalnızca "kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırıma çevrilmesi" müessesesi, edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından söz konusu olamayacaktır. Diğer bir ifadeyle, edimin ifasına fesat karıştırma suçundan dolayı fail hakkında hükmedilen hapis cezası, adli para cezasına çevrilemeyeceği gibi TCK madde 50'de yer alan diğer seçenek yaptırımlara da dönüştürülemeyecektir.

Benzer şekilde, edimin ifasına fesat karıştırma suçu için verilen cezanın alt sınırı üç yıl hapis cezası olduğundan, TCK madde 51'de düzenlenen "Hapis

---

[406] 5237 sayılı TCK'de "Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar" başlıklı madde 50/1'de öngörülen seçenek yaptırımlar şunlardır:

"(1) Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre;

a) Adlî para cezasına,

b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine,

c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye,

d) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya,

e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,

f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya,

çevrilebilir."

cezasının ertelenmesi (tecil)" müessesesi, edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından kural olarak uygulanamayacaktır. Nitekim failin işlediği suçun cezasının ertelenebilmesi için gerekli şartlardan biri, failin iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilmesi şartı aranmaktadır. Ancak bu durumun bir istisnası, fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından söz konusu olabilir. Zira TCK madde 51/1'de bu kişilerin işlediği suçların ertelenebilmesi için haklarında hükmedilen cezanın en çok üç yıl olması gerektiği ifade edilmiştir. Öyleyse, edimin ifasına fesat karıştırma suçu işleyen fail, fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş ve bu suçtan dolayı hakkında hükmedilen ceza üç yıl ise, kanunen diğer şartların gerçekleşmesi suretiyle hakkında hükmedilen ceza ertelenebilecektir.

TCK madde 235/3'te; ihaleye fesat karıştırma sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmiş ise, cezanın yarı oranında artırılacağı hükme bağlanmış iken, yasa koyucu edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından cezayı ağırlaştırıcı böyle bir sebep öngörmemiştir[407]. Daha önce de belirttiğimiz gibi, failin TCK madde 236/2'de sayılan edimin ifasına fesat karıştırıcı seçimlik hareketleri gerçekleştirmesi ile suç tamamlanmaktadır. Başka bir deyişle, suçun tamamlanması için hareketin sonunda bir zararın meydana gelmesi gerekmemektedir. Kaldı ki, böyle bir zararın hâsıl olması durumunda da faile hükmedilecek cezanın artırıma gidilmesi, ceza hukukunda biçimsel kanunilik ilkesi[408] gereğince söz konusu olamayacaktır.

---

[407] DÜLGER, 2008, s. 232.

[408] TOROSLU, 2009, s. 39 *(aynen naklen); "Biçimsel kanunilik ilkesi, işlendiği zamanın kanunu tarafından açıkça suç sayılmayan bir fiili cezalandırmak ve kanun tarafından açıkça tespit edilmeyen*

Bu noktada konuyla ilgili değinilmesi gereken bir başka husus da şudur: Eski yasa döneminde edimin ifasına fesat karıştırma iddiasıyla açılmış olup halen görülmekte olan ceza davalarında, 5237 sayılı TCK'nin 236'ncı maddesi karşısında cezaya ilişkin nasıl bir hüküm kurulması gerektiği konusunda doktrinde görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

Bazı yazarlar tarafından; 765 sayılı Mülga TCK'de edimin ifasına fesat karıştırma suçuyla aynı kapsam ve nitelikte bir hüküm bulunmadığı, edimin ifasına fesat karıştırma suçu ilk defa 05.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'de bağımsız bir suç tipi olarak düzenlendiği, bu tarihten önce işlenen fiillerin edimin ifasına fesat karıştırma suçundan dolayı yaptırıma bağlanmayacağı[409]; ancak, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun konusuna benzer suç tiplerini düzenleyen 765 sayılı Mülga TCK'nin 205[410], 361[411] ve 362[412]'nci maddelerinde düzenlenen

---

bir ceza ile cezalandırmak yasağını, yani latince deyimi ile 'nullumcrimen, nullapoena sine lege' ilkesini ifade eder."

[409] EKER KAZANCI, 2011, s. 239.

[410] "Devlet Alım-Satımına Fesat Karıştırma" başlığını taşıyan bu suç için Mülga TCK madde 205'te, on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası öngörülmüştür. Ayrıca, bu maddede failin cezai sorumluluğunun yanı sıra tazminat sorumluluğu da düzenlenmiş olup, bir zararın söz konusu olması durumunda, bu zararın faile ödettirileceği belirtilmiştir.

[411] "Kamuya Karşı Taahhüdün Yerine Getirilmemesi Suçu" başlığını taşıyan bu suçun temel hali için Mülga TCK madde 361/1'de, bir seneden üç seneye kadar hapis ve maktu ağır para cezası öngörülmüş iken, madde 361/2'de bu suçun taksirle işlenmesi durumunda bir seneye kadar hapse ve yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olacağı hükme bağlanmıştır.

[412] "Kamuya Karşı Taahhüdün Yerine Getirilmesinde Hile Yapma" başlığını taşıyan bu suçun temel hali için Mülga TCK madde 362/1'de, altı aydan beş seneye kadar hapis cezasıyla beraber yirmibeş liradan iki yüz liraya kadar ağır cezayı nakdi itası öngörülmüş iken, madde 362/2'de, resmi daireye

suçların unsurlarının gerçekleşmesi halinde, bu suçların karşılığı olan cezai yaptırımların uygulanacağı ileri sürülmektedir[413].

Bir kısım yazarlar tarafından ise; 765 sayılı Mülga TCK'nin 205'inci maddesinde düzenlenen suç hükmünün "memurlar" ile ilgili olmasına karşılık bu Kanun'un 362'nci maddesinde öngörülen bu suçun faili, "herkes" tir. Bu nedenle, 5237 sayılı TCK'nin 236'nci maddesinde düzenlenen "edimin ifasına fesat karıştırma suçu"nun karşılığı Mülga TCK madde 205'te düzenlenen suç olmayıp, madde 362'de düzenlenen suçtur. Bu itibarla 5237 sayılı Kanun'un 236'ncı maddesinde öngörülen ceza, Mülga TCK madde 362'de öngörülen cezadan fazla olduğu için, bu yönden eski yasanın sanık lehine olduğu açıktır. Diğer bir deyişle, eski yasa döneminde "Kamuya Karşı Taahhüdün Yerine Getirilmesinde Hile Yapma" iddiasıyla açılmış olup halen görülmekte olan ceza davalarında, bu suçun yeni TCK'deki karşılığı "edimin ifasına fesat karıştırma suçu" olduğundan ve TCK madde 236'da bu suçun ceza yaptırımı, Mülga TCK madde 362'de öngörülen cezadan daha fazla olduğundan sanık lehine olduğu kuşkusuz eski yasa düzenlemesinin 362'nci madde hükmünün, halâ görülmekte olan davalar bakımından uygulanması gerektiği düşünülmektedir[414].

Daha önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere, edimin ifasına fesat karıştırma suçu, yeni TCK'de ilk kez düzenlenen bir suç tipidir. Kanaatimizce, 765 sayılı Mülga TCK'de edimin ifasına fesat karıştırma suçuyla aynı kapsam ve nitelikte bir hüküm bulunmamakla beraber 205 ve 362'nci maddelerde karşılığını

---

veya bir hizmeti ammeye mahsus olarak itası taahhüt olunan sair levazıma hile ve hud'a karıştırdığı takdirde iki seneye kadar hapis ve yüz elli liraya kadar nakdi ceza öngörülmüştür.

[413] EKER KAZANCI, 2011, s. 239.

[414] İÇEL, 2012, s. 111 ve s. 116.

kısmen de olsa bulmaktadır[415]. Söz konusu sebeple, failin edime fesat karıştırıcı eylemlerinden ötürü, eski ve yeni yasa arasında kıyaslama yapmak suretiyle lehe kanun uygulamasına ilişkin bir değerlendirme yapılması da mümkün değildir. Böyle bir durumda ancak, kanuni şartlar varsa, 765 sayılı Mülga TCK'nin 205, 361 ve 362'nci madde hükümleri uygulanabilecektir. Bu itibarla, 5237 sayılı TCK'nin yürürlüğe girdiği 05.06.2005'ten önce işlenen suçlar bakımından, TCK madde 236 uygulanmayacaktır. Nitekim burada ceza hukukunun kişi hak ve hürriyetleri açısından güvence oluşturması amacıyla kabul edilen zaman bakımından uygulama kurallarını göz önünde bulundurmak gereklidir. Buna göre fail, fiili işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunlara göre eylemi suç teşkil ediyorsa cezalandırılabilecektir. Ancak, bir fiil işlendikten sonra yürürlüğe giren kanunda suç olarak tanımlanmışsa, bu kanun geçmişe yürütülerek fail cezalandırılamaz. Diğer bir deyişle, yeni suçlar ihdas eden bir kanun, ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonra işlenen fiiller açısından uygulama kabiliyeti bulur[416].

Diğer taraftan, edimin ifasına fesat karıştıran fail hakkında aynı zamanda güvenlik tedbirlerinin[417] uygulanması da mümkündür. Bu suçtan dolayı faile

---

[415] Bu konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. s. 25 – 30.

[416] Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı ve TBMM Adalet Komisyonu Raporu (1/592), TBMM 22. Dönem, Yasa Yılı: 3, Sıra Sayısı: 675. http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss675m.htm *(E.T. 13.07.2014).*

[417] 5237 sayılı TCK'de güvenlik tedbiri olarak; belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (md. 53), eşya müsaderesi (md.54), kazanç müsaderesi (md. 55), çocuklara özgü güvenlik tedbirleri (md. 56), akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri (md. 57), mükerrirlere ve özel tehlikeli suçlulara ilişkin güvenlik tedbirleri (md.58), sınır dışı edilme (md. 59) ve tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine (md. 60) yer verilmiştir.

uygulanacak güvenlik tedbirlerinden biri; "Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma[418]"dır. TCK madde 53'te bu güvenlik tedbirinin, failin kasıtlı suçtan dolayı hapis cezasından mahkûmiyetine hükmedilmesinin kanuni bir sonucu olduğu belirtilmiştir. Buna göre edimin ifasına fesat karıştırmaktan mahkûm olan fail; sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten; seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan; velayet hakkından; vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan; vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan; bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanmaktan yoksun bırakılır.

Kamu görevlilerinin, kendilerine verilen hak ve yetkilerini kötüye kullanmak suretiyle edimin ifasına fesat karıştırma suçunu işlemeleri ve bunun sonucu olarak hapis cezasına mahkûmiyetlerine karar verilmesi halinde, haklarında

[418] HAFIZOĞULLARI, 2008, s. 474; *" Esasen adına güvenlik tedbirleri de denmiş olmasına rağmen, ceza mahkûmiyetinin kanuni sonuçları olduklarından; bunlar, önce de belirtildiği üzere, güvenlik tedbiri değildirler. Adına ne denirse densin, Kanunun gerekçesinin ifadesi ile, 'suça bağlı hak yoksunlukları' olduklarından, hak yoksunlukları katıksız fer'i cezadırlar. Bunların geri alınabilir, değiştirilebilir olmamaları, bir tedbir olmadıklarının, ama bir ceza olduklarının kanıtıdır."*

ayrıca TCK madde 53/5[419] uyarınca, cezanın infazından sonra işlemek üzere hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar kamu görevini üstlenmelerinin yasaklanmasına karar verilir[420].

TCK'nin "Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması" başlıklı 242'nci maddesinde; TCK'nin "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" başlıklı dokuzuncu bölümü altında yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında, bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı düzenlenmiştir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu da, TCK'nin bu bölüm başlığı altında düzenlenen suçlara girdiğinden, edimin ifasına fesat karıştırma suçu işlemek suretiyle failin, yararına haksız menfaat sağladığı özel hukuk tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanacaktır[421]. TCK'nin *"Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri"* başlıklı 60'ıncı maddesinde; tüzelkişilere uygulanacak güvenlik tedbirleri olarak; faaliyet izninin iptali ve müsadere müesseseleri öngörülmüştür.

Öncelikle belirtmeliyiz ki, özel hukuk tüzelkişisinin faaliyet izninin iptaline ilişkin güvenlik tedbirine maruz bırakılması için üç koşulun bir arada

---

[419] 5237 sayılı TCK'nin 53/5'te yer alan bu düzenlemesine göre; *"Birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına* kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adlî para cezasına mahkûmiyet halinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükmün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adlî para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar."

[420] KOCA, 2014, s. 242; "Bu hususta hüküm kurulamaması halinde, aleyhe temyiz yoksa sanıklar yönünden kazanılmış hak olmakta ve bu husus infaz aşamasında re'sen nazara alınmamaktadır."

[421] KAPLAN, 2013, s. 728; AKBULUT, 2009, s. 70.

bulunması gereklidir. Birincisi özel hukuk tüzel kişisi özel bir faaliyet alanında izinli olmalı ve bu izne dayanarak icra edilen bir faaliyet bulunmalıdır. İkinci koşul olarak; bu iznin sağlandığı yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzelkişi yararına bir suç, işlenmelidir. Üçüncü olarak, bahsedilen suç, islenmesine özel hukuk tüzelkişisinin organ veya temsilcilerinin iştirak etmesi gereklidir. Bu hallerde özel hukuk tüzelkişisinin faaliyet izninin iptaline karar verilecektir[422]. Bu güvenlik tedbirinin yanı sıra, müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

Tüzel kişilere uygulanacak diğer bir güvenlik tedbiri ise "müsadere" müessesesidir. Herhangi kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesi TCK'nin 54'üncü maddesinde yer verilmiştir[423]. Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesi ise TCK'nin 55[424]'inci maddesinde düzenlenmiştir. Edimin

---

[422] DİLBEROĞLU, Ahmet Vedat, **"Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri",** Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara 2007, s. 123–124.

[423] HAFIZOĞULLARI, 2008, s. 480; *"Gerek 765 Sayılı Kanun gerekse 5237 sayılı Kanun müsadereyi güvenlik tedbiri aymaktadır. Madde gerekçesinde, müsaderenin hukuki niteliğinin güvenlik tedbiri olduğu kabul edilmiştir. Ancak, 'müsadereye hükmedilmesi için bir suçun işlenmesi zorunlu olmamakla birlikte' düşüncesine katılmak mümkün değildir, suçun olmadığı yerde güvenlik tedbiri de yoktur"*

[424] 5237 sayılı TCK'nin "Kazanç müsaderesi" *başlıklı* 55'inci madde düzenlemesi şöyledir:

"(1) Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan

ifasına fesat karıştırma suçu niteliği itibariyle daha çok kazanç müsaderesini ilgilendirmektedir. Bu nedenle kazanç müsaderesi müessesesini, bu suç bakımından irdelemekte yarar vardır.

Mal, hizmet veya eserin ihale kararı veya şartnamesinde belirlenen niteliklere uygun üretilmediği veya sunulmadığı halde teslim başvurusunda bulunan yüklenicinin edimini, kamu görevlilerinin durumu farkında olmalarına rağmen kesin kabulünü gerçekleştirmeleri karşılığında yükleniciden elde ettikleri haksız kazançlar, TCK madde 55'te düzenlenen kazanç müsaderesi hükümlerine tabidir[425]. Ancak burada belirtilmelidir ki, kazanç müsaderesine hükmedilebilmesinin şartlarından biri suçun işlenilmesi ile elde edilen maddi menfaatlerin suçun mağduruna iade edilememesi gerekmektedir. Ortaya çıkan kazanç suçun mağduruna iade edilebiliyorsa, söz konusu kazancın artık müsaderesi mümkün değildir[426]. Öyleyse, edimin ifasına fesat karıştırma suçu neticesinde failin edindiği kazançlar, suçun mağduruna iade edilebiliyorsa, bu güvenlik tedbirine başvurulamaz.

Diğer taraftan belirtmeliyiz ki; edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşturan fiil, 4735 sayılı Kanun'un "Yasak fiil ve davranışlar" başlıklı 25'inci

---

ekonomik kazançların müsaderesine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir.

(2) Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere el konulamadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir.

(3) ***(Ek: 26/6/2009 – 5918/2 md.)*** *Bu madde kapsamına giren eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşyayı sonradan iktisap eden kişinin 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun iyi niyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olması gerekir."*

[425] KOCA, 2014, s. 247.

[426] HAFIZOĞULLARI, 2008, s. 485-4886.

maddesinde yasaklanmış olan davranışlar ile çakışabilir. Böyle bir durumda fail, TCK'de yer alan ve yukarıda ayrıntılarıyla bahsettiğimiz cezai yaptırımların yanı sıra, 4735 sayılı Kanun'un 27 ve 28'inci madde hükümleri dolayısıyla bir takım idari yaptırımlarla da karşı karşıya kalacaktır[427].

Şöyle ki; 4735 sayılı Kanun'un *"Yüklenicilerin ceza sorumluluğu*" kenar başlıklı 27'nci maddesinde genel olarak; suçun faillerinin 25'inci maddede belirtilen ve aynı zamanda Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışları sebebiyle Kanun'un 26'ncı maddesine göre idarece verilen yasaklama kararının bitiş tarihinden itibaren uygulanmak şartıyla, bu kişiler haklarında aynı zamanda mahkeme tarafından bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar, bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklılık kararı verileceği düzenlenmiştir[428]. Öyleyse, 4735 sayılı Kanun'un "Yasak fiil ve davranışlar" başlıklı 25'inci maddesinde yasaklanmış olan davranışlardan bazıları aynı zamanda edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturan eylemler olabileceğinden, bu suçun failleri TCK'nin 236'ncı maddesi kapsamında cezalandırılacakları gibi, aynı zamanda 4735 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesine göre verilen idari yasaklama kararının bitiş tarihinden itibaren uygulanmak şartıyla, mahkeme kararıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar, bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan da yasaklanacaklardır.

Tam da bu noktada doktrinde bazı yazarlar tarafından; mahkemece verilen yasaklama kararının bir güvenlik tedbiri mahiyeti taşıdığı, şayet ceza

---

[427] ARSLAN/ TONGÜR, 2013, s. 246.

[428] Bu konu ile ilgili ayrıntılı açıklamalar ve 4735 sayılı Kanuna ilişkin eleştirilerimiz için bkz. s. 32.

mahkemesi tarafından kurulan mahkûmiyet hükmünde güvenlik tedbiri olarak ihaleden yasaklama kararı verilmişse, bu yaptırımın infazının idari yaptırım kararının yerine getirilmesinden itibaren başlamasının kabul edilemeyeceği aksine, bu kararın infazına mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesiyle derhal başlanması gerektiği ve bu sebeple artık bir idari yaptırım olarak, 4735 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesinde belirtilen ihaleden yasaklama kararının uygulanmasından artık söz edilmemesi gerektiği, bu itibarla 4735 sayılı Kanun'un yasaklılığa ilişkin hükümlerinin ceza hukuku tekniği bakımından sorunlu olduğu ileri sürülmektedir[429].

Ayrıca belirtilmelidir ki; 4735 sayılı Kanun'un 28' inci maddesi uyarınca; muayene ve kabul komisyonlarının başkan ve üyeleri, yapı denetim görevlileri ve ihtiyacın karşılanma sürecindeki her aşamada görev alan diğer ilgililerin, görevlerini kanunî gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarının, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulunduklarının tespiti halinde ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanabilecektir. Bunun yanı sıra, fiil veya davranışlarının özelliğine göre haklarında ceza kovuşturulması da yapılabilecek ve hükmolunacak ceza ile birlikte tarafların uğradıkları zarar ve ziyanın genel hükümlere göre kendilerine tazmin ettirilecektir. Bu Kanuna aykırı fiil veya davranışlardan dolayı hüküm giyen idare görevlileri, artık bu Kanun kapsamına giren diğer işlerde görevlendirilemeyeceklerdir[430]. Bu Kanun kapsamına giren işlerden dolayı yargı

[429] ÖZGENÇ, 2012, s. 112.

[430] Kanaatimizce, maddenin lafzında her ne kadar bu Kanuna aykırı fiil veya davranışlardan dolayı hüküm giyen idare görevlilerinin bu Kanun kapsamına giren işlerde görevlendirilemeyeceği ifade edilmiş olsa da, burada "hüküm giyme" ifadesinden haklarından kamu davası açılan kamu

organlarınca herhangi bir ceza verilmiş olanlar, bu Kanun kapsamına giren bütün kamu kurum ve kuruluşlarınca bu Kanunun ve ilgili diğer mevzuatın uygulanması ile görevli ve yetkili kadrolara atanamaz ve görev alamazlar[431].

IV- EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

A- Görevli Mahkeme

TCK madde 236/1'de, edimin ifasına fesat karıştırma suçu için öngörülen hapis cezasının üç yıldan yedi yıla kadar olabileceği göz önünde bulundurulduğunda, 5235 sayılı Kanun'un 11'nci madde hükmü uyarınca[432], edimin ifasına fesat karıştırma suçunu kovuşturmakla görevli mahkemenin, asliye ceza mahkemesi olduğu bilgisine ulaşılmaktadır.

---

görevlilerinin yargılama sonuçlanıp hüküm kesinleşinceye kadar bu Kanun kapsamına giren işlerde görevlendirilemeyeceklerinin anlaşılması gerekmektedir.

[431] Bu konu ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. s. 34.

[432] 5235 sayılı Kanun'un "Asliye ceza mahkemesinin görevi" başlıklı 11'inci maddesinde; "Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza hâkimliği ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır." hükmü yer almaktadır. Aynı Kanun'un "Sulh Ceza Hakimliği" başlıklı 10'uncu maddesi ile "Ağır Ceza Mahkemesi" başlıklı 12'nci madde hükmü birlikte değerlendirildiğinde, suçun konusunun edimin ifasına fesat karıştırma suçu olan davalarda Asliye Ceza Mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

B- Muhakeme Koşulu

Bir suç işlendiği haberi suçları takiple görevli makamlara ulaştığında, bunların kendiliklerinden harekete geçmeleri ve ceza muhakemesini başlatmaları kuraldır. Ancak bazen bu faaliyetin yapılabilmesi, çeşitli suç ve ceza politikası sebebiyle, bir takım şartların varlığına bağlanabilir. Bu şartlar gerçekleşmediği sürece, muhakemeyi başlatmak veya devam ettirmek ve sanığı cezalandırmak mümkün olmaz[433]. Diğer bir deyişle; Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre, ilk soruşturmaya tabi bir suç işlendiğinde önce Cumhuriyet savcısı tarafından hazırlık soruşturması yapılır, bundan sonra da gerek görülürse mahkeme huzurunda son soruşturmaya geçilir. Genel kural; suçun ortaya çıkmasından hükmün kesinleşmesine kadar sanık hakkında yapılacak bütün işlemlerin, adli makamların görev ve yetkileri içinde olmasıdır. Ancak, bu kuralın bir istisnasını oluşturacak biçimde, çeşitli hukuk sistemlerinde memurların işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı haklarında kovuşturma yapılması konusunda özel kurallar getirilmiştir[434]. Bu şartlara "ceza muhakemesi koşulları" adı verilmektedir. Muhakeme koşullarının neler olduğu hususu doktrinde tartışmalı olup genel kabul görenler; şikâyet, talep, müracaat, izin, sanığın akıl hastası olmaması ve sanığın gaip olmamasıdır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından karşımıza çıkan muhakeme koşulu ise "izin" sistemidir. Yasa koyucu, bazı suçlar nedeniyle ceza dava açılması yönünde kamu yararı bulunup bulunmadığı noktasında tereddüt ettiğinde, gerekli

[433] TOROSLU, Nevzat/ FEYZİOĞLU, Metin, **"Ceza Muhakemesi Hukuku",** Ankara, 2011, s. 44.

[434] KARAVAİZOĞLU, Türker, **"4483 Sayılı Kanun'un Öngördüğü Soruşturma Usulleri",** Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul 2010, s. 1.

değerlendirmeyi yapmak ve bu tereddüttü yenmek üzere yetkili kılınan makamın davanın açılmasında yarar gördüğünü belirtmesi sistemine izin sistemi denir[435].

Yasa koyucu tarafından; toplum ve devlet için hayati önemi haiz kamu hizmetlerinin düzenli, süratli ve aksatılmadan yürütülmesinin bu hizmetlerin uygulayıcısı durumunda bulunan memur ve diğer kamu görevlilerinin kendilerini güvende hissetmelerine bağlı olduğu kabul edilmekte ve bu yüzden memurlara özel yargılama usulü getirilerek onların zan altında kalmadan kamu hizmetlerini ifa etmeleri sağlanmak istenmektedir[436]. Bu itibarla 1982 Anayasasının 129/son maddesinde; "*memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri suçlardan dolayı ceza kovuşturması açılması, kanunla belirtilen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.*" hükmüne yer verilmek suretiyle memurların muhakemesinde izin sistemi benimsenmiş ve bu hükme dayanarak 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun yürürlüğe sokulmuştur. Bu düzenleme gereğince; memurlar, suç işlemeleri halinde kural olarak 4483 sayılı Kanun hükümlerine tabi olup, bir görev suçu işledikleri iddiasıyla savcının haklarında hazırlık soruşturmasına başlayabilmesi için idarenin izni gerekecektir.

Genel kural bu olmakla birlikte, 4483 sayılı Kanun'un "Kapsam" başlıklı 2'nci maddesinde; diğer kanunlarda, memurların görev ve sıfatları ile suçun niteliği açısından farklı soruşturma ve kovuşturma usullerinin öngörülmesi durumunda, 4483

---

[435] TOROSLU / FEYZİOĞLU, 2011, s. 52.

[436] AKKAN, Tahir Murat, **"4483 Sayılı Kanun'a Göre Memurların Yargılanmasında İdari Süreç",** Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim dalı İdare Hukuku Bilim Dalı, Ankara 2009, s. 1.

sayılı Kanun'da yer alan soruşturma ve kovuşturma usullerinin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır[437].

4483 sayılı Kanun'a istisna teşkil eden kanunlardan biri, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'dur[438].

Bu Kanun kapsamında 4483 sayılı Kanun'dan istisna tutulan suçlar arasında "ihaleye fesat karıştırma suçu"na yer verilmiş olmasına rağmen, "edimin ifasına fesat karıştırma" suçuna ayrıca yer verilmediği görülmektedir. Doktrinde bazı görüşler, bu durumun 3628 sayılı Kanun yürürlüğe girdiği dönemdeki ceza yasasında edimin ifasına fesat karıştırma suçunun tek başına düzenlenmemiş olduğundan ileri geldiğini savunmaktadırlar[439]. Ancak bu noktada, edimin ifasına fesat karıştırma suçu için halen 4483 sayılı Kanun'un uygulanıp uygulanmayacağı tartışma konusudur.

---

[437] *"(1)Bu Kanun, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır. (2)Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır. (3) Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir. (4) Disiplin hükümleri saklıdır."*

[438] Bu Kanun'un 17/1 maddesinde; *"Bu Kanun'da ve 18.06.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda yazılı suçlarla, irtikâp, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 02.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz"* hükmü yer almaktadır.

[439] ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, **Türk Ceza Kanunu Şerhi,** Ankara, C. 5, 2009, s. 4613; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, 2014, s. 7161.

Bazı yazarlar, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun failinin kamu görevlisi olması halinde, soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin 3628 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiğini, zira suçun konusunu oluşturan edimin bir ihale kararı ve/veya sözleşmeye dayalı olarak yapılan "alım-satım sürecinin parçası" olduğunu ileri sürmektedirler[440].

Doktrinde aksi yönde görüşler de mevcuttur. Bu yazarlar, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun failinin kamu görevlisi olması durumunda; Cumhuriyet Savcılıklarınca soruşturmanın 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılmasının gerektiği, zira 3628 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinin 1'nci fıkrasında edimin ifasına fesat karıştırma suçunun soruşturulmasının öngörülmediğini düşünmektedirler[441].

Yargıtay 5. CD, 05.06.2013 tarihli 2012/4644 esas ve 2013/6190 karar sayılı ilamında[442];*"...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 Ersan Hillez İnş. Taah. Tic. Ltd. Şti. adına doğrudan veya dolaylı olarak katılıp katılmadığının*

[440] ARSLAN/ TÖNGÜR, 2013, s. 248; ALTIPARMAK, 2013, s. 161; KOCA, 2014, s. 244; AKBULUT, 2009, s. 71.

[441] MERAN, 2011, s. 326; YAŞAR/ GÖKCAN / ARTUÇ, 2014, s. 7161; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, 2012, s. 672.

[442] (http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html) *(E.T. 27.07.2014).*

tespiti için ihale dosyasında mevcut işyeri teslim tutanağı, yapım işleri geçici ve kesin kabul tutanakları, hakediş vb. belgelerde firma kaşesi üzerindeki imzaların sanığa ait olup olmadığı hususlarında sanık ve bu tutanaklarda isim ve imzaları bulunan kamu görevlilerinin dinlenmesinden ve gerekirse imza incelemesinin de yaptırılmasından sonra,…" şeklinde hüküm kurulması suretiyle, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faillerinin kamu görevlileri olması durumunda Cumhuriyet Savcılarınca doğrudan soruşturma yapılabileceği, burada 4483 sayılı Kanun'un uygulanmayacağı değerlendirmesine yer verilerek Yargıtay 5. CD'nin görüşü açıkça ortaya konulmuştur. Benzer şekilde, Yargıtay 4. CD. 20.12.2011 tarih ve 2011/19304 Karar sayılı ilamında, edimin ifasına fesat karıştırma suçuna ilişkin yerel mahkemenin arşiv kaydının silinmesine yönelik kararın kanun yararına bozma yönünde hüküm kurarken, bu suçun 4483 sayılı Kanun kapsamında izne tabi suçlardan sayılamayacağı mülahazasıyla hareket etmiştir[443].

Kanaatimizce; yürürlük tarihi 4 Mayıs 1990 olan 3628 sayılı Kanun döneminde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK'de edimin ifasına fesat karıştırma suçu tek başına tanımlanmış bir suç tipi olmayıp, ihaleye fesat karıştırma suçlarının düzenlendiği 205 ve 362. maddeleri, edimin ifası aşamasında işlenebilecek suç tiplerine yer vermesi sebebiyle, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun da 3628 sayılı Kanun'un madde 17/1 kapsamında değerlendirilerek, bu suçun 4483 sayılı Kanun kapsamında izne tabi suçlardan sayılmaması gereklidir.

[443] Karar için ayrıca bkz. ARSLAN/ TÖNGÜR, 2013, s. 248–249; Yargıtay 5. CD. 11/06/2013 tarih ve 7220/6446 sayılı ilamda; *" Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun 3628 sayılı Yasanın 17. Maddesi gereğince doğrudan soruşturulabileceği ve izne tabi olmadığı,.."* yönünde hüküm kurulmuştur. Karar için ayrıca bkz. YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, 2014, s. 7164.

C- Koruma Tedbirleri

Koruma tedbirleri; ceza muhakemesinin gecikmeksizin yapılabilmesi, uyuşmazlığın konusunu oluşturan somut olaya uygun bir karar verilebilmesi ve verilen bu kararın uygulanabilmesini sağlayan, ancak bununla birlikte Anayasa ile korunan temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı nitelik taşıyan nitelikte geçici tedbirlerdir[444].

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun Türkiye'de işlenme sıklığı ve bu suç işlendiğinde doğuracağı zararlar yasa koyucu tarafından göz önünde bulundurularak, bu suçla etkin bir şekilde mücadele edilebilmesi için CMK 'da bazı özel koruma tedbirleri öngörülmüştür[445].

Buna göre, edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile ilgili soruşturma yapılırken, CMK madde 128'de düzenlenen; "Taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma" tedbirine başvurulabilecektir. Bu düzenleme ile; konusu taşınmaz, hak ve alacak olan kazançların müsaderesine ilişkin bazı şartlar getirilmiş ve bu koruma tedbirinin hangi suçlar bakımından uygulanabileceği hükme bağlanmıştır[446]. CMK madde 128/2'de, bu suçlar arasında edimin ifasına fesat karıştırma suçuna da yer verilmiştir. Yasa koyucu tarafından söz konusu katalog suçlar arasına edimin ifasına fesat karıştırma suçunun dâhil edilmesi ile edimin ifasına fesat karıştırılması suçu ile ilgili ceza muhakemesinin gereği gibi yürütülmesi ve suçlulukla mücadele edilmesi

[444] TOROSLU / FEYZİOĞLU, 2011, s. 214 - 215.

[445] EKER KAZANCI, 2011, s. 242.

[446] AÇAR, Mustafa **"Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Ve El Koyma",** Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kırıkkale, 2010, s.128.

amaçlanmaktadır[447]. Bu düzenleme gereğince; edimin ifasına fesat karıştırma suçunun işlendiği ve mülkiyeti şüpheli veya sanığa[448] ait taşınmaz, hak ve alacağın bu suçtan edinildiğine ilişkin kuvvetli şüphenin varlığı durumunda, yalnızca hâkim kararıyla olmak üzere taşınmaz, hak ve alacaklara el konulabilecektir. CMK madde 128/3 uyarınca, taşınmazlara tapu kütüğüne şerh düşülmek suretiyle el konulabilecektir. CMK madde 128/4 uyarınca, diğer mal varlığı değerlerinden kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında el koyma kararı, bu araçların kayıtlı bulunduğu kütüğe şerh verilmek suretiyle icra edilir. CMK madde 128/5 uyarınca, banka ve diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba el konulması kararı, teknik iletişim araçlarıyla ilgili banka veya mali kuruma derhal bildirilerek icra olunur. CMK madde 128/6 uyarınca, şirketteki ortaklık paylarına el koyma kararı, ilgili şirket yönetimine ve şirketin kayıtlı bulunduğu ticaret sicili müdürlüğüne teknik iletişim araçları ile derhal bildirilerek icra olunur. Son olarak, hak ve alacaklara el koyma kararı ise CMK madde 128/7 uyarınca ilgili gerçek veya tüzelkişiye teknik iletişim araçlarıyla derhal bildirilerek icra olunur.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun soruşturması ile ilgili olarak başvurulabilecek diğer bir tedbir ise; CMK madde 248'de "Zorlama amaçlı el koyma

---

[447] YILDIZ, Maksut, **"Ceza Muhakemesi Kanununda Bir Koruma Tedbiri Olarak El Koyma",** Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, Sosyal bilimler Enstitüsü, Kayseri 2010, s. 99.

[448] YILDIZ, 2010, s. 102 *(naklen); "Yargılama sırasında tedbire konu olacak malvarlığı değerlerinin düzenlemenin kapsamındaki suçlardan birisinin islenerek elde edildiğinin anlaşılması ya da suç vasfının değişerek tedbir kapsamındaki suçlardan birine dönüşmesi halinde sanık hakkında da tedbire hükmedileceği kanaatindeyiz."*

ve teminat belgesi" başlığı altında düzenlenen koruma tedbiridir[449]. CMK madde 248 ile; bu koruma tedbirinin hangi suçlar bakımından uygulanabileceği düzenlenmiştir. Bu katalog suçlar arasında CMK madde 248/2 de, edimin ifasına fesat karıştırma suçuna da yer verilmiştir.

Bu noktada belirtmeliyiz ki; CMK 'da yer alan el koyma tedbirlerinde amaç kural olarak delil elde etmek ve/veya müsadere kararının infazını sağlamak iken; CMK madde 248'de düzenlenen zorlama amaçlı el koyma tedbiri, diğer koruma tedbirlerinden farklı olarak; kaçak sanığın duruşmaya gelmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Zira bu takdirde, malvarlığı olmadan hayatını sürdüremeyecek olan sanığın kendiliğinden duruşmalara geleceği var sayılmaktadır[450]. Buna göre, edimin ifasına fesat karıştırma suçundan yargılanan ancak kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan şüpheli veya sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak amaçlı bu koruma tedbirine başvurulabilecek ve Türkiye'de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına, amaçla orantılı olmak suretiyle, mahkeme kararıyla el konulabilecek ve gerektiğinde bu malvarlığı değerlerinin idaresi için kayyım atanabilecektir. Bu durumda el koyma ve kayyım atama kararı sanığın müdafine bildirilecektir. Kaçaklığına karar verilen şüpheli veya sanığa, eğer müdafii yoksa mahkeme bu gibi durumda CMK madde 247/4 uyarınca barodan bir avukat görevlendirilmesini isteyecektir.

---

[449] CMK madde 248/1'e göre; *"Kaçak sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla Türkiye'de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına amaçla orantılı olarak mahkeme kararıyla el konulabilir ve gerektiğinde idaresi için kayyım atanır. El koyma ve kayyım atama kararı müdafisine bildirilir".*

[450] YILDIZ, 2010, s. 122.

Konuyla ilgili olarak belirtilmesi gereken bir diğer husus da, ihaleye fesat karıştırma suçundan farklı olarak edimin ifasına fesat karıştırma suçunda CMK madde 135'te yer alan "İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması" ile CMK madde 140'ta yer alan "Teknik araçlarla izleme" koruma tedbirinin uygulanmasının söz konusu olamayacağıdır. Nitekim söz konusu madde düzenlemelerinde, bu koruma tedbirlerinin uygulanabileceği katalog suçlar arasında edimin ifasına fesat karıştırma suçuna yer verilmemiştir[451]. Öyleyse, teknik araçlarla izleme ile iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması suretiyle elde edilmiş deliller, bu suç açısından hukuka uygun bir delil sayılmayacağından, hükmün kurulması aşamasında mahkemece dikkate alınmayacaktır.

Ancak ifade edilmelidir ki; bir örgüt kapsamında edimin ifasına fesat karıştırma suçunun işlenmiş olması durumunda, kovuşturma sırasında teknik araçlarla izleme koruma tedbiri, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması koruma tedbiri ve CMK madde 139'da düzenlenen "gizli soruşturmacı" koruma tedbirlerine başvurmak suretiyle delil elde edilebilmesi mümkündür[452].

D- Dava Zamanaşımı

TCK'nin 66/1 (d) bendi uyarınca, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun dava zamanaşımı süresi on beş yıldır.

[451] ARSLAN/ TÖNGÜR, 2013, s. 249; EKER KAZANCI, 2011, s. 242; KOCA, 2014, s. 245.

[452] EKER KAZANCI, 2011, s. 242; KOCA, 2014, s. 245.

SONUÇ

"Edimin ifasına fesat karıştırma suçu" TCK sistematiğinde ikinci kitabın "Topluma Karşı İşlenen Suçlar" kısmının Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" bölümünde 236'ncı maddede düzenlenmiştir. Söz konusu suç; kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı bir ihale neticesinde taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırmak suretiyle işlenebilir. Böyle bir düzenleme, 5237 sayılı Kanun ile getirilmiş olumlu bir yeniliktir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun TCK sistematiğinde bulunduğu yer göz önünde bulundurulduğunda; bu suçun kişilere ait menfaatlere karşı değil, topluma ait menfaatlere karşı işlendiğini söylemek mümkündür. Bu suçla bir taraftan ülkenin ekonomik işleyişi ve dengesi ile sınırlı kaynaklarının korunması amaçlanırken, diğer taraftan sözleşme hürriyetinden kaynaklanan edimin taahhüt edildiği şekilde ifası sağlanarak ticari hayattaki güven ve işlerlik korunmaya çalışılmaktadır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, yalnızca 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ya da 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu kapsamındaki ihaleler ile sınırlı olmayıp, devlet hesabına diğer mevzuat hükümlerince yapılan hizmet ve mal alımları ve yapım işleri ihaleleri bakımından da uygulama alanı bulabilecektir. Bu suçun faili olabilecekler bakımından; TCK madde 236/2'nin (a) ve (b) bentlerinde "teslim eden" veya "kabul eden" kavramları kullanılmış iken; (c), (d) ve (e) bentlerinde sadece "kabul eden" kavramı kullanılmıştır. Buna göre (a) ve (b) bentleri açısından fail, fesada uğramış edimi kabul eden veya teslim eden kişiler olacaktır. (c), (d) ve

(e) bentleri bakımından ise fail, yalnızca edimi kabul eden kimseler olacaktır. Kanaatimizce, bu suçun hukuki konusu nazara alındığında TCK madde 236/2'nin (c), (d) ve (e) bentlerinde "teslim eden" in edimin ifasına fesat karıştırma suçunun kapsamının dışında bırakılması, yerinde değildir. Zira asıl fiili gerçekleştirenin değil de, yalnızca böyle bir edimi kabul edenin cezalandırılması hukuk mantığıyla bağdaşır nitelikte değildir. Yasa koyucunun bu bentlerde yer alan suçun kapsamını, yüklenicileri de içine alacak şekilde genişletmesi yerinde olacaktır.

Diğer taraftan, suç tanımında beş bent halinde sayılan edimin ifasına fesat karıştırıcı hallerin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17'nci maddesi ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25'inci maddesindeki yasak fiilleri de kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesinin uygun olacağını düşünmekteyiz.

Diğer taraftan belirtmeliyiz ki; edimin ifasına fesat karıştırma suçu, sadece belli niteliklere sahip kişiler tarafından işlenebiliyor olması sebebiyle özgü/mahsus bir suçtur. TCK'nin 236/2 maddesinde özel fail niteliği taşıyanların haricinde edimin ifasına fesat karıştırma suçlarına iştirak eden diğer kişiler, bu suçtan azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacaklardır. Bu itibarla, işin bir kısmının alt yüklenici tarafından yürütülmesi durumunda, ihale sözleşmesini imzalayan ve edimin altına giren kişinin asli fail, taşeron şirket yüklenicisinin ise, suça iştirak durumuna göre şerik olarak kabul edilmesi ve bu bağlamda cezai sorumluluklarına gidilmesi gerekir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun konusunu oluşturan edimin yasada sadece bir mal teminine, hizmetin ifasına veya yapım işine ilişkin olabileceği düzenlendiğinden, bu suçun mal veya hizmet satımları ya da kiralamaları için düzenlenen ihaleleri kapsamına almaması yönüyle edimin ifasına fesat karıştırma

suçu, TCK madde 235'te düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçundan ayrışmaktadır. Bu itibarla, İcra İflas Kanunu hükümleri doğrultusunda yapılacak taşınır ve taşınmaz mal veya hakkın paylaştırılması ve ortaklığın giderilmesi için yapılacak satışlarda; Türk Medeni Kanun'unun 440'ıncı maddesi uyarınca vesayet altında bulunanın taşınırların satımında, 444' üncü maddesi uyarınca taşınmazların satımında; Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından amme borçlularından 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca haczedilen mal, hak ve varlıklar ile şirket malları ya da hisselerinden oluşturulan ticari ve iktisadi bütünlüğün cebri icra yoluyla haciz, rehin gibi yasal kayıt ve sınırlandırmalardan arî olarak ihaleyle satışa çıkarılması halinde, edimin ifasına fesat karıştırma suçundan söz edilemeyecektir. Ayrıca, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun yalnızca ihale sonrası gerçekleştirilen sözleşmeler bakımından uygulama alanı bulacağından hareketle, doğrudan temin usulünün bir ihale türü değil bir alım türü olduğu dikkate alındığında, bu yolla gerçekleştirilen alımların ifası sırasında 236. maddede belirtilen seçimlik eylemlerin işlenmesi durumunda da edimin ifasına fesat karıştırma suçundan bahsedilemeyecektir.

Edimin ifasına fesat karıştırma niteliğinde TCK madde 236/2'de sayılan seçimlik ve bağlı hareketlerin ancak hileli olarak gerçekleştirilmesi bu suça vücut verebilecektir. Bu sebeple, suçun varlığının tespiti açısından hileli davranışlardan yasa koyucu tarafından kastedilenin ne olduğunun tespiti oldukça önem arz etmektedir. Ne var ki; hileden neyin anlaşılması gerektiği yasada açıkça tanımlanmadığından, bu konuda doktrinde yer alan açıklamalar yönlendirici olacaktır. Buna göre; hata doğuran her davranış hile olarak değerlendirilmemesi gerekmekle birlikte hilenin, ifade ediliş ve sergileniş tarzı açısından yöneldiği

kimsenin denetim yapma yetkisini elinden alabilme ve mevcut güven ortamında kişinin istenilen yönde hareket etmesini sağlayıcı nitelikte olması gerekmektedir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmiş olması halinde, fail yalnızca TCK'nin 108. maddesinde tanımlanan “”cebir suçundan veya 107. maddesinde tanımlanan tehdit suçundan dolayı cezalandırılması gerekmektedir. Bu yönüyle, edimin ifasına fesat karıştırma suçu, ihaleye fesat karıştırma suçundan ayrışmaktadır. Nitekim ihaleye fesat karıştırma suçunun cebir veya tehdit uygulamak suretiyle gerçekleştirilmesi, ihaleye fesat karıştırma suçunun bir unsuru olarak düzenlenmiş bulunduğundan, edimin ifasına fesat karıştırma suçundan farklı olarak burada bileşik suç kuralları göz önünde bulundurulmaktadır.

Değinilmesi gereken diğer bir husus ise; edimin ifasına fesat karıştırılması dolayısıyla haksız yarar sağlayan kamu görevlilerinin, söz konusu eylemlerinin ayrıca başka bir suça vücut vermesi halinde ilgili suçtan da cezalandırılacağının ayrıca TCK madde 236/2'de hükme bağlanmış olduğudur. Kanaatimizce bu düzenleme olmasaydı da, kamu görevlileri menfaat temini suretiyle edimin ifasına fesat karıştırma suçuyla birlikte ayrıca başka bir suçun oluşumuna sebep vermeleri halinde zaten ceza hukukunun genel hükmü olan gerçek içtima müessesesi uygulama alanı bulacaktı. Benzer durum yükleniciler için de geçerli olabilir. Örneğin; kamu görevlileri ile rüşvet sözleşmesi yapmak suretiyle edimin ifasına fesat karıştıran yükleniciler hakkında da, gerçek içtima kuralları uygulanmalı ve fail her iki suçtan da cezalandırılmalıdır. Ancak belirtmeliyiz ki; failin eylemlerinin hem dolandırıcılık hem de edimin ifasına fesat karıştırma suçu niteliğini taşıdığından bahisle, fail hakkında gerçek içtima kuralları uygulanamayacaktır. Zira

burada görünüşte içtima karşımıza çıkacağından fail, özel normun prensibi gereğince dolandırıcılık suçundan değil, edimin ifasına fesat karıştırma suçundan cezalandırılmalıdır. Hatırlatmalıyız ki; benzer uygulama edimin ifasına fesat karıştıran kamu görevlilerinin aynı zamanda eylemlerinin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturup oluşturmayacağı noktasında da söz konusu olur.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun ceza yaptırımı ile ilgili olarak; suçun temel şekli için yasada üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Kanaatimizce, bu suçun "Ekonomik, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" kategorisinde yer aldığı dikkate alındığında, yaptırım olarak hapis cezasının yanında adli para cezasına da hükmedilmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz.

Suçun kovuşturması genel hükümlere tabidir. Failin kamu görevlisi olması durumunda; 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu hükümleri uygulanacak ve izin müessesesi söz konusu olmayacaktır.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus ise; edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile ilgili soruşturma yapılırken; "taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma tedbiri" ve "zorlama amaçlı el koyma ve teminat belgesi" tedbirine başvurulabilmekteyken, ihaleye fesat karıştırma suçundan farklı olarak, "teknik araçlarla izleme" ve "iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması" tedbirlerine başvurulamayacağıdır. Ancak bu suçu işleme amacıyla örgüt kurularak işlenmesi halinde, bu özel koruma tedbirine başvurulabilir[453]. Zira söz konusu koruma tedbirlerinin uygulanacağı suç kataloglarında edimin ifasına fesat karıştırma suçuna yer verilmemiştir. Söz konusu koruma tedbirlerine edimin ifasına fesat karıştırma

suçu bakımından da başvurulabilmesinin, ihale sözleşmelerinin yürütülmesi aşamasında meydana gelebilecek ihale yolsuzluklarıyla etkin bir mücadele için gerekli olacağını ve bu itibarla yasa koyucunun gerekli yasal düzenlemeleri yapmasının faydalı olacağını düşünmekteyiz.

Son olarak ifade edilmelidir ki; yukarıda değindiğimiz bazı önemli eksiklikler dışında genel olarak yasa koyucunun 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda, ihale sözleşmesi sürecinde haksız çıkar sağlamaya yönelik eylemleri ilk kez bağımsız bir suç tipi olarak düzenlemesi sevindiricidir.

KAYNAKÇA

AÇAR, Mustafa, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Ve El Koyma,** Yüksek Lisans, Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kırıkkale, 2010.

ADIGÜZEL, Recep, "Yeni Türk Ceza Kanununda Olası Kast ve Bilinçli Taksir", **Ankara Barosu Dergisi,** Yıl:2005, Sayı: 1, s. 63-70.

AKBULUT, Berrin, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, **Ceza Hukuku Dergisi,** Sayı 9, Ankara 2009, s. 41- 72.

AKBULUT, Berrin, "Bağlılık Kuralı", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Cilt: 14, Yıl: 2010, Sayı: 1, s. 167- 214.

AKKAN, Tahir Murat, **4483 Sayılı Kanun'a Göre Memurların Yargılanmasında İdari Süreç**, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim dalı İdare Hukuku Bilim Dalı, Ankara 2009.

ALACAKAPTAN, Uğur, Suçun Unsurları, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları,** No: 372, Ankara, 1975.

ALAMUR, Seher, **Türk Hukuku'nda İdari Sözleşmeler,** Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul 2013.

ALTINPARMAK, Cüneyd, **Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye İlişkin Suçlar,** Ankara 2013.

ARSLAN, Çetin, **İhaleye Fesat Karıştırma,** Adalet Yayınevi, Ankara 2012

ARSLAN, Çetin/ TÖNGÜR, Ali Rıza, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,** Yıl: 4, Sayı:14, Temmuz 2013, s. 229-251.

ARTUK, Mehmet Emin / GÖKÇEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Ankara 2007.

ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler,** Ankara 2012.

ARTUK, Mehmet Emin / GÖKÇEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Caner, **Türk Ceza Kanunu Şerhi,** Cilt 5, Ankara 2009.

ARTUK, Emin, **Suç Genel Teorisi, Ceza Hukuku El Kitabı,** İstanbul 1989.

BAYRAKLI, Hasan Hüseyin/ BOZDAĞ, Ahmet, "Türk Ceza Hukukunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu ve Vergi Suçlarının Teşebbüse Elverişlilik Açısından Değerlendirilmesi", **Maliye Dergisi,** Sayı: 158, Ocak-Haziran, s. 15- 34.

BAYRAKTAR, Köksal; **Ceza Kanunundaki Hukuka Uygunluk Nedenleri**, Ceza Hukuku Günleri, 70. yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler (26-27 Mart 1997) İstanbul 1998.

BUZ, Vedat, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları,** Ankara 2007.

CEBRE, Ayvaz, "Zorunluluk Hali", **TAAD,** Cilt:1, Yıl:3, Sayı:8, s. 221- 260.

CENTEL, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş,** İstanbul 2005.

ÇELİK, Kadir, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye Fesat Karıştırma Ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları", **Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi,** Cilt: 11, Sayı: 5, Mayıs 2006, s. 14-18.

DANIŞMAN, Mustafa, **İhale ve İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,** Ankara 2011.

DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Ankara 2009.

DEMİREL, Hakkı, *"Ceza Hukukunda Bilmeme Ve Hata",* **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Cilt: 12, Sayı:3–4, Ankara, 1955, s. 94- 110.

DİLBEROĞLU, Vedat, **Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri,** Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara 2007.

DOĞANYİĞİT, Sadettin, **Açıklamalı, Uygulamalı, Sorun Çözümlü, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu,** Ankara 2003

DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım,** Cilt: I, 11. Bası, İstanbul 1994.

DÖNMEZER, Sulhi /ERMAN, Sahir, **"Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku",** Cilt: II, Sekizinci Bası, İstanbul 1983.

DÖNMEZ DEMREN, Burcu "Türk Ceza Kanununda 'Kamu Görevlisi' Kavramı/ Concept of 'PublicServant' in Turkish Penal Code", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** Mayıs-Haziran 2011, Sayı 94, s. 95-130.

DURSUN, Hasan, "Kamu İhalelerinde Yolsuzluğa Karşı Öngörülen İdari ve Cezai Yaptırımlara Genel Bir Bakış", **Kamu- İş Dergisi**, 2008, Cilt:10, Sayı:1, Sayfa. 183-226.

DÜLGER, Murat Volkan, Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi, **Prof. Dr. Uğur Alacakaptan'a Armağan,** Cilt-1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, İstanbul 2008, s. 209- 235.

EKER KAZANCI, Behiye, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları,** Ankara 2011.

EKİCİ ŞAHİN, Meral, **"Ceza Hukukunda Rıza",** Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.

EKŞİ, Hakkı, **Kamu Harcamaları Kapsamında Kamu İhale Sisteminin Yolsuzluk Suçları Açısından Değerlendirilmesi,** Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, Bursa 2013.

EREM, Faruk, "Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Yıl:1968, Cilt:25, Sayı:1, s. 11–33.

EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin; **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Ankara 1997.

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

ERSOY, Yüksel, "Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hatanın Hukuki- Psikolojik Anlamı", **Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 1967,** Cilt: 22, Sayı:4, s. 249- 259.

GÖK, Yaşar, "Yapım İşlerinde Geçici Ve Kesin Kabul İşlemlerinin Gerçekleştirilme Süreci Ve Karşılaşılan Hukuki Sorunlar", **Sayıştay Dergisi,** Sayı:37, Nisan-Haziran 2000, s. 17–40.

GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat, "Dolandırıcılık Suçu", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Sayı: 14, İstanbul, 2008, s. 1–55.

GÜLEL, İlhan, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,** Yıl: 3, Sayı 11, Ekim 2012, s. 225 – 257.

GÜNGÖR, Devrim, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata,** Ankara 2007.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Ankara 2008.

HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar,** Ankara 2012.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, "Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi", **AÜHFD,** Cilt 57, 2008, Sayı 3, Ankara 2009, s. 337 – 369.

HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Ankara 2011.

İÇEL, Kayıhan, "Eski Ve Yeni Ceza Yasalarımız Çerçevesinde Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları Bağlamında Zamanaşımı Ve Lehe Yasanın Belirlenmesi Sorunları", **10. Yıl'a Armağan İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 11, Sayı:22, Güz: 2012/2.

İÇEL, Kayıhan, "Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri Ve Yeni Türk Ceza Kanunu", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,** Yıl: 7, Sayı 14, Güz 2008, s. 35–49.

İÇEL, Kayıhan / ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, **Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları,** 8. Bası, İstanbul 2012.

İÇEL, Kayıhan / SOKULLU AKINCI, Füsun / ÖZGENÇ, İzzet / SÖZÜER, Adem / MAHMUTOĞLU, Fatih S. / ÜNVER, Yener, **İçel Suç Teorisi,** 2. Kitap, 2. Bası, İstanbul 2000.

İNAN, Atilla, **İhale Hukuku Ders Notları,** Ankara 2011.

İSBİR, Begüm, **Kamu İhalelerine Katılma Yasağı,** Ankara 2011.

KANGAL, Zeynel T., **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu,** Ankara 2010.

KARACA, Mehmet, **Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri Ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi,** Ankara 2009.

KARAVAİZOĞLU, Türker, **"4483 Sayılı Kanun'un Öngördüğü Soruşturma Usulleri",** Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul 2010.

KATOĞLU, Tuğrul, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 61, Sayı: 2, Ankara 2012, s. 657- 693.

KEÇECİOĞLU, Elvan, "Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** Sayı 87, Yıl: 2010, s. 301.

KEYMAN, Selahattin, "Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Sayı:1-4, Cilt: 40, 1988, s. 121-171.

KILIÇOĞLU, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 7. Bası, Ankara 2006.

KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Ankara 2008.

KOCA, Mehmet Reis, *"Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu Ve Uygulamada Öne Çıkan Sorunlar"*, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi,** Cilt: 2, Sayı: 2, Yıl 2014.

KUNTER, Nurullah, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi,** İstanbul, 1949.

MERAN, Necati, **İhaleye Fesat Karıştırma Ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları,** Ankara 2011.

NALÇAKAR, Haluk, **Mahalli İdareler Açısından Yorumlanmış İhale Mevzuatı,** Mahalli İdarelere Hizmet Derneği Yayınevi, Ankara 2009.

OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 5. Baskı, İstanbul 2006.

OKTAR, Salih; **Ceza Kanunu Dışındaki Hukuka Uygunluk Sebepleri, Ceza Hukuku Günleri, 70.Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler** (İstanbul 26-27 Mart 1997) İstanbul 1998.

ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, M. Nihat / BACAKSIZ, Pınar / DOĞAN, Koray / TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Ankara 2011.

ÖZEN, Mustafa, "Ceza Hukukunda Fikri İçtima", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** Sayı: 73, Yıl: 2007.

ÖZEN, Mustafa, **"Suçların İçtimaı (Zincirleme Suç - Fikri İçtima - Bileşik Suç)",** Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara 2008.

ÖZGENÇ, İzzet, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,** Ankara 2012.

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,** 9. Bası, Ankara 2013.

ÖZGENÇ, İzzet/ ŞAHİN, Cumhur, **"Uygulamalı Ceza Hukuku",** Ankara 2011.

ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku,** Ankara 2006.

PARLAR, Ali, **Türk Ceza Hukukunda Tefecilik Ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar,** Ankara 2011.

SARITAŞ, Hatice, *"İhaleye Fesat Karıştırma Ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*", **Sayıştay Dergisi,** Nisan- Haziran 2009, Sayı 73, s. 51 - 68.

SEZER, Yasin, **Kamu İhalelerine Katılma Yasağı,** Ankara 2012

SIRABAŞI, Volkan, "Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Süresi, Sürenin Başlangıcı ve Hukuki Niteliği", **Ankara Barosu Dergisi,** 2011/4, s. 371 – 380.

SOYASLAN, Doğan, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Prof. Dr. Duygun Yarsuvat' a Armağan, Cilt: 9, Sayı: 2, Yıl: 2012.

SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** 5. Bası, Ankara, 2012.

SOYASLAN, Doğan; **Ceza Hukuku Özel Hükümler,** Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 1999.

ŞEN, Ersan, **Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları,** Ankara 2013.

ŞİMŞEK, V. Arif, **A'dan Z'ye Yapım İhaleleri,** Ankara 2006.

TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım,** Ankara 2009.

TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** Ankara 2011.

TOPRAK, Eren, **Türkiye'de Hizmet Alımı İhaleleri,** Ankara 2012.

TUĞRUL, Ahmet Ceylani, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Rüşvet Suçları,** Ankara 2011.

TURABİ, Selâmi, "Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:101, Yıl: 2012, s. 267-292.

UZ, Abdullah, **Kamu İhale Hukuku,** Ankara 2005.

YALÇIN SANCAR, **Türkan, Çok Failli Suçlar,** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1998.

YAŞAR, Osman / GÖKCAN, H. Tahsin / ARTUÇ, Mustafa **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu,** Cilt: 5, Madde 197-251, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

YILDIRIM, Abdülkerim, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** Ankara 2014.

YARARLANILAN İNTERNET KAYNAKLARI

ERDAĞ, Ali İhsan, **"Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar",** (http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm), (Erişim Tarihi: 24.04.2013)

Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük
(http://www.tdk.gov.tr)

(http://www.kilichukuk.org/kamuihale13.html) (E.T. 01.08.2014).

Emsal Yargı İçtihatları için bkz. (http://www.kazanci.com)

TCK Madde Gerekçeleri İçin bkz.

*(*www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/**madde**gerekce.doc)

Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı ve TBMM Adalet Komisyonu Raporu (1/592), TBMM 22. Dönem, Yasa Yılı: 3, Sıra Sayısı: 675.

(http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss675m.htm) *(E.T. 13.07.2014).*

ÖZET

Devletin varlık sebebi, kolektif ihtiyaçların tatmini, kamu için lüzumlu ve faydalı olan şeylerin yapılması zaruretidir. idarelerin söz konusu ihtiyaçları, kendi iç bünyelerinde karşılamaları genellikle mümkün olmaz. Bu sebeple idareler, bu ihtiyaçları özel hukuka tabi kişilerle yapacağı sözleşmelerle karşılama yoluna gitmektedirler. idareler, sözleşmenin diğer tarafını seçmekte tamamen bağımsız değildirler. Bu noktada izlenecek süreç, belli usul kurallarını içermektedir ki, bu sürece genel olarak "ihale" adı verilir. Kamu ihalelerinin ülke ekonomimizdeki mali boyutları göz önünde bulundurulduğunda, kamu ihale sisteminin kamu ihale mevzuatına uygun yürütülmesi, ekonomide verimliği artırıcı ve piyasayı düzenleyici gibi etkileri başta olmak üzere bireysel refahın, sosyal ve demokratik bir ülke olmanın son derece önemli bir unsurudur. Buna rağmen Türkiye'de büyük meblağların yer aldığı kamu ihalelerinden hukuk dışı yöntemlere başvurmak suretiyle haksız kazanç elde etmek isteyenlerin sayısının azımsanmayacak kadar çok olduğu bir gerçektir. İhale yolsuzluklarının daha çok ihale sözleşmesinin uygulanması sürecinde yüklenici ve/veya kamu görevlileri tarafından gerçekleştirildiğine yönelik rakamsal tespitler TBMM komisyon tutanaklarında defaten yerini almıştır. Böylesi kritik bir olgunun, 765 sayılı TCK 'de yalnızca ihaleye fesat karıştırma suçu ve kamu alımlarına yönelik diğer suç tipleri bünyesinde kısaca geçiştirilmesi önemli bir eksiklikti. Ancak 5237 sayılı TCK ile bu eksiklik giderilmiş ve ihale sözleşmesinin yürütülmesi sürecinde yolsuzlukları önlemek adına madde 236'da "edimin ifasına fesat karıştırma suçu" bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Çalışmamızın konusunu oluşturan edimin ifasına fesat karıştırma

suçu; suç genel teorisi nazariyesinde incelenirken, multidisipliner bir alan olmasından kaynaklı ihale hukuku ve sözleşme hukuku ile ilgili konumuzu ilgilendiren esaslara da temas edilmiştir. Konunun teorik çerçevede kapsamlı izahı ile birlikte Türkiye'de uygulama yönünden kopmamak adına; gerek yer verdiğimiz yüksel mahkeme içtihatlarıyla, gerekse de ihale sözleşmelerini yürüten bir kısım kontrol teşkilatı görevlileriyle yürüttüğümüz istişarelerle çalışma konumuzun desteklenmesi gayreti içindeyiz. Çalışmamız ile, Türkiye gündemini oldukça meşgul eden ve devlet bütçesine önemli yük getiren bu suçun öğretide daha iyi anlaşılabilmesine ve doğru uygulanabilmesine bir nebze olsun katkı sağlama inancını taşımaktayız.

ABSTRACT

The *raison d'être* of state, is the fulfillment of collective needs, the necessity of doing things which are essential and beneficial for the public. In general, it is not possible for the administrations to meet these needs within their internal structure. Therefore, administrations fulfill such needs by contracting with persons subject to private law. Administrations are not independent in choosing the other party of these contracts. At this point, the process to be followed is subject to certain procedural rules, which is generally called the "tender" procedure. Considering the financial magnitude of public tenders within the national economy, public tender system working in accordance with the public tender legislation has a market regulating effect and increases productivity. Therefore this is a very important factor for individual welfare and becoming a social and democratic state. Nevertheless, it is a reality that considerably high number of people wants to make unjust profit by choosing illegal means in public tenders that have high monetary value. The numeric determinations with respect to tender corruption mostly taking place at the tender contract application process by contractors and/or public officials are stated in the commission minutes of the Turkish Grand National Assembly many times. Such critical event only being mentioned shortly in scope of collusive tendering and other crime types with respect to public procurements was an important shortcoming. However, this shortcoming was eliminated with the Turkish Criminal Code w. no. 5237 and "involvement in fraudulent act during fulfillment of obligations" was stipulated as a separate crime type under article 236 to prevent corruption at the tender contract application process. In evaluating the crime of involvement in

fraudulent act during fulfillment of obligations, which is the subject matter of our work, in terms of general crime theory; related principles under tender law and contract law are also touched upon, as it is a multidisciplinary subject. While explaining the subject within the theoretical scope in detail, in order not to get too far away from the Turkish practice, we also endeavor to support our work with high court decisions and consultations we had with certain official supervisors who carry out tender contracts. We hope to somewhat contribute to the better understanding in doctrine and correct application of this crime which often occupies Turkey's agenda and places a significant burden of the state budget.