

# EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇU VE UYGULAMADA ÖNE ÇIKAN SORUNLAR

**Mehmet Reis KOCA**  
*Yargıtay Cumhuriyet Savcısı*

## ÖZET

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 ihtiyaç duydukları herhangi bir mal, hizmet veya yapım gibi ihtiyaçlarını karşılamak üzere, ihaleye çıktıklarında, yapılan ihale sonunda ihaleyi kazanan taraf ile kamu kurum veya kuruluşu arasında sözleşme imzalanmakta ve ardından edimin ifası süreci başlamaktadır. TCK md. 236'da sözleşme ile taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırma eylemleri suç olarak düzenlenmiştir.

Maddenin 1. fıkrasında suçun temel şekli ve cezai müeyyidesi belirlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, edimin ifasına fesat karıştırmaya yönelik hileli hareketler tadadi olarak sayılmış ve suçun maddi unsurları da gösterilmiştir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun, bu fıkrada sayılan hareketlerin dışında bir hareketle işlenmesi mümkün değildir. Üçüncü fıkrada ise, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, kamu görevlilerinin ve sair kişilerin bir menfaat temin etmiş olmalarının suçun yasal unsurlarına bir etkisinin olmadığı ve kamu görevlisinin menfaat temin ederek bu suçu işlemesi halinde, ayrıca ilgili suç hükmüne göre de ceza sorumluluğu cihetine gidileceği hüküm altına alınmış ve gerçek içtima kuralının uygulanacağı belirtilmiştir.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, kapsamla ilgili md. 1'de de belirtildiği üzere, 4734 sayılı KİK'e tabi olarak yapılan ihale sürecinde imzalanan sözleşmelerle sınırlıdır. Bu itibarla KİK, mal ve hizmet alımı ve yapım ihalelerine uygulanabilen bir Kanun olması dolayısıyla, KİSK da ancak mal ve hizmet alımı ve yapım ihaleleri sonucunda imzalanacak sözleşmelere uygulanabilen bir kanundur. Ancak 5237 s. TCK md. 236, mal ve hizmet alım ve satımını ve kiralama ihalelerini kapsamına almaktadır. Bu itibarla, mal ve hizmet satımı ihaleleri ve kiralama ihaleleri KİSK kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Uygulamada, edimin ifasına fesat karıştırmaya yönelik hileli hareketlerin tespitinde ve suçun yasal unsurlarında çok hata yapıldığından, bu fiillerin iyi irdelenmesi ve suçun maddi unsurlarının ne şekilde gerçekleştiğinin iyi açıklanması gerekmektedir.

Anahtar kelimeler: Edim, Fesat, kabul eden, teslim eden, hileli hareketler.

## ABSTRACT

When public institutions or organizations, professional organisations having the characteristics of public institutions, companies established through



their participation, foundations functioning within their body, associations or cooperatives working for public benefit go out to tender in order to meet their needs such as any goods, service sor construction, as a result of the tender made, a contract is signed between the party winning the tender and public institution or organisation and the process of fulfillment of execution begins. Acts of using fraud or trickery in the fulfillment of execution undertaken through a contract are provided as offence in Article 236 of Turkish Penal Code.

The basic form and penal sanctioning of the offence are determined in the 1st paragraph of the article. Fraudulent acts on the purpose of using fraud or trickery in the fulfillment of execution are provided and material elements of the offence are indicated in the second paragraph of the article. The commitment of the offence of using fraud or trickery in the fulfillment of execution is impossible through an act except for the acts provided in this paragraph. In the third paragraph, it is noted that the derivation of benefit by public officers and other persons has no effect upon legal elements of the offence, so that the offence of using fraud or trickery in the fulfillment of execution is constituted and in case the public officer commits this offence by deriving benefit, it is provided that criminal liability under the related provision of offence shall also be in question and the rule of concurrent sentence shall be applied.

As provided in Article 1 concerning the scope, Public Procurement Contracts Law is restricted to contracts signed during the tender process carried out under Public Tender Act numbered 4737. Therefore, since Public Tender Act is a Law applicable to tenders for the procurement of goods and services and construction, Public Procurement Contracts Law is a law applicable only to contracts to be signed as a result of tenders for the procurement of goods and services and construction. However, Article 236 of Turkish Penal Code numbered 5237 includes tenders for the procurement and sale of goods and services and leasing. Thus, tenders for the sale of goods and services and leasing tenders cannot be evaluated within the scope of Public Procurement Contracts Law.

In practice, as many mistakes are made in the identification of fraudulent acts on the purpose of using fraud or trickery in the fulfillment of execution and legal elements of the offence, it is necessary that these acts shall be properly examined and the way the material elements of the offence occur shall be well-defined.

**Key words:** Execution, Fraud, acceptor, deliverer, fraudulent acts.

\*\*\*

## I. MADDE METNİ VE GEREKÇESİ

### A. Madde Metni

**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*



*girilen edimin ifasına fesat karıştırın kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

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

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

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

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

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

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

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

## **B. Madde Gerekçesi**

**MADDE 236.** 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 çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırmak suretiyle işlenebilir. Bu bakımdan söz konusu suçun uygulama alanı sadece kamu kurum veya kuruluşlarına karşı girilen taahhütlerin yerine getirilmesiyle sınırlı tutulmamıştır.

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.

## II. GENEL OLARAK

Bilindiği üzere ihale kararının kesinleşmesinden sonra, istekli ile ihaleyi yapan kurum arasında sözleşme imzalanmakta ve ardından edimin ifası süreci başlamaktadır.<sup>1</sup>

İhale süreci, özü itibarıyla üç aşamadan oluşur.

**a. Birinci aşama; ihaleye hazırlık** sürecidir. Bu süreçte, ihaleye çıkılacak olan ihtiyaç (mal, yapı, kiralama veya hizmet) belirlenerek buna göre ihale dokümanı hazırlanır. İhale dokümanında yapılacak işin vasıf ve mahiyeti ile yaklaşık maliyeti belirlenir ve onaya sunulur. Yetkili makamın yaptığı inceleme sonunda, yapılan hazırlığın ve dokümanın yeterli olduğu anlaşılırsa ihaleye çıkmak için onay verilir.

**b. İkinci aşama; “ihale süreci”dir.** İhaleye çıkma yönünde onay alınmasından sonra ihale süreci başlar. Bu aşamada ilk olarak önceden hazırlanan şartnameye göre, ihale ilanına çıkılır. Çıkmış ihale türüne göre, ihaleye katılmak isteyen kişilerden ihaleye yönelik teklif zarflarının alınması süreci başlar. Bu sürecin çok gizli ve titiz yürütülmesi gerekir. Çünkü ihaleye fesat karıştırma eylemlerini oluşturan fiillerin birçoğu bu aşamadır. Teklif mektuplarının alınmasından sonra, yetkili İhale Komisyonunca bu teklif zarflarının değerlendirilmesine geçilir. Komisyon, yaptığı değerlendirme sonunda, ihaleye konu işi; en uygun fiyata, en uygun kalitede, en uygun şartlarla, yapacak kişi veya şirketi belirleyerek bunu ilan eder ve ihale sözleşmesi yapma üzere davette bulunur.

**c. Üçüncü aşama; “sözleşme süreci”dir.** Bu süreçte, ihaleyi kazanan kişi/kurum ile ihale sözleşmesi imzalanır. İhaleyi alan şirketin ihale sözleşmesine uygun şekilde malı veya hizmeti teslim etmesi ve daha sonra da üretilen mal veya hizmetin yetkili organ veya komisyon tarafından kontrol ve denetiminin yapılması ve mal ve hizmetin ihaleye uygun görülmesi durumunda kabulün yapılması ve ihale bedelinin ödenmesi gerekir. Ancak sözleşme süreci burada bitmeyecektir. İhale şartnamesinde belirlenen garanti süresi de ihale süreci içindedir ve garanti süreci bitince ihale süreci de sona erer.

İhale konusu iş, üzerinde kalan (ihaleyi kazanan) **yüklenici** ile idare arasında sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşmenin konusunu

1 Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 665, 8. Baskı, Ankara-2008,



oluşturan edimin yerine getirilmesi aşaması, yani “edimin ifası süreci” işlemeye başlar.<sup>2</sup>

Yukarıda kısaca açıklanan ihale sürecinin ilk iki aşamasında yapılan hileli hareketler, “ihaleye fesat karıştırma” suçunu, üçüncü aşamada yapılan hileli hareketler ise “edimin ifasına fesat karıştırma” suçunu oluşturur. Bu bölümde incelenecek olan suç; ihale sürecinin son aşamasını teşkil eden “sözleşme sürecinde” işlenen hukuka aykırı eylemlerdir.

Bilindiği üzere, kamu alımlarında ihale süreci; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunuyla, yükleniciyle sözleşme imzalanması ve sözleşme gereği edimin yerine getirilmesi süreci ise; 4735 sayılı Kamu Sözleşmeleri Kanunu ile düzenlenmiştir. İhale sürecine ilişkin işlemler kamu hukuku ilkelerine tabî iken, sözleşme imzalandıktan sonra artık özel hukuk ilkelerine tâbi hâle gelir ve ortaya çıkan ihtilaflar özel hukuk hükümleri çerçevesinde çözümlenir. Ancak belirtelim ki, müteahhidin ihale sözleşmesinden kaynaklanan bu yükümlülükleri, kamuyu yakından ilgilendirdiği için, kanun koyucu tarafından bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi sırasında edimin ifasına fesat karıştırmak, cezâî yaptırım altına alınmıştır.<sup>3</sup>

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nda olduğu gibi, 4735 sayılı Kanun açısından da, bu yasada hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu’na göre işlemler yürütülecektir. Bu husus 4735 sayılı Kanunun 36 ncı maddesinde açıkça belirtilmiştir.<sup>4</sup>

4735 Kanunu’un 6. Maddesi uyarınca dört çeşit sözleşme yapılabileceği hükme bağlanmıştır. **Buna göre;**

- a. Yapım işlerinde anahtar teslimi götürü bedel sözleşmesi,
- b. Yapım işlerinde birim fiyat sözleşmesi,
- c. Mal ve hizmet alımlarında götürü bedel sözleşmesi,
- d. Mal ve hizmet alımlarında birim fiyat sözleşmesi.

4734 sayılı Kanunun 46 ncı maddesi gereğince, yapılan bütün ihaleler yazılı bir sözleşmeye bağlanmak zorundadır<sup>5</sup>. Sözleşme, ihalede

2 Koca, Mahmut/Üzülmez İlhan, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2013-Sayı 13, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu Adlı Makale, s. 3 ; İzzet Özgenç, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, s. 9-10; 3. Bası, Ankara 2013.

3 Kazancı- Eker, Behiye, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma, Ankara-2007, s.210

4 Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Özel Hükümler, s.666; Turguter- Tokmaklı, s. 621.

5 “..ihale yasası kapsamındaki kuruluşlar, tüm alımların bu yasanın belirtilen ihale usullerinden biri ile yapmak zorundadırlar. Bu yasa hükümlerine uygun olmayan alımlara ilişkin sözleşmeler kural olarak geçersizdir ve hukukî bir sonuç doğurmaz. Geçersiz sözleşme ile alınan mallar haksız zenginleşme hükümleri uyarınca geri istenebilir. Ancak geçersiz sözleşme ile alınan mallar idare tarafından teslim



bulunacak idare tarafından hazırlanarak ihale yetkilisi ve istekli tarafından imzalanmalıdır. Ayrıca düzenlenen sözleşmelerin notere tasdik ettirilmesi de gereklidir. Ancak, parasal limit dâhilinde doğrudan temin usulü ile yapılan ihaleler sonucu düzenlenen sözleşmelerin, notere onaylattırılması ve tescil ettirilmesi zorunlu değildir<sup>6</sup>.

TCK md. 236'da, ihale sürecinden sonra, ihale üzerine kalan kimseyle, İdare arasında imzalanan sözleşme ile taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırılması hareketleri suç olarak düzenlenmiştir.

TCK'nın 236/1. fıkrasında kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakleriyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan demekler ya da kooperatiflere karşı, taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırma fiilleri suç olarak sayılmıştır. Fıkırada yalnızca sayılan bu kurum ve kuruluşlara karşı taahhüt edilen bir edimin ifasına fesat karıştırmaktan bahsedildiği için, sözü edilen bu edimin ihale sözleşmesi uyarınca yüklenilmesi gereken bir edim olması gerektiği fıkıradan tam olarak anlaşılmamaktadır. Bu itibarla ilk fıkrayı okuyan birisi, yalnızca ihale ile yüklenilen değil, burada sayılan kurum ve kuruluşlara taahhüt altına girilen herhangi bir edimin ifasına fesat karıştırılması halinde suçun oluşacağını düşünebilir. Ancak dikkat edilirse, edimin ifasına fesat karıştırmamanın md. 236/2'de tanımlandığı görülür. Bu tanım dikkatle incelendiğinde maddede sözü edilen "taahhüt altına girilen edim"den, ihale sözleşmesi nedeniyle taahhüt altına girilen edimin kastedildiği anlaşılır. Dolayısıyla maddenin birinci fıkrasında her ne kadar belirtilmemiş olsa da kural olarak, ihale süreci sonunda imzalanan sözleşme uyarınca taahhüt edilmiş olan edimin ifasına fesat karıştırılmasını cezalandırmaktadır.<sup>7</sup>

Bu husus TCK'nın 236. madde gerekçesindeki "...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 çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırmak suretiyle işlenebilir. Bu*

alınıp kullanılmaya başlanarak benimsendikten sonra, sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi iyiniyet kuralı ile bağdaşmaz. Sözleşme ve şartname dışı malzeme teslim edildiğini ileri süren davacı bu iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür". Yargıtay 13. HD.nin 11.4.1995 tarih ve 1998/10E., 1998/65K. sayılı ilamı için bkz. Doğanıyigit, s.507.

6 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, m.22/d; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Özel Hükümler, s.666

7 Kazancı Eker, Behiye, age, s.211



*bakımdan söz konusu suçun uygulama alanı sadece kamu kurum veya kuruluşlarına karşı girilen taahhütlerin yerine getirilmesiyle sınırlı tutulmamıştır...” ibareden açıkça anlaşılmaktadır.*

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, kapsamla ilgili md. 1’de de belirtildiği üzere, 4734 sayılı KİK’e tabi olarak yapılan ihale sürecinde imzalanan sözleşmelerle sınırlıdır. Bu itibarla KİK, mal ve hizmet alımı ve yapım ihalelerine uygulanabilen bir Kanun olması dolayısıyla, KİSK da ancak mal ve hizmet alımı ve yapım ihaleleri sonucunda imzalanacak sözleşmelere uygulanabilen bir kanundur<sup>8</sup>. Ancak 5237 s. TCK md. 236, mal ve hizmet alım ve satımını ve kiralama ihalelerini kapsamına almaktadır. Bu itibarla, mal ve hizmet satımı ihaleleri ve kiralama ihaleleri KİSK kapsamında değerlendirilemeyecektir. Bu ihaleler, ihaleye fesat karıştırma suçunu incelerken de belirtildiği üzere, DİK’e göre yapılmaktadır. Dolayısıyla bu Kanuna göre yapılan ihaleler de yine Kanunda düzenlenen ilgili hükümlere tabi olacaktır<sup>9</sup>, DİK’da sözleşmeyle ilgili hükümler dördüncü bölümde, m, 53 vd. da düzenlenmiştir.<sup>10</sup>

### **III. KORUNAN HUKUKİ DEĞER**

Bu suçla korunan hukukî değer, ihaleye fesat karıştırma suçuyla korunan değerle aynıdır. Suçun TCK’da düzenlendiği bölümüne bakıldığında, korunan hukukî değer in öncelikli olarak, kamu ekonomisi ve ticaretinin zarara uğramasını önlemek ve ikinci olarak da kamu idaresine duyulan güven ve itibar duygusunu korumaktır. Yargıtay 5. Ceza dairesi vermiş olduğu 27/02/2013 tarih, 2012/3485 esas ve 2013/1418 karar sayılı ilamında ihaleye fesat karıştırma suçunda korunan hukukî değer in, “...İhaleye fesat karıştırma suçunda, korunan hukukî yararın kamu idaresine ve dolayısıyla kamu görevlilerine duyulan güven ve itibar ile kamunun maddî ve mali yararları kapsamında temelde serbest rekabet ortamının korunması olduğu,...” hususunu belirtmiştir.

### **IV. SUÇUN UNSURLARI**

#### **A. Suçun Fâili**

Maddede “*edimin ya da malın teslim ve kabulünden*” bahsedilmektedir. Burada edimin ya da malın kabulü bakımından, failin kabule yetkili olması gerektiği anlaşılır<sup>11</sup>. Teslim edilecek mal, hizmet, yapım veya yapılan iş in muayene ve kabul işlemleri, idarelerce kurulacak en az üç

8 Kazancı Eker, s.212; Doğanıyığıt, s. 613 vd; Abacıoğlu, s. 45; Güçlü/Şimşek, s. 721 vd; Gök, s. 504 vd.

9 Kazancı Eker, s.212; Özek/Kaya, s. 658.

10 Kazancı Eker, s.212

11 Kazancı Eker, s.212; Artuk/Gökçen/Yenidünya, özel Hükümler, s. 473; Gökçen, İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, s. 175.



kişilik muayene ve kabul komisyonları tarafından yapılır<sup>12</sup>. Mal veya yapılan iş yüklenici tarafından idareye teslim edilmedikçe, muayene ve kabul işlemleri yapılamaz.

Edimin ifası suçunun faili olarak karşımıza iki türlü fail çıkmaktadır. Bu suçun bir tarafında, yapılan ihale sonucunda ihaleyi kazanarak ilgili kamu kurum veya kuruluşu ile sözleşme yaparak, edimin ifasına konu işi yapacak olan gerçek veya tüzelkişilerin yer aldığı “teslim eden” kişiler ve karşılarında ise, edimin ifasına konu işi ihale sözleşmesine uygun şekilde teslim alacak olan ve kamu görevlisi olan “kabul eden” kişiler vardır.

Birisinin “kabul eden” olarak kabulü için, ihale ile alınan mal veya edimin teslim alınması ve kabul edilmesi konusunda yetkilendirilmiş olması gerekir.<sup>13</sup> Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili, edimin ifasını kabul eden kişi ise, bu kişi mutlaka kamu görevlisidir ve görevinin ifası ile ilgili bir iş yapıyor demektir. Kamu görevlisi olmakla birlikte bu işi kabul etmek için görevlendirilmeyen birisinin bu suçun faili olamaz. Örneğin, (X) İlçesine 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 mal teslim etmek istediğini belirtmesi üzerine, Adalet Bakanlığı Teknik İşler Daire Başkanlığınca kurulmuş ve en az üç kişiden oluşan “muayene komisyonu” ve ayrıca “kabul komisyonu”na kontrol ve muayenesinin yapılarak teslim alınması gerekmektedir. İşte bu “muayene komisyonu” ve “kabul komisyonu” içinde yer almayan kamu görevlileri bu suçun faili olamazlar. Komisyon içinde yer almayan kamu görevlileri ise, diğer üçüncü şahıslar gibi edimin ifasına fesat karıştırma suçunun “kabul eden” tarafında yer alan asli failerin eylemine ya azmettiren ya da yardım eden sıfatı ile iştirak edebilirler.(TCK’nın 40/2. Maddesi)

Teslim eden kişi ise, ihale sözleşmesi veya kararına göre, ihale kendisinde kalmış olan, ihaleye konu edimi ifa yükümlülüğü altına girmiş olan kimsedir.<sup>14</sup> Malın teslimi halinde, suçun faili malı bizzat teslim eden kişi değildir. İhale sözleşmesinde, kendisine ihale yapılmış olan kişi suçun failidir.<sup>15</sup> Bu kişi şirket ise, şirketin yasal temsilcisi suçun faili sayılır. Bazen ihaleyi kazanan kişi veya şirket, işi alt bir

12 Kazancı Eker, s.212; Bu komisyonların nasıl oluşturulacağı ve muayene ve kabullerin nasıl yapılacağı çeşitli yönetmelikler çıkarılmak suretiyle belirlenmiştir. Bu yönetmelikler için bkz. Doğanığit, s 1478 vd.

13 Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara-2010, 5.Cilt, s.6654

14 Yaşar/Gökcan/ Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara-2010, 5.Cilt, s.6654; Dülger, Ekonomik suçlar Bağlamında İhale Sürecine Ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları(2007), s.218

15 Yaşar/Gökcan/ Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara-2010, 5.Cilt, s.6654





taşeron şirkete yaptırabilir. Bu durumda da suçun asıl faili yine ihale sözleşmesini imzalayan ve edimin altına giren kişinin asıl faili olarak kabulü ve taşeron şirket yetkilisinin ise, suça iştirak durumuna göre iştirak eden fail sayılması gerekir.

Bu bakımdan, TCK'nın 236. maddesinde düzenleme altına alınan suçun faillerinin doğru tespit edilmesi bakımından, edimin teslim eden tarafında mı yoksa kabul eden tarafında mı yer aldığı belirlenmesi gerekir.

TCK md. 236/2-a-b<sup>16</sup> bentlerinde düzenlenen fiillerle edimin ifasına fesat karıştırma suçları, hem edimi “teslim eden”(Yüklenici) hem de “kabul eden” yani kamu görevlileri tarafından işlenebilir.

Diğer taraftan, TCK md. 236/2-c-d-e fıkralarında düzenlenen eylemler ancak edimi kabul eden kamu görevlileri tarafından işlenebilir. Bu suçların asıl faili, suça konu edimi kabul etmekle görevlendirilen ve yetkilendirilen kamu görevlileridir. Bu yönüyle TCK md. 236/2-c-d-e fıkralarındaki eylemler “özgü suç” niteliğindedir. Bu fıkralarda düzenlenen eylemler yönünden “edimi teslim eden kişiler”, kamu görevlilerinin eylemine ancak ya azmettiren ya da yardım eden sıfatı ile iştirak edebilirler.(TCK'nın 40/2. Maddesi)

Bu açıklamalar ışığında, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun, fail bakımından özgü suçlardan olduğu söylenebilir.<sup>17</sup> TCK md. 236/2-a-b bentlerinde düzenlenen fiillerle edimin ifasına fesat karıştırma suçları, hem edimi “teslim eden” hem de “kabul eden” yani kamu görevlileri tarafından işlenebilir. Nitekim Yargıtay 5. Ceza Dairesi vermiş olduğu 05.06.2013 tarih, 2012/4644 esas ve 2013/6190 karar sayılı ilamında; *“...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, hakediş vb. belgelerde firma kaşesi üzerindeki imzaların sanığa ait olup*

16 (2) Aşağıdaki fiillerin hileli olarak yapılması halinde, edimin ifasına fesat karıştırılmış sayılır:  
a) ihale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi.  
b) ihale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi.

17 Bu suçun failinin herkes olabileceği yönünde görüş için bkz. Kazancı Eker, s.218; Artuk/Gökçen/ Yenidünya, özel Hükümler, s. 670



*olmadığı hususlarında sanık ve bu tutanaklarda isim ve imzaları bulunan kamu görevlilerinin dinlenmesinden ve gerekirse imza incelemesinin de yaptırılmasından sonra, 5237 sayılı TCK'nın 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasanın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığından, her ne kadar bir kısım öğretilerde özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın “a” ve “b” bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin, “c”, “d” ve “e” bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceğinden, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiğinden, 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK'nın 236/2-d maddesi uyarınca 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...” diyerek bizim de savunduğumuz görüş doğrultusunda karar vermiştir.*

TCK md. 236/2-c-d-e fıkralarındaki eylemler ancak edimi kabul eden kamu görevlileri tarafından işlenebileceğinden, bu suçların aslî faili, suça konu edimi kabul etmekle görevlendirilen ve yetkilendirilen kamu görevlileridir. Bu yönüyle de bu fıkralardaki eylemler “özgü suç” niteliğindedir.

## **B. Suçun Mağduru**

Suçun mağduru toplumu oluşturan herkeştir.<sup>18</sup> Bu suçun zarar göreni ise, başta hazine olmak üzere, adına ihale yapılan kamu kurum veya kuruluşu, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu, kamu kurumlarının iştiraki ile kurulmuş şirket, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıf, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflerdir. 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu md. 17'de sayılan suçlar içinde “ihaleye fesat karıştırma” ve “edimin ifasına fesat karıştırma” suçları da sayıldığından, bu suç yönünden yapılan soruşturma ve kovuşturmalara katılma ve davayı takip etme hak ve yetkisi bulunan hazineye ve ilgili kamu

18 Artuk/Gökçen/Yenidünya, özel Hükümler, s. 670



kurum veya kuruluşuna soruşturma ve kovuşturmaların mutlaka ihbar edilmesi gerekir. 3628 Sayılı Kanunu'nun 17. maddesinde sadece "ihaleye fesat karıştırma" suçu belirtilmiş olmakla beraber; 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemdeki Yargıtay uygulamalarında "ihaleye fesat karıştırma" suçu ile "edimin ifasına fesat karıştırma" suçunun soruşturulması yönünden herhangi bir ayrıma gidilmemiş ve her iki suçta "ihaleye fesat karıştırma" suçu içinde değerlendirilmiştir. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre, 3628 sayılı Kanun md. 17 "edimin ifasına fesat karıştırma" suçunu da kapsamaktadır.<sup>19</sup>

Yargıtay 5. Ceza Dairesi vermiş olduğu birçok kararında, suça konu ihalenin muhatabı olan ilgili kamu kurum veya kuruluşunun bu suçun mağduru olduğunu vurgulamaktadır.<sup>20</sup>

### C. Suçun Konusu

Suçun konusu somut olayda ihale ile belirlenen edimdir. İhalesi yapılmış okul, yol vb.<sup>21</sup> Yani, ihale süreci sonunda, ihaleyi kazanan kişi ile işi yaptıracak olan kamu kurum veya kuruluşu arasında imzalanan ihale sözleşmesinin konusunu teşkil eden iştir. TCK'nın 236. Maddesinin gerekçesinde suçun konusu "*...meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırmak suretiyle işlenebilir. Bu bakımdan söz konusu suçun uygulama alanı sadece kamu kurum veya kuruluşlarına karşı girilen taahhütlerin yerine getirilmesiyle sınırlı tutulmamıştır.*" Şeklinde belirlenmiştir.

Suçun konusunu oluşturan edim, ihale sözleşmesinde ifa edilmesi yönünde taahhüt altına girilen, ihale şartnamesinde vasıf ve mahiyeti belirlenen ve yapılan ihale sonucunda ücreti de ortaya çıkan iştir. Diğer bir anlatımla, ihaleyi kazanan kişi ile kamu kurum veya kuruluşu tarafından imzalanan ihale sözleşmesine konu edilen edimdir. Bu nedenle ihaleyi kazanarak ihale sözleşmesini imzalayan kişi, sözleşme içinde yer almayan ve ancak sözlü olarak veya ek bir protokolle yapmasını taahhüt ettiği işi, yapmazsa veya gereği gibi yerine getirmese, edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır. Örneğin, (A)

19 "...öte yandan edimin ifasına fesat karıştırma suçunun 3628 sayılı Yasanın 17. maddesi gereğince doğrudan soruşturulabileceği ve izne tabi olmadığı da gözetildiğinde,..." (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 06.05.2013 tarih, 2012/5037 esas ve 2013/6505 karar)

20 "...Suçtan zarar gören Ordu Belediye Başkanlığı vekilinin sanığın cezalandırılması yönündeki beyanları karşısında 5271 sayılı CMK'nın 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,..." (Yargıtay 5. C. D. 30.05.2013 tarih, 2012/4781esas ve 2013/4752 karar sayılı ilamı)

21 Artuk/Gökçen/Yeniünya, özel Hükümler, s. 670



Belediyesinin Spor Tesisleri Yapım ihalesine girerek kazanan ve ihale sözleşmesi yapan (B) isimli şirket temsilcisi, sözleşme içinde yer almayan çevre yolların 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 yolların temizlenmesi ve ağaçlandırılması edimi, ihale sözleşmesi kapsamında yer almamaktadır.

TCK'nın 236. maddesindeki düzenlemede herhangi bir ayırım yapılmadığından, aynı yasanın 235. maddesinden farklı olarak yalnızca, “mal veya hizmet alım satımlarına ya da kiralamalarına ilişkin ihaleler” değil, bunlar dışında kalan trampa veya mülkiyetten gayri aynî hak tesisine ilişkin ihale kararında veya sözleşmesinde yer alan edimlerle ilgili olarak da bu madde hükmü uygulanabilecektir.<sup>22</sup>

Maddede sayılan kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurumlarının iştiraki ile kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatifler **dışındaki** kişi veya tüzel kişilerin yararına yapılan ihale kararında veya sözleşmede yer alan edimin ifasına hile karıştırılması durumunda, TCK'nın 236. maddesi hükmü uygulanamaz. TCK'nın 236. maddesi ile, tıpkı TCK'nın 235 maddesinde olduğu gibi hangi tüzel kişiler adına yapılan ihale ve sözleşmelerde bu hükümlerin uygulanacağı sınırlı biçimde sayılmıştır.<sup>23</sup>

## D. Fiil Ve Netice

### a. Genel Olarak

Bu suç açısından ceza normunun yasakladığı fiil, “*taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırma*”dır.<sup>24</sup>

Edim; sözlükte, “borçlanılan şey, borcun konusu, alacaklının borçludan yerine getirmesini talep etme hakkı bulunduğu ve borçlunun da verme veya vermeme ya da yapma veya yapmama şeklinde yerine getirmekle yükümlü olduğu şey” anlamında kullanılır<sup>25</sup>.

İfa ise, bir işi yapma, yerine getirme, ödeme, teslim etme vb. anlamlara gelmektedir. Fesat kelimesi ise, daha önce de açıklandığı gibi bozukluk, bozuk şeyin hali, çürüklük, yolsuzluk vb. anlamlara gelir.

Edimin ifasına fesat karıştırma, hareketin önemi bakımından bağlı; sayısı bakımından ise seçimlik hareketli bir suçtur. İhaleye fesat

22 Yaşar/Gökcan/ Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara-2010, 5.Cilt, s.6657; Akbulut, Edimin İfasına Fesat karıştırma suçu, sh.53

23 Yaşar/Gökcan/ Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara-2010, 5.Cilt, s.6657

24 Artuk/Gökçen/Yenidünya, özel Hükümler, s. 667

25 Artuk/Gökçen/Yenidünya, özel Hükümler, s. 667; Arslan-Azizağaoğlu, s. 985.



karıştırma suçunda zarar meydana gelmesi, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli bir hal olarak kabul edilmişken, edimin ifasına fesat karıştırma açısından böyle bir nitelikli hale yer verilmemiştir.<sup>26</sup> Bazı yazarlar bu suçun oluşması için, zararın meydana gelmesine gerek olmadığını savunmuşlarsa da, Yargıtay bu suçun zarar suçu olduğunu ve suçun oluşması için suç konusu eylem sonucunda ihale sahibi kamu kurum veya kuruluşu yönünden maddî bir zararın meydana gelmesini aramaktadır.

Kanun, hareket yönünden bazı maddelerde serbest bir hareketi öngörmüş iken, bazı suçlar bakımından ise suçun, ancak maddede sayılan bir takım hareketlerle işlenebileceğini belirtmiştir. İlk durumda serbest hareketli suçlardan bahsedilirken, ikinci durumda ise, bağlı hareketli suçlar sözkonusu olmaktadır<sup>27</sup>.

İşte, inceleme konusu olan edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından da maddî unsuru oluşturan hareketler maddede tek tek belirtilmiş olduğu için bağlı hareketli bir suç sözkonusudur. Ayrıca maddede sayılan hareketlerden birisinin yapılmasıyla birlikte suç gerçekleşeceği için seçimlik hareketli bir suçtur<sup>28</sup>.

Edimin ifasına fesat karıştırma fiilleri TCK md. 236/2. fıkrasında tahdîdî olarak sayılmıştır. Bu hileli hareketler dışında bir hareketle bu suç işlenemez. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun maddî unsurunu (fiil) oluşturan hareketler şunlardır;

- a. *İhale kararında veya sözleşmede, evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi,*
- b. *İhale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi,*
- c. *Edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi,*
- d. *Yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi,*
- e. *Hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi,*

26 Artuk/Gökçen/Yenidünya, özel Hükümler, s. 667

27 Kazancı Eker,s.220

28 Kazancı Eker,s.220; Bkz Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 474; Gökçen, İhale ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, s. 176.



fiillerinin hileli olarak gerçekleştirilmesidir. Bu fiiller, seçimlik olarak sayılmıştır. Dolayısıyla, bu fiillerden birinin gerçekleştirilmesiyle suç işlenebilir.<sup>29</sup>

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun hareketlerini teşkil eden bu fiillerin daha iyi anlaşılması bakımından; 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25. maddesinde düzenlenen yasak fiil ve davranışların da gözönüne alınması gerekir. Bu maddeye göre; "Sözleşmenin uygulanması sırasında aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

- a. Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.
- b. Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.
- c. Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak.
- d. Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek.
- e. Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29 uncu madde hükümlerine aykırı hareket etmek.
- f. Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek.
- g. Sözleşmenin 16 ncı madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması."

olarak belirlenmiştir.

Görüldüğü üzere, maddede sayılan yasak davranışların bir kısmı, 5237 sayılı TCK'nın 236. maddesinde, edimin ifasına fesat karıştırma olarak değerlendirilirken, bir kısmı da kanun maddesine alınmamıştır. 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<sup>30</sup>.

29 Kazancı Eker, s.220-221

30 Kazancı Eker, s.221



## b. Hileli Hareket

Hile, bir olgu üzerinde bir takım hareketler gerçekleştirmek suretiyle karşı tarafı hataya düşürmeye çalışmaktır. Bu nedenle de hile bakımından önemli olan hile olgusunun tespitidir.<sup>31</sup> *Olgu*, geçmişte gerçekleşmiş halen mevcut veya gelecekte oluşacak ispatlanabilir, somut durumlar ya da olaylardır<sup>32</sup>. İhale kararında veya sözleşmede evsafi belirtilen maldan başka bir malın teslimi veya kabulü; ihale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslimi veya kabulü; edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi; yapım ihalelerinde, eserin veya kullanılan malzemenin şartnâme 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 bu şekilde verilmiş gibi kabul edilmesi suretiyle oluşan hileli hareketler inceleme konusu *olgu* kavramını oluşturur.<sup>33</sup>

Yargıtay 5. CD vermiş olduğu birçok kararında, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun yasal unsurlarından birinin “hile” olduğunu, yargılama konusu eylemde hile yoksa suçun oluşmayacağını belirtmektedir. Yargıtay 5. CD bu yönde verdiği, 05.06.2013 tarih, 2012/8121 esas ve 2013/6193 karar sayılı ilamında; “...*Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun bir zarar suçu ve ihaleye fesat karıştırma suçundan bağımsız bir suç tipi olarak 5237 sayılı TCK'nun 236. maddesinde düzenlendiği, anılan maddenin ikinci fıkrasında sayılan seçimlik hareketlerin ortak özelliğinin hileli davranışlar olduğu, hile niteliği taşımayan hareketlerle bu suçun oluşmasının mümkün olmadığı, bununla birlikte suçun maddî unsurlarından olan hilenin gerçekleşmesinin salt bu suçu oluşturmadığı, ayrıca hileli hareketlerle suçun kanuni tanımında beş bent halinde düzenlenen fiillerden herhangi birinin gerçekleştirilmesiyle oluştuğu, sanıkların aşamalarda savunmalarında atılı suçlamaları inkar edip, sahteliği iddia olunan kalite uygunluk belgelerini (C.O.C.) kendilerinin düzenlemediklerini, aracı firma olduklarını, yurt dışından gönderilen ürünü ve içindeki belgeleri görmediklerini ifade ettikleri, 14/10/2008 tarihli muayene ve kabul komisyonu muayene raporlarında belirtilen nedenlerle malzemelerin ihale konusu ürünler*

31 Kazancı Eker, s.222

32 Kazancı Eker, s.222

33 Eylemini Memuriyet görevini kötüye kullanma suç olarak belirtmiştir. Bkz. “1500 kg gelen pul ver tozunun 3000 kg geldiğine ilişkin giriş pusulasını ve kabul tutanağını imzalama eylemleri görevi yasaya aykırı olarak yapma biçiminde olduğundan TCK'nın 240, maddesinde öngörülen görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturur”. 4. CD, 11, 6, 1998 tarihli ve E. 2162, K. 3972 sayılı karar (Yaşar, s. 463).



*olup olmadığı hususunda kontrole alınmadığının belirtildiği, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30/03/1981 gün ve 5-2/106 sayılı Kararında da açıklandığı üzere ceza yargılamasının temel amacının hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak şekilde maddî gerçeğin ortaya çıkarılması olduğu nazara alındığında; maddî gerçeğin ortaya çıkartılabilmesi için, Hava Kuvvetleri Komutanlığı'ndan sanıkların savunmalarının doğruluğu ve bu tür ihalelerde mal teslimi aşamasındaki mutad uygulamanın ne olduğu sorulup araştırıldıktan sonra sanıkların hukukî durumlarının tayin ve takdiri yerine, eksik inceleme ile yazılı şekilde hükümler kurulması,...” şeklinde karar vermiştir.*

İhale kararında veya sözleşmede nitelikleri belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilip edilmediği, ihale kararına veya yapılan ihale sözleşmesine göre değerlendirilecektir. Sözleşmede veya ihale kararında belirtilmiş olan malın yerine, aynı özellikteki veya daha kaliteli bir başka malın teslim veya kabulü halinde inceleme konusu suç oluşmayacaktır. Çünkü maddenin düzenlemesine göre suçun oluşması hileli hareketlerle sözkonusu fiillerin işlenmesine bağlıdır. İşte bu durumda hileden bahsedilemeyecektir. Konu ile ilgili olarak madde gerekçesinde; “... edimin ifasına fesat karıştırma niteliğindeki hareketler sayılmıştır. Sayılan bütün bu hareketlerin ortak özelliği hileli davranışlar olmasıdır.” denilmiştir<sup>34</sup>.

### **c. Suçun İşlenmesinde Yapılan Hileli Hareketler**

#### **aa) İhale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi.**

Kamu kurum veya kuruluşu ihaleye çıkarken satın almak istediği malın bütün özelliklerini ayrıntılı bir şekilde, ihale dökümanında ve ihale şartnamesinde belirler. İhale süreci tamamlandıktan sonra, en avantajlı fiyatı veren kişi ile ihale sözleşmesi imzalanır. İhale sözleşmesinin konusunu; ihale şartnamesinde tüm özellikleri belirlenen ve ihaleye çıkılan mal teşkil etmelidir. İhaleye çıkılan mal ile, ihale sözleşmesine konu malın farklılık teşkil etmesi mümkün değildir. İhale sonunda ihaleyi kazanan kişi ile ilgili kurum yetkilisi arasında yapılan ihale sözleşmesinde, KİSK'nun 7. maddesinde belirtilen tüm hususların bulunması gerekir. KİSK md. 7'de belirtilen tüm koşulları taşıyan ihale sözleşmesi uyarınca; yüklenici, malı idareye teslim ettikten sonra, idare tarafından oluşturulan “muayene komisyonu” ve “kabul komisyonları” tarafından mal incelenerek üretilen ve teslim edilen malın; ihale şartnâmesi veya sözleşmesindeki malın özelliklerini taşıyıp taşımadığını belirleyeceklerdir. TCK md. 236/2-a. bendindeki hileli hareketler bu aşamada ortaya çıkmaktadır. Yüklenici kişi hileli

34 Artuk/Gökçen/Yeni Dünya, Özel Hükümler, s. 668





hareketi yaparak, aslında ihale şartnamesi ve sözleşmesinde evsafı belirlenen bir maldan daha kötü bir malı teslim etmektedir. Yüklenici kişinin bu hileli hareketten sorumlu olması ve cezalandırılabilmesi için, teslim edilen malın ihale sözleşmesine uygun şekilde teslim alınması ve muayene komisyonu ve kabul komisyonları tarafından kontrolü gerekir.

Bu suçla ilgili olarak Yargıtay 5. CD vermiş olduğu 16.05.2013 tarih, 2012/4728 esas ve 2013/5173 karar sayılı ilamı yol gösterici ve açıklayıcı bilgileri içermektedir. Bu ilama göre; “...İhale teknik şartnamesinde 4. numaralı fuel oil yakıtı olarak ihale yapılmış olmasına rağmen sanık tarafından daha düşük piyasa bedelli 6 numaralı fuel oil yakıtının devlet hastanesine tesliminin yapıldığından bahisle mahkûmiyetine karar verilmiş ise de;

Yüklenici ile idare arasında imzalanan sözleşmenin 36. maddesinde “sözleşme başlangıcından itibaren teslim edilen malların miktarının, malların ya da yapılan işin sözleşme ve ekinde yer alan teknik şartnameye uygunluğunun bir kabul tutanağı ile tespit edileceğinin, tutanak sonucunda komisyonun malların kalitesini, teknik şartnamede belirtilen özelliklerine uygunluğu ile varsa hatalı ve kusurlu olanların belirtileceğinin” ifade edildiği, idari şartnamenin 53. maddesinde “muayene ve kabul şekil ve şartlarının 4734 sayılı Kanuna göre yapılan ihalelere ait denetim muayene ve kabul yönetmeliği çerçevesinde yapılacağı” belirtildiği, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Denetim, Muayene Ve Kabul İşlemleri başlıklı 11. maddesinde; “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.”, Mal Alımları Denetim Muayene Ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmeliğin Muayene ve kabul komisyonlarının kurulması başlıklı 6. maddesinde; “Yetkili makam tarafından biri başkan, biri işin uzmanı olmak üzere en az üç veya daha fazla tek sayıda kişi ile yedek üyelerden oluşan muayene ve kabul komisyonları kurulur. Ancak, ilgili idarede yeterli sayıda veya işin özelliğine uygun nitelikte uzman personel bulunmaması durumunda, 4734 sayılı Kanuna tabi idarelerden uzman personel görevlendirilebilir.”, Muayenede aranacak hususlar başlıklı 13. maddesinde; “Muayenede aranacak hususlar; ihale dokümanında yazılı şartlardır. Numune alınmak suretiyle kabule konu mallar için malın niteliğine göre yeter sayı ve evsafıta numune alınması ve muhafazası idarenin sorumluluğundadır. Muayeneye sunulan malın önce bütünü incelenerek gerek görülür ise yeter sayıda numunesi



saklı tutulur. Numune, mühürlü durumda, özelliklerinin bozulmasına fırsat vermeden ihale dokümanında belirlenen süre ile alıkonulur.”, Malın veya yapılan işin fiziksel muayenesi başlıklı 16. maddesinde; “Malın veya yapılan işin fiziksel muayenesine başlanmadan önce bir tutanak tutulur. Tutanaklarda muayenenin başlangıcından itibaren inceleme, muayene ve numune alma safhaları özetlenir. İzlenecek yöntem, usul ve sonuç belirtilir. Bu tutanak komisyonca imzalanır ve mevcutsa yüklenici ve/veya vekiline imzalatılır. Muayene aynı günde bitmez ise, yüklenici ve/veya vekiline hazır bulunması için muayenenin devam edeceği gün ve saat tespit edilerek tebliğ edilir.”, Laboratuvar muayeneleri başlıklı 17. maddesinde ise; “Bu işlemlerden sonra alımın niteliğinin laboratuvar muayenesi gerektirmesi halinde laboratuvar muayeneleri yapılarak sonuç hakkında rapor düzenlenir. Laboratuvar muayeneleri, varsa idarenin kendi laboratuvarlarında, yoksa diğer kamu kuruluşlarına ait laboratuvarlarda, bu da mümkün olmaz ise özel laboratuvarlarda yapılır. İdareler ihale dokümanında laboratuvar muayenelerinin kimin tarafından hangi yöntemle yaptırılacağı ile masraflarının kime ait olacağını ve hangi sonucun muteber alınacağını belirteceklerdir.” Hükümlerinin bulunduğu anlaşılmalıdır;

Zarar suçu olarak TCK'nın 236. maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma eylemlerinin maddenin 2. fıkrasının açık düzenlemesi karşısında hileli olarak yapılması gerektiği, hileli davranışlar kavramının ne anlama geldiği konusunda 5237 sayılı TCK'da herhangi bir açıklık bulunmadığı, ancak Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamalarına göre fail tarafından yapılan davranışın hileli olarak kabul edilebilmesi için belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olması, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte bir takım hareketlerin bulunması gerektiğinin kabul edildiği, esasen, hangi davranışların hileli olup olmadığı ve bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği yolunda genel bir kural koymak oldukça zor olmakla birlikte, olaysal olarak değerlendirme yapılması, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen eşyanın nitelikleri ayrı ayrı dikkate alınmak suretiyle sonuca ulaşılması gerektiği nazara alındığında; dosya kapsamına göre, sözleşme, idari şartname, Yasa ve yönetmelik hükümlerine aykırı olarak muayene ve kabul komisyonu oluşturulmadan, malın teslimi sırasında muayene yapıp numune alınmadan, kalorifer görevlisi ve depo-ambar memurunun hazır bulunduğu şekilde yapılan teslim işlemi nedeniyle, sanığın idarenin denetim olanağını ortadan kaldırmadan, ihale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka malı teslim etmesi



*şeklindeki, belirtilen usullere uyulmaması sonucunda gerçekleştirdiği eylemlerinde hileli davranıştan bahsedilemeyeceği cihetle atılı suçun unsurları itibariyle oluşmadığı gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm tesisi,...” bu suçun yasal unsurları belirlenmiştir.*

Aynı şekilde, yüklenici tarafından teslim edilen malın, ihale sözleşmesindeki evsafa olmadığını bilerek kabul eden kamu görevlileri de bu suçun failidirler. İhale kararında ya da sözleşmede gösterilen maldan başka bir malın teslim edilmesi suç olduğu gibi, ihale kararında ya da sözleşmede gösterilen maldan başka bir malın kabulü de suç kabul edilmiştir. İhale kararında ya da sözleşmede belirtilen maldan başka bir malı kabul eden yetkili kamu görevlisi de, fail sıfatıyla edimin ifasına fesat karıştırma suçundan sorumludur. Belirtmek gerekir ki, bu malı kabul eden kimsenin kamu görevlisi olması halinde, maddenin son fıkrasında bu kamu görevlisinin ayrıca bir menfaat de temin etmiş olması halinde yalnızca, edimin ifasına fesat karıştırma suçundan değil; menfaat temini ile ilgili suç nedeniyle de cezalandırılacağını düzenlemiştir. Bu itibarla böyle bir durumla karşılaşıldığında, gerçek içtima kuralları uygulanacaktır. Eğer kamu görevlisi, edimin ifasına fesat karıştırma suçunu işlerken aynı zamanda rüşvet, irtikap gibi suçları da işlemek suretiyle menfaat elde etmişse, ayrıca bu madde hükümleri uyarınca da cezalandırılır<sup>35</sup>. Örneğin, Milli Savunma Bakanlığının açmış olduğu 100.000 kg. tam yağlı koyun peyniri alımı için yapılan ihaleyi kazanan (A) şirketi, ihale sözleşmesinin imzalanmasından sonra, sözleşmede belirtilen tam yağlı koyun peyniri yerine, yarım yağlı koyun peyniri teslim eder ve muayene komisyonu üyeleri de yüklenici şirket yetkilileri ile yapmış oldukları rüşvet sözleşmesi kapsamında bu malın tam yağlı koyun peyniri olduğu yönünde rapor yazarak malı kabul ederlerse, kamu görevlileri hem edimin ifasına fesat karıştırma hem de rüşvet suçundan ayrı ayrı cezalandırılırlar. (TCK'nın 236/3. Maddesi uyarınca) Kamu görevlileri ile rüşvet sözleşmesi yaparak edimin ifasına fesat karıştıran kişi yönünden, gerçek içtima kuralının uygulanacağı yönünde herhangi bir düzenleme olmadığından, yüklenici taraf; TCK'nın 44. Maddesinde düzenleme altına alınan ve genel kural olan fikrî içtima kuralları uyarınca, “edimin ifasına fesat karıştırma” suçu ile “rüşvet verme” suçlarından cezası ağır olan suç bakımından cezalandırılacaktır.

Eyleme suç özelliğini veren, sözleşmede özellikleri belirtilen maldan başka bir malın “teslim edilmesi” veya “kabul edilmesi”dir. Bu şekilde bir teslimle ve/veya kabulü suç tamamlanır. Teslim etme, ihaleyi alan, malı teslim edecek kimse tarafından yapılacak bir eylem iken; kabul

35 Kazancı Eker, s.225



etme, kabule yetkili kimse tarafından yapılabilecek bir eylemdir.<sup>36</sup>

Bu maddede cezalandırılan eylem; hileli hareketle ihale sözleşmesinde belirlenen mal yerine daha kötü evsafa bir malın teslim veya kabulüdür. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu bir zarar suçu olarak düzenlendiğinden ve mal teslim veya kabulünde hileli hareket de suçun maddi unsurunu oluşturduğundan, sözleşmede belirlenen maldan daha iyi ve kaliteli başka bir malın teslim edilmesi sonunda herhangi bir kamu zararı oluşmadığından ve hile de bulunmadığından suç oluşmayacaktır.

**bb. İhale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi.**

TCK md. 236/2-a. bendinde düzenlenen fiil, ihale kararı veya ihale sözleşmesinde belirtilen malın niteliği ile alakalı iken, fıkranın (b) bendinde düzenlenen fiil, malın niceliği yani miktarı konusundadır. Bu iki bent arasındaki fark bundan ibarettir. İhale kararında ya da ihale sözleşmesinde, ihale konusu işin miktarının da belirtilmesi gerekmektedir. Yüklenici kişi veya firma, yüklenmiş olduğu ve ihale kararında ve sözleşmede özellikleri belirtilen edimi, tam ve eksiksiz olarak ifa etmek, yerine getirmek zorundadır. İhale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik bir malı teslim ederse, edimin ifasına fesat karıştırma suçunu işlemiş olacaktır.<sup>37</sup>

İhale kararında/sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim edilmesi halinde, bu malı teslim eden kişi fail sayılacağı gibi, bu şekilde eksik bir malı kabul eden ihale yetkilisi de sorumludur.<sup>38</sup> Örneğin, (X) İli Emniyet Müdürlüğünün açmış olduğu 200.000 Litre euro-dizel mazot ihalesini kazanan şirket sahibi ile Emniyet Müdürlüğü arasında yapılan ihale sözleşmesine bağlı olarak, şirket sahibinin edimini yerine getirmek amacı ile 190.000 Litre euro-dizel mazot teslim ettiği halde, evrâkı 200.000 Litre teslim etmiş gibi gösterdiğinde, TCK'nın 236/2-b. Maddesinde düzenlenen hileli hareketle edimin ifasına fesat karıştırmış olacaktır. Diğer yandan aynı olayda, kabul komisyonunda görev alan kamu görevlileri yapmış oldukları rüşvet sözleşmesine bağlı olarak elde ettikleri menfaat karşılığında eksik teslim edilen malı eksik değilmiş gibi kabul ettiklerinde hem edimin ifasına fesat karıştırma suçunu hem de rüşvet alma suçunu işlemiş olacaklardır.

Diğer yandan, ihale sözleşmesinde belirlenen miktardan daha fazla bir miktarın teslim veya kabul edilmesinde hile ve kamu zararı olmadığından

36 Yaşar/Gökcan/artuç, age, s.6660

37 Kazancı Eker, s.224

38 Kazancı Eker, s.225



edimin ifasına fesat karıştırma suçunun yasal unsurları oluşmaz.

Hiç teslim edilmemiş bir malın teslim edilmiş veya kabul edilmiş gibi gösterilmesi eyleminde, hile ve kamu zararı olduğundan, edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşur.

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

İhale konusu edimin, hangi süre içerisinde bitirileceğinin de ihale kararında ya da ihale sözleşmesinde belirtilmesi zorunludur. İşte ihale kararında ya da ihale sözleşmesinde belirtilen sürede ifa edilmeyen bir edimi, süresinde ifa edilmiş gibi “kabul eden” görevli, edimin ifasına fesat karıştırmaktan sorumlu olacaktır<sup>39</sup>. Burada cezalandırılan eylem, ihale sözleşmesinden kaynaklanan edimin zamanında ifa edilmemesi değil, zamanında ifa edilmeyen edimin sözleşmedeki süresi içinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi ve buna göre işlem yapılmasıdır. Edimin geç ifa edilmesi cezâi anlamda suç olmayıp, hukuki ve cezâi şart olarak tazminat gerektirir sonuçları vardır. Bu fıkrada cezalandırılan eylem, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilemeyen bir edimin, süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesini sağlayarak, yüklenicinin uğrayacağı hukukî sonuçlardan kurtarmaya yönelik hileli hareketlerdir.

Fıkranın (a) ve (b) bentlerinde gösterilen suçun hareket unsurunun aksine, bu (c) bendi yalnızca konusu mal olan ihale ve sözleşmelerde değil, konu sınırlaması yapılmadan her türlü ihale ve sözleşmelerde uygulanabilir niteliktedir. Çünkü madde metninde sadece “edim”den söz edilmiş, bu edimin özelliği ve niteliği konusunda herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. O halde, bentte yer alan suç, her türlü edimi (mal, hizmet veya yapım) ihtiva eden ihale kararları ve sözleşmeler hakkında uygulanacaktır<sup>40</sup>.

Bu eylemde, sadece edimin kabulünden söz edilmektedir. Bu sebeple bu suçun faili, ihale konusu malı kabulü görevlendirilmiş kamu görevlileridir. Malı teslim eden yüklenici kişiler bu suça ancak azmettiren ya da yardım eden sıfatı ile iştirak edebilirler.

Aynı şekilde, ihale sözleşmesi uyarınca taksitler halinde yerine getirilen edimlerin her birinin ödeme zamanı geçtikten sonra ifa edilmesine karşın süresinde ödeme yapılmış gibi kabul edilmesi halinde de bu suçun yasal unsurları oluşur.

Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve

39 Kazancı Eker, s.225

40 Yaşar/Gökcan/artuç, age, s.6662



idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, işin yapılma veya teslim yeri, işin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları konusunda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir.<sup>41</sup> Bu durumda yapılmış olan hareketler edimin ifasına fesat karıştırma eylemini oluşturmaz.<sup>42</sup>

Diğer yandan, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen ihale süresi içinde malın teslim edilmemesi halinde hukukî sonuçların doğmaması ve yüklenici yönünden cezâî şart veya tazminat ödememe yükümlülüğü ancak mücbir sebeplerin bulunması halinde gerçekleşebilir. KİSK md. 10'a göre; **mücbir sebep** olarak kabul edilebilecek haller aşağıda belirtilmiştir:

- a. Doğal afetler.
- b. Kanunî grev.
- c. Genel salgın hastalık.
- d. Kısmî veya genel seferberlik ilânı.
- e. Gerekliğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller.

Süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi gibi durumlar da dahil olmak üzere, idare tarafından yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için;

- a. Yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması,
- b. Taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması,
- c. Yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması,
- d. Mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur.

KİSK'nin 10. Maddesinde şartları belirtilen "**mücbir sebeplerin**" varlığı halinde, ihale kararı veya sözleşmesinde belirlenen süre uzatılabilir. Ancak bu süre uzatımında hile olmadığı için suç unsuru da yoktur.

**dd-) Yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartnâme veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi.**

TCK md. 236/2-d bendinde düzenlenen suç; tamamen **yapım ihalelerine ve sözleşmelerine** yöneliktir. Bu eylemin konusu yapım ihaleleri ve

41 Kazancı Eker, s.225-226; Bkz. Doğanıçit, s.630

42 Kazancı Eker, s.226; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.669



eser sözleşmeleridir. Dolayısıyla, bu bendde düzenlenen fiilin, mal alım veya satımı, hizmet alımı veya kiralama ihalelerinde işlenmesi mümkün değildir.

Yapım, KİK'nun 4. Maddesinde; “Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işlerini,” şeklinde tanımlanmaktadır.

Yapım ihaleleri, bir eserin satın alınmasına yönelik olarak yapılır. Yapım ihalesine çıkılırken, gerek ihale şartnamesinde ve gerekse teknik şartnamede, ihaleye çıkılan eserin vasıf ve mahiyeti, kalite durumu ve diğer tüm özellikleri ayrıntılı bir şekilde belirlenmelidir. Çıkılan yapım ihalesinde, ihaleye konu eserin tüm ayrıntıları ve kullanılacak malzemenin miktarı, kalitesi ve nitelikleri ayrıntılı şekilde gösterilmediği takdirde, ihale; rekabet kurallarına açık, şeffaflık ve denetime elverişli şekilde yapılmadığı için sakat bir ihale yapılmış olacak ve ispatlandığı takdirde eylem ihaleye fesat karıştırma suçuna dönüşecektir. Bu sebeple, bir yapım ihalesine çıkılırken, satın alınmak istenen eserin tüm özellikleri, eserin yapımında kullanılacak malın nitelik ve niceliği ihale şartnamesinde ayrıntılı şekilde gösterilmelidir.

Yapım ihalesi sonunda, ihaleyi kazanan kişi ile eseri yaptırmak isteyen kurum arasında ihale sözleşmesi yapılır. İhale sözleşmesine, ihale şartnamesi ve teknik şartnamede vasıfları gösterilen eserin tüm özellikleri yazılarak, yükleniciden bu eser sözleşmesine uygun nitelik ve nicelikte bir eserin yapılması istenilir.

Yüklenici firma veya kişinin yapım ihalesine bağlı olarak yapmak zorunda olduğu eseri üretirken uymak zorunda olduğu ilkeler KİK'nun 30. maddesinde ayrıntılı olarak gösterilmiştir. KİK'nun 30. maddesi 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 işe başlama tarihinden itibaren kesin kabul tarihine kadar sorumlu olacağı gibi, kesin kabul onay tarihinden itibaren de onbeş yıl süreyle müteselsilen sorumludur. Bu zarar ve ziyan genel hükümlere göre yüklenici ve alt yüklenicilere ikmal ve tazmin ettirilir. Ayrıca haklarında 27 nci madde hükümleri uygulanır.”

Görüldüğü üzere, yükleniciler veya alt yükleniciler, yaptıkları eserin



fen ve sanat eserlerine uygun şekilde yapılması ile hileli malzeme kullanılmaması yönünde hukukî ve cezâî sorumluluk taşımaktadırlar. Bu husus, KİSK'nun 25. ve 27. maddelerinden açıkça anlaşılır.

Ancak şunu belirtmek gerekir ki, yüklenici veya alt yüklenicilerin bu eylemleri, TCK'nun 236/2-d bendinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçunun konusu değildir. Başka bir deyişle bu maddede cezalandırılan kişi veya edim; yapım işlerinde, işe konu olan malzemeyi şartname ve sözleşmede belirtilen şart ve niteliklere uygun olmadan kullanan kişi değil, bu şekilde yapılmış bir eseri kabul eden kamu görevlisinin cezalandırılması istenmektedir.

Bu nedenle de, sözkonusu maddede belirtildiği üzere uygun olmayan malzeme kullanarak bir eser yapan yüklenici müteahhit, ihale konusu edimin ifasına fesat karıştırmayı düzenleyen TCK md. 236'dan doğrudan cezalandırılmayacaktır. Bana göre, TCK'nın 236/2-d bendinde düzenlenen bu eylem özgü bir suç olduğundan yüklenici müteahhit, eseri kabul eden kamu görevlisinin eylemine azmettiren veya yardım eden sıfatı ile iştirak etmekten sorumlu tutulmalıdır.

Ancak bunun aksini savunan görüşler de vardır. Bunlara göre; "yüklenici kişiler bu eylemden dolayı cezalandırılmayacak ve bu durumda eğer şartları varsa, TCK md. 238'de düzenlenen kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçundan sorumluluğu doğabilir.<sup>43</sup> TCK md. 238'de, bir kimsenin taahhüt etmiş olduğu işi yerine getirmemesi yaptırım altına alınmıştır. Ancak bu madde nedeniyle ceza verilebilmesi için, taahhüt edilen işin yerine getirilmemesi suretiyle kamu kurum ve kuruluşları veya kamu hizmeti veya genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu eşya veya besinlerin ortadan kalkmasına veya önemli ölçüde azalmasına neden olunması gerekir<sup>44</sup>. Bu itibarla suçun oluşması için taahhüdün konusunun, resmî daire veya kamu hizmeti veya genel bir felâketin önlenmesi için gerekli besin ve başka eşya olması zorunludur<sup>45</sup>."

TCK md. 236'da yaptırım altına alınmış bulunan fiiller yalnızca, belirtilen niteliklere uygun olmadan yapılmış eseri kabul eden kişinin fiilidir. Bu kişiler genelde ihale sözleşmesinde evsafi belirlenmiş

43 Kazancı Eker, age, s.228; TCK'nın 238. Maddesi " (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 adlî para cezası verilir."

44 Kazancı Eker, age, s.228; Erman/Özek, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar, s. 660.

45 Kazancı Eker, age, s.228; Eşya tabiri, sadece taşınabilir malları ifade eder. Dolayısıyla, doğal afetlerden korunmaya özgü inşaat yapmayı taahhüt edip de, bunu yerine getirmemek suretiyle, bu gibi inşaatla kullanılacak malzemenin eksikliğine yol açan kişi hakkında, bu maddenin uygulanması mümkün değildir. Erman/Özek, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar, s, 660. Maddede eşya denmiş olması nedeniyle, yapım işlerinin bu kapsam da düşünülmemesi yerinde olsa da, bu inşaat için gerekli malzemenin eksikliğine neden olunması, kanaatimizce, suçun oluşması bakımından yeterli olmalıdır.





eseri kontrol ve kabulde görevlendirilmiş, **yapı denetim görevlileri, muayene komisyonu üyeleri ile kabul komisyonu üyeleridir.** Bu husus KİSK'nun 28. ve 31. maddelerinden açıkça anlaşılmaktadır. Yani bu suçun faili olmak için, ihaleye konu eserin yapımı sırasında muayene ve kontrolle veya yapımı bittiğinde, eseri kabul etmekle görevlendirilmiş olmak gerekir. Nitekim Yargıtay 5. CD 05.06.2013 tarih, 2012/4644 esas ve 2013/6190 karar sayılı ilamında; "...5237 sayılı TCK'nun 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 öğretilerde özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın "a" ve "b" bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin, "c", "d" ve "e" bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceğinden, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiğinden, 5237 sayılı TCK'nun 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK'nun 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 katıldığına karar yerinde tartışılması gerekirken, noksan araştırma ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması..." şeklinde karar vererek bu bentte düzenlenen suçun, özgü suç olduğunu karara bağlamıştır.

Bentte düzenlenen suçun oluşabilmesi için, eserin veya kullanılan malzemenin ihale şartnamesi veya sözleşmede belirlenen şartlara, miktar ve niteliklere uygun olmaması yeterli değildir, aynı zamanda hileli davranışlarla, sanki belirlenen şartlara, miktar ve niteliklere uygunmuş gibi kabulü de gerekir. Buradaki hileli davranış, bir eserin veya eserde kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmede belirtilen nitelikte ve miktarda olmadığına bilinmesine karşın, bu belgelerdeki nitelikte veya miktarda olduğuna ilişkin kabulün yapılması şeklinde olur.<sup>46</sup> Bu hususta, kabulde görevlendirilen failin kastı yönünden önemlidir: Örneğin, Etimesgut İlçesinde bulunan bir okulun yapımı için çıkılan ihaleyi kazanan (A) şirketi, ihale şartnamesinde ve sözleşmesinde; inşaatın yapımında 10 mm'lik demir kullanılacağını ve sınıfların zeminin de 12 mm'lik ve (A) sınıfı laminant parke ile döşeneceğini

46 Yaşar/Gökcan/Artuç, age, s.6665-6666



belirtmesine karşın, yüklenici firmanın inşaat yapımında 9 mm'lik inşaat demiri kullandığını ve parkelerin de daha düşük kalitede olan (C) sınıfı laminant parke ile döşendiğini gören “kabul komisyonu üyeleri”, bu hususları tespit ettikleri ve gördükleri halde, müteahhitte yaptıkları rüşvet sözleşmesine dayalı olarak tuttıkları kabul tutanağında bu eksiklikler yokmuş ve eser ihale şartnamesine ve sözleşmesine uygunmuş gibi hareket ettiklerinde ve kabul tutanağı tuttıkları takdirde, kabul komisyonu üyesi olan kişiler hem edimin ifasına fesat karıştırma hem de rüşvet suçundan cezalandırılmaları gerekecektir. (TCK'nın 236/3. maddesindeki özel düzenleme sebebiyle gerçek içtima kuralı uygulanacaktır.) Yüklenici müteahhit de, kabul komisyonunu bu suçlara azmettirdiği için; TCK'nın 40/2. maddesi ve 38. maddesi delaletiyle “edimin ifasına fesat karıştırma” suçundan ve TCK'nın 44 ve 37. maddeleri uyarınca da rüşvet verme suçundan sorumlu tutulacaklardır. Bu hususta henüz Yargıtay içtihadı oluşmamakla birlikte, Ceza Hukukunun genel kuralları çerçevesinde, rüşvet alan bir kişinin karşısında mutlaka rüşvet veren de bulunacağından, rüşvet veren müteahhidin de sorumlu tutulması gerekir. Ancak bu maddede kamu görevlilerine menfaat temin eden kişilerin ayrıca cezalandırılacakları hükme bağlanmadığından, yüklenici tarafın “fıkrî içtima” kuralı çerçevesinde ağır olan eylemden cezalandırılması gerekir. Bu husus, ileride içtima konusunda değerlendirilecektir.

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

TCK md. 236/2-e. bendinde düzenlenen suç; tamamen **hizmet alımı ihalelerine ve sözleşmelerine** yöneliktir. Bu eylemin konusunu sadece hizmet alım ihaleleri veya sözleşmeleri oluşturur. Dolayısıyla, bu bende düzenlenen fiilin, mal alım veya satımı, yapım ve eser ihalelerinde işlenmesi mümkün değildir.

Hizmet, KİK'nun 4. Maddesinde; “*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 kiralınmasını ve benzeri diğer hizmetleri,* <sup>47</sup>” şeklinde tarif edilir.

47 20/11/2008 tarihli ve 5812 sayılı Kanunun 2 nci maddesiyle; bu tanımda yer alan “mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadastro, imar uygulama, her ölçekte imar planı” ibareleri metinden çıkarılmıştır.



Hizmet niteliğindeki edimlerle ilgili muayene ve kabul işlemlerinin ne şekilde yapılacağı Hizmet Alımları Muayene Ve Kabul Yönetmeliğine göre yapılır. Yönetmeliğin 5. maddesine göre, hizmet kabulleri, üç kişilik komisyonlar tarafından yapılacaktır.<sup>48</sup>

Hizmet alım ihalesi sonunda, ihaleyi kazanan kişi ile hizmeti almak isteyen kurum arasında ihale sözleşmesi yapılmaktadır. İhale sözleşmesine, ihale şartnamesinde vasıfları gösterilen hizmetin tüm özellikleri yazılarak, yükleniciden hizmet sözleşmesine uygun nitelik ve nicelikte bir hizmet vermesi istenip beklenmektedir.

Yüklenici firma veya kişinin hizmet ihalesine bağlı olarak yapmak zorunda olduğu hizmeti sunarken uymak zorunda olduğu ilkeler KİSK'nun 34. maddesinde ayrıntılı olarak belirlenmiştir. KİSK'nun 34. Maddesi 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 27 nci madde hükümleri uygulanır.”*

Görüldüğü üzere, hizmet sunucularının, taahhütleri çerçevesinde kusurlu veya standartlara uygun olmayan malzeme seçmesi, vermesi veya kullanması, tasarım hatası, uygulama yanlışlığı, denetim eksikliği, taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirilmemesi ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan doğrudan sorumludurlar. Bu maddede belirlenen yükümlülükler aykırı davranışlar hukukî ve cezâî sorumluluk gerektirir. Bu husus KİSK'nun 25. ve 27. maddelerinden açıkça anlaşılmaktadır.

Hizmet sunucularının hukukî ve cezâî sorumluluk gerektiren bu eylemleri, TCK md. 236/2-e. bendinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçunun konusu değildir. Başka bir deyişle bu maddede cezalandırılan kişi veya edim; hizmet sunumunu ihale şartname ve sözleşmesinde belirtilen şartlara, niteliklere uygun yerine getirmeyen yüklenici kişi değil, anılan şekilde sunulmuş bir hizmeti kabul eden kamu görevlisinin cezalandırılması istenmektedir.

Bu nedenle de, söz konusu maddede belirtildiği üzere, edime konu hizmet; ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen ihale kararına veya sözleşmeye uygun şekilde sunulmuş gibi kabul edilmesi cezalandırılmaktadır. Bu eylemin

48 Yaşar/Gökcan/Artuç, age, s.6667



doğrudan faili; sunulan hizmeti kontrol ve denetlemekle görevlendirilmiş, muayene komisyonu üyeleri ile kabul komisyonu üyeleridir.

İhale kararına veya sözleşmesine uygun olmayan veya eksik verilen hizmeti sunan kişi, ihale konusu edimin ifasına fesat karıştırmayı düzenleyen TCK md. 236'dan doğrudan cezalandırılmayacaktır. Bize göre, TCK'nın 236/2-e. bendinde düzenlenen bu eylem özgü bir suç olduğundan hizmeti niteliksiz veya eksik sunan kişi, kabul eden kamu görevlisinin eylemine azmettiren veya yardım eden sıfatı ile iştirakten sorumlu tutulmalıdır.

Ancak bunun aksini savunan görüşler de vardır. Bunlara göre; "yüklenici kişiler bu eylemden dolayı cezalandırılmayacak ve bu durumda şartlar varsa, TCK md. 238'de düzenlenen kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçundan sorumluluğunun doğması mümkündür<sup>49</sup>. TCK md. 238'de, bir kimsenin taahhüt ettiği işi yerine getirmemesi yaptırım altına alınmıştır. Ancak bu maddeye göre ceza verilebilmesi için, taahhüt edilen işin yerine getirilmemesi suretiyle kamu kurum ve kuruluşları veya kamu hizmeti veya genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu eşya veya besinlerin ortadan kalkmasına veya önemli ölçüde azalmasına neden olunması gerekmektedir<sup>50</sup>. Bu itibarla suçun oluşması için taahhüdün konusunun, resmî daire veya kamu hizmeti veya genel bir felâketin önlenmesi için gerekli besin ve başka eşya olması zorunludur."

TCK md. 236'da yaptırım altına alınmış bulunan fiiller yalnızca, İhale kararına veya sözleşmesine uygun olmayan veya eksik verilen hizmeti kabul eden kimsenin fiilidir. Bu kişiler genelde ihale sözleşmesinde nitelikleri belirlenmiş hizmetin sunumunu kontrol ve kabulle görevlendirilmiş, muayene komisyonu üyeleri ile kabul komisyonu üyeleridir. Bu husus KİSK 28. maddesinden açıkça anlaşılmaktadır. Yani bu suçun faili olmak için, ihaleye konu hizmetin sunumu sırasında muayene ve kontrolle veya kabul etmekle görevlendirilmiş olmak gerekir. Nitekim Yargıtay 5. CD 20.05.2013 tarih ve 2012/4510 esas ve 2013/5385 karar sayılı ilamında; "...5237 sayılı TCK'nın 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimsiz hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasanın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığı, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de

49 Kazancı Eker, age, s.228; TCK'nın 238. Maddesi " (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."

50 Kazancı Eker, age, s.228; Erman/Özek, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar, s. 660.



*madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın “a” ve “b” bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin, “c”, “d” ve “e” bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, bu itibarla 5237 sayılı TCK’nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK’nın 236/2-e maddesi uyarınca ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri gözetilerek yapılan incelenmede;..” şeklinde karar vererek bu bentte düzenlenen suçun özgü suç olduğunu ve ancak ihale sözleşmesinin edimi sırasında görevlendirilmiş kişiler tarafından işlenebileceğini karara bağlamıştır.*

Bu bendde düzenlenen suçun oluşabilmesi için; ihale şartnamesi veya sözleşmede belirlenen hizmetin bu sözleşme veya ihale şartnamesinde belirtilen şartlara ve niteliklere uygun olmaması yeterli değildir, aynı zamanda hileli davranışlarla, sanki belirlenen şartlara, miktar ve niteliklere uygunmuş gibi kabulü de gerekir. Buradaki hileli davranış, hizmetin sunumunda kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmede belirtilen nitelikte ve miktarda olmadığına bilinmesine karşın, ~~bu~~ belgelerdeki nitelikte veya miktarda olduğuna ilişkin kabulün yapılması şeklinde olur.<sup>51</sup> Bu hususta, kabulü görevlendirilen failin kasdının tespiti yönünden önemli ve gereklidir. Örneğin, Ankara Adliyesinin temizlik ihalesini kazanan (A) şirketi, ihale şartnamesinde ve sözleşmesinde; temizlik hizmetinin en az otuz kişi ile yerine getirileceği ve temizlikte kullanılan malzemelerin 1. Sınıf malzeme ile yerine getirileceği hususu karara bağlanmasına karşın; yüklenici firmanın hizmet sunumunu 20 kişi ile yapmaya çalışması, temizlik malzemelerinin 2. Sınıf kalitede olması ve temizliğin yeterince yapılamaması sebebi ile aksamaların meydana geldiğinin tespit edilmesine karşın, müteahhitle yaptıkları rüşvet sözleşmesine dayalı olarak tuttıkları kabul tutanağında bu eksiklikler yokmuş ve hizmet sunumunun ihale şartnamesine veya sözleşmesine uygun sunuluyormuş gibi gösterdikleri takdirde, kabul komisyonu üyesi olan kişiler hem edimin ifasına fesat karıştırma hem de rüşvet suçundan cezalandırılmaları gerekir.(TCK’nın 236/3. maddesindeki özel düzenleme sebebiyle gerçek içtima kuralı uygulanacaktır.) Yüklenici kişi de kabul komisyonunu bu suçlara azmettirdiği için; TCK’nın 40/2. maddesi ve 38. maddesi delaletiyle “edimin ifasına fesat karıştırma” suçundan ve TCK’nın 44 ve 37. maddeleri uyarınca da rüşvet verme suçundan

51 Yaşar/Gökcan/Artuç, age, s.6665-6666



sorumlu olacaklardır. Bu hususta Yargıtay içtihadı henüz oluşmamakla birlikte, Ceza Hukukunun genel kuralları çerçevesinde, rüşvet alan bir kişinin karşısında mutlaka rüşvet veren de bulunacağından rüşvet veren müteahhidin de sorumlu tutulması gerekecektir. Ancak TCK'nın 236/3. maddesinde kamu görevlilerine menfaat temin eden kişilerin ayrıca cezalandırılacakları hükme bağlanmadığından, yüklenici taraf, fikrî içtima kuralı çerçevesinde ağır olan eylemden sorumlu tutulabilir. Bu husus da ileride içtima konusunda değerlendirilecektir.

## V. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu kasden işlenebilir. Taksirli şekilden sözedilmemiştir. Bu yüzden failin bilgisizliği, tedbirsizliği veya dikkatsizliği sonucu meydana gelen aksaklıklar müsned suçu oluşturmaz.<sup>52</sup>

Genel kastla işlenir. Kişinin edimin ifasına fesat karıştırmayı bilerek ve isteyerek yapması gerekli ve yeterlidir. Dolayısıyla suçun gerçekleşebilmesi için fail, bir kamu ihalesi sonucunda, taahhüdü altına girdiği edimi yerine getirirken bir takım hileli hareketlerle, edimin ifasına fesat karıştırma fiilini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmelidir. Suçun oluşması için kanun koyucu, özel bir kast aramamış, genel kasdın varlığını yeterli görmüştür.<sup>53</sup>

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu açısından genel kasdın, suçu oluşturan hareketlerin gösterildiği her bir bent açısından incelenirse;

**(a)** bendinde teslim veya kabul edilen malın ihale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen mal olmadığını bilmeyi ancak hileli hareketlerle başka bir malın teslim veya kabul edilmesini,

**(b)** bendinde teslim veya kabul edilen malın, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik mal olduğunu bilmeyi ve buna rağmen hileli hareketlerle bu eksik malı teslim veya kabul edilmesini,

**(c)** bendinde edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmediğini bilmeyi ve buna rağmen hileli hareketlerle edimin süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesini,

**(d)** bendinde yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmadığını bilmeyi ve buna rağmen hileli hareketlerle eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygunmuş gibi kabul edilmesini,

52 Artuç/Gökçen/Yenidünya, Ceza Özel Hükümler, s.670

53 Kazancı Eker, age, s.230



(e) bendinde ise, hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesini bilmesine ve tespit etmesine rağmen hileli hareketlerle hizmetin ihale şartnamesine veya sözleşmesine uygun verilmiş gibi kabul edilmesini istemeyi

gerektirir.<sup>54</sup>

## VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

### A. Teşebbüs

TCK'nun 236. maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma, sırf hareket suçudur. Bu bakımdan suçun icra hareketleri kısımlara bölünebildiği takdirde teşebbüs mümkündür.<sup>55</sup> Hareket yapıldıktan sonra ayrıca bir zararın meydana gelmesine gerek yoktur. Bu bakımdan da kural olarak teşebbüse elverişli bir suç değildir<sup>56</sup>.

Maddede sayılan hareketlerden örneğin, ihale kararında veya sözleşmede, evsâfi belirtilen maldan başka bir malın hileli olarak teslim veya kabul edilmesi ânında suç tamamlanmış olacaktır. Diğer bir hareket şekli olan ihale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın hileli olarak teslimi veya kabulü edilmesi ile de suç tamamlanmış olacaktır. Aynı şekilde, edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi ânında suç tamamlanmış olur. Yapım ihalelerinde de eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi ile birlikte suç tamamlanmıştır. Hizmet niteliğindeki edimlerde edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabulüyle suç tamamlanmıştır. Görüldüğü üzere kanunda, herhangi bir zararın gerçekleşmiş olması aranmamıştır. Bu nedenle hareketin gerçekleşmesi suçun oluşumu açısından yeterlidir. Bir zarar gerçekleşmiş olması gerekmemektedir.<sup>57</sup>

Ancak neticesi harekete bitişik suçlarda da hareketin kısımlara bölünebildiği durumlarda da yine teşebbüs gerçekleşebilir. Örneğin, suçun hareketlerinden birisi olan ihale kararında veya sözleşmede evsâfi belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi fiilinde fail, başka bir malı teslim ederken yakalanmış olursa icra hareketleri kısımlara bölünebildiği için teşebbüs mümkündür.<sup>58</sup>

54 Yaşar/Gökcan/Artuç, age, s.6668

55 Artuç/Gökcan/Yenidünya, Ceza Özel Hükümler, s.671

56 Kazancı Eker, age, s.230; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 411; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s, 444.

57 Kazancı Eker, age, s.230

58 Kazancı Eker, age, s.230-231



Yargıtay 5. CD vermiş olduğu 30.05.2013 tarih, 2012/4554 esas ve 2013/5956 karar sayılı ilamında“...Lapseki Adliyesinde kullanılmakta olan Panasonic marka FP-7830 model fotokopi makinesinin Durum, Developer PM Kit, Heat Roller ve Fuser Dişlisi parçalarının değiştirilmesi işinin 4734 sayılı Yasanın 22/d maddesi uyarınca doğrudan temin yöntemiyle sanığın sahibi olduğu Öz Kale Ofis Sistemleri Pazarlama ve Servis Hizmetleri Şirketine verildiği, muayene ve kabul aşamasında muayene ve teslim alma komisyonunca seçilen bilirkişi tarafından yapılan inceleme sonucu Durum, Developer, Heat Roller ve Fuser Dişli parçalarının fason malzemelerle değiştirildiği, ayrıca PM Kit isimli malzemede sadece Cleaning Blade ve Cleanig web isimli malzemelerin değiştirildiği, diğer parçaların hiçbirisinin değiştirilmediğinin tespit edilmesi üzerine 02/10/2006 tarihli kararla Muayene ve Teslim Alma Komisyonunca satın alma işleminin iptaline karar verildiği, İstanbul Başsavcılığı aracılığı ile anılan malzemeler üzerinde yaptırılan bilirkişi incelemesine göre, değiştirilen 4 adet parçanın fason imalat olduğu, ömürlerinin kısa ve kullanımlarının zor olduğunun belirlendiği, 17/03/2008 tarihinde üç kişilik bilirkişi heyetinden alınan rapora göre de incelemeye konu developer parçalar hariç hiçbirinin orijinal parçalar olmadığı, incelenen parçaların alımı yapılması düşünülen parçaların tamamını teşkil etmediği, PM Kit olarak adlandırılan parça takımının muhteviyatının eksik olduğunun belirtilmesi karşısında, sanığın ihale kararında ve sözleşmede evsafı belirtilen maldan eksik malzeme teslim etmeye çalıştığı, ancak Muayene ve Teslim Alma Komisyonunca gerekli muayene ve kabul işlemleri 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 suçun teşebbüse elverişli olduğunu açıkça ortaya koymuştur.

## B. İştirak

TCK'nın 236. maddesinde düzenlenen suça iştirakin her türlü mümkündür, iştirak yönünden herhangi bir özellik arzetmez, genel hükümler uygulanır.<sup>59</sup> Bu suça, edimin hileli şekilde teslimi veya kabulüne kadar iştirak mümkündür.

TCK md. 236/2. fıkrasında düzenlenen hileli hareketlerin ayrı ayrı incelenmesinde ve bu suçlara iştirakin ne şekilde mümkün olduğunun ayrı ayrı gösterilmesinde fayda vardır. Bu maddede tahdîdî olarak sayılan hileli hareketlerin özgü suç olup olmadığının tespiti ve buna göre de iştirakin ne şekilde gerçekleşebileceğinin çözümü gerekir. Hileli

59 Yaşar/Gökcan/Artuç, age, s.6669; Artuç/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi,Cilt 5(2009), s.4612





hareketlere bakıldığında 2. fıkranın (a) ve (b) bentlerindeki eylemlerde “teslim eden” ve “kabul eden” faillerden söz edilmekte iken, 2. Fıkranın (c-d-e) bentlerinde ise sadece “kabul eden” failden söz edilmektedir.

TCK'nın 236/2 (a-b) bendlerinde düzenlenen eylemleri hem ihaleye konu edimi teslim eden kişi hem de kabul eden kişi işleyebileceğinden; teslim eden fail ile kabul eden failin suçuna iştirakin ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

TCK'nın 236/2(a-b) bendlerinde düzenlenen hileli hareketlerle edime konu malı teslim eden failin suçuna her türlü iştirak mümkündür. Ancak, bu iki fıkrada düzenleme altına alınan hileli hareketle edimi kabul eden failerin kamu görevlisi olmaları gerektiğinden bu suç özgü suç niteliğindedir. Diğer kişilerin, TCK'nın 236/2 (a-b) bendlerinde düzenlenen edimleri kabul eden failer kamu görevlisi olduğundan bu suçlara, TCK'nın 40/2. maddesi uyarınca ancak ya azmettiren ya da yardım eden sıfatı ile iştirak edebilir. İştirak hususunda 5. CD'nin istikrar kazanan içtihatları da bu yöndedir. Nitekim 5. CD verdiği 11.06.2013 tarih, 2012/7220 esas ve 2013/6446 karar sayılı ilamında; “...5237 sayılı TCK'nın 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anulan Yasanın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığından, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın “a” ve “b” bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin, “c”, “d” ve “e” bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceğinden, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiğinden, 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK'nın 236/2-d maddesi uyarınca 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 sanıkların suça ne şekilde katıldığına karar yerinde tartışılması gerekirken, noksan araştırma ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması,...” şeklinde değerlendirmede bulunarak, edimin ifasına fesat karıştırma suçuna ne şekilde iştirak edilebileceğini açıklamıştır.

Yukarıdaki içtihatta da açıklandığı üzere, TCK md. 236/2-c-d-e. bendlerinde düzenlenen hileli hareketleri ancak edimleri kabulle



görevlendirilmiş kamu görevlileri işleyebileceğinden, bu suçlar özgü suç niteliğindedir ve TCK'nın 40/2. maddesi uyarınca ancak azmettiren ya da yardım eden sıfatı ile iştirak olunabilir.

### C. İçtima ve Teselsül

**İçtima ile ilgili özel bir düzenleme TCK md. 236/3. fıkrada yer almaktadır. Buna göre;** “Edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükümlerine göre cezalandırılırlar”. **Bu hükmün gerekçesinde;** “Maddenin üçüncü fıkrasına göre, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, kamu görevlilerinin ve sair kişilerin bir menfaat temin etmiş olmaları gerekli değildir. Aksi takdirde, yani edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin edilmiş olması halinde, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre ceza sorumluluğu cihetine gidilir.” denilmiştir. Edimin ifasına fesat karıştırılması suretiyle herhangi bir menfaat temin eden kamu görevlisi, örneğin, irtikâp (TCK md. 250) veya rüşvet (TCK md. 252) suçlarından ayrıca cezalandırılacaklardır<sup>60</sup>.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu işlenirken, gerek malı teslim eden yüklenici taraf ve gerekse mal, hizmet veya yapım eserini kabul eden kamu görevlileri hileli harekette bulunurken hileyi gizlemeye yönelik olarak resmi veya özel bir evrakta sahtecilik yaparlarsa, TCK'nın 212<sup>61</sup>. maddesi delaletiyle, hem edimin ifasına fesat karıştırma suçundan hem de evrakta sahtecilik suçundan sorumludurlar.

Yine bu suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, TCK'nın 220/4. maddesi uyarınca hem örgüt suçundan hem de edimin ifasına fesat karıştırma suçundan fail cezalandırılacaktır.<sup>62</sup>

TCK'nın 236/3. fıkrasında “Edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükümlerine göre cezalandırılırlar” şeklinde bir düzenleme vardır. Bu düzenleme karşısında; hileli bir harekette bulunarak edimin ifasına fesat karıştıran kamu görevlisi, bu kabul sebebi ile menfaat temin etmişse, fiilinin niteliğine göre, irtikâp ya da rüşvet suçu uyarınca da ayrıca cezalandırılması gerekir. Başka bir ifadeyle, bu özel düzenleme sebebi ile fikrî içtima yerine, gerçek içtima kuralları uygulanacaktır.

TCK'nın 236/3. fıkrasının menfaat temin ederek edimin ifasına fesat karıştıran sanık hakkında gerçek içtima kuralı uyarınca ceza verileceği hususunda tartışma ve şüphe bulunmamaktadır. Burada tartışılması gereken husus, ihale şartnamesi veya sözleşmesine uygun mal, hizmet

60 Artuç/Gökçen/Yenidünya, Ceza Özel Hükümler, s.671

61 Madde 212- (1) Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükümlenir.

62 Yaşar/Gökcan/Artuç, age, s.6670



veya eser üretemeyen yüklenicinin, buradaki sorumluluktan kurtulmak amacı ile edimin kabulünde görevli faillerle yaptığı rüşvet sözleşmesi veya irtikap eylemleri sonunda karşı tarafa menfaat temin etme eyleminden sorumlu olacak mıdır? Bu husus, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, Ceza Hukukunun genel hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Edimin ifasına fesat karıştırmak isteyen yüklenici, edimi muayene veya kabulde görevlendirilmiş kamu görevlileri ile rüşvet sözleşmesi yaparak karşı tarafa menfaat temin etmekle, hem rüşvet verme suçunu hem de edimin ifasına fesat karıştırmaya suçunu işlemiş olmaktadır. Yükleniciler yönünden TCK'nın 236/3. maddesinde özel bir düzenleme olmadığına göre, TCK'nın 44. maddesinde düzenleme altına alınan fikrî içtima kuralına gidilecek ve sanık sadece müeyyidesi ağır olan eylemden cezalandırılacaktır. Yüklenici kişiler yönünden, genel kural olan fikrî içtimayı ortadan kaldıran, özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

Edimin ifasına fesat karıştırmaya suçu, TCK'nın 43/3. Maddesindeki istisna suçlardan olmadığından, aynı suç işleme kararlılığı altında ve farklı zamanlarda hileli hareketlerde bulunulması halinde, TCK'nın 43/1. Maddesi uyarınca zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Örneğin, bir hizmet ihalesinde, hizmet sunumunu kabulde görevlendirilmiş kamu görevlileri farklı zamanlarda eksiklikleri tespit ettikleri halde, eksiklik yokmuş gibi tutanak tutmaları halinde zincirleme suç hükmü uygulanır. Bir başka örnek, bazı mal ihalelerinde mal, ilgili kurum veya kuruluşa taksitler halinde teslim edilebilir. Bu taksitli ödemelerin birkaçında ihale şartnamesine veya sözleşmesine uygun nitelik veya nicelikte mal teslimi yapılmadığı ve kabul komisyonu üyeleri de bu eksiklikleri her seferinde tespit ettikleri halde, tüm teslimlerin uygun yapılmış gibi kabul tutanağı tutulması halinde de bu suçun failleri olan ~~hem~~ malı hileli hareketlerle teslim eden kişi ile malı teslim alan kamu görevlileri hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

## VII. YAPTIRIM

Edimin ifasına fesat karıştırmaya suçunun düzenlendiği TCK'nın 236/1. maddesi uyarınca öngörülen ceza; üç yıldan yedi yıla kadar hapisliktir. Mahkemeler 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 ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki, gözönünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler. (TCK'nın 61/1. Maddesi)

Suçun bir tüzel kişinin yararına işlendiği hallerde, bu tüzel kişi hakkında tüzelkişilere özgü güvenlik tedbiri uygulanacaktır (md. 60, 242).



Yukarıda arz ve izah edilen nedenler gözetilerek TCK hükümleri **doğrultusunda** uygulama yapılarak belirlenen sonuç hapis cezası iki yıl ve daha az ise, mahkeme, öncelikli olarak CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması hususunu değerlendirecektir. Mahkeme yaptığı değerlendirme sonunda, CMK'nın 231/6. Maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verirse, CMK'nın 231/7. Maddesi uyarınca artık hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi veya ertelenmesi hususuna giremeyecektir. Mahkeme hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verdiği takdirde; şayet verilen sonuç hapis cezası bir yıl veya daha az süreli ise, (diğer bir anlatımla TCK md. 49/2. fıkrası uyarınca hapsin kısa süreli olması halinde); hapis cezasını 50. maddede yazılı adli para cezasına veya diğer seçenek yaptırımlara hükmedebilecektir. (TCK'nın 50/1-f maddesinde düzenlenen kamuya yararlı bir işte çalışma cezasına çevrilme hususunda sanığın gönüllü olup olmadığı sorulmalıdır.). Diğer yandan, 50. maddenin 3. fıkrası uyarınca fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkum edildiği bir yıl daha az süreli hapis cezalarının, 1. fıkroda yazılı seçenek yaptırımlarından birine çevrilmesi zorunludur.

Yalnızca hapis cezasının ertelenebileceği, adli para cezasının ertelenemeyeceği cihetle, hükmedilen ceza iki yıl veya daha az süreli hapis cezası olması ve TCK md. 51/1. Fıkra (a) ve (b) bentlerinde yazılı koşulların gerçekleşmesi halinde cezanın ertelenebileceği, cezanın ertelenmemesi halinde, hapis cezasına mahkumiyetin sonucu olarak, sanık hakkında ayrıca 53. maddenin 1. fıkrasında yazılı hak yoksunluğunun söz konusu olacağı, ancak bu hak yoksunlukları hapis cezasının doğal sonucu olması nedeniyle, ayrıca bu hususa hükümde yer verilmesinde zorunluluk bulunmamaktadır.

Ancak, kamu görevlilerinin bu suçtan mahkumiyetleri halinde, TCK'nın 53/5. maddesi uyarınca cezanın infazından sonra başlamak üzere, verilen sonuç hapis cezasının yarısından bir katına (cezanın kendisi kadar) kamu görevi üstlenmelerinin yasaklanmasına karar verilmesi gerekir. Bu hususta hüküm kurulmaması halinde, aleyhe temyiz yoksa sanıklar yönünden kazanılmış hak olmakta ve bu husus infaz aşamasında res'en nazara alınmamaktadır.

TCK'nın dışındaki diğer kanunlarda edimin ifasına fesat karıştırma suçundan dolayı mahkûmiyet halinde, belli bir takım hakların kullanılmayacağına dair hükümler bulunmaktadır. Örneğin Anayasanın 76. maddesinin 2. fıkrasında ve Milletvekili Seçimi Kanununun 11. maddesinin "f" bendinin 1 numaralı alt bendinde, aralarında edimin



ifasına fesat karıştırma suçunun da yer aldığı kimi suçlardan mahkûm olanların milletvekili seçilemeyeceği, milletvekili seçilme yeterliliğini kaybedecekleri kabul edilmiştir. 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca edimin ifasına fesat karıştırma suçunu işleyenler bir siyasi parti üyesi olamazlar.

Ayrıca edimin ifasına fesat karıştırma suçundan mahkûm olan yüklenici ve kamu görevlileri hakkında KİSK md. 27, 28, 30 ve 31. uyarınca ayrıca ihaleye katılamama gibi hak mahrumiyetlerine de karar verilmelidir. Bunun yanında kamu görevlilerinin disiplin cezalarına ve tazminat hükümlerine maruz kalacakları ve belli kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapamayacakları da gözardı edilemez.

### **VIII. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ**

Bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması, “ihaleye fesat karıştırma” suç gibidir. Burada da ihaleye fesat karıştırma suçunun soruşturulması ve kovuşturulması bölümündeki bilgilere atıf yapılmakla birlikte bazı farklılıkların belirtilmesinde de fayda vardır.

TCK'nın 236. maddesinde düzenlenen suçun takibi şikâyete bağlı değildir, re'sen takibi gerekir. C. Savcıları, kamu kurum veya kuruluşlarının ihale kararı veya sözleşmesine dayalı olarak aldıkları bir mal, hizmet, eser gibi şeylerin edimine fesat karıştırıldığı yönünde herhangi bir delil hatta şüphe gördükleri an, CMK'nın 161. maddesindeki yetkilerini kullanarak bu hususu doğrudan adli soruşturma konusu yapabilir ve bu hususta delil toplayabilirler.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, bir diğer yönüyle de herkes tarafından işlenebilen suçlardan olduğu için, genel soruşturma usulüne göre soruşturulur. Ancak, suçun işlenmesine kamu görevlilerinin iştiraki durumu biraz farklılık arzeder.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu; kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alımlarına ya da kiralamalara veya yapım ihalelerine yönelik olarak yerine getirilen edimin “teslimi” veya “kabulü” sırasında hileli hareketlerle fesat karıştırmakla işlenebildiğinden, bu suçları kamu görevlisinin görevinin ifası sırasında ve görevinin ifasıyla ilgili olarak işlemesi durumunda bu suç bakımından 4483 sayılı Kanunun uygulanması gerektiği düşünülebilir.

Ancak 4483 sayılı kanun, 2. maddesinin 1. fıkrasında “suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır” değinildiği için, inceleme konusu suç bakımından 19.04.1990 tarih ve 3628 sayılı “Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu” hükümleri geçerlidir.



3628 sayılı kanununun 17/1. Maddesi uyarınca, edimin ifasına fesat karıştırma suçuna yönelik soruşturma ve kovuşturma, idârî mercilerden soruşturma ve kovuşturma izni alınmadan doğrudan yapılacaktır<sup>63</sup>. Nitekim Yargıtay 5. CD 05.06.2013 tarih, 2012/4644 esas ve 2013/6190 karar sayılı ilamında; “...*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, 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 karar vererek, bu suçun soruşturmasının C. Savcılarınca doğrudan yapılacağını hükme bağlamıştır.

Buna göre suç haberi alan savcılık, doğrudan soruşturmaya başlamakla birlikte, suçun faillerinden birisinin kamu görevlisi olması halinde durumu, memurun mensup olduğu daireye de haber verecektir. Ancak, kamu görevlisi hakkında yürütülen soruşturma gizli olduğundan ve sanığın çalıştığı kuruma suçun ihbar edilmesi halinde delillerin karartılması olasılığı bulunduğundan; daireye haber vermeden önce önemli görülen delillere el konulması ve toplanması ayrıca daireye yapılan bildirimde ihbarın gizli olduğunun belirtilmesi soruşturmanın sağlıklı yürütülmesi açısından faydalı olacaktır. Savcılık, yaptığı soruşturma neticesinde yeterli delil mevcut olduğu takdirde dava açacak, aksi halde takipsizlik kararı verecektir.

Ayrıca, inceleme konusu suçla ilgili olarak ihbarların doğrudan Cumhuriyet Başsavcılıklarına yapılacağı, ihbar üzerine bir ihbar tutanağı düzenlenerek bir örneğinin muhbire verileceği, ancak acele ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde tutanak düzenlenmesinin sonraya bırakılabileceği, yapılan ihbar veya takipsizlik kararı ve iddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığınca, Maliye Bakanlığı Baş Hukuk

63 3628 sayılı kanununun 17. maddesinin 2. fıkrasında, müsteşarlar, vali ve kaymakamlar hakkında birinci fıkra hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmektedir. Ayrıca 3628 sayılı kanununun 17/3. Fıkrasında “Görevleri veya sıfatları sebebi ile özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olan sanıklarla ilgili kanun hükümleri saklıdır.” Düzenlemesi getirilerek bazı kamu görevlileri yönünden de 3628 sayılı yasanın 17/1. Maddesi uyarınca doğrudan soruşturma yapılamayacağını belirtmektedir.



Müşavirliği ve Muhakemât Genel Müdürlüğü ile varsa diğer ilgili kamu kurum veya kuruluşlarına bildirilmesi, 3628 sayılı Kanunun değişik 18. maddesinin hükmü gereğidir.

Diğer taraftan, Cumhuriyet Savcısı soruşturmaya başladığında, haksız mal edinildiği ve haksız edinilen malın kaçırıldığı yolunda delil ve emmâre elde ettiği takdirde 3628 sayılı Kanun md. 19/2. fıkrası uyarınca **sanıktan ve sanığın ikinci dereceye kadar kan ve sihrî hısımları ile gelini ve damadından mal bildiriminde bulunmalarını ister. Bu istemin sanığa ve diğer ilgililere ulaştığı tarihten itibaren yedi gün içerisinde mal bildiriminde bulunmalarının zorunlu olduğu, müfettiş veya muhakkik tarafından yapılması halinde de, bu görevlilerin aynı yetkilere sahip buldukları, ayrıca Cumhuriyet Savcısı tarafından kamu davası açılmadan önce, haksız edinildiği yolunda delil ve emmâre elde edilen para veya mal ile ilgili tedbirin alınmasını görevli mahkemeden veya para veya malın bulunduğu hukuk mahkemesinden isteyebileceği anılan hükmün zorunlu sonucudur.**<sup>64</sup>

Ülkemizde yapılan yolsuzluk soruşturmalarının en büyük eksiği, 3628 sayılı Kanun md. 17’de sayılan, yolsuzluk suçları ile ilgili soruşturma yapılırken, aynı faillerin haksız mal edinip edinmedikleri yönünde herhangi bir araştırma ve soruşturma yapılmamasıdır. Oysa edimin ifasına veya ihaleye fesat karıştırma, zimmet, rüşvet veya irtikap ve benzeri yolsuzluk suçlarını işleyen kamu görevlilerinin haksız mal edinip edinmediklerinin ayrı bir soruşturma ile incelenmesi gereklidir. 3628 sayılı Yasanın getiriliş gayesi hem yolsuzluktan kaynaklanan suçlarla daha iyi mücadele etmek hem de haksız edinilen mal ve paraların tespitinin yapılarak müsaderesine karar verilmesini sağlamaktır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile ilgili soruşturma yapılırken, CMK md. 128/1. fıkra uyarınca “el koyma” tedbirine başvurulabilir. Çünkü, CMK’nın 128. maddesinde katalog şeklinde sayılan suçlar içinde edimin ifasına fesat karıştırma suçu da bulunmaktadır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile ilgili soruşturma yapılırken, CMK’nın 135, 139 ve 140. maddelerinde sayılan katalog suçlar içinde edimin ifasına fesat karıştırma suçu bulunmadığından, iletişimin denetlenmesi yolu (CMK md. 135), gizli soruşturmacı (CMK md. 139) ile veya teknik takip yolu (CMK md. 140) ile delil toplanamayacaktır.

Ancak, suçun örgüt kapsamında işlendiğine dair delil ve emmâreler var ise, iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik takip yolu ile de delil toplanabilecektir.

64 Baytemir, Erdal, age, s.61-62; Akçin, İhsan, age, s.117.



## **IX. GÖREVLİ MAHKEME**

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun md. 11 uyarınca; edimin ifasına fesat karıştırma suçunun yargılanmasında asliye ceza mahkemesi görevlidir.

## **X. DAVAYA KATILMA**

Edimin ifasına fesat karıştırma suçlarında davaya katılma ihaleye fesat karıştırma suçundaki gibidir. Burada kısaca şu hususlar da ilave edilebilir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu yönünden, katılma hususunda dikkat edilmesi gereken husus; 3628 sayılı Kanun md. 18/2. fıkra uyarınca yasada düzenleme altına alınan suçların mutlaka kamu görevlisinin çalıştığı ilgili kuruma ve Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemât Genel Müdürlüğü'ne bildirilmesi ve davanın ihbar edilmesi gerektiği hususudur. Fıkra hükmü şöyledir; *“Yukarıdaki fıkraya göre yapılan ihbar veya takipsizlik kararı ve iddianame Cumhuriyet başsavcılığınca, Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemât Genel Müdürlüğü ile varsa diğer ilgili kamu kurum veya kuruluşlarına bildirilir. Hazine avukatının yazılı başvuruda bulunması hâlinde Maliye Bakanlığı, başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanır”*.

Anılan kanun kapsamında düzenlenen suçlarla ilgili yapılan yargılama sırasında çoğu zaman Hazine veya ilgili kuruma davanın ve kararın ihbar ve tebliğ edilmediği görüldüğünden, temyiz aşamasında bu eksiklik giderilmekte ve çoğu zaman Hazine tarafı davayı temyiz ettiğinde katılan olarak davalara kabulüne karar verilerek dosyaların temyiz incelemesi buna göre yapılmakla birlikte, davaların boş yere uzamasına sebep olunmaktadır.

## **XI. MÜSÂDERE**

Herhangi bir suçtan elde edilen mal veya kazanç müsâderesi TCK 54 ve 55. maddelerinde düzenleme altına alınmıştır. TCK'nın 54. maddesinde *“Eşya müsâderesi”* ve 55. Maddesinde ise *“kazanç müsâderesi”* düzenlenmiştir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, daha çok kazancın müsâderesi konusunu ilgilendirir. TCK'nın 55. maddesinin irdelenmesinde fayda vardır.

TCK'nın 55. Maddesine göre *“(1) Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddî menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsâderesine karar*





*verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddî menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir. ((2) Müsadere konusu eşya veya maddî menfaatlere elkonulmadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hâllerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir.” denilmektedir. Bu Maddenin 1. fıkrasının son cümlesi uyarınca suçtan elde edilen bir kazanç veya mal yönünden “müsadere kararı verilebilmesi için maddî menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir.”*

Ayrıca ihale kararına veya sözleşmesine bağlı olarak ilgili idareye teslimi yapılan mal, hizmet veya eserin ihale kararı veya şartnamesine uygun üretilmemesine veya sunulmamasına karşın, yüklenici ile kabul veya muayene komisyonu içinde yer alan kamu görevlileri veya bunların şerikleri ile yaptıkları rüşvet sözleşmesine bağlı olarak hileli hareketlerle mal, hizmet veya eserin kusursuz olduğu yönünde anlaştığı hallerde, kamu görevlileri ve şeriklerinin anlaşma karşılığında elde ettikleri maddî menfaat, kazanç müsaderesi hükmüne tabidir (md. 55).

Edimin ifasına fesat karıştırarak maddî menfaat elde eden sanıkların elde ettikleri maddî menfaat ve kazançların müsaderesine karar verilmelidir. Bu noktada CMK'nın 128. maddesi uyarınca, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun işlenmesiyle elde edildiği şüphesi bulunan taşınmazlar ile hak ve alacaklara soruşturma veya kovuşturma evresinde el konulması gerektiği hatırlanmalıdır.

TCK Madde 55/2.fıkraya göre de, müsadereye konu mal veya değerlere elkonulamamış veya merciine teslim edilememiş ise, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmolunur. Bu nedenle, şartları oluştuğunda mahkemenin 55/2. madde uyarınca suç konusu eşyanın ya da maddî menfaatlerin değeri olan ....TL'nin karşılığını oluşturan aynı miktar mal varlığının zoralımına karar verilmelidir. Yargıtay 5. CD, 55/2. madde uyarınca müsadere kararı verilmediği takdirde, bu durumun kazanılmış hak teşkil etmediğini ve CMK 256/1. madde uyarınca sonradan da karar alınabileceğini kabul etmektedir.

## **XII. DAVA ZAMANAŞIMI**

TCK md. 66/1. fıkra (d) bendi gereğince suçun olağan zamanaşımı süresi 15 yıldır.

\*\*\*

## **KAYNAKÇA**

Abacıoğlu, Muhittin, Kamu İhale Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara-2003.



Akbulut, Berrin, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu (TCK m.236), Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos-2009.

Akbulut, Berrin, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu (TCK m.235), Ceza Hukuku Dergisi, 9/2009.

Akçin, İhsan, Kamu İdaresinin Güvenirliliği ve İşleyişine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara- 2007

Arslan, Çetin, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, 3. Baskı, Ankara 2012

Arslan, Çetin/Azizağaoğlu Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara-2004

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya A.Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara-2008 (Gözden Geçirilmiş)

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya A. Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler, Ankara-2009

Baytemir, Erdal, Açıklamalı- İctihatlı, Kamu İdaresinin Güvenirliliği ve İşleyişine Karşı Suçlar ile Banka Zimmeti, Ankara- 2011

Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. Bası, İstanbul 2005

Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara-2006, 4. Bası.

Doğanyığıt, Saadettin, Açıklamalı, Uygulamalı, Sorun Çözümlü, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara, 2003

Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası.

Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.I, 14. Bası, 1999

Eker-Kazancı, Behiye, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara-2007.

Erdağ, Ali İhsan, Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>

Erman, Sahir/Özek, Çetin, Ceza hukuku Özel Bölüm, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 316-368), İstanbul-1996

Gök, Yaşar, Açıklamalı Kamu İhale Kanunu, Ankara-2003

Gökçen, Ahmet, Yeni Ceza Kanunu'nda İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Hukuk ve Adalet-2005.

Gözler, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa Kasım-2010 (Tıpkı Ek Baskı.)



Güçlü, Ali Osman/ Şimşek, Abdullah, Kamu İhale Kurulu Kararları Işığında Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara-2004

İsbir, Begüm, Kamu İhalelerine Katılma Yasası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

Karabulut, Mustafa, İdari Yaptırımların Hukukî Niteliği Ve Anayasa Mahkemesinin Kabahatler Kanunu Hakkındaki Kararı, Terazi Hukuk Dergisi Yıl: 1, Sayı: 3 Kasım 2006, s.64.

Koca, Mahmut/Üzülmez İlhan, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2013-Sayı 13, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu” Adlı Makale,

Kutlu- Gürsel, Meltem, Kamu İhale Sürecinde Rekabetin Bozulması, Tekinalp Armağanı, C.III, İstanbul-2003, s. 598 ve devamı.

Meran, Necati, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Seçkin Ankara 2011

Özbek, Veli Özer / Kanbur, Nihat / Bacaksız, Pınar / Doğan, Koray/ Tepe, İlker, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, Seçkin 2010

Özbek, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.I, 3. Baskı, Ankara-2006.

Özek, Ali/ Kaya, Osman, Açıklamalı Kamu İhale Rehberi, Ankara-2003

Özgenç, İzzet, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, 3. Bası, Ankara 2013,

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2012

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, Ankara-2005

Öztürk, Bahri/Erdem Mustafa Ruhan, Temel Bilgiler-4, Ceza Hukuku, Genel Hükümler ve özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar), Ankara- 2005.

Parlar, Ali; Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, Bilge Yayınevi 2011,

Sarıtaş, Hatice; İhaleye Fesat Karıştırma Ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Sayıştay Dergisi, Sayı 73, s.61.

Savaş, Vural/ Mollamahmutoğlu, Sadık, Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, Ankara-1995

Sezer, Yasin, “ ‘İyi İdare İçin’ Yönetimde ve Kamu İhalelerinde Açıklık (Şeffaflık)” İÜSBFD, S. 26, Mart 2002.



Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara-2010

Şafak, Ali, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Ankara, s.138

Şahinkaya, Yalçın; Suçsuzluk Karinesi, Seçkin Ankara 2008

Şener, Esat, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001, s.221.

Taşdelen, Aziz, Kamu Harcama Hukukunda İhale Süreci, Ankara-2004

Uz Abdullah, Kamu İhale Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.

Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara-2010.

Yaşın, Mehmet, Doğrudan Temin Usulü İle Yapılan Kamu Satın Alımları Sürecinde Oluşacak Yasak Fiil Ve Davranışların İhaleye Fesat Karıştırma Suçuna Konu Edilmesi Mümkün Müdür?, Yaklaşım Dergisi / Şubat 2007 / Sayı: 170

Yazıcıoğlu, Yılmaz, Devlet Alım-Satım ve Yapımına Fesat Karıştırma Suçu, İBD 1994/1-2-3, s. 136 vd.