



## MUKAYESELİ HUKUK BAĞLAMINDA İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU (TCK MD. 235)

*THE CRIME OF BID RIGGING IN THE CONTEXT OF COMPARATIVE LAW (TPC ART. 235)*

Ramazan YILDIZ 

*Istanbul Ticaret Üniversitesi*

 av.ramazanyldz@gmail.com

### ÖZ

Bu araştırmanın amacı ihaleye fesat karıştırma suçunun ceza hukuku bağlamında incelenerek Almanya, Avusturya, İtalya, İspanya, Fransa, Brezilya ve Güney Afrika ülkelerinde nasıl uygulandığının karşılaştırmalı olarak incelenmesidir. Günümüz açısından bakıldığında ihaleye fesat karıştırma suçunun TCK'da "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" başlığı düzenlendiği ve kamu yararının korunması, serbest rekabetin sağlanmasının ve bu konuda topluma güvence sağlanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında, ihaleye fesat karıştırma suçunun sadece Türkiye'de bu isimle düzenlendiği ve ihale süreciyle ilişkilendirildiği, diğer incelenen ülkelerde ekonomik faaliyetlerde dolandırıcılık, rüşvet ve yolsuzluk gibi hukuka aykırı davranışlar bağlamında ele alındığı tespit edilmiştir. Suçun cezalandırılması açısından bakıldığında gerçek kişilerin 3-5 yıl arasında bir hapis ve çeşitli miktarlarda para cezası, tüzel kişilerin işlemesi durumunda değişen sürelerde ihaleden uzaklaştırma veya yetki feshi, çek kesme, ikamet yasağı, çeşitli haklardan men, mülkün müsaderesi gibi çeşitli tedbirlerin uygulandığı anlaşılmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Karşılaştırmalı Hukuk, Suç, Cebir, Hile, İhale, İhaleye Fesat Karıştırma.

### ABSTRACT

The aim of this research is to examine the crime of bid rigging in the context of criminal law and to comparatively examine how it is implemented in Germany, Austria, Italy, Spain, France, Brazil and South Africa. From today's perspective, it is understood that the crime of bid rigging is regulated under the title of "Crimes Related to Economy, Industry and Commerce" in the Turkish Penal Code and the aim is to protect the public interest, ensure free competition and provide assurance to the society in this regard. From a comparative law perspective, it has been determined that the crime of bid rigging is regulated under this name only in Turkey and is associated with the tender process, while in other examined countries it is handled in the context of unlawful behavior such as bribery and corruption in economic activities. In terms of punishment for the crime, it has been understood that real persons are sentenced to 3-5 years of imprisonment and various amounts of fines, and in case of legal entities, various measures such as suspension from tenders for varying periods of time or termination of authority, issuance of checks, residence ban, ban on various rights, and confiscation of property are applied.

**Keywords:** Comparative law, Crime, Force, Cheating, Tender, Bid rigging.

Makale Geliş Tarihi / Receiving Date 22.01.2024

Makale Kabul Tarihi / Acceptance Date 5.02.2024

### Araştırma Makalesi/Research Paper

## **1. GİRİŞ**

Ekonomik Toplamların devamlılıkları sosyal ilişkilerin, ticari faaliyetlerin ve kurulu toplumsal düzenin sağlıklı yürümesiyle sağlanabilir. Toplumsal düzenin uzunca süre korunabilmesi ise onu var eden ilkeler, prensipler ve değerler sisteminin korunmasıyla mümkün olmaktadır. Buna bağlı olarak nelerin ilke, norm, değer, nelerin görev, nelerin suç, doğru ya da yanlış kabul edileceği anlaşılmaktadır. Toplamların kurulu nizamları işte bu kabul edilen ilkel, prensip, değer ve normların korunup kollanması ve yüceltilmesiyle sağlanmaya çalışılmaktadır. Kurulu toplumsal düzenin sürekliliğini sağlayan ve garanti eden kamu, toplumsal kabulleri savunmak ve değerleri korumak amacıyla hukuki sistem geliştirmiş, toplumsal açıdan kabul görmeyen fiilleri suç kapsamına alarak buna uygun davranışlarda bulunmayan kişileri cezalandırarak, yaptırım uygulayarak toplum, kişi ya da kamu değerini koruma altına almaktadır.

Kamuya ait kurum ve kuruluşlar belirli bir işe bağlı olarak satın alacağı, satacağı veya yaptıracığı bir mal ya da hizmetten yüksek kamusal fayda elde etmek için doğrudan satın almak/satmak/yaptırmak yerine ihale yolunu tercih edebilmektedir. İhalelerde kamunun yararı değer olarak korunduğu için ne ihaleye katılmak isteyenlerin ne ihale sürecini yürüten kamu personelinin ne isteklilerin tekliflerini değerlendiren bilirkişilerin ne de ihale dışındaki üçüncü kişilerin bu değere zarar vermeleri kabul edilemez. Bu nedenle de her devlette bu sürece zarar verici davranışlar “suç” kapsamına alınmış, suç işledikleri sabit olan failin hukuk çerçevesinde cezai yaptırımlarla kurulu düzene uyum sağlanmasına çalışılmıştır.

Bazı devletler ihale sürecinin sağlıklı yürümesi için hangi fiil ve davranışların suç sayıldığını açıklarken, bazıları ise genel bakışla hangi davranışların suç kapsamına girdiğini ve ne şekilde cezai yaptırımlar olduğunu açıklamıştır. Hukukun üstünlüğünü, serbest ticaret ve rekabet hakkının koruma altına nasıl alınacağı, kimin hangi fiilinin suç sayılacağı, kime ne kadar cezai yaptırım uygulanacağı hem özel hem de genel ceza kanunlarıyla belirlenmiştir. Bu anlamda Türk Ceza Kanunu ihale sürecini de kapsayacak şekilde hırsızlık, hile yoluyla çıkar elde etme, evrakta sahtecilik, cebir kullanma, tehdide yönelme gibi fiilleri birer suç olarak değerlendirmiştir. Benzer bir yaklaşımın Almanya, İtalya, Fransa, İspanya, Brezilya, Avustralya ve Güney Afrika gibi ülkelerde de gözlemlendiği, fakat farklı şekillerde ifade edildiği bilinmektedir. Hukukun toplumsal yaşam biçimlerinden ciddi derecede besleniyor olması o ülkenin hukuk sisteminin de buna uygun özelliklere sahip olmasını sağlamaktadır.

Bu fiilleri işleyen kişiler suç kapsamında yargılanıp hapis ya da para cezasıyla yaptırım uygulanmaktadır. Hangi fiilin hangi suçu oluşturacağı, hangi fiile karşılık ne gibi yaptırım uygulanacağı da yine büyük oranda benzerlik taşısa da farklı ülkelerin toplumsal yapısı nedeniyle farklı şekillerde icra edilmektedir.

Türkiye’de hangi fiil ve davranışların ihaleye fesat karıştırma suçu niteliğinde olduğu açıklığa kavuşturulmuş, korunan hukuksal değer Kamu İhale Kanunu (KİK), Devlet İhale Kanunu (DİK), Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK) ve birlikte işlenen suçlara karşılık Türk Ceza Kanunu (TCK) Madde 235’te yasal dayanağa oturtulmuştur. Çalışmanın konusu bu kanunlara göre suç unsuru kabul edilen ihaleye fesat karıştırma suçunun hukuki açıdan incelenmesi ve farklı ülkelerdeki hukuki uygulamaların karşılaştırmalı olarak incelenmesidir. Bu çalışmayla farklı ülkelerdeki uygulamaların hangi hukuksal dayanak ya da toplumsal değerden kaynaklandığını tespit edilecektir. Karşılaştırma sayesinde gerek TCK’da, gerekse KİK, KİSK ve DİK’teki muhtemel zorluklara cevap aranmaktadır.

Çalışmada öncelikle ihale kavramının ne olduğu ve ihale sürecinin nasıl işlediği açıklığa kavuşturulmuş, devamında ihalelerdeki muhtemel suç unsuru fiiller incelenmiş ve bu suçlardan biri olan “ihaleye fesat karıştırma” suçunun ne olduğu, suçun yapısı, suçun unsurları, suçun

görünüş biçimleri, yaptırım, soruşturma ve kovuşturma süreçleri irdelenmiştir. Konuyla ilgili farklı ülke uygulamaları karşılaştırılarak benzer ve farklı yönler ortaya konulmuştur.

Çalışma sadesinde hukuksal değerler daha iyi korunmasına farklı uygulamalarla ışık tutulacak, suçun tespiti, soruşturma ve kovuşturmada farklı deneyimler örneklendirilerek adaletin tesisi farklı ülke bakış açılarıyla aydınlatılmış olacaktır.

## 2. İHALE KAVRAMI, AMACI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE İHALE SÜRECİNE HÂKİM OLAN İLKELER

### 2.1. İHALE KAVRAMI VE AMACI

Kelime anlamı itibariyle ihale, Arapçada kullanılan “havl” kelimesinden türetilmiş olup “iş, mal vb. birçok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene verme, eksiltme veya artırma” (<https://sozluk.gov.tr/>) anlamlarına gelmektedir. “İhale etmek” ise, “bir işi, en uygun koşullar önerene vermek” anlamı taşımaktadır. İhaleye çıkarmak da “eksiltmeye veya artırmaya çıkarılmak” şeklinde tanımlanmaktadır (Bayraktar vd., 2021: 18)

Benzer olduğu düşünülen yakın kavramlar olan, “Münakasa” ve “Müzayede” terimlerinin anlamlarına bakıldığında münakasa için eksiltme, müzayede için ise açık artırma anlamları taşıdıkları görülmektedir. Şöyle ki, ihale kelimesinin anlamına değinirken eksiltme veya artırma tanımına değinilmiştir. Bu içeriğiyle ihale kavramının hem müzayede hem de münakasa kavramlarını da kapsayan bir üst kavram olduğu anlaşılmaktadır.

Hukuki terim olan “ihale”, özü itibariyle genel anlamından farklı değildir. Bu kapsamda 4734 sayılı KİK'nun “Tanımlar” başlıklı 4. Maddesinde; “Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri...”, 2886 sayılı DİK'nun “Tanımlar” başlıklı 4. Maddesinde de, “Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemleri...” şeklinde tanımlanmıştır.

İhale kavramı daha çok idare hukuku kapsamında olup, bu hususla ilgili mevzuatımızda 4734 sayılı KİK ve 2886 sayılı DİK'nda düzenlemeler bulunmaktadır. 5237 sayılı TCK'nda düzenlenen İhaleye Fesat Karıştırma suçunun konusunu oluşturan ihalelerin usul ve esaslar bakımından uygulanacak yöntemleri gösterir düzenlemeler yukarıda belirtmiş olduğumuz KİK ve DİK'nda düzenlenmiştir. TCK m. 235'te düzenlenen suçta sadece ihaleden ve ihaleye fesat karıştırılmasından bahsedilmiş olup herhangi bir detay verilmemiştir. Bundan dolayı bir ihaleye fesat karıştırılıp karıştırılmadığının tespiti için ihale ile ilgili usul ve esasların düzenlenmiş olduğu KİK ve DİK'ten yararlanmak gerekir. Yürürlük tarihleri bakımından KİK, DİK'ten sonra yürürlüğe girmiş olup tamamıyla önceki kanun hükümlerini kaldırmamıştır. Yeni düzenlemeyle birlikte devlet bünyesinde yapılan bazı ihaleler KİK kapsamında bazıları da DİK kapsamında yapılmaya devam etmektedir. Dolayısıyla her iki kanun da kapsamlarına giren ihale türleri bakımından kısmen yürürlüktedir.

İhalenin amacı gerek kamuya gelir getirici faaliyetler gerekse de kamu ihtiyaçlarının karşılanması kapsamında yapılacak olan ihalelerde, düzenlenecek olan sözleşmenin tarafı olan kamunun karşısında bulunan tarafın objektif şekilde belirlenmesini sağlamak ve bu doğrultuda en iyi sözleşmeyi imzalamaktır (Arslan, 2017:31) . Objektif koşullarda belirlenen en iyi sözleşmeyle en iyi sözleşme imzalanmış olacak ve neticesinde en uygun kalitedeki mal ve/veya hizmet, en uygun bedelle, en uygun zamanda ve koşullarda kamu lehine tedarik edilmiş olacaktır.

## **2.2. İHALENİN HUKUKİ NİTELİĞİ**

İdarenin yerine getirmekle mükellef olduğu amme hizmetlerini yürütürken ihtiyaç duyduğu bazı gereksinimler söz konusudur. Sınırsız bütçeye sahip olmayan idarenin bu gereksinimleri karşılayabilmesi için de gerçek veya tüzel kişilerle sözleşmeler yapmakta ve gereksinimleri böylelikle tedarik etmektedir. İdarenin bu gerçek veya tüzel kişilerle yapmış olduğu sözleşmelerin tamamı idarenin sözleşmeleri olup, ancak aynı nitelikte sözleşmeler değildir. İdarenin sözleşmeleri tabi oldukları rejim bakımından “idari sözleşmeler” ve “özel hukuk sözleşmeleri” olarak ikiye ayrılmaktadır. İdarenin taraf olduğu bu sözleşmelerden olan “idari sözleşmeler” kamu hukukuna tabi olmakla birlikte, “özel hukuk sözleşmeleri” de özel hukuka tabidir.

4735 sayılı KİSK’in 4. Maddesinin 3. fıkrasında taraflar arasında herhangi bir üstünlük ve ayrıcalık tanınmadan tam bir eşitlik sağlandığı görülmektedir:

Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur.

Bu kanun kapsamında taraflar arasındaki hak ve yükümlülükler bağlamında eşitlik sağlanmış olup, başka bir deyişle, taraflardan biri olan idareye ayrıcalık ve üstünlük tanınmamıştır. Bu durum da kamu ihale sözleşmelerinin Türk Hukukunda açıkça özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edildiğini göstermektedir. Nitekim KİSK’in 36. Maddesinde de “Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır” denilmektedir. Söz konusu düzenleme bağlamında ilgili mevzuat hükümleri kapsamında yapılacak olan sözleşmeler için eksik hükümlerin mevcudiyeti durumunda Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanmasının öngörülmesi de aslında Kamu İhale Sözleşmeleri (KİS)nin özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edildiğünün bir diğer delilidir(Sucuoğlu, 2019:16).

## **2.3. İHALE SÜRECİNE HÂKİM OLAN İLKELER**

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 5. Maddesi incelendiğinde ilgili mevzuat kapsamında yapılacak olan ihalelerin temel ilkelerinin belirlendiği ve idarelerin bu kanunda belirlenen; saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi(Hesap verilebilirlik), ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkeleri kapsamında hareket etmesi gerektiğini belirtmiştir. Nitekim idarelerin bu doğrultuda sorumluluklarının olduğu mevzuattaki ilgili maddede ifade edilmiştir. KİK’nun 5. Maddesinin 2., 3., 5. ve 6. fıkralarında, diğer ilkelere de değinilmiştir. Böylelikle KİK’te düzenleme alanı bulan ve KİK kapsamında yapılacak olan ihalelere hâkim olan ilkeler bunlardır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ’nun (<https://www.mevzuat.gov.tr>) 2. maddesinde de bu kanun kapsamında yapılacak olan ihalelere hâkim olacak olan ilkeler düzenleme alanı bulmuştur. Bu kanunun yürütülmesinde, ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esası öngörülmüştür. Ayrıca, ihaleye katılım şartlarını sağlayan ve ihale işine ilişkin yetkinliğe haiz başka istekliler tarafından karşılanması mutlak olan muhtelif işler bir eksiltmede toplanamayacağı, ancak, ihalelerinin ayrı ayrı yapılacağı açıklanmak suretiyle ilanları bir arada yapılabileceği ve bu kanunda yazılı hallerden yararlanmak amacıyla ihale konusunu oluşturan işlerin kısımlara bölünemeyeceği düzenlenmiştir. Ancak, istekli çıkmadığı takdirde, alım şekillerini değiştirecek mahiyette olmamak üzere önemli işlerin kısımlara ayrılmasının mümkün olduğu hususu kanun koyucu

tarafından düzenleme altına alınmıştır. İhalelerin kesinlikle zaruret teşkil etmediği sürece en uygun fiyatın temin edilebileceği mevsimlerde yapılması gerektiği de ayrıca düzenlenmiştir.

## 2.4. İHALE TÜRLERİ, YÖNTEMLERİ VE SÜRECİ

### 2.4.1. İHALE TÜRLERİ

İhaleler faaliyet alanı bakımından farklılıklar teşkil etmektedir. Bu farklılıklardan ötürü çeşitlere ayrılmaktadırlar. Bu ayrımın yapılması ile birlikte temel amaç olan ceza normlarında koruma altına alınan ihale türlerinin belirlenmesi işlemi gerçekleşmiş olacak ve kamu ihale hukuku bakımından da tespit ve değerlendirmelerin yapılmasında kolaylık sağlanacaktır.

Çalışmamıza konu olan ihaleye fesat karıştırma suçunun tipiklik unsuru incelendiğinde, ihale türlerinin tahdidi olduğu anlaşılmaktadır. İlgili düzenleme kapsamında mal alım ve satım ihaleleri, hizmet alım ve satım ihaleleri, her türlü kiralama ihaleleri ve yapım ihaleleri sayılmıştır. Tahdidi olarak belirtilen bu kavramlara ilgili düzenlemede bir açıklık getirilmiş değildir. Bu sebeple ihale türlerine de ayrıca ilerleyen konularda değinecek ve açıklayacağız.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 2. maddesi incelendiğinde, ilgili madde kapsamında ihale türleri olarak mal ve hizmet alımı ile yapım ihaleleri belirlenmiştir. Buna benzer bir diğer hüküm ise 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 2. maddesinde yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, "Bu Kanun, Kamu İhale Kanununa tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsar." denilmektedir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 1. maddesi incelendiğinde, ilgili madde kapsamında ihale türleri olarak "...alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri..." belirlenmiştir. Kanun koyucunun lafzı incelendiğinde aslında genel olarak, harcamaya ilişkin ihaleler 4734 sayılı KİK'nu kapsamında icra edilirken, satış ve kira gibi kamuya gelir getiren ihaleler ise 2886 sayılı DİK'nu kapsamında icra edilmektedir.

### 2.4.2. MAL VEYA HİZMET ALIM İHALELERİ

Mal alımına ilişkin ihaleler bakımından 4734 sayılı KİK'nunda öngörülen ihale usulleri tatbik olunur. Düzenlemedeki mal terimi her türlü taşınır ve taşınmaz mal için kullanılmıştır(Kazancı, 2011:29). Ancak değerine göre kanunda belirlenen farklı ihale usullerinden biri gündeme gelebilir. Mal alım ihalelerinde uygulanacak usul ve esaslar ayrıntılı olarak Mal Alım İhale Yönetmeliğine göre yürütülmektedir.

Devletin yerine getirmesi gerekli olan bazı hizmetleri mevcut olup, bunları da ihale yoluyla karşılamaktadır. Hizmet alımları bakımından KİK'nun 4. Maddesinde, "bakım, 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, mesleki eğitim, fotoğraf, film, fikir ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetleri, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri hizmetler" olarak sayılmıştır.

Tüm bu ihalelere uygulanacak olan kurallar bakımından farklılık bulunmamaktadır. Temel bir ayrım olan ve uygulanması uygun görülen ilke şudur: Harcamayı gerektiren ihaleler KİK'na göre yapılırken, kamuya gelir getirci nitelikte olan hizmet satımına ilişkin ihaleler de DİK'na göre yapılması gerekecektir.

### 2.4.3. YAPIM İHALELERİ

Yapım ihaleleri KİK'na tabi olarak yapılmaktadırlar. KİK'nun 4. Maddesine göre yapım işleri,

“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 ifade edilmiştir. Ancak belirtilmesi gereken önemli bir husus vardır. 5237 s. TCK m. 235’in 2004 yılında kabul edilen ilk halinde, bu türden yapım işleri madde kapsamına dahil edilmemişti. Bu durum neticesinde yapım işlerinde ihaleye fesat karıştırılması durumlarında TCK hükümlerinin uygulanmasını ve bu türden fiiller nedeniyle faillerin cezalandırılmasını mümkün kılmamakta ve ceza hukuku bakımından genel ilke olan “lehe olan yasa hükmünün uygulanması” bağlamında da 765 s. TCK zamanında ihaleye fesat karıştırma suçundan hüküm giymiş olan şahıslar hakkında da 5237 s. TCK’da kapsam dışında bırakılması nedeniyle beraat hükmü verilmesini gerektireceğinden, gelen eleştiriler karşısında 31/03/2005 tarihinde 5328 s. Kanunla yapılan değişiklik ile “yapım işleri” de madde kapsamına dahil edilmiştir(Kazancı, 2011:28). Böylelikle yapım ihalelerine fesat karıştırılması durumlarında 5237 s. TCK m. 235 uygulama alanı bulacaktır.

#### **2.4.4. DİĞER İHALE TÜRLERİ**

TCK’nun 235. Maddesinde açıkça zikredilerek hükmün kapsamına giren ihale türleri yukarıda KİK ve DİK bağlamında incelendi. TCK’nun 235. Maddesinde açıkça belirtilmeyen DİK’nun 1. Maddesinde ihale olarak nitelendirilen “trampa ve mülkiyetin gayri aynı hak tesisi”ne dair ihaleler de vardır.

#### **2.5. İHALE YÖNTEMLERİ (USULLERİ)**

İdare, amme hizmetini görmekle mükelleftir. İdare üstlenmiş olduğu bir kamu hizmetini bizzat yerine getiremediği veya çeşitli sebeplerle getirilmesini uygun görmediği durumlarda, bu işi özel sektöre gördürme yolunu seçebilme salahiyetine sahiptir. Bu durumda, idare, kamu hizmetini kendisiyle arasında akdedilen sözleşmeyle özel hukuk kişilerine gördürebilmektedir. Bu halde, idare ile özel hukuk kişileri arasında bir kamu ihale sözleşmesi yapılmak suretiyle kamu hizmeti satın alınabilir.

İdare, özel hukuk kişileri ile yaptığı sözleşmede yer alacak kişileri dilediği gibi seçmemektedir. Sözleşmenin diğer tarafını seçerken belli usullerle seçmesi gerekmektedir. İşte bu tür kamu ihale sözleşmelerinin diğer tarafının seçiminde uygulanan usullere ihale usulleri (yöntemleri) denilmektedir. Belirtmek gerekir ki, kamu ihale sözleşmelerinin karşı tarafının hangi usullerle seçileceği hususu da işin niteliğine göre değişkenlik göstermektedir. Tarafın seçiminde uygulanacak usuller de ihale mevzuatlarında gösterilmiş bulunmaktadır. DİK’nun 35. Maddesine göre ihale usulleri, kapalı teklif usulü, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, açık teklif usulü, yarışma usulü ve pazarlık usulünden ibarettir. Buna karşılık KİK’nun 18. Maddesinde ise ihale usulleri, açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü, doğrudan temin ve tasarım yarışmaları olarak belirlenmiştir.

Görüldüğü üzere her iki kanunun öngördüğü ihale usulleri arasında farklılıklar vardır. Bundan dolayı, öncelikle bir ihalenin DİK’na göre mi yoksa KİK’na göre mi yapılması hususunun tespit edilmesi gerekir. Bu tespit yapıldıktan sonra sözleşmenin diğer tarafının belirleneceği usulün seçilmesi gerekir. İhale usulü seçildikten sonra bu usulün gereklerine sıkı sıkıya bağlı kalınması gerekmektedir.



### 2.5.1. 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NDA ÖNGÖRÜLEN İHALE USULLERİ

Kamu İhale Kanununa göre ihale usulleri beşe ayrılır. Bunlar, açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü, doğrudan temin usulü ve tasarım yarışmaları usulüdürler.

Açık ihale usulü, kural olarak bütün isteklilerin teklif verebildiği ihale usulüdür.

Belli istekliler arasında ihale usulü, ön yeterlilik değerlendirmesi sonucunda, idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usuldür. Belirtmek gerekir ki, bu ihale usulü sürekli uygulanagelen bir yöntem olmayıp, ihale konusu için özellikleri bakımından teknik, uzmanlık ve/veya yüksek teknoloji gerektiren ve açık ihale usulünün uygulanamadığı mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihalesi bu yöntemle yaptırılabilir. Kanunun 5. Maddesinin 4. Fıkrasına göre, her ne kadar açık ihale usulü ile birlikte belli istekliler arasında ihale usulü de esas usul olarak belirtilmişse de, asıl olan "açık ihale usulü"dür(Arslan, 2017:43).

Belli istekliler arasında ihale usulü yukarıda da değindiğimiz üzere, herkesin değil, idarece ön yeterlilik incelemesi sonucunda ihale konusu işe ehil olduğuna karar verilenlerin katılmasına izin verilen bir ihale usulüdür. Bu usule göre, yeterli bulunan isteklilerin teklifleri değerlendirilerek ihalede sonuca varılır. Ancak KİK'nun 20. Maddesine göre, ihaleye davet edilebilecek aday sayısının 5'ten az veya teklif veren istekli sayısının 3'ten az olması durumunda ihale iptal edilmektedir. Bu durumda idareye takdir yetkisi tanınarak durumu değerlendirmesi istenmiştir. İhalenin istek veren istekli sayısının 3'ün altında kalması nedeniyle iptal edilmesi ihtimalinde, ihale dokümanları gözden geçirilerek varsa hatalar ve eksiklikler giderilerek ön yeterliği tespit edilen bütün istekliler tekrar ihaleye davet edilerek ihale sonuçlandırılabilir.

Bu durumda da yapılan davetten sonuç alınamaması durumunda ise, ilgili kanunun 21. Maddesinde düzenlenen pazarlık usulünün şartları gerçekleşmiş olacağından KİK'nun 21/1-a maddesi uygulanacaktır.

Pazarlık usulü KİK'nun 21. Maddesinde düzenlenmiş olup, aşağıda belirtilen hallerde pazarlık yöntemi ile ihale yapılabilir:

- a) Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması.
- b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hallerde veyahut idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.
- c) Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.
- d) İhalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması.
- e) İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin gerekli olan nitelikte belirlenememesi.
- f) (Ek: 4964 - 30.7.2003 / m.14) İdarelerin yaklaşık maliyeti ellimilyar Türk Lirasına kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları.

(Değişik ikinci fıkra: 5812 – 20/11/2008-5812/7 md.) (b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunlu değildir. İlan yapılmayan hallerde en az üç istekli davet edilerek, yeterli belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenir.

(3. fıkra, 5.12.2008 tarih ve 27075 sayılı R.G.'de yayımlanan, 20.11.2008 tarih ve 5812 sayılı Kanun'un 7. Maddesi hükmü gereğince yürürlükten kaldırılmıştır)

(Değişik dördüncü fıkra: 5812 – 20/11/2008-5812/7 md.) (a), (d) ve (e) bentlerine göre yapılacak ihalelerde, ihale dokümanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre yeterliği tespit edilen istekliler, öncelikle ihale konusu için teknik detayları ve gerçekleştirme yöntemleri gibi hususlarda fiyatı içermeyen ilk tekliflerini sunar. İdarenin ihtiyaçlarını en uygun şekilde karşılayacak yöntem ve çözümler üzerinde ihale komisyonu her bir istekli ile görüşür. Teknik görüşmeler sonucunda şartların netleşmesi üzerine bu şartları karşılayabilecek isteklilerden, gözden geçirilerek şartları netleştirilmiş teknik şartnameye dayalı olarak fiyat tekliflerini de içerecek şekilde tekliflerini vermeleri istenir.

(Değişik beşinci fıkra: 5812 – 20/11/2008-5812/7 md.) Bu madde kapsamında yapılacak ihalelerde, ilk fiyat tekliflerini aşmamak üzere isteklilerden ihale kararına esas olacak son yazılı fiyat teklifleri alınarak ihale sonuçlandırılır.

(6. fıkra, 5.12.2008 tarih ve 27075 sayılı R.G.'de yayımlanan, 20.11.2008 tarih ve 5812 sayılı Kanun'un 7. Maddesi hükmü gereğince yürürlükten kaldırılmıştır.)

(Ek fıkra: 30/07/2003-4964/14 md.; Değişik yedinci fıkra: 20/11/2008-5812/7 md.) (b), (c) ve (f) bendi kapsamında yapılan mal alımlarında, malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi ve bunun idarece uygun bulunması halinde, sözleşme yapılması ve kesin teminat alınması zorunlu değildir.

Pazarlık yönteminin ele alındığı ilgili madde yukarıda verilmiş olup, bu maddenin b, c ve f bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılmasının zorunlu olmadığı açıkça anlaşılmaktadır. İlan yapılmayan bu hallerde en az 3 isteklinin davet edilerek, yeterlilik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenir.

KİK'nun 21. Maddesi kapsamında yapılacak ihalelerde, ilk fiyat tekliflerini aşmamak üzere isteklilerden ihale kararına esas olacak son yazılı fiyat teklifleri alınarak ihale sonuçlandırılır.

Doğrudan temin usulü KİK'nun 4. Maddesinde, “Bu kanunda belirtilen hallerde ihtiyaçların, idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek doğrudan temin edilebildiği usul” olarak tanımlanmıştır.

KİK'nun 22. Maddesinin son fıkrasında belirtildiği üzere, “Bu maddeye göre yapılacak alımlarda, ihale komisyonu kurma ve 10'uncu maddede sayılan yeterlik kurallarını arama zorunluluğu bulunmaksızın, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçlar temin edilir.”

KİK'nunda düzenleme alanı bulan doğrudan temin usulü tipik bir ihale niteliğinde olmayıp, TCK'nu md. 235'te düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturan seçimlik hareketlerin işleneceği bir uygulama alanına da sahip olmadığından TCK md. 235 kapsamına girmemektedir. Bu ihale yöntemi, idarenin birtakım acil ihtiyaçlarının kısa sürede karşılanması amacıyla getirilmiş bir alım biçimidir. Kendine özgü kuralları vardır. Bu kurallar KİK'nun 22. md.'sinde düzenlenmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 18. Maddesinde dört bent olarak ihale usulleri sayılmış olup, maddenin (d) bendinde “doğrudan temin usulü”ne yer verilmiştir. Ancak doğrudan temin usulünün düzenlenmiş olduğu d bendi 30/07/2003 tarih ve 4964 sayılı kanunun 12. Maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve gerekçesinde de “madde ile esasen bir ihale usulü olmayan ‘doğrudan temin’ ihale usulleri arasından çıkarılmakta ve buna ilişkin esas ve usuller kanunun 22. Maddesinde düzenlenmektedir.” İfadesine yer verilmiştir. Böylelikle KİK'nunda düzenlenen



ihale usulleri arasından çıkarılan doğrudan temin usulü kural olarak TCK'nunda düzenlenen İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun da konusunu oluşturamayacaktır .

Doğrudan temin usulünün bir ihale usulü olmadığına ilişkin olarak verilen 05/03/2009 tarihli ve 2009/UM.II-1021 sayılı Kamu İhale Kurumu'nun bir kararına göre(Şen ve Aksüt, 2014:33)

“İncelemeye konu ihalenin, doğrudan temin yöntemiyle gerçekleştirildiği tespit edilmiştir. Doğrudan temin, 4734 sayılı kanunda öngörülen ihale usullerinden olmayıp, anılan kanunun 22. Maddesinde düzenlenen bir alım yöntemidir.”

Bu bağlamda doğrudan temin usulünde; ilan yapılmadan, teminat alınmadan, ihale komisyonu kurulmadan, yeterlik kriteri aranmadan ve yaklaşık maliyet tespiti yapılmadan sadece piyasa araştırması yapılmak suretiyle idare ihtiyaçlarını temin etmektedir.

Ezcümle, doğrudan temin usulü bir ihale usulü olmaktan çıkarılmış olduğundan, bir kamu kurum veya kuruluşunun ihale yoluna başvurmadan doğrudan temin usulüne başvurarak ve bu yöntemde birtakım hukuka aykırı eylemlerde bulunması durumunda fesat niteliğindeki fiiller TCK 235. Md kapsamında değerlendirilemeyecektir. Ancak TCK 236.md'sinin şartları oluşmuşsa edimin ifasına fesat karıştırma suçu gündeme gelebilecektir.

Tasarım yarışmaları usulü, KİK'nun 23. Maddesinde;

İdareler gerekli gördükleri mimarlık, peyzaj mimarlığı, mühendislik, kentsel tasarım projeleri, şehir ve bölge planlama ve güzel sanat eserleri ile ilgili bir plan veya tasarım projesi elde edilmesine yönelik olarak, ilgili mevzuatında belirlenecek usul ve esaslara göre rekabeti sağlayacak şekilde ilan yapılmak suretiyle, jüri tarafından değerlendirme yapılmak suretiyle, jüri tarafından değerlendirme yapılmak üzere ödüllü veya ödüksüz yarışma yaptırabilir.

denilmektedir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, bu yöntem bir ihale usulü olmayıp, ardından da açıkça anlaşıldığı üzere yarışmadır.

### 2.5.2. 2886 SAYILI DEVLET İHALE KANUNU'NDA ÖNGÖRÜLEN İHALE USULLERİ

Devlet İhale Kanunu'nun 35. Maddesinde ilgili yasa kapsamındaki işlerin hangi usullerle görürüleceği sayılmıştır. Bu hüküm bağlamında kanunda düzenlenen usuller şunlardır: Kapalı teklif usulü, belli istekliler arasında kapalı teklif (davetiye) usulü, açık teklif usulü, pazarlık usulü ve yarışma usulüdür. Ancak kanunun 36. Maddesine göre, “esas usul” olarak “... tekliflerin gizli olarak verilmesini sağlayan kapalı teklif usulü...” benimsendiği ve diğer usullerin ise istisnai olduğu kabul edilmiştir.

DİK'nun 35. Maddesine göre, “işin gereğine göre bu usullerden hangisinin uygulanacağı, bu kanun hükümlerine uyulacağı hususu idarelerce tespit edilir” denilerek aslında idareye takdir yetkisi tanındığı görülmektedir. Ancak DİK'nun 36. Maddesinin 2. Fıkrasında bakıldığında “Ancak, 44 üncü maddede gösterilen işler belli istekliler arasında kapalı teklif usulüyle, 45 inci maddede gösterilen işler açık teklif usulüyle, 51 inci maddede sayılan işler pazarlık usulü ile, 52 nci maddede gösterilen işler de yarışma usulüyle yaptırılabilir” denilerek DİK'nun 35. Maddesinde idareye verilen “takdir yetkisi”nin kısıtlandığı görülmektedir. Kapalı teklif (ilan) usulü, DİK'nun 37-43 üncü maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre, kapalı teklif usulünün karakteristik özelliği, ihaleye katılım açısından prensip olarak ilgili herkesin katılımına açık olması ve tekliflerin gerek diğer isteklilerden gerekse de idareden gizli olarak yapılmasıdır.

Belli istekliler arasında kapalı teklif (davetiye) usulü, DİK'nun 36. Maddesinde kanun kapsamında esas alınan usulün kapalı teklif olduğunu belirtilerek aslında diğer sayılan usullerin tamamı istisnai usuller olarak kabul edilmiştir. Belli istekliler arasındaki kapalı teklif usulü istisnai

usullerden olmasına rağmen DİK uygulamasında oldukça sık tercih edilen bir usuldür. DİK'nun 44. Maddesine göre;

Uçak, harp gemisi, harp mühimmatı, elektronik cihaz, askeri tesisat ve levazimat, silah ve malzeme sistemleri, savunma sanayii ile ilgili faaliyetler ve bunlara ait her türlü yedek parça alımı; barajlar, enerji santralleri, sulama tesisleri, limanlar, rıhtımlar, hava meydanları, demiryolları, lokomotifler, karayolları, tüneller, köprüler, akaryakıt tesisleri, özelliği bulunan yapım işleri bedii ve teknik hususiyetleri taşıyan sanat işleri, kentlerin ulaşım sistemlerine ilişkin planlar, kentlerin harita, nazım ve imar planları, su, kanalizasyon ve enerji tesisleri ile bunların etüt ve proje işlerinin ihalesi; diğer ihale usulleri yerine teknik yeterlilikleri ve güçleri idarece kabul edilmiş en az üç istekli arasında kapalı teklif usulü ile yaptırılabilir.

denilmektedir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, DİK'nun 44. Maddesine göre, bir ihalenin belli istekliler arasında kapalı teklif usulü ile yapılabilmesi için ihale konusunu oluşturan işlerin madde metninde yazan işlerden olması ya da "özelliği bulunan yapım işleri"nden olması gerekmektedir. Sayılan işlere bakıldığında hepsinin nitelik itibarıyla uzmanlık gerektiren işlerden olduğu ve bundan dolayı bu usulün tercih edildiği anlaşılmaktadır. Nitekim KİK'te düzenlenen usulleri incelediğimizde, bu hükme paralel bir düzenleme öngörülmüştür.

Açık teklif usulü, DİK'nun 45-49. Maddeleri arasında düzenlenmiştir. DİK'nun 45. Maddesine göre, "Bu kanunun 1. Maddesinde yazılı işlerden, tahmin edilen bedeli her yıl Genel Bütçe Kanunu ile tespit edilecek tutarı geçmeyen ihaleler açık teklif usulüyle yapılabilir" denilmektedir. Bu usulde, ilanda belirtilen ihale saati geldiğinde, komisyon başkanı, isteklilerin vermiş oldukları belgeleri ve geçici teminatı verip vermediklerini inceleyerek kimlerin ihaleye katılım sağlayacağına karar verir. Katılamayacakların belge ve geçici teminatlarının iadesini karara bağlayarak ihaleyi başlatır. Bu işlemler istekliler önünde tutanağa geçirilir. İhale başladıktan sonra istekliler, ihale komisyonu önünde tekliflerini sözlü olarak belirtmek suretiyle yaparlar. Bununla birlikte, ilanda belirtilen ihale saatine kadar komisyon başkanlığına ulaşmış olmak kaydıyla, iadeli taahhütlü bir mektupla yazılı olarak da teklif sunulabilir. Sözlü yahut yazılı son teklifler alındıktan sonra ihale karara bağlanır.

Pazarlık usulü, DİK'nun 50. ve 51. Maddelerinde düzenlenmiştir. DİK'nun 51. Maddesinde hangi tür işlerin bu usul ile yaptırılacağı sayılmıştır. DİK'nun 50. Maddesine göre, bu usul ile yaptırılacak işlerde alınacak olan tekliflerde belli bir şekle bağlı kalınmayacağı belirtilmiştir. İhaleler, komisyon tarafından işin nitelik ve gereklerine göre bir veya daha fazla istekliden yazılı yahut sözlü teklif almak ve bedel üzerinden anlaşmak suretiyle yapılmaktadır. Pazarlığın nasıl yapıldığı, ne gibi tekliflerde bulunduğu ve üzerine ihale yapılanların niçin tercih edildikleri pazarlık usulü neticesinde verilecek kararda gösterilmelidir(Arslan, 2013:42).

Yarışma usulü DİK'nun 52. Maddesinde düzenlenmiştir. Bu bağlamda idare belirli alanlardaki işlerini gerekli gördüğü takdirde yarışma usulü ile yaptırabilmektedir.

DİK'nun 52. Maddesine göre,

İdareler her türlü etüt, plan, proje ve güzel sanatlara ilişkin işleri gerekli görüldüğünde, yarışma ile yaptırabilirler. Bu işlerin mesleki kontrollük hizmetleri, projesi uygulanacak olan yarışmacıya, pazarlıkla ihale edilebilir.

İdareler kuruluş kanunları ile Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde yer alan işlere ilişkin yarışmaların yürütülmesiyle ilgili yönetmelikleri hazırlarlar.

Mimarlık, mühendislik proje yarışmalarıyla ilgili yönetmelik Bayındırlık Bakanlığınca hazırlanır.

denilmektedir.

## 2.6. İHALE SÜRECİNDE YASAKLI DAVRANIŞLAR

İhale sürecinin sağlıklı yürüyebilmesi KİK ve DİK'nda yer alan ilke ve kurallara uygun davranışlara bağlıdır. Bu süreç içinde gerek idari birimlerin gerekse ihaleye taraf kişilerin hangi davranış ve fiillerinin ihaleye fesat karıştırma suçu olarak kabul edildiği DİK md.. 83 ve KİK md.. 17 ve KİSK md.. 25'te düzenlenmiştir.

### 2.6.1. 2886 SAYILI DİK'NA GÖRE YASAKLI FİİL VE DAVRANIŞLAR

DİK 2886'nın 83. Maddesinde ne tür fiil ve davranışların yasak olduğuna, 85. Madde de ise istekli kişilerin ne gibi sorumlulukları olduğuna yer verilmektedir. Kanunun 83. Maddesinde belirtildiğine göre isteklinin sahip olduğu ekonomik, siyasi ya da başka bir nüfuzu kullanma, hile ve desiseye başvurma, ihalelerin açık yapıldığı durumlarda istekliler üzerinde olumsuz etkiler bırakacak konuşma ya da davranışta bulunmak ve dahi serbest rekabete zarar verici hallerde bulunmak, sahte belge düzenlemek, verilen taahhütleri yerine getirmemek veya yanlış beyanda bulunmak, işin tesliminde eksik ya da niteliksiz malzeme kullanmak ihaleye fesat karıştırmak yasaklı davranış ve fiillerdir(Uz, 2005: 266). Bu fiil ve davranışlarda buldukları tespit edilen isteklilerin bir yıla kadar ihalelere katılmaları 84. Maddeyle yasaklanmıştır. 85. Madde de ise bu yasaklı davranışların işin tamamlanmasından sonra tespit edilmesi halinde dahi işlense suç kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir(Kazancı, 2011:46).

İlgili kanunun 86. Maddesinde ise ihale heyeti ile değerlendirme ve kabul komisyonlarında görevli kişilerin hangi sakıncalı davranışlarda bulduklarında cezai müeyyidelerle yaptırım uygulanacağı açıklanmıştır. Buna göre ilgili kişilerin kanunda açıklanan sorumluluklarına uygun davranmamaları, tarafsız davranmayıp ihmal veya göz yumma gibi davranışlarının niteliğine ve doğuracağı sonuçlara göre cezalandırılacağı belirtilmiştir(Kazancı, 2011:44).

### 2.6.2. 4734 SAYILI KİK'NA GÖRE YASAKLI FİİL VE DAVRANIŞLAR

DİK 2886'da olduğu gibi KİK 4734'te de yasaklama kararı idari bir yaptırım niteliğindedir(Özgenç, 2013:14). Bu kanunda da aynı DİK 2886'da belirtilen fiil ve davranışlar yasaklanmış, isteklilerin asaleten veya vekaleten birden fazla teklif veremeyecekleri karara bağlanmıştır. Benzer bir şekilde 4734 sayılı kanunun 60. Maddesinde ihale sürecinde görevi bulunan komisyon başkanı, üyeler ve diğer kişilerin sorumluluklarına değinilmiştir. Buna göre 17. Maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulunurlarsa, kanunda belirtilen usullere göre davranmadıkları, tarafsızlık ve eşitlik ilkelerine uymadıkları, isteklilerden bir kısmını zarara uğraticı davranışlarda buldukları hallerde haklarında cezai işlem yapılacağı belirtilmiştir (Gök, 2009:1211).

İhale sürecinde komisyon veya idari işlerle görevli personelin herhangi bir kamu kurum ve kuruluşunun ihale sürecinde görev alamayacağı kararlaştırılmasına karşın tekrar görev alması halinde cezalandırılacağı belirtilmiştir (Özgenç, 2013:18). Gerek görevli personelin gerekse isteklilerin çıkar sağlama, tehdit, anlaşma, rüşvet verme, tehdit veya hileye başvurma gibi fiil ve davranışları, isteklileri ihale sürecinde tereddüte düşürücü, rekabeti engelleyici davranışlarda bulunmak, evrakta sahtekarlık yapmak veya sahte teminatta bulunmak gibi davranışlar TCK 235. Madde kapsamında olup suç olarak nitelenmiştir (Kazancı,2011:52).

### 2.6.3. 4735 SAYILI KİSK'NA GÖRE YASAKLI FİİL VE DAVRANIŞLAR

DİK ve KİK'nun ilgili maddelerinde belirtilen fiil ve davranışlar KİSK 25. Maddede de yasaklanmıştır (Dedeoğlu,2015:690). Bu fiil ve davranışlarda bulunan istekli veya ihale sürecinde

görevli idari personel hakkında cezai işlem yapılacağı, bu kişilerin bir yıldan az olmamak koşuluyla kamu ihalelerine katılamayacakları belirtilmiştir.

KİSK'nun 27. Maddesinde ise madde 25'te belirtilen fiil veya davranışları sergileyenlerin hem TCK'na göre hem de KİSK'nun 26. Maddesi uyarınca cezalandırılacakları belirtilmiştir. İdari personel ile komisyon başkan ve üyelerinin isteklilerden bir kısmının lehine taraflı davranmaları, evrakta usulsüzlüğe göz yummaları, tarafsızlıklarını yitirecek davranışlarda bulunmaları halinde hem idari hem de TCK'na göre cezalandırılarak, gerekli görüldüğü takdirde zararın ilgili kişiden tazmin edileceği belirtilmektedir(Dedeoğlu,2015:707).

KİSK madde 29 ise kamu görevlileri, yüklenici ve danışmanlık hizmeti veren kişilerin uymaları gereken fiil ve davranışları düzenlemiştir. İlgili maddeye göre bu kişilerin açıklanmaması gereken bilgi ve belgeleri açıklamaları, bazı bilgileri ifşa etmeleri veya üçüncü tarafın faydasına kullanmaları durumunda cezalandırılacakları belirtmektedir(Dedeoğlu,2015:710).

### **3. İHALEYE İLİŞKİN ULUSAL VE ULUSLARARASI BAZI DÜZENLEMELER**

#### **3.1. ULUSAL MEVZUATLAR**

##### **3.1.1. 2886 SAYILI DEVLET İHALE KANUNU**

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu yürürlüğe girene kadar 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu "alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerini" kapsamaktaydı. 4734 sayılı kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte kamu harcamasını gerektiren "mal veya hizmet alımları, danışmanlık hizmetleri ve yapım işleri" (kanun kapsamında belirtilen kurum ve kuruluşlar bakımından) KİK'na dahil edilmiş ve kamuya gelir sağlamaya yönelik olan satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işleri ise DİK'nun kapsamında bırakılmıştır.

##### **3.1.2. 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU**

Kamu İhale Kanunu, 1983 tarihli 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun günün değişen ve gelişen ihtiyaçlarını karşılamada yetersiz kalması ve uygulamada meydana gelen aksaklıkları gidermede yetersiz kaldığı, bütün kamu kurumlarını kapsamadığı, Avrupa Birliği ve Uluslararası ihale uygulamalarına paralellik göstermediği gerekçeleriyle hazırlanmıştır(Arslan, 2017:47). İlgili kanunda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımı ile yapım işleri ihaleleri bu kanuna göre yürütülecek, diğer işlerde DİK'nun hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Kamu İhale Kanunu yürürlüğe girmesiyle birlikte Devlet İhale Kanununu yürürlükten kaldırmamıştır. Aksine KİK ve DİK'nun kapsamı bakımından oluşan iş yoğunluğu, ilgili kanundaki iş alanlarının uygulanmasındaki aksaklıkları gidermedeki yetersizliği ve tüm kamu kurumlarını kapsamaması gibi sorunların giderilmesi için hazırlanan, ihale hukukunda günün koşulları ve uluslararası ihale uygulamaları doğrultusunda iş paylaşımı yapılmasını sağlayan bir kanundur. Böylelikle kamunun harcama gerektiren işleri KİK kapsamında, kamuya gelir getiren işler ise DİK kapsamında ihale edilecektir.

Yukarıda da belirtildiği üzere Kamu İhale Kanunu, Devlet İhale Kanununu yürürlükten kaldırmamıştır. Bununla birlikte KİK'nun "Uygulanmayacak Hükümler" başlıklı 68. Maddesinin (a) bendinde "Bu kanun. Kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 08.09.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz." denilmektedir. Bu madde ile DİK'nun uygulama alanı oldukça daraltılmıştır. Aynı maddenin (b) bendinde de "Diğer kanunların 08.09.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunundan muafiyet tanıyan hükümleri ile bu kanuna uymayan hükümleri uygulanmaz." denilerek, DİK'ndan bağımsız olmayı öngören önceki düzenlemeler de hükümsüz hale getirilmiştir.

### 3.1.3. 4735 SAYILI KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU

Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelerin sonucunda sözleşmelerin düzenlenmesi ve bu sözleşmelerin uygulanması ile ilgili esas ve usulleri, KİK kapsamında değil, bu konuda ayrıca hazırlanan 4735 sayılı KİSK'nda düzenlenmiştir.

### 3.2. ULUSLARARASI BAZI DÜZENLEMELER VE AB MEVZUATI

Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Kamu Alımları Anlaşması (KAA) ile dünya ticaretinin serbestleştirilmesine katkı yapmayı ve kamu ihale piyasasını uluslararası ticaret kurallarının kapsamı altına almayı amaçlamaktadır. Hali hazırda söz konusu anlaşmaya 42 ülke taraftır. Anlaşma, kapsamına giren ihalelerde, taraf ülkelerin ve tedarikçilerin yararına olacak şekilde ayrımcılık (kayırmacılık) yapılması yasağı, ulusal muameleler, en çok kayırılan ülke ve şeffaflık prensiplerini temel almaktadır (Alyanak, 2014:85). Biraz önce de değinmiş olduğumuz üzere, sözleşmenin amacı, kamu kurum ve kuruluşlarının belli bir miktarın üzerindeki mal ve hizmet alımlarında yabancı sermaye bakımından herhangi bir ayrımcılığın söz konusu olmadığı, rekabetçi ve açık bir kamu alımları piyasası oluşturmaktır (Arslan, 2017:50, Köktaş, 2005:30-33).

Araştırma konumuzla ilgili üzerinde durulması gereken bir diğer önemli bir düzenleme UNCITRAL (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu) tarafından hazırlanan ve 1994 yılında yapılan değişikliklerle bugünkü halini alan "Mal, Yapım İşleri ve Hizmet Alımı Üzerine UNCITRAL Model Kanunu (UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services)"dur. Bu metin Türk İhale Mevzuatı hazırlanırken, AB ihale mevzuatı ile birlikte dikkate alınan önemli bir düzenlemedir.

Milletlerarası ticaret alanında, devletlerin özel hukuk kuralları arasındaki farklılıkları gidererek, yeknesak bir uygulamayı sağlamayı amaçlayan Milletlerarası Ticaret ile ilgilenecek bir kurum olan UNCITRAL 1966 kurulmuştur (Ünel, 2009:51). Milletlerarası ticaretin değişik hukuk sistemleriyle olan bağlantısı bu konuda değişik dillerde yazılmış kuralların uygulanmasını gerektirmiştir. Milletlerarası ticaretteki bu terimler ve kelimelerin farklı yorumlanmaları da sakıncalı durumlar doğurmaktadır. Bu sakıncaların giderilmesi için de yeknesak bir uygulama sağlamak amacıyla Milletlerarası Ticaret Odası, milletlerarası ticari terimler olan INCOTERMS (International Rules for the Interpretation of Trade Terms)'i oluşturmuştur. Ancak UNCITRAL, bunları daha da geliştirerek, çok daha kapsamlı bir alana yayılmasını sağlamıştır. Milletlerarası ticari tahkim ile ilgili pek çok ulusal ve uluslararası düzenleme bulunmakla birlikte, UNCITRAL tarafından uzunca süren çalışmalar ve incelemeler neticesinde "UNCITRAL Model Kanunu" milletlerarası tahkim alanında devletlere bir model oluşturmuştur (Bozkurt Yüksel, 2011:136).

UNCITRAL Model Kanunu, bir milletlerarası sözleşme değil, milletlerarası tahkim konusunda devletlerin hukuklarının şekillendirilmesi hususunda yapılan bir tavsiye ve tekliftir (Yüksel, 2011:145-146). Ülkeler, model kanunu kendi resmi dillerine çevirerek iktibas edebilecekleri gibi kendi hazırlayacakları kanun tasarısında çeşitli değişiklikler yaparak da kullanabilirler.

UNCITRAL, çalışma programı olarak 9 temel alan belirlemiştir. Bunlar, malların milletlerarası satışı, milletlerarası ticari tahkim, taşımacılık, sigorta, milletlerarası ödemeler, fikri mülkiyet, milletlerarası ticareti etkileyen kanunlardaki ayrımcılığın önlenmesi, acente ve belgelerin tasdikidir (Yüksel, 2011:140). Milletlerarası ticaret hukukunun modernizasyonunda ve yeknesaklığın tesisinde UNCITRAL'in takip ettiği 3 teknik vardır. Bunlar, yasa hazırlama, sözleşme hazırlama ve açıklama yapma şeklindedir.

Avrupa Birliği (AB) günümüzün en önemli ve başarılı ekonomik entegrasyonu olarak kabul edilmektedir. Sadece ekonomik yönüyle değil, siyasi ve hukuki alanlarda da birlik olma

çabası göz ardı edilemez. Konumuz olan kamu alımları direktifleri de Birlik üyesi devletlerde yeknesak hukuk uygulamaları bakımından düzenleme ihtiyacı duyulan alan ve konulardan sadece biridir(Akdoğan,2014:683).

Sosyal devlet anlayışının bir gereği olarak kamu harcamalarının sürekli olarak artmasıyla birlikte, kamunun dünya üzerindeki en büyük alıcı haline gelmesi ve hatta küresel ekonomi politikalarını yönlendirmesi, kamu alımı sistemlerinin uluslararası standart kurallarla düzenlenmesi ve kontrol edilmesi mecburiyetini doğurmuş ve bu nedenle kamu alımları uygulamaları ulusal sınırları aşarak küreselleşmeye başlamıştır. Bir başka deyişle, globalleşme olgusuyla birlikte mal, hizmet ve sermayenin uluslararası pazarlarda serbest dolaşımı artık uluslararası ekonomi politikası haline gelmiş ve bu doğrultuda ülkeler kamu alımları konusundaki kurallarını ortak kurallara dönüştürme gayreti içine girmişlerdir.

Kamu alımları ile ilgili AB Müktesebatı, şeffaflık, eşit muamele, serbest rekabet ve ayrımcılık (kayırmacılık) yapılmamasına ilişkin genel ilkelerin yanında, AB çapında kamu kuruluşlarının yaptığı ve belirli eşik değer üzerinde kalan yapım işi, hizmet alımı ve tedarik ihalelerinde ortak özel usullerin uygulanmasını ve ihalelere yönelik şikâyet ve inceleme ile ilgili kuralları düzenlemektedir. Üye devletler, kamu hukuku ve ihale sistemlerinde farklılıklar olması sebebiyle yukarıda sayılan genel nitelikteki bu hükümlerle kamu ihale piyasasının düzenlenmesinde etkili olunamayacağı ihtimaline binaen, ikincil nitelikteki mevzuatlar olan tüzükler, kararlar ve yönergeler aracılığıyla ulusal hukukların ve bu kapsamda kamu ihalelerinin aşamalı olarak birbirlerine yakınlaştırılması yahut uyumlarının sağlanması ve rekabetçi ortamın oluşturulması amaçlanmaktadır. Böylelikle rekabetçi, saydam, hesap verilebilir ve ayrımcılık yapılmayan (kayırmacılık) bir uluslararası kamu alım piyasası oluşturulmaya çalışılmaktadır.

#### **4. İHALE SUÇLARI, TARİHSEL GELİŞİMİ, ULUSAL VE ULUSLARARASI DÜZENLEMELER**

İhale suçları geçmişten günümüze farklı kanunlarda düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'nda ihale suçları, dağınık şekilde ve çeşitli maddeler halinde düzenlenmişlerdir. 765 s. TCK md. 205'te, devlet alım satım veya yapımına fesat karıştırma suçu, md. 208'de ise, devlet namına alım ve satımda memurun ticaret yapması ve menfaat temini suçu düzenlenmiştir. Bu maddeler bağlamında, aslında rekabet ilkesinin bozulmasından ziyade, ihalede görevli memurun kazanç sağlama kastı bulunmaktadır. Ayrıca, 765 s. TCK md. 366, md. 367 ve md. 368'de ihale sürecinde rekabetin gerçek, tam ve sağlıklı olması amacıyla getirilmiş olan düzenlemeler mevcuttur.

765 sayılı TCK'nda ihale suçlarının dağınık şekilde düzenleme alanı bulmasının getirmiş olduğu karmaşanın önüne geçilmesi ve ihale suçlarıyla daha etkin mücadele edilebilmesi için yeni kanun çalışmaları başlamış ve 5237 sayılı YTK'nun 235. Maddesinde İhaleye Fesat Karıştırma, 236. Maddesinde de Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları olarak ihale suçları yaptırım altına alınmıştır.

TCK Md. 235'te düzenlenen İhaleye Fesat Karıştırma Suçu aşağıdaki durumlarda gündeme gelmektedir :

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

(2) Aşağıdaki hallerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır: a) Hileli davranışlarla;1.İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,2.İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak,3.Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip



olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,4.Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak.b) Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak.c) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek.d) İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları.(3) (Değişik: 11/4/2013-6459/12 md.) İhaleye fesat karıştırma suçunun;a) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi hâlinde temel cezanın alt sınırı beş yıldan az olamaz. Ancak, kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunur.b) İşlenmesi sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemiş ise, bu fıkranın (a) bendinde belirtilen hâller hariç olmak üzere, fail hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.(4) İhaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar.(5) Yukarıdaki fıkralar hükümleri, kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara fesat karıştırılması halinde de uygulanır.

Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi (BMYMS ) metni “ad hoc” komitesi tarafından 21.01.2002 ile 01.09.2003 tarihleri arasında yapılan toplantılar sonucu oluşturulmuştur. BMYMS, BM Genel Kurulunca Ekim 2003’de kabul edilmiştir(Özer,2016:31). Sözleşme Yüksek Düzeyde İmza Konferansı 9-11 Aralık 2003’te Meksika’da yapılmış ve 14 Aralık 2005’de yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin böylesi kısa sürede yürürlüğe girmiş olması, uluslararası toplumun yolsuzluğa karşı mücadeledeki tavrının açık göstergesidir. Türkiye’de 18.05.2006 tarihli 5506 sayılı kanunla onaylanmış ve 24.05.2006 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Devletler sözleşmeye taraf olurken bazı çekincelerde bulunmuşlardır. Çekincelerin çoğu sözleşmenin “Diğer Tedbirler: Ekonomik Kalkınma ve Teknik Yardım Aracılığı İle Sözleşmenin Uygulanması” başlıklı 62. Maddesi üzerinde olmuştur. Sözleşme başlığına bakıldığında çekincelerin sözleşme kapsamındaki maddi ya da teknik yardım konusunda bir taahhütte bulunma durumu üzerine olduğu anlaşılmaktadır. Aralık 2015 itibariyle sözleşmeye 178 devlet ve Avrupa Birliği taraftır. Özellikle üye olan ABD, Fransa, Almanya, Çin, Hindistan’ın taraf olması sözleşmenin etkinliği ve uygulanması bakımından çok önemlidir. Sözleşme toplam 71 maddeden oluşmaktadır. Bu sözleşme, yolsuzluğun önlenmesi konusunda geniş kapsamlı, evrensel standartlar getirmiştir. Sözleşme, multidisipliner bir yaklaşımla hazırlanmıştır. BMYMS’de, bazı yolsuzluk fiillerinin suç sayılması, yolsuzlukların önlenmesi için alınacak ulusal tedbirlere, adli yardımlaşmaya, müsadereye, el koymaya, varlıkların iadesine, yetkiye, müeyyidelere, taraflar konferansı kurulmasına ilişkin birçok hüküm vardır(Tarhan,2015:430).

OECD sözleşmesi, ABD’nin sıkı girişimleri sonucu kabul edilmiştir. Watergate skandalı ile birlikte ABD, OECD bünyesinde rüşvetle mücadele konusunda bir sözleşme girişiminde bulunmuştur. Watergate olayında özellikle bazı ABD firmalarının Başkan Richard NIXON’ın seçim kampanyasına yapılan yasadışı ödemeleri yabancı firmaları kullanarak akladığının tespiti yapılmıştır. Bu skandal olayın üzerinden 15 yıl geçtikten sonra Kongrenin oybirliği kararı ile 1977 yılında “Birleşik Devletler Yabancı Yolsuzluk Fiilleri Yasasını” kabul etmiştir(Özer,2016:31). Bu

yasanın hazırlanmasındaki sebep, Watergate skandalıdır. Bu olay ile birlikte bazı şirketlerin yabancı ülkelerde hükümet üyelerine şaibeli ödemeler yaptığı tespit edilince uluslararası ticari işlemlerde rüşvet kamuoyunun gündemine taşınmıştır. “Birleşik Devletler Yabancı Yolsuzluk Fiilleri Yasası” ile ilk defa ABD vatandaşı ya da şirketlerinin yabancı kişilere rüşvet vermesi suç olarak kabul edildi ve cezalandırıldı. Bush yönetimi döneminde bu konu 1989 yılında OECD’ye taşınmıştır(Özer,2016:32). OECD, bu durum üzerine bir ad hoc çalışma grubu oluşturmuştur. Bu çalışma grubu tüm hukuki alanlarda (idare, ceza, medeni, ticaret vs.) incelemeler yapmıştır. Bu incelemelerde, yolsuzlukla ilgili herhangi bir hüküm olmadığı ortaya çıkmıştır. OECD’deki bu çalışma grubu girişimi Uluslararası Şeffaflık Örgütü (TI) ve General Electronics (GE) tarafından da desteklenmiştir(Özer,2016:33). Yapılan müzakereler neticesinde müzakerelerin ilk aşamasında bağlayıcı bir metin kabul edilemeyeceği anlaşılınca 1994 Mayıs ayında OECD “Uluslararası Ticari İşlemlerde Rüşvete İlişkin Tavsiyeler” kabul edilmiştir. Tavsiyelerde üye devletler uluslararası ticari işlemlerde yabancı kamu görevlilerine verilen rüşvetle mücadele, rüşveti önleme ve tespit için etkili tedbirler almaya davet edilmiştir(Özer,2016:33). Kurulan çalışma grubu yapmış olduğu çalışmalar kapsamında, 1997’de “Uluslararası Ticari İşlemlerde Rüşvete İlişkin Tavsiyeler” revize edilmiş; bunun iki önemli etkisi olmuştur. Birincisi 1998 yılının sonuna kadar ulusal kanunların kabul edilmesi, diğeri de 1997 yılında tamamlanmak üzere bir sözleşmenin müzakerelerinin başlatılmasıdır(Özer,2016:33). Bu doğrultuda 21.11.1997 tarihinde “Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi” kabul edilmiş, Şubat 1999’da yürürlüğe girmiştir. Türkiye 17.12.1997 yılında sözleşmeyi imzalayan ilk devletlerdendir. Sözleşme, 15.02.1999 tarihinde Türkiye’de yürürlüğe girmiştir. Halihazırda, 20’si kurucu olmak kaydıyla örgütün 37’si ülke 1’i AB olmak üzere toplamda 38 üyesi bulunmaktadır. Avrupa Birliği Komisyonu da oy hakkı olmadan toplantılara katılmaktadır. “Kilit Ortaklar” modeli çerçevesinde Brezilya, Çin, Endonezya, Güney Afrika ve Hindistan Örgüt çalışmalarına katılmaya, örgütün koyduğu ilkeleri ve geliştirdiği uygulamaları kabul etmeye davet edilmişlerdir .

Sözleşmenin temel amacı, çok uluslu şirketlerin iş yaptıkları yabancı ülkelerde rüşvet vermelerinin önlenmesi bu yolla küresel rekabetin korumaktır. OECD metni toplam 17 maddeden oluşmaktadır. Sözleşmede ulusötesi rüşvet, ulusötesi rüşvetle iltisaklı ikincil suçlar, yargı yetkisi, yaptırımlar, uluslararası rüşvette soruşturma ve kovuşturma hususundaki uluslararası iş birliği, uygulamanın denetimi, yürürlüğe girme, çekinme gibi konular ele alınmıştır. OECD bünyesinde bağlayıcılığı olmayan pek çok metin hazırlanarak yolsuzlukla mücadele edilmeye çalışılmıştır. Örneğin, 1996 tarihli “İki Taraflı Yardım İhalelerinde Yolsuzluk Karşıtı Tekliflere İlişkin Gelişme Yardımcı Komitesine Tavsiye”, 1998 tarihli “Kamu Hizmeti için Etik Davranışların Geliştirilmesine Dair Tavsiye”, 2006 tarihli “Resmi Olarak Düzenlenen Kredilere ve Rüşvete İlişkin Tavsiye”ler.

Avrupa Konseyinin kuruluş gayesi, Avrupa’da insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğünün sağlanmasıdır. Bu amaç doğrultusunda Avrupa Konseyi pek çok sözleşme hazırlamıştır. Yolsuzluk, başta insan hakları olmak üzere demokrasi ve hukuk devleti üzerinde olumsuz etkiler yaratmaktadır. Bu etkiler Avrupa Konseyinin amacıyla örtüşmediğinden bu konular üzerinde Avrupa Konseyi çalışmalar yapmak durumunda kalmıştır.

Avrupa Konseyi bünyesinde yolsuzluklarla mücadele için kabul edilen anlaşmalar(Özer,2016:35):

1999 AK Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesi (Tarhan,2015:480),

2012 AK Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesine Ek Protokol (ETS 191) ,

1999 AK Yolsuzluğa İlişkin Özel Hukuk Sözleşmesidir (Tarhan,2015:496).

Ayrıca Avrupa Konseyinde yolsuzluklarla mücadele çerçevesinde bağlayıcılığı olmayan belgeler de kabul edilmiştir. Örneğin, Avrupa Konseyi Yolsuzlukla Mücadelede Yirmi Temel İlke Kararı(Tarhan,2015:523), Kamu Görevlilerinin Davranış Koduna İlişkin Tavsiyeler (Tarhan,2015:527),

Seçim Kampanyaları ve Siyasi Partilerin Fonlanmasında Yolsuzluğa Karşı Genel Kurallara İlişkin Tavsiyeler vb. Avrupa Konseyi, yolsuzlukla mücadele konusunda birbiri ile ilişkili üç husus üzerinde yoğunlaşmaktadır. Şöyle ki, ilk husus, konuya ilişkin norm ve standartların oluşturulması, ikinci husus, bu norm ve standartlara uygunluğun denetlenmesi, üçüncü husus ise, yolsuzlukla mücadele konusunda teknik iş birliği programları çerçevesinde ülkelere kapasite artırımı konusunda hizmet verilmesidir (Özer,2016:36).

Amerikan Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi bir uluslararası örgüt bünyesinde yapılan ilk yolsuzlukla mücadele sözleşmesi olup, Amerikan Devletleri Örgütü (Organization of Inter-American States, OAS) bünyesinde yapılmıştır.

Yolsuzluklarla ilgili konuların örgüt bünyesinde incelenmesi talebi ilk kez Şili tarafından gündeme getirilmiştir. Yolsuzlukla mücadelenin kurulan örgüt görevleri arasında olup olmadığı bir süre tartışıldıktan sonra 1994 tarihli Miami Zirvesi ile sözleşmenin hazırlıklarına başlanmıştır(Özer,2016:39). Zirvede, Hareket Planı ve İlkeler Bildirisi yayınlanmış: Bildiride yolsuzluk sorununun, kamu görevlilerine rüşvet verilmesi ile sınırlı olmadığı, ekonomiye ve politikaya da olumsuz etkilerinin olduğu, bu durumun bölgenin kalkınması sürecini de sekteye uğrattığı ve demokrasi ile ilişkisi vurgulanmıştır (Özer,2016:39).

ABD Rüşvetin Önlenmesi ve Yabancı Ülkelerde Yolsuzluk Uygulamaları Kanunu (FCPA) kapsamında, ABD Sermaye Piyasası Kurulu'na (SEC) tabi olan şirketlerin tüm dünyadaki iştirakları, görevlileri, yöneticileri, çalışanları ve acentelerinin "işlerini halledebilmesi için" yahut "satışların artırılması" gibi sebeplerle kamu görevlilerine rüşvet, hediye ya da değerli herhangi bir şey verilmesi veya alınması yasaklanmıştır. FCPA tarafları, ABD'de iştirak ofisi bulunan özel ve tüzel kişilerin ABD ve Diğer Ülkelerdeki tüm ortaklıkları ve bu ortaklıkların çalışanları, ABD'de faaliyet gösteren tüm özel ve tüzel kişiler, çalışanlar ve bu şirketlerin veya bireylerin adına hareket eden vekil veya hissedarlar, ABD'de yabancı bir hükümet adına çalışan görevliler bu kapsamdadır (Gürdil,2016:1-2) .

Sözleşmede yolsuzluğun genel bir tanımı yapılmamıştır. Ancak, genel bir tanımdan ziyade "kamu sektörü içindeki bazı yolsuzluk fiillerinin" ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. Sözleşme metninden de anlaşıldığı üzere, sözleşmenin amacının, yolsuzluğun önlenmesi, açığa çıkarılması ve cezalandırılmasıdır. Bunun yanı sıra üye devletler arasındaki yolsuzluk karşıtı bir iş birliğinin oluşturulması, geliştirilmesi ve güçlendirilmesi de sözleşmenin bir diğer gayesidir. FCPA (Foreign Corrupt Practices Act), temel olarak bir ihale, mal veya hizmet satışı gibi bir işi almak veya korumak veya bu yönde uygunsuz bir avantaj sağlamak için yabancı (ABD dışında) bir kamu görevlisine para ödenmesini (rüşvet verilmesini) veya değerli bir şey verilmesini yahut vaat edilmesini yasadışı kılmaktadır (Bozoğlu, 2020).

Sözleşme kapsamında devletlerin yükümlülükleri dört ayrı şekilde düzenlenmiştir. Bunlar, önleme, suç haline getirme, iş birliği ve yolsuzluk sonrası tedbirlerden oluşmaktadır. Sözleşme kapsamındaki diğer konular ise, yetki, ulusötesi yolsuzluk, haksız zenginleşme, iade, mallara ilişkin tedbirler ve bankacılık sırları gibi konulardır(Özer,2016:40).

Son yıllarda ABD Sermaye Piyasası Kurulu (SEC), FCPA uyumu kapsamında yaptırımlarını artırmış ve sadece 2004-2014 yılları arasında kişisel bakım, kimya, savunma, sağlık, inşaat, petrokimya, teknoloji ve üretim sektörlerinde faaliyet gösteren 116 firmaya kamuya açıklanmış tutar olarak toplamda 7 milyar dolarlık cezai müeyyide uygulamıştır(Gürdil,2016:1-2). Söz

konusu yaptırımlar, firmalara hem maddi hem de manevi (itibar riskleri) olarak oldukça ciddi risklerle karşılaşacağını açıkça göstermektedir (Gürdil,2016:1-2).

Bu sözleşmenin en önemli özelliği yolsuzlukla mücadelede ilk basılan sözleşme özelliği taşımasıdır. Sözleşme örneğin, adli yardım gibi konularda bastırma sözleşmelerinden etkilense de yolsuzlukla ilgili konularda getirmiş olduğu hükümler oldukça yenilikçi ve kendisinden sonra yapılan yolsuzlukla mücadele sözleşmelerine birçok bakımdan öncülük etmiştir(Arslan,2017:40).

## **5. İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU (TCK MD. 235)**

Ülkedeki ekonomik sistemin engellemelerden uzak ve serbest ekonomi ilkeleri doğrultusunda işleyebilmesini sağlamak amacıyla TCK'da "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" başlığı düzenlenmiştir. Buradaki esas amaç, serbest ekonomik sistemde ticaretin toplumun her kesimince eşit şartlar altında yürütülmesi, ticari işlerde rekabetin baskı ve engellemelerden uzak, adil ve eşitlikçi bir anlayışla yürütülmesini garanti altına almaktır. toplumun herhangi bir kısmının faydasına yürütülmesinin önüne geçilmesidir.

Ticari faaliyetlerin serbest ve eşitlikçi rekabeti gözeterek yürütülebilmesi amacıyla suç kapsamındaki fiiller "ihaleye fesat karıştırma", "edinim ifasına fesat karıştırma", "fiyatları etkileme", "kamuya gerekli şeylerin yokluğun neden olma", "ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması", "mal veya hizmet satımından kaçınma" ve "tefecilik" birer "suç" olarak nitelendirilerek, toplumun bu tür fiil ve davranışlardan uzak durması sağlanmıştır(Koca,2016:757). TCK'nun 235. Maddesinde ihaleye fesat karıştırma suçu düzenlenmiştir. Burada üzerinde durulan, kamu kurum ve kuruluşlarınca mal veya hizmet alım, satım, kiralama ve yapımı işlemlerinin ihale usulüyle yapılması sürecinde yasaklı fiil ve davranışlardır. İhale sürecinde mal veya hizmet satımının bedel eksiltme, mal ya da hizmet satışının ise bedel artırma yoluyla yapıldığı dikkate alınırsa, en çok artıran veya eksiltten istekli kişiye, kurallara ve şartlara uymak üzere ihalenin bırakılması amaçlanmaktadır. Bu süreç karşılıklı sözleşmelerin imzalanmasıyla sonuçlanmakta fakat ihale sözleşmesinde vaad edilenlerin hizmet veya mal alım/satım süreci tamamlanana kadar vaat edilenlerin eksiksiz yerine getirilmesinin takibi gerekir. Bu süreçte kanunda belirtilen fiil ve davranışları sergileyenler suç işlemiş kabul edilirler. Burada dikkat çeken TCK 235'te zikredilen suç unsuru taşıyan fiil ve davranışların KİK, DİK ve KİSK'te zikredilenlerle paralellik taşımasıdır. TCK 235, kurumların kendi iç kurallarının yetersizliklerinde ya da işlenen suçun etki derecesinin büyük olması durumlarda suçun işleme ihtimalini azaltmaya yönelik devreye girmektedir(Kazancı,2011:20).

### **5.1. SUÇUN UNSURLARI**

Suçun unsurları ile ilgili literatürde farklı görüşler olsa da genel olarak unsurlar şöyledir; suçun kanuni unsuru(tipiklik), maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurları olmak üzere tasnif edilmektedir. Bir eylemin suç sayılabilmesi için o eylemin faili, konusu, mağduru gibi maddi unsurların, kast, taksir ve kusurluluk gibi de manevi unsurların varlığı aranmaktadır.

Tipiklik unsuru, soyut olan suçun mevzuatta düzenlenen ve bu düzenlemede belirlenen kalıba uygunluğu ifade eder. Eylemin kanundaki soyut sınırlarla çizilen kalıba uygunluğu tipikliği oluşturur. Kanundaki tipe(kalıba) uyan eylemler suç oluşturur.

Suçun maddi unsurları olarak ise, fail, fiil, mağdur, konu, netice, ve nedensellik bağı oluşturur. İhaleye fesat karıştırma suçunda suçun konusu, ihalenin kendisi ve bu süreçte yapılan işlemlerdir. İhaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için kamu adına bir mal ya da hizmet alım/satım/yapım işinin ihale yoluyla gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Aksi halde, yani mal alım/satım/yapım işinin bir ihale ile değil de doğrudan gerçekleştirilmesi durumundan "ihaleye" fesat karıştırma suçu işlenmemiş olarak kabul edilir ve fail bu suçla suçlanamaz. Suçun

konusu olarak değerlendirilmesinde önemli bir ayrıntı da yapılan ihalenin kamu adına mı yoksa özel bir kurum, kuruluş ya da dernek adına mı yapılmış olduğudur. Suçun tanımının DİK ve KİK’de tanımlanmış olması ihalenin de kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılmış olmasını gerektirdiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle suçun konusu kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan ihalelerdir.

Bir suçun faili, bir fiil ya da davranışta bulunan kişidir. Söz konusu suçun faili ise, kanundaki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere suç seçimlik hareketli bir suç olup, ilgili hareketleri yapmaya ancak gerçek kişiler muktedirdir. Ancak söz konusu gerçek kişiler bir tüzel kişiliği vekaleten veya asaleten temsil eden kişilerin eylemlerinden dolayı söz konusu tüzel kişilerin de cezai müeyyide olarak güvenlik tedbirleri uygulanabilir ve ihaleye katılmaktan men edilme, faaliyet durdurma ve iptali gibi yaptırımlar da kanuni düzenlemede yer almıştır. Bu sebeplerle, söz konusu suç tipinde fail, kanuni düzenlemedeki tipiklik unsurunun oluşturduğu kalıba göre ihaleye katılan istekliler olabileceği gibi ihaleyi yöneten idari personel de olabilir. TCK 235. Maddede sayılan cebir uygulanmak suretiyle isteklilerin ihaleye katılımının engellenmeye çalışılması hususunda cebri uygulayanların ihaleye katılmak isteyen istekliler tarafından uygulanacağından söz konusu olayın faili bu durumlar katılmaya istekliler iken, ihale evraklarının ihale sürecine hakim olan ilkelerden olan gizlilik ilkesinin ihlal edilmesiyle söz konusu belgelerin ifşalanması durumunda da idari personel tarafından gerçekleştirilen bu eylemle de özgü suçlar bağlamında bu tür idari sorumlulukları doğuran eylemlerde özgü suç gereği herkes tarafından işlenemeyen suçlar gündeme gelmektedir.

Suçun mağduru, Eğer bir fiil suç sayılmışsa, bu suçun da kesinlikle bir mağduru vardır. Bir fiil zaten birini sahip olduğu haklara zarar vererek onu mağdur bırakmış olmaktan dolayı “suç” olarak nitelendirilmiştir. Suçun failinin tüzel değil, gerçek kişiler olduğu gibi, mağdur da ancak gerçek kişiler olabilirler. Tüzel kişilerin de mağdur olduğunu düşünen görüşler olsa da, toplum ya da kamu mağdur değil, işlenen bir suçtan zarar görebilirler(Arslan,2017:186). Tüzel kişiliğin de mağdur olduğunu savunan görüşe göre, eğer ihaleye fesat karıştırma suçundan dolayı kurulu ekonomik sisteme zarar verilmişse, toplum bu bozulan sistemin birer mağduru sayıldığını düşünmektedir(Dilberoğlu,2015:227). Aslına bakılırsa, bu görüş ihaleye fesat karıştırma suçunun TCK’da “Topluma Karşı İşlenen Suçlar” başlığı altında ele alınmış olmasına dayandırılmaktadır. Bu nedenle tüzel kişiler de gerçek kişiler gibi mağdur kabul edilebilir(Dilberoğlu,2015:240). İlan edilen bir ihaleye bir kişinin sahte belge düzenleyerek girmesi ve kazanan taraf olması halinde, aslında gerekli yeterliliğe sahipken ihaleye katılma şansını bile elinden kaçıran kişi bu suçun zarar göreni değil, mağdurdur.

Suç unsuru eylem (fiil), Bir kişinin kendi iradesiyle gösterdiği davranışlar onun fiillerini göstermektedir. Araştırma konusu olarak bakıldığında suç unsuru kabul edilen fiilin “fesatlık” olarak nitelendirildiği görülmektedir. Hangi fiilin ihaleye fesat karıştırma niteliğinde olduğu ise TCK 235. Maddede açıklığa kavuşturulmuştur. Kanun kapsamındaki fiil fesatlık niteliğinde olsa bile kanunda dile getirilen maddeler kapsamında değilse, suç niteliğindeki bir fiil olarak değerlendirilmemektedir(Dilberoğlu,2015:242). KİK’nda belirtilen maddeler özetle incelendiğinde; ihaleye katılma niteliğine sahip kişilerin ihaleye katılımını engellemek, istenen nitelikte olmayan kişilerin ihaleye katılımı, şartnameye uygun olduğu halde teklif edilen malların nitelsiz olduğu yönünde ya da nitelsiz olanların nitelikli olduğu yönünde karar verilmesi veya bu konuda sahte belgeler düzenleyerek katılımı engellemek veya katılımı sağlamak, gizli tutulması gereken bilgi ve belgelerin ifşa edilmesi, çıkar sağlamak amacıyla, ihaleye istekli olanlara veya idari memurlara cebir ve tehdit kullanmak, ihaleye katılan kişilerin çıkar amacıyla söz birliğine giderek sürece zarar vermeleri çerçevesinde oluşturulduğu görülmektedir. Suç sayılan bu fiillerin tamamının da “ihale”ye bağlı fiiller oldukları dikkat çekmektedir. İhaleye fesat karıştırmak amacıyla gösterilen fiillerden biri hileli davranıştır. İhaleye katılma yeterliliğinin hile yoluyla değiştirilerek ihaleye fesat karıştırma fiili DİK 5 ve 16. Maddelerinde ve gerekse KİK 10. Maddede açıklığa kavuşturulmuştur. İhaleye fesat karıştırma niteliğindeki fiilin oluşabileceği bir



diğer durum idarenin ihaleyi herhangi bir sebeple iptal etmesidir. Burada idare yetkisini kullanmak için kamu yararı ve hizmet gereklerini dikkate almak durumundadır. İhalenin amacı kamu yararının gözetilerek en uygun fiyata ve etkiye sahip mal alım/satım ve yapımının sağlanmasıdır. İhale ilanından sonra isteklilerin idareye sundukları teklifler komisyon değerlendirme sonucu ve karara bağlanmasına kadar gizli kalması gereken bir bilgidir(Dilberoğlu,2015:208). Zira bir isteklinin sunduğu fiyatın ifşa edilmesi halinde, diğer isteklilerin de buna bağlı olarak fiyat teklifi sunacakları gerçeği vardır. Serbest rekabetin sağlanması amacıyla sunulan her teklif gizli kalmalıdır. İhale süreci ve isteklilerin katılım ve teklif sunmaları serbest rekabete dayalı, can ve mal güvenlikleri güvence alınmış bir şekilde yürütülmektedir. Bu nedenle ihale sürecinde isteklilere ya da idareye karşı herhangi bir cebir, baskı, yıldırma ve tehdit nevinden fiillerin uygulanması ihaleye fesat karıştırma fiilini ifade eder. İhaleye fesat karıştırılmasını önlemek için suç kapsamına alınmış bir diğer fiil, isteklilerin kendi aralarında gizli ya da açıktan anlaşma yapmalarıdır(Soyaslan vd,2013:119). İsteklilerin ihale sürecinde bu tür davranışlara yönelmeleri serbest rekabet ilkesine aykırı olduğu için ihale sağlıklı yürütülemeyecek, kamu faydası gözetilemeyecektir.

Her suçta olduğu gibi ihaleye fesat karıştırma suçunun da gerek fiilin işleniş biçimi, gerekse failin durumu açısından niteliği ağırlaştırılmış ve hafifletilmiş olmak üzere değişiklik gösterebilir. TCK 235. Maddenin (a) bendinde suç işlenirken cebir ve tehdide başvurulması halinde suç ağırlaştırılmış nitelik kazandığı belirtilir. Eğer fail suçu işlemiş fakat cebir ya da tehdide başvurmamışsa, kamu kurum ve kuruluşu zarara uğramamışsa TCK 235. Maddenin (b) bendi gereğince hafifletilmiş sebeplerce nitelendirilir

Fail tarafından işlenen bir fiil suç niteliğindeyse ve bu suçu işlerken kasıt ya da taksire yönelmişse suçun manevi boyutu da oluşmuştur. Zira suçun manevi unsuru “failin fiille kurduğu manevi bir bağıdır(Arslan,2017:210). Bir fiilin maddi ve manevi unsurları oluşmadan suç sayılması imkansızdır. Bu açıdan bakıldığında, suç niteliğindeki bir fiilde aranan manevi unsurlar kasıt ve taksirdir. Örneğin, ihale memurlarının gizli tutulması gereken bilgi ve belgeleri üçüncü kişilerin görebilecekleri ya da kolaylıkla erişebilecekleri yerlerde tutması olası kast davranışı niteliğindedir. Fakat bu fiilin amacını bilmemeleri nedeniyle hataya düşen ihale değerlendirme komisyon üyelerinin ihaleye fesat karıştırma suçunu işledikleri düşünülemez(Şen vd., 2014:119).

Kusurluluk unsuru, Bir fiilin kanundaki tanıma göre suç olmasını gerektirecek şartların oluşması, o fiili suç olarak tanımlamaya yeterli olabilir fakat hukuka uygunluk açısından bakıldığında hukuka uymadığı değerlendirilirse, bu fiilin cezalandırılmasının mümkün olmadığı düşünülmektedir. Bunun için kişinin kusurlu olduğu düşünülüp kınanabilir olması beklenir. Bir failin işlediği fiilden dolayı cezalandırılması mümkün olmadığı durumlarda failin yaşının küçüklüğü, akıl sağlığının yetersizliği, yabancı madde tesirinde kalmış olabileceği, suçla ilişkili olabilecek şekilde konuşma ve işitme engelli oluşuna göre ceza sorumluluğunun olmadığı ya da cezasının azaltılması mümkündür(Kazancı,2011:186).

Hukuka aykırılık unsuru, Bir fiilin suç niteliği taşıması için suçun maddi ve manevi unsurlarının olmasının yanında ayrıca hukuka aykırı bir fiil olması beklenir. Burada dile getirilen fiilin hukuk düzenine aykırı nitelikte olmaması gereğidir(Kazancı,2011:187). Yani eğer bir fiil suç niteliğinde ama cezai yaptırımdan kurtulmak isteniyorsa, fiilin hukuka uygun nitelikte işlenmiş olması beklenir. Bu durumda ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan sebepler dikkate alınır. TCK’da dile getirilen bu sebepler incelendiğinde failin meşru müdafaası, kanun gereğini yerine getirmesi, sahip olduğu hakkı kullanması ve ilgili kişinin rızası olduğu anlaşılmaktadır. Her ne kadar bir fiil TCK madde 235’te dile getirilen fiillerle benzerlik taşıdığı için suç niteliğinde gibi görünse de, kanunda kendisine verilen yetkiyi kullandığı için kişinin bu fiilden dolayı suçlanamayacağı belirtilir.

## **5.2. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ**



Her suçun kanunda kendine has bir görünüş biçimi vardır. Bu bir sınırlayıcı özellik taşımakta olup hangi fiillerin suç kapsamında değerlendirilebileceğini açıklığa kavuşturur. Fiiller teşebbüs, iştirak ve içtima olmak üzere üç görünüş biçimiyle değerlendirilmektedir. Bunlardan teşebbüs ve iştirak failin cezalandırılabilmesine ilişkin bir bilgi verse de, içtima birden çok suç işlenmesi halinde suçların ayrı ayrı cezalandırılmaları yerine birleştirip cezalandırmak mantığı üzerine kuruludur.

Teşebbüs, Suç hukuka göre uygun görülmeyen fiil veya davranıştır. Bir davranışın sonucu değil, süreç olduğu değerlendirilirse, suçun da oluşumu kendi için bir süreçtir. Bu bakış açısına göre suç icra ve tamamlanma olmak üzere iki aşamadan oluşur. İcra aşaması ise düşünce, hazırlık ve icra olmak üzere üç aşamalıdır. Bir fail suç unsuru davranışı tasarlamış ama henüz gerçekleştirilmemiş olabilir, tasarlamış, hazırlık yapmış fakat henüz davranışa dönüştürmemiş de olabilir. Failin bir suç unsuru davranışı düşünüp hazırlığını yapmış ama bazı sebeplerle henüz tamamlayamamışsa, bu süreç “teşebbüs” olarak nitelendirilmekte, cezalandırılırken de “suç işlemekten” değil, “suça teşebbüsten” işlem yapılmaktadır. TCK 235. Maddede düzenlenen seçimlik hareketli suç olan ihaleye fesat karıştırma suçunda, ilgili maddede belirtilen eylemlerin icrası sırasında kendi rızasıyla suçu işlemekten vazgeçmesi yahut kendi eylemleri dışındaki herhangi bir durumdan ötürü suç işlenemezse suç teşebbüs aşamasında kalmış sayılır.

İştirak, bir suçun işlenmesinde irade sahibi olmak ve icrasında birden fazla kişinin rol oynaması “iştirak” olarak adlandırılır(Arıtürk,2011:269). Bu tanımdan hareketle bir kişinin bir suça iştirak etmiş olmasında, ancak o suçta ortak bir hakimiyete sahip olması ve icra sürecinde rol almış olması şartı vardır. Bir kişinin suç işlenmesinde aracı olarak kullanılması da mümkündür. Suçun işlenmesi sürecinde kişi bir suçun faili olabileceği gibi iştirakçisi de olabilir, azmettiricisi de. Bu gibi durumda suçun işlenmesinde azmettiren kişi de suçu işleyenle aynı suçtan cezalandırılır(Soyaslan vd., 2013:136). İştirak suçu TCK Madde 37’de düzenlenirken, Madde 39 suça yardımı düzenlemiştir. Bir kişi suçun faili de, iştirakçisi de, yadım edeni de olabilir. Bir suçun faili birden fazla kişi de olabilir.

İçtima, Bir kişi aynı anda birden fazla suçu işlemiş olabilir. Her bir suçun ayrı değerlendirilmesi durumunda fail uzun süreli cezalarla karşı karşıya kalabilir. Bu da adaletsizliğe sebep olacağından suçların birlikte değerlendirilerek ortak bir cezai yaptırımın uygulanması tercih edilmektedir. Bu durum içtima olarak adlandırılır(Dilberoğlu,2015:348). İçtima kanunda, “bileşik suç”, “fikri içtima” ve “zincirleme suç” olmak üzere üç şekilde düzenlenmektedir. Bir failin mağdura karşı aynı suç unsuru fiili farklı zamanlarda gerçekleştirmesi halinde suçun zincirleme işlendiğine hükümlenir. Fail fiilin işlenmesi bakımından değerlendirildiğinde birden çok suç işlemiş gibi düşünülebilir. Bunun yerine tek bir suç işlemiş gibi değerlendirilip ceza miktarı tek bir suçun cezasından fazla olmak üzere dörtte birden dörde üç olacak şekilde hakim takdirine bırakılmıştır.

### 5.3. YAPTIRIM

Toplumsal düzenin korunması ve adalete güvenin tesisi amacıyla hukuk kurallarına göre uygun görülmeyen fiil ve davranışlar bir yaptırım olarak ya cezalandırılır ya da kişi hakkında güvenlik tedbirleri uygulanır. Yaptırım gerçek kişiye karşı uygulanacağı gibi tüzel kişiliğe de uygulanabilir.

Kurulu düzenin bozulmasına ya da bir kişinin haklarına yönelik fiillerin suç kapsamına girmesi durumunda toplumsal düzenin yeniden tesisi, adalete güvenin korunması ve hak sahiplerinin haklarının korunması amacıyla failer hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılırlar. Cezanın hangi fiil ya da davranışa yönelik olacağı veya miktarının ne kadar olacağı toplumun değişen şartlara karşı tutum ve davranışlarına göre hukuksal çerçeveye oturtulmak koşuluyla

değişikliğe uğrayabilir. İhaleye fesat karıştırma suçunun cezası da başlangıçta “beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası” iken günümüzde “üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası” şeklinde değişikliğe uğramıştır(Arslan,2017:246). İşlenen suçun niteliği ve işleniş biçimi dikkate alındığında cezai yaptırımın da o nispette değişeceği bilinmektedir. Eğer ihaleye fesat karıştırma suçu tek başına değil de örgütlü olarak işlenmişse, cezası örgütlü suçlar açısından belirlenecektir. İhaleye fesat karıştırmak suçu işlenirken tehdit ve cebir kullanılmışsa, cezanın beş yıldan az olmayacağı, fiil adam yaralamaya kadar varmışsa gerçek, içtima kuralları işletilerek daha ağır cezai yaptırımların devreye gireceği anlaşılmaktadır(Arslan,2017:246). Suç unsuru bir fiile karşı yaptırım uygulamalarından biri de güvenlik tedbiridir. Bu yaptırımın amacı kişiyi topluma karşı ıslah etmek ve toplumu korumaktır(Soyaslan vd., 2013:149). Güvenlik tedbirleri kişilere karşı uygulanabildiği gibi tüzel kişiliklere karşı da uygulanabilir. Bu tedbirlerin neler oldukları TCK 53. ve 61. maddeler arası düzenlenmiştir . Güvenlik tedbirlerinden biri, kişiyi belli haklardan mahrum bırakmaktır. Bu tedbirler hem KİK, hem DİK hem de TCK’da düzenlenmişlerdir. Eğer bir kişi bir suçu kasten işlemişse TCK 53. Maddede katalog haklar olarak ifade edilen hakları ceza infazının sonuna kadar kullanmaktan men edilir(Soyaslan vd., 2013:149). İhaleye fesat karıştırma suçu niteliğindeki bir fiil sebebiyle hakkında tedbir uygulanmasına karar verilen kişiye hem KİK Madde 58 hem de DİK Madde 84 ve 85 gereğince kamu ihalelerine katılmama yaptırımı uygulanmaktadır(Dülger,2008:229). İhaleye fesat karıştırma suçu, sonucu toplumsal düzene, kamuya, ekonomik sisteme ve hukuk nizamına güvene yansıtacağı için, özel şartlara sahip, bir şikayete bağlı kalmadan alınan bir haber veya bilgiyle savcılık tarafından re’sen oluşturulabilen bir suç tipidir (Dülger,2008:229). Savcılığın bu görevi KİK 59 ve 17. Maddesinde dile getirilen ve TCK’ya göre ihaleye fesat karıştırma suçu sayılan fiillerin tespiti halinde ilgili kurum, kuruluş gerçek ve tüzel kişiler ve yöneticileri hakkında soruşturma açma yetkisinden kaynaklanmaktadır(Dilberoğlu,2015:386). Savcılığın böyle bir suçun işlenip işlenmediğine dair soruşturma yapmak istemesi hukuki açıdan izne hem bağlıdır hem de bağlı değildir. Eğer suç işlediği bilgisi alınan kişi kamu görevlisiyse, bu durumda eğer kişi istisna dışında tutulmamışsa yetkili merciden soruşturma izni alınması şartı vardı (Arslan,2017:267). Bu kişinin kamu personeli dışında olması halinde özel bir izne gerek kalmadan savcılık re’sen kamu davası açabilir(Koca,2014:180).

İhaleye fesat karıştırıldığı soruşturmasıyla açılan dava çeşitli sebeplerden dolayı uzun sürede karar aşamasına gelebilmektedir. Bu süreçte delillerin toplanması ya da yargılama sürecinin çeşitli sebeplerle uzaması, davanın kanunda öngörülen sürede (Makul Sürede Yargılanma Hakkı) karara bağlanamamasına, bu nedenle zamanaşımına uğramasına neden olmaktadır.

İhaleye fesat karıştırma davalarında dava zamanaşımı 15 yıldır(Koca,2014:209). Eğer davada kamu zararının bulunmadığı tespit edilirse, suça verilecek ceza 1-3 yıl arasında olacağı için dava zamanaşımı da 8 yıl olarak belirlenmiştir(Şen vd.,2014:148).

## **6. MUKAYESELİ HUKUKTA İHALE SUÇLARI**

İhaleye fesat karıştırma suçu karşılaştırmalı hukukta genellikle ekonomik suçlar kapsamında bağımsız bir suç tipi olarak düzenleme alanı bulmaktadır. Birçok ülkede ihaleye fesat karıştırma fiillerinin, rekabet hukuku kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Bu fiiller, genel olarak rekabeti kısıtlamaları nedeniyle rekabet hukuku çerçevesinde ve birçok kez de yönetmelik ve yönergelerle düzenlenmektedirler. Bu düzenlemeler kapsamında ihaleye fesat karıştırma suçları için kararlaştırılan yaptırımlar hem idari hem de cezai yaptırımlar olarak gündeme

gelebilmektedir. Bazı ülkelerde, fiilin niteliğine göre, örneğin dolandırıcılık gibi genel suç tanımları kullanılabilir. Örneğin, İsveç Ceza Kanunu'nda ihaleye fesat karıştırma suçu ile ilgili doğrudan bir hüküm bulunmamakla birlikte, mal veya hizmet ilişkin kamu ihalesinde rekabeti bozan veya kısıtlayan hukuka aykırı anlaşmalar, sadakatsizlik/dolandırıcılık kapsamında iki yıla kadar, fiilin nitelikli/ağır olması halinde de altı yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Benzer durum Finlandiya için de geçerli olup, Ceza Kanunu'nun dolandırıcılık, zimmet, rüşvet, ticari sırların çığnenmesi ve kötüye kullanımı, muhasebe suçları vb. hükümleri ayrıca diğer koşulların da oluşması halinde yolsuzluklarla ve bu bağlamda ihaleye fesat karıştırma fiilleriyle ilgili olarak uygulanabilmektedir (Arslan, 2017:101). Finlandiya, OECD'nin Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesiyle Mücadele Sözleşmesini ve Avrupa Toplulukları Yetkilileri veya Avrupa Birliği üye devletlerinin de taraf olduğu Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesine taraftır. OECD ve AB sözleşmelerinin uygulanması, mevzuatta birkaç değişiklik gerektirmiş ve Avrupa Konseyi (AK) Sözleşmesinin uygulanması için de bazı değişiklikler yapılmasını gerektirmiştir. Bu doğrultuda yükümlülüklerini gerektiği gibi yerine getiren Finlandiya Yolsuzlukla Mücadele de etkin rol almaktadır.

İhaleye fesat karıştırma niteliğindeki fiillerin özel suç tipi olarak düzenlendiği bazı ülkelerin ceza kanunlarındaki hükümleri bağlamında suç karşılığı olarak sadece hapis cezasının söz konusu olduğu kanunlar olduğu gibi, hapis ve para cezasını birlikte öngören kanunlar veya yekdiğerine alternatif olarak öngören kanunlar da vardır (Arslan,2017:102).

İhaleye fesat karıştırma suçu, Alman Ceza Kanunu'nun özel kısmının "Rekabete Karşı Suçlar" başlıklı yirmialtıncı babında "İhale Çağrılarını Üzerine Rekabetin Sınırlanmasına Yönelik Anlaşmalar" kenar başlıklı 298. Maddesinde düzenlenmiştir. Alman Ceza Kanununda 298. Madde düzenleninceye kadar, ihale anlaşmaları yalnızca dolandırıcılık suçu kapsamında cezalandırılabilirdi. Ancak dolandırıcılık suçu bağlamında yaptırım uygulanabilmesi oldukça nadir bir durumdu. Çünkü, yolsuzlukların çoğu dolandırıcılık suçunun unsurlarını taşımadıkları için yaptırım altına alınamamaktaydı. Bu tür fiiller, yalnızca Rekabet Kanununda para cezası ile yaptırım altına alınmaktaydı. Bu nedenle kanun koyucu 26. Babında "İhale Sürecinde Rekabeti Kısıtlayan Anlaşmalar"ı yasaklayan bir kısmı ceza kanununa alma gereği duymuştur. Alman Ceza Kanununun "Muvazaalı İhale" başlıklı 298. Maddesine göre İhaleye fesat karıştırma suçu şu şekilde ifade edilmiştir :

- (1) Her kim, mallar ya da ticari hizmetlerle ilgili yapılacak bir ihaleye davet üzerine, düzenleyicisinin belirli bir teklifi kabul etmesi gibi bir amacı bulunan hukuka aykırı bir anlaşmaya dayalı olarak teklifte bulunursa, 5 yıla kadar hapis ya da para cezasına hükümlenir.
- (2) Bir yarışmaya önceden sağlanan katılımın ardından bir sözleşmenin özel bir biçimde ihale edilmesi, 1. fıkra anlamında olmak üzere ihaleye yapılan bir davete eşdeğer sayılır.
- (3) Her kim gönüllü olarak düzenleyiciyi teklifi kabul etmekten ya da hizmetini sunmaktan alıkoysa, 1. fıkra çerçevesinde ve yine 2. fıkra ile bağlantılı olarak cezalandırılmaz. Eğer faile olan katkısı nedeniyle teklif kabul edilmez ya da düzenleyicinin hizmeti sağlanmazsa, gönüllüce ve ciddiyetle teklifin kabulünün ya da hizmetin sağlanmasının önlenmesinde çaba göstermesi durumunda ceza verilmez.

Alman Ceza Kanununda yer alan ilgili hüküm irdelendiğinde, aslında yalnızca ihale sürecine gizli ve hukuka aykırı birtakım anlaşmalar yapmak suretiyle fesat karıştırılması hali cezalandırılmaktadır. Ayrıca suçun oluşması için ihaleyi düzenleyen tarafından teklifin kabulü veya işi verenin veya rakiplerin mağdur edilmesi veya bunlara zarar verilmesi gerekli değildir.

Alman Ceza Kanununda düzenlenen ilgili hükmün 3. fıkrasında da işlenmiş olan suçtan failin geri adım atması, yani “etkin pişmanlık” hükmü düzenlenmiştir. Buna göre, “teklifin kabul edilmesinden veya işin yerine getirilmesinden önce, rekabete aykırı tekliften vazgeçme” olanağı tanınmıştır. Alman Ceza Kanunu 298. Maddesine göre, fail bakımından herhangi bir sınırlama getirilmemiş olup, bu özelliğiyle özgü bir suç değildir. Fail bakımından sınırlandırılmayan bu suç tipinde, suçun maddi unsurunu oluşturan hareket bakımından fail sınırlandırılmıştır.

Avusturya Ceza Kanunu’nun özel kısmının “Yabancı (Üçüncü Şahıs) Mülkiyetine Karşı Suçlar” başlıklı bölümünün 168/b. Maddesinde, “Satın Alma Prosedürlerinde Rekabete Aykırı Anlaşmalar” başlığı altında düzenleme alanı bulmuştur.

Avusturya Ceza Kanununun 168/b. Maddesine göre ihaleye fesat karıştırma suçu şu şekilde belirtilmiştir (Arslan,2017:104, Kazancı, 2011:82)

(1) Her kim ki ihale sürecine katılmak için başvuruda bulunan, teklif veren veya ihale makamını belirli bir teklifi kabul etmeye teşvik etmeyi amaçlayan bir yasa dışı anlaşmaya dayanarak müzakereler yürütürse o kişi 3 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkra uyarınca, sözü edilen türden bir teklifin ihaleyi düzenleyen tarafından kabul edilmesini gönüllü olarak önleyen veya onun edimlerini yerine getirmesine mani olan kişiye bu kanun maddesinin birinci fıkrasında belirtilmiş olan ceza verilmez. Yapılmış olan teklif ihaleyi veren tarafından, failin her hangi bir müdahalesi olmaksızın kabul edilmemesi veya ihaleyi verenin edimlerini failin bir müdahalesi olmaksızın yerine getirmemesi durumunda ise fail, eğer sözü edilen teklifin ihaleyi veren tarafından kabul edilmemesi veya ihaleyi verenin edimlerini yerine getirmemesi yolunda samimi bir şekilde gayret sarf etmişse cezalandırılmaz.

Alman Ceza Kanunu’nda olduğu gibi bu kanunda da “etkin pişmanlık” hükmü düzenleme alanı bulmuştur.

İhaleye fesat karıştırma suçu, İtalyan Ceza Kanunu’nun İkinci Kitabında “Kamu Yönetimine Karşı İşlenen Suçlar” bölümünün “Özel Kişilerin Kamu Yönetimine Karşı İşledikleri Suçlar” başlıklı alt bölümünün “Açık Arttırmayla Satış Özgürlüğünün Etki Altına Alınması” başlıklı 353. Maddesinde düzenlenmiştir.

İtalyan Ceza Kanunu’nun 353. Maddesine göre ihaleye fesat karıştırma suçu şu şekilde ifade edilmiştir :

(1) Her kim, şiddet veya tehditle veya hediye, vaat, gizli anlaşma (Muvazaa) veya sair hileli usullerle kamu idareleri adına kamu müzayedelerinde veya özel ihalelerde ihaleyi engelleyen veya bozan veya teklif vereni elinden alan kişi 6 aydan 5 yıla kadar hapis cezası ve 103€ (İtalyan Lire’ti olarak 200.000) ila 1.032 € (İtalyan Lire’ti olarak 2.000.000) arasında para cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçlu, yukarıda belirtilen açık arttırmalarda veya kanun veya makam tarafından ihalelerden sorumlu bir kişi ise, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ve 516 € (İtalyan Lire’ti olarak 1.000.000. Eski İtalyan Ceza Kanununda bu rakamlar belirtilmiştir.)’dan 2.065 € (İtalyan Lire’ti olarak 4.000.000)’ya kadar para cezası ile cezalandırılır.

(3) Bu maddede belirlenen cezalar, bir kamu görevlisi veya kanunen yetkili bir kişi tarafından yönlendirilen özel kişiler adına özel ihale yapılması durumunda da geçerli olup, yarı yarıya indirilirler.

İtalyan Ceza Kanunu, artırma ve eksiltme ihalelerinin daima kamu idaresine mensup bir görevli tarafından yapıldığından esasla, korunan hukuki değer “dürüstlük” ilkesi olduğu görüşünü benimsemiştir. Bu nedenle de suçu, herkes tarafından kamu idaresine karşı işlenen suçlar arasında yer alan 353. Madde de düzenlemiştir. Ancak korunan hukuki değer bakımından, İtalya Doktrininde son zamanlarda giderek artan görüşe göre, korunan hukuki yararın “Serbest Rekabet” olduğu görülmektedir (Kazancı,2011:83-84).

İhaleye fesat karıştırma suçu, İspanyol Ceza Kanunu’nun “Kamu İhalelerinde ve Açık Artırmalarda Fiyatların Değiştirilmesi” başlıklı sekizinci bölümde yer alan 262. Maddede düzenleme alanı bulmuştur.

İhaleye fesat karıştırma suçuyla ilgili İspanyol Ceza Kanunu’nun 262. Maddesi şöyle demektedir:

(1) Kamu müzayede ya da ihalesine katılmamak için anlaşma veya hediye kabul edenler; cebir, tehdit, hediye, vaat ya da herhangi başka bir araç vasıtasıyla müzayedeye katılan teklif sahiplerini ondan uzaklaştırmak için çabalayanlar, nihai fiyatı değiştirerek kendi aralarında uzlaşanlar ya da kararı elde ederek açık artırmayı terk eden veya hileli hareketlerle ihlal edenler, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve on iki yıldan yirmi dört yıla kadar da adli para cezası ile cezalandırılırlar. Ayrıca bu kişiler hakkında üç yıldan beş yıla kadar da ihalelere girmekten yasaklanırlar. İdareler ve kamu kuruluşları tarafından ihaleye veya müzayedeye çağrıldıkları takdirde, temsil ettiği şirket, acente, şahıs veya temsilci her halükarda üç ile beş yıl süreyle yasaklı duruma düşerler ve kamu idareleriyle sözleşme yapma hakkından mahrum kalırlar.

(2) Failin herhangi bir şirket, teşkilat ya da meclise mensup olması halinde, bu fiilleri gerçekleştirmek maksadıyla, geçici nitelikte dahi olsa Hakim veya Mahkeme, 129. Maddede öngörülen cezalardan herhangi birini veya birkaçını verebilir.

hükümde atıf yapılan 129. Madde şöyledir:

(1) Tüzel kişiliğe sahip olmamaları nedeniyle bu şirketler, kuruluşlar, gruplar veya diğer her türlü kuruluş veya kişi grupları içinde, bunlarla işbirliği içinde veya bunlar aracılığıyla veya bunlar aracılığıyla işlenen ağır suçlar veya kabahatler durumunda, Bu Kanunun mükerrer 31. Maddesi uyarınca, Hakim veya Mahkeme, bu şirketler, kuruluşlar, gruplar, kuruluşlar veya gruplar hakkında, müvekkiline verilen ilgili cezanın bir veya birkaç yan sonucunun, içeriğinde öngörülen içerikle birlikte, gerekçeli bir karar verebilir. Madde 33.7'nin c) ile g) bölümleri. Hâkim veya Mahkeme, kanuna uygun olsa dahi herhangi bir faaliyetin yürütülmesini kesin olarak yasaklayabilir.

(2) Önceki Bölümde atıfta bulunulan yan sonuçlar, yalnızca bu Kurallar bunu özel olarak öngördüğünde veya cezai yaptırıma izin verdiği herhangi bir suç veya kabahat söz konusu olduğunda, burada adı geçen firmalar, kuruluşlar, gruplar, kuruluşlar veya meclisler için geçerli olabilir. tüzel kişilerin hesap verebilirliği talep edilecektir.

(3) Soruşturma Hâkimliği tarafından bu maddede belirtilen amaçlarla ve 33.7. Maddede belirtilen sınırlar dahilinde geçici tedbir olarak yer veya işyerlerinin geçici olarak kapatılmasına, şirket faaliyetlerinin durdurulmasına ve yargı müdahalesine de karar verilebilir.

Bu hükümde de kanunun mükerrer 31. Maddesi ve 33.7. Maddelerine atıf yapılmaktadır. Şöyle ki, aynı kanunun 31. Maddesine aykırılık teşkil etmeyecek şekilde, Cumhuriyet Başsavcılığı ve taraflar ya da onların yasal temsilcilerini dinlemek suretiyle, gerekçeli olarak aşağıda sayılacak olan kararları verebilir:

Topluluk, şirket, kuruluş, acente ya da derneğin beş yıla kadar süreyle faaliyetlerinin durdurulması,

Topluluk, şirket, tesislerin kesin veya geçici olarak kapatılması. Geçici kapatma beş yılı geçemez, Suçu gizleyen, teşvik eden veya suçu işleyen gelecekteki faaliyetleri, ticari operasyonları ya da işlerinin gerçekleştirilmesinin yasaklanması. Bu yasak geçici veya nihai nitelikte olabilir. Eğer geçici nitelikteyse, yasaklanma süresi on beş yılı geçemez.

Gerekli sürelerde ve beş yılı aşmamak üzere, çalışanlar ya da alacaklıların haklarını korumak için şirkete yargı müdahalesi. Bu müdahale beş yılı geçemez.

Geçici kapatma/durdurma ve nihai kapatma/durdurma kararlarını, ayrıca ihtiyati tedbir kararlarını yetkili kovuşturmacı bakan hakim tarafından karar verilecektir. Bu düzenleme ile kamu ihalelerinde serbest rekabetin korunması amaçlanmaktadır. Suçun maddi unsurları arasında olan hareket (fiil) unsuru bakımından birden çok durum öngörülmüştür. Hareket unsurunu oluşturacak olan fiiller arasında hediye vermek, kişileri ihaleden uzaklaştırmak ve vaatle bulunmak gibi fiiller bulunmaktadır. Fiillerden de anlaşılacağı üzere, kamu ihaleleri bakımından failin, ihaleye katılan biri olma gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. İhaleye katılmayan bir üçüncü kişi tarafından da bu suçun faili olunabilir. Bu özelliği bakımından özgü bir suç değildir. Herkesçe işlenebilen bir suçtur.

Kanuni düzenlemede belirtilen suçun unsurları irdelendiğinde, bu suçun ancak icrai hareketlerle işlenebileceği kanaatine varılmaktadır. İhmali hareketle işlenebilir işlenemeyeceği tartışmalıdır. Alman hukukunda düzenleme alanı bulmayan hile, tehdit, şiddet(cebiri) uygulayarak ihaleye fesat karıştırılması hususu İspanyol Ceza Kanunu'nda düzenleme alanı bulmuştur.

Fransa'da ceza kanunu bağlamında ihaleye fesat karıştırma suçu uygulanagelen ceza yasalarına bakıldığında ilk yıllarda uygulanan yasalar da bulunmamaktaydı. Genel olarak düzenleme alanı bulan suç tipi, "fiyatları etkileme suçu" idi. Bu suç kapsamında kartel anlaşmaları yapılarak elde edilmesi amaçlanan fayda sağlanmaya çalışılmaktaydı. 1810 Napoleon Kanunu'nun 419. Maddesi uyarınca, fiyatları etkileme kastıyla yapılan kartel anlaşmalarının cezalandırılacağı düzenlenmişti. Ancak bu suç tipinin pratikte gerçekleşmesinin oldukça zor olmasından ötürü bu madde pek uygulama alanı bulabilmiş değildir. 1945'ten bu yana fiyatların etkilenmesinin devlet ve toplum için ne kadar zararlı olduğu fark edilmiş ve bu fiillerin Ceza Kanunu'nda düzenlenmesi için kanunlaştırma çalışmalarına başlanmıştır (Kazancı,2011:87-88). Bu bağlamda 1986 tarihli 1243 sayılı yönetmelikle kartel yasağına aykırı davranışlara, cezai yaptırımların uygulanması (hürriyeti bağlayıcı ceza ve para cezası şeklinde) öngörülmüştür (Kazancı,2011:87-88).

Bunlara ek olarak 1994 tarihli Yeni Fransız Ceza Kanunu çıkarılmış ve İhaleye fesat karıştırma suçu ayrı bir suç tipi olarak düzenleme alanı bulmuştur (Arslan,2017:105). Yeni Fransız Ceza Kanunu'nda "Mülkiyete Karşı Cürüm ve Kabahatler" in bulunduğu 3. Kitabın "Dolandırıcılık ile İlgili Suçlar" başlıklı Ceza Kanununun 2. Bölümünde md.313/1 ile 313/9 arasında düzenlenmiştir.

Fransız Ceza Kanunu'nun 313/6. Maddesine göre ihaleye fesat karıştırma suçu aşağıdaki ifadelerle dile getirilmiştir :



(1) Açık artırmada, bağışlar, vaatler, anlaşmalar veya diğer hileli yollarla, bir teklif vereni reddetmek veya teklifleri veya sunumları sınırlamak altı ay hapis ve 22.500 € adli para cezası ile cezalandırılır. Bu tür hediyeleri veya vaatleri kabul etmek durumunda da aynı cezalar uygulanır.

(2) Aynı cezalar aşağıda sayılan hallerde de uygulanır:

Açık artırmada, şiddet, saldırı veya tehdit yoluyla teklif verme veya teklif verme özgürlüğünün engellenmesi veya rahatsız edilmesi,

Yetkili yasal görevlinin ya da kamu müzayedesinde taşınırın gönüllüce satışını yapan bilinen bir şirketin katılımı olmaksızın, bir kamu kararının ardından yeniden bir müzayedenin gerçekleştirilmesi ya da buna katılım

İşbu maddede belirtilen suçlara teşebbüs durumunda aynı cezalar uygulanır.

Aynı kanunun 313/7. Maddesi, “Gerçek Kişilere Uygulanacak Ek Cezalar Ve Tüzel Kişilerin Sorumluluğu”nu düzenlemektedir. Buna göre, 313/1, 313/2, 313/6 ve 313/6-1 maddelerinde belirtilen suçlardan birinden suçlu bulunan kişilere ayrıca aşağıdaki ek cezalar uygulanır :

1- 131-26. Maddede öngörülen usullere uygun olarak yurttaşlık, medeni ve aile haklarının yasaklanması;

2- 131-27. Maddede öngörülen usullere uygun olarak, ya bir kamu görevini ifa etmekten ya da suçun işlendiği sırada veya ifa sırasında mesleki veya sosyal faaliyette bulunmaktan, ya ticari veya sınai bir meslek icra etmek, kendi hesabına veya başkaları hesabına, ticari veya sınai bir işletmeyi veya ticari bir şirketi doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir sıfatla yönlendirmek, idare etmek, yönetmek veya kontrol etmek. Bu egzersiz yasakları kümülatif olarak uygulanabilir;

3- Suç teşkil eden fiilleri işlemek için kullanılan müesseselerin veya şirket müesseselerinden bir veya birkaçının en fazla beş yıl süreyle kapatılması;

4- İfadeye konu olan ve 131-21 inci maddenin son fıkrasına tabi olanlar hariç olmak üzere, suçu işlemek için kullanılan veya suç işlemek amaçlanan veya bunların ürünü olan şeyin müsadereci;

5- 131-31. Maddede öngörülen usullere göre ikamet yasağı;

6- En fazla beş yıl süreyle, keşidecinin muhataptan para çekmesine izin verenler veya tasdikli çekler dışında çek düzenleme yasağı;

7-Madde 131-35'te belirtilen koşullar altında verilen kararın yayınlanması veya yayılması.

İhaleye fesat karıştırma suçundan (md.313/6) mahkum olan kişi 313/8. Maddesi kapsamında ayrıca “5 yıla kadar kamu ihalelerine katılma yasağı ile de cezalandırılır.” Ayrıca Kanunun Birinci Kitabında düzenlenen “Genel Hükümler” konusu altında bulunan 3 nolu alt başlıkta düzenlenen “Cezalar” bölümünde “Belirli Cezaların Uygulanmasının İçeriği ve Yöntemleri” kenar başlıklı 131/34. Maddesi kapsamında “Kamu sözleşmelerinden yasaklanma (hariç tutma)” cezası ele alınmıştır. Maddeye göre, “Kamu sözleşmelerinden hariç tutma cezası, doğrudan ya da dolaylı olarak, Devlet ve kamu kuruluşları, mahalli idareler, bunların ortaklıkları, grupları ve bu kamu kuruluşlarının yanı sıra, Devlet veya yerel makamlar veya onların grupları, ortaklıkları tarafından ayrıcalıklı olarak belirlenmiş ya da denetlenen işletmeler tarafından imzalanan herhangi bir sözleşmeye katılımın yasaklanmasını gerektirir” denilerek, ihaleye katılım yasağı da düzenleme altına alınmıştır .

Güney Afrika'da rüşvet ve yolsuzlukla ilgili suçları düzenleyen yasalar şunlardır: 2004'te Güney Afrika tarafından onaylanan Birleşmiş Milletler Yolsuzluğa Karşı Sözleşme; 17 Aralık 1997'de Paris'te hazırlanan ve imzalanan, Güney Afrika tarafından 2007'de imzalanan Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Vermeye Karşı Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı Sözleşmesi ve Güney Afrika tarafından 2005'te onaylanıp yürürlüğe giren Yolsuzluğun Önlenmesi ve Yolsuzluğun Önlenmesine İlişkin Afrika Birliği Sözleşmeleri ile yolsuzluğa karşı aktif bir şekilde mücadelesini göstermektedir.

Birçok ülkenin yasalarında olduğu gibi bu ülkenin yasalarında da ihaleye fesat karıştırma suçu ve benzer nitelikteki suçlar genel olarak kamuya karşı işlenen ve ulusal ve uluslararası rekabeti bozan fiillerden sayılmaktadır. Bu doğrultuda ülkelerin yasalarının genelinde ihaleye fesat karıştırma ibaresi ile değil de Yolsuzluk ve Rüşvet adı altında, kendine yahut bir üçüncü kişiye haksız menfaat temini gibi durumlarda gündeme gelmektedir. Yolsuzluk ve Rüşvet düzenlemeleri ile ulusal ve uluslararası rekabetin bozulmasını engellemek adına yapılan uluslararası sözleşmeler bağlamında iç hukukta da değişiklikler yapılarak rekabet ortamı korunmaya çalışılmakta ve haksız menfaat elde etmenin de önüne geçilmeye çalışılmaktadır.

Güney Afrika'da rüşvet ve yolsuzlukla mücadele ile ilgili ana mevzuat aşağıdaki gibidir:

Yolsuzluk Faaliyetlerinin Önlenmesi ve Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun (PCCA), kamu ve özel sektörde yolsuzluğun önlenmesi için önlem ve standartlar oluşturmayı amaçlayan ;

1998 tarihli Organize Suçların Önlenmesi Yasası (POCA), amacı kara para aklama ve organize suçla mücadele etmek ve belirli kişilere bilinen veya şüphelenilen suç faaliyetleriyle ilgili belirli bilgileri bildirme yükümlülüğü getirmek ve amacı kara para aklama ve mali terörün önlenmesi ve bunlarla mücadele için güçlü bir düzenleyici çerçeve oluşturmak olan 2001 tarihli Mali İstihbarat Merkezi Yasası (FICA), yani terörün finansmanı ve ilgili faaliyetler.

PCCA'nın ilgili mevzuatın birincil parçası olduğuna dikkat etmek önemlidir. PCCA'nın 2. Bölümü, genel bir yolsuzluk suçu oluşturur ve 3 ila 21. başlıklarda da suç ile ilgili hükümler düzenlenmiştir. Buna göre, kamu görevlileri, yabancı kamu görevlileri, ajanlar, yasama veya kovuşturma makamının üyeleri, yargı görevlileri, tanıklar ve delil materyalleri, sözleşmeler, tedarik ve bir iş ilişkisinde bir taraf tarafından veya bir taraf için tekliflerin geri çekilmesi ve yetkisiz tatminler yani avantaj veya menfaat sağlamak yolsuzluk suçunu oluşturmaktadır. Bu suçlar için de PCCA'da yaptırımlar düzenlenmiştir.

PCCA'ya göre Yolsuzluk,

Doğrudan veya dolaylı olarak-

(a) Kendisi veya başka bir kişinin menfaati için başka herhangi bir kişiden herhangi bir tatmini kabul eden veya teklif eden herhangi bir kişi; veya,

(b) İster başka bir kişinin yararına olsun, herhangi bir başka kişiye herhangi bir menfaati(tatmini) verir veya vermeyi kabul eder veya teklif ederse,

kişisel olarak veya başka bir kişiyi bu şekilde davranması için etkileyerek hareket etmek için –

(i) aşağıdakilere tekabül eden

(aa) yasa dışı, dürüst olmayan, yetkisiz, eksik veya taraflı; veya

(bb) elde edilen bilgi veya materyalin kötüye kullanılması veya satılması kursu,

anayasal, kanuni, sözleşmeye dayalı veya diğer herhangi bir yasal yükümlülükten kaynaklanan herhangi bir yetki, görev veya işlevin kullanılması, yerine getirilmesi veya yerine getirilmesi;

(ii) şu anlama gelir:

(aa) bir yetki pozisyonunun kötüye kullanılması;

(bb) güven ihlali; veya (cc) yasal bir görevin veya bir dizi

kuralın ihlali,

(iii) haksız bir sonuca ulaşmak için tasarlanmış; veya

(iv) herhangi bir şey yapmak veya yapmamak için başka herhangi bir yetkisiz veya uygunsuz teşvik anlamına gelen fiiliyetler yolsuzluk suçunu oluşturur.”

## 7. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İhaleye fesat karıştırma suçu Roma döneminden beri gündemde olsa da, günümüz ekonomik sisteminin ve toplumsal düzenin sağlanması amacıyla sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. İhaleye fesat karıştırma suçu, ancak bir ihale yapıldığında işlenen bir suçtur. İhale ise kamu adına mal alım/satım/yapımında kamu yararı düşünülerek fiyat eksiltme veya artırma amacıyla düzenlenmektedir. Bu nedenle ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmiş olması için bir ihale olması ve ihalenin kamu adına yapılmış olması gerekir.

İhale sürecinde ihalenin yürütülmesinden sorumlu, ihaleye istekli kurum, kuruluş, şirketin ihaleye başvurarak ihale sürecini sekteye uğratarak, kamunun zarara uğratılması, ihaleye isteklilerden birinin ya da birkaçının zarara uğraması veya daha karlı çıkması amacıyla yapılan fiil ve davranışları kapsamaktadır. Bu tür fiillerin “suç” kapsamına alınması hukuki bir değer korunması amacını taşımaktadır. Burada korunan hukuki değer kamu düzeni, hukukun iradesine güven, kamu yararı, serbest ticaret rekabetidir. Bu sebeple hangi fiillerin ihaleye fesat karıştırma suçu niteliğinde olduğu DİK, KİK ve KİSK’de, aynı suç içinde başka suçların da işlenmesi halinde TCK 235. Maddeyle düzenlenmiştir.

İhaleye fesat karıştırma suçu edimin ifasına fesat karıştırma, dolandırıcılık, tehdit ve cebir kullanma, iş ve çalışma özgürlüğünü ihlal, ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması, göreve ilişkin sırrın açıklanması ve görevi kötüye kullanma suçlarıyla iç içe anılmaktadır. Fakat koruduğu hukuki değer, fiil ve fail bakımından farklılaştığı değerlendirilmektedir.

İhaleye fesat karıştırma suçu gerçek kişiye özgü bir suç olarak bilinmektedir. Bu nedenle tüzel kişiliğe yönelik bir suç isnadı yapılamayacağı anlaşılmıştır. Fakat suçun işlenmesi sürecinde gerçek kişilerin bir araya gelerek işlemesi suçun fiilini değiştirdiğinden örgütlü suçlar kapsamına da girebilmektedir. Genel değerlendirmeler ışığında bakıldığında, ihale sürecinde gizli bilgilerin ifşa edilmesi, isteklilerden bir ya da bir kaçının yarar ya da zararına yönelik evrakta sahtecilik ya da yalan beyanda bulunma, ihale şartlarına uygun belgelerin uygun olmadığı, uygun olmayanların ise uygun olduğu yönünde değerlendirmede bulunmak, ihaleye isteklilerden birinin yararına ya da zararına cebir ve tehdide yönelmek, ihale sürecinde kamuyu zarara uğratabilecek tercihlerde bulunmak, ihale sürecini etkilemek amacıyla gizli ya da açıktan anlaşmalar yapmak ihaleye fesat karıştırma fiili olarak nitelendirildiği anlaşılmaktadır. İhaleye fesat karıştırma suçu tek fiilli bir suç olmakla birlikte tarafların ya da isteklilerin gizli ya da açık anlaşma sağlayarak işlemeleri halinde çok fiilli veya örgütlü suç niteliği de kazanabilmektedir.

İhaleye fesat karıştırma fiili taksirle işlenebilen değil, kasıtlı işlenebilen bir hareket suçudur. Suçla birlikte zimmet, edinim, belgede sahtecilik, cebir ve tehdit fiillerinin de işlenmesi

suçun içtimainı değiştirebilmektedir. Bu gibi durumlarda fail hem ihaleye fesat karıştırmadan hem de diğer işlediği suçlardan cezalandırılacağı düşünülmektedir.

İhaleye fesat karıştırma suçunun yaptırımının ne olacağı konusunda suç unsuru fiil ve failin kim olduğu önemli bir yol gösterici olmaktadır. Suçun gerçek kişilerce işlenen bir suç olması nedeniyle ancak cezai yaptırım uygulanabildiği anlaşılmıştır. Fakat suçun bir kurum veya kuruluş adına yetkili bir kişinin işlemesi halinde ihaleden uzaklaştırma, ihaleden kazanılan mala ve ihale sürecine fesat karıştırmak amacıyla kullanılan araç-gerece el koyma tedbirlerinin de uygulandığı bilinmektedir. Bu durumda denebilir ki, failin gerçek kişi olmasında cezai yaptırım, tüzel kişi olması durumunda ise idari yaptırım tercih edilmektedir. Ceza hukuku açısından bakıldığında gerçek kişilerin 3 yıldan 7 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırıldığı, failin tüzel kişi olması halinde ise TCK 242. Madde gereğince güvenlik tedbirlerinin uygulandığı anlaşılmaktadır. Eğer kamunun bir zararı yoksa ceza 1 yıldan 3 yıla kadar uygulanırken, cebir ve tehdidin de kullanılması halinde ceza yaptırımı artırılmaktadır.

İhaleye fesat karıştırma suçunun dava sürecinin hangi mahkemece görüleceği suçun nerede işenmiş olduğuna göre değişir. Burada ihalenin nerede açılmış olduğunun bir önemi olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle de suçun koruduğu hukuki değere göre fiilin gerçekleştirildiği yerdeki Asliye Ceza Mahkemesi davayı görmekle yetkilidir. Soruşturmanın açılabilmesi için fiilde kamunun zarara uğratılmaması gözetileceğinden bir ihbar ya da bilginin olması beklenmeden re'sen kamu davası açılabilir. Normal şartlarda davanın zaman aşımı süresi 15 yıldır ama ceza zaman aşım süresinin 20 yıl olduğu değerlendirilmektedir.

Farklı ülkelerde ihaleye fesat karıştırma suçunun ne şekilde değerlendirildiği, fiil, fail, ve cezai yaptırım bakımından karşılaştırılması durumunda ülkeler arası benzerlik olduğu gibi ayrıştıkları noktaların da varlığı dikkat çekmiştir.

İhaleye fesat karıştırma suçu, Alman Ceza Kanunu'nda "Rekabete Karşı Suçlar" başlığında "İhale Çağrılarını Üzerine Rekabetin Sınırlanmasına Yönelik Anlaşmalar" alt başlığıyla açıklanmıştır. Dolayısıyla Alman hukukunda ihaleye fesat karıştırma suçu ekonomik ve serbest rekabet hakkının ihlali çerçevesinde değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Bu fiil Avusturya Ceza Kanunu'nda "Yabancı (Üçüncü Şahıs) Mülkiyetine Karşı Suçlar" bölümünün "Satın Alma Prosedürlerinde Rekabete Aykırı Anlaşmalar" başlığı altınca düzenlendiği tespit edilmiştir. Türkiye Hukukunda ise "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" başlığının alt başlığı olarak "İhaleye Fesat Karıştırma" şeklinde düzenlenmiştir. Bu açıdan bakıldığında suçun derli toplu ve doğrudan özgü bir suç olarak sadece Türk hukukunda düzenlendiği anlaşılmaktadır. İtalyan Ceza Kanunu'nda ihaleye fesat karıştırma suçu "Kamu Yönetimine Karşı İşlenen Suçlar" bölümünün "Özel Kişilerin Kamu Yönetimine Karşı İşledikleri Suçlar" başlıklı alt bölümünün "Açık Arttırmayla Satış Özgürlüğünün Etki Altına Alınması" başlığıyla düzenlendiği anlaşılmaktadır. İspanya Ceza Kanunu'nda ihaleye fesat karıştırma suçu "Kamu İhalelerinde ve Açık Arttırmalarda Fiyatların Değiştirilmesi" başlığında düzenlenmiştir. Bu suç başlangıçta Fransa'da ceza kanununda "fiyatları etkileme suçu" iken güncel hukukta "Mülkiyete Karşı Cürüm ve Kabahatler" bölümünün "Dolandırıcılık ile İlgili Suçlar" başlığı altında düzenlendiği anlaşılmaktadır. Brezilya ve Güney Afrika'da ise bu fiil "yolsuzluk" ve "rüşvet" olarak nitelendirilmiş ve bu bir failin nerede ve ne amaçla bu fiili gösterdiğine bakılmaksızın cezalandırılacağı hükme bağlandığı anlaşılmaktadır. Türk hukukunda ise evrakta sahtecilik, gizli tutulması gereken bilgilerin ifşası, cebir ve tehditin ihaleyi etkileme amacıyla kullanılması, açık veya gizli anlaşmanın suç fiili olarak nitelendirildiği görülmektedir. Alman ve Avusturya hukukunda tarafların anlaşma sağlayarak ihaleye fesat karıştırmaları ancak anlaşmanın hukuk dışı olması halinde suç olarak nitelendirilmiştir. Şiddet, cebir yolunun bu süreçte kullanılmasıyla ilgili özel bir düzenleme yapılmazken, Alman Ceza Hukukunda farklı değerlendirilmiştir. Buna karşın İspanya hukukunda ne tür fiil ve davranışların ihaleye fesat karıştırma fiili olabileceğine yer verilmiş, cebir ve tehdit yolunun bu maksatla

kullanılmasının da suçu kuvvetlendirici bir fiil olduğuna vurgu yapılmıştır. Almanya, Fransa, Türkiye, Avusturya’da cebir ve tehdit yoluyla ihale sürecinin etki altına alınmasının suç olarak değerlendirildiği anlaşılmıştır. Brezilya ve Güney Afrika ülkelerinde ihaleye fesat karıştırma suçuna diğer ülkeler gibi doğrudan atıf yapılmak yerine yolsuzluk ve rüşvet fiillerine yer verilmiş, nerede ve ne amaçla yapılırsa yapılsın suç kapsamına alındığı belirtilmiştir.

Farklı ülkelerde ihaleye fesat karıştırmanın ne şekilde cezalandırılacağıyla ilgili farklı yaptırımlar olduğundan bahsedilebilir. Almanya’da beş yıl hapis veya para cezası, Avusturya’nın üç yıl hapis cezası, İtalya’da altı aydan beş yıla kadar hapis cezası, 103 İtalyan Lireti ile 1032 İtalyan Lireti arasında para cezasına çarptırılacağı açıkça belirtilmiş olması dikkat çekicidir. Özellikle suçlunun kamu görevlisi olması halinde cezasının daha caydırıcı olacak şekilde bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası, veya 516 İtalyan Liretinden 2065 İtalyan Liretine kadar para cezasıyla cezalandırılacağı, İspanya’da bir yıldan üç yıla kadar hapis, on iki yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası ya da para cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Tüzel kişilerin suç işlemeleri halinde ise üç yıldan beş yıla kadar ihalelerden men yaptırımının uygulanacağı belirtilmiştir. İspanya hukukunda suç işleyen kişinin bir teşkilata üye olarak bu suçu işlemesi durumunda suçun “örgütlü suçlar” kapsamına alınarak değerlendirileceğine de dikkat çekilmiştir. Fransa hukukunda bu suçu işleyen kişinin altı ay hapis, 22500 Euro para cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmektedir. Diğer ülkelere kıyasla Fransa hukukunda ihale sürecinde süreci etki altına alabilecek hediye kabulü veya fayda sağlayıcı fiillerde bulunmanın da aynı şekilde cezalandırılacağı belirtilmektedir.

Almanya ve Avusturya’da etkin pişmanlıktan yararlanma imkanı olduğu anlaşılmaktadır. Türkiye’nin aksine İspanya hukukunda ihaleye fesat karıştırma suçunun tüzel kişilerce de işleneceğine yer vermediği dikkat çekmektedir. Bunun yerine failin illa ihale süreciyle ilgili kişi değil, herhangi bir kişi olabileceği belirtilmiştir. Fransa hukukunda gerçek ve tüzel kişilerin suçları ve sorumlulukları ayrıca belirtilmektedir. Gerçek kişilerin yurttaşlık, medeni ve aile haklarından yoksun bırakılması, tüzel kişilerin faaliyetlerinin en fazla beş yıl olmak üzere geçici süreliğine durdurulması, suça alet olan araç, gereç ve malın müsaderesi, ikamet yasağı, çek kesme yasağı gibi cezai yaptırımların çeşitlendirildiği anlaşılmaktadır. Brezilya yasalarına göre ihaleye fesat karıştırma suçu gerçek kişi suçları olup tüzel kişiler için böyle bir suçtan bahsedilemez. Brezilya’da ihaleye fesat karıştırma fiiline doğrudan atıf yapılmak yerine yolsuzluk ve dolandırıcılığa atıf yapılmış. Yolsuzluk iki ile on iki yıl arasında hapis cezası ya da para cezasıyla cezalandırılmaktadır. Buna karşın Türk hukukunda tüzel kişilerin fiilleri de ihaleye fesat karıştırma çerçevesinde değerlendirilebileceği, cezai yaptırım olarak geçici süreliğine kamu ihalelerine girme yasağından ihale hakkının feshedilmesine kadar bir dizi yaptırım uygulanmaktadır.

Dikkat edilirse, ihaleye fesat karıştırma fiili farklı ülkelerde farklı şekillerde değerlendirilmiş, kimi ülkeler bu fiili ekonomik düzene, serbest rekabete ve mülkiyet edinme özgürlüğüne saldırı olarak andığı anlaşılmaktadır. Brezilya ve Güney Afrika gibi ülkelerde ise yolsuzluk ve rüşvet fiilleri bu kapsamda suç olarak değerlendirilmiştir.

Suçta karşılık uygulanacak yaptırımlara bakıldığında ise hepsinde de hapis ve para cezası uygulamasının varlığı anlaşılmıştır. Bazı ülkelerde ceza süre ve miktarları alt sınırı altı ay, üst sınır ise beş yıl olarak belirtilmiştir. Fakat İtalya’da olduğu gibi bu suçun bir kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde cezai yaptırımın alt sınırının bir yıla çıkartıldığı para cezasının ise iki katına çıkartılıyor olması dikkat çekmektedir.

## **KAYNAKLAR**

- AB Mevzuatları için Bkz. [https://www.ab.gov.tr/5-kamu-alimlari\\_70.html](https://www.ab.gov.tr/5-kamu-alimlari_70.html);  
[https://ihale.gov.tr/uluslararası\\_mevzuat-149-1.html](https://ihale.gov.tr/uluslararası_mevzuat-149-1.html) (Erişim Tarihi:10.09.2023).
- AK Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesine Ek Protokol Metni için bkz.  
[https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2812020090046191\\_tur.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2812020090046191_tur.pdf) (Erişim Tarihi: 10.10.2023).
- AKDOĞAN, Muzaffer. “Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXII, S. 2, 2014, ss. 683-702.
- Alman Ceza Kanunu (Germany Criminal Code) Metni için bkz. [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html#p2678](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p2678) (Erişim Tarihi:03.05.2023)
- ALYANAK, Servet. “Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşmasına Genel Bir Bakış ve Bu Anlaşmanın Avrupa Birliği’nde Uygulanması”. Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, C. 22, S.1, 2014, ss. 85-114
- ARITÜRK, Ramazan. “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2011
- ARSLAN, Çetin. İhaleye Fesat Karıştırma Suçu. 4. Baskı, Ankara: Yetkin Basımevi, 2017.
- Avusturya Ceza Kanunu Metni için bkz. [http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p\\_lang=&p\\_isn=93674](http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=&p_isn=93674) (Erişim Tarihi: 03.10.2023)
- BAYRAKTAR, Köksal, Zeynel T. KANGAL, Vesile Sonay EVİK, Ali Kemal YILDIZ ve Eylem Aksoy RETORNAZ, Özel Ceza Hukuku - Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar ve Bilişim Alanındaki Suçlar. C. VIII, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- BOZOĞLU, İzgi. “Amerikan Yolsuzluk ve Rüşvetle Mücadele Kanunu FCPA Nedir, Sınır Ötesine Nasıl Uygulanır” ,2020 <https://bi.legal/tr/amerikan-yolsuzluk-ve-rusvetle-mucadele-kanunu-fcpa-nedir-sinir-otesine-nasil-uygulanir/> (Erişim Tarihi: 20.06.2023)
- Brezilya Ceza Kanunu Metni için bkz. <https://biblioteca.cejamerica.org/handle/2015/1649> (Erişim Tarihi: 15.10.2023)
- DEDEOĞLU, Erdoğan. Gereçeli ve Açıklamalı ve İkincil Mevzuat İlaveli, 4734 sy Kamu İhale Kanunu ve 4735 sy Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu. Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2015
- DİLBEROĞLU, Ahmet Vedat. “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2015.
- DÜLGER, Murat Volkan. Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine ve Sözleşmesine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Fransız Ceza Kanunu Metni için bkz.  
[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149835/#LEGISCTA000006149835](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149835/#LEGISCTA000006149835) (Erişim Tarihi: 10.03.2023)



- Fransız Ceza Kanunu Metni için bkz. [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149835/#LEGISCTA000006149835](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149835/#LEGISCTA000006149835) (Erişim Tarihi: 10.10.2023)
- Fransız Ceza Kanunu Metni için bkz. [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149835/#LEGISCTA000006149835](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149835/#LEGISCTA000006149835) (Erişim Tarihi: 10.10.2023)
- GÖK, Yaşar, Sorularla Cevaplarla Açıklamalı Kamu İhale Kanunu. Ankara: İksan Matbaası, 2009.
- Güney Afrika PCCA Metni için bkz. <https://www.gov.za/documents/prevention-and-combating-corrupt-activities-act-0>; <https://www.justice.gov.za/legislation/acts/2004-012.pdf> (Erişim Tarihi:10.02.2023)
- GÜRDİL, İdil. “ABD Rüşvetin Önlenmesi ve Yabancı Ülkelerde Yolsuzluk Uygulamaları Kanunu: FCPA” makale metni için bkz. <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/tr/pdf/2016/09/tr-fcpa.pdf> (Erişim Tarihi: 03.08.2023)
- <https://bi.legal/tr/amerikan-yolsuzluk-ve-rusvetle-mucadele-kanunu-fcpa-nedir-sinir-otesine-nasil-uygulanir/> (Erişim Tarihi: 10.10.2023)
- <https://sozluk.adalet.gov.tr/ihale> (Erişim Tarihi:10.09.2023).
- <https://tr.wikipedia.org/wiki/İhale> (Erişim Tarihi:10.09.2023).
- [https://www.ab.gov.tr/5-kamu-alimlari\\_70.html](https://www.ab.gov.tr/5-kamu-alimlari_70.html) (Erişim Tarihi:10.09.2023).
- <https://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/yayinlar/EkonomikSorunlarDergisi/sayi32/nehirunel.pdf> (Erişim Tarihi: 10.10.2023).
- [https://www.mfa.gov.tr/iktisadi-isbirligi\\_ve-gelisme-teskilati-\\_oecd\\_.tr.mfa](https://www.mfa.gov.tr/iktisadi-isbirligi_ve-gelisme-teskilati-_oecd_.tr.mfa) (Erişim Tarihi: 10.10.2023).
- İspanyol Ceza Kanunu Metni için bkz. <https://www.icj.org/soginationallegislat/spain-criminal-code-1995/> (Erişim Tarihi: 13.05.2023)
- İsveç Ceza Kanunu Metni için bkz. <https://www.government.se/government-policy/judicial-system/the-swedish-criminal-code/> (Erişim Tarihi: 05.03.2023)
- İtalyan Ceza Kanunu Metni için bkz. <https://www.altalex.com/documents/news/2014/10/14/dei-delitti-contro-la-pubblica-amministrazione> (Erişim Tarihi: 13.05.2023)
- Kamu İhale Kurumu, (22.01.2002). Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Sayı: 24648, <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=9.5.13354&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch> (Erişim Tarihi: 01.10.2023)
- Kamu İhale Kurumu, Kamu İhale Kanunu, Sayı: 4734 <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=9.5.13354&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch>, (22.01.2002), madde 10, (Erişim Tarihi: 01.10.2023)
- Karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>

- KAZANCI, Behiye Eker. İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları. 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011
- KOCA, Mahmut ve İlhan ÜZÜLMEZ. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler. 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016
- KURAKIN, Alexey ve Alexander SUKHARENKO. "Anti Corruption in the BRICS (Brezilya, Rusya, Hindistan, Çin ve Güney Afrika Cumhuriyeti) Countries", BRICS Law Journal. Y. 5, S. 1, 2018, ss. 56-77.  
[https://www.researchgate.net/publication/324482127\\_Anticorruption\\_in\\_the\\_BRICS\\_countries](https://www.researchgate.net/publication/324482127_Anticorruption_in_the_BRICS_countries) (Erişim Tarihi: 15.10.2023)
- SOYASLAN, Doğan, Mustafa KEMER ve Mustafa GÜLSEVEN. İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- SUCUOĞLU, Arif Naci. "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", (Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi), Ankara, 2019.
- ŞEN, Ersan ve Ertekin AKSÜT. İhaleye Fesat Karıştırma Suçları, 4.Baskı, 2014, Ankara: Seçkin Yayıncılık
- ÖZER, Deniz Kızılsümer. Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde Yolsuzlukla Mücadele. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- ÖZGENÇ, İzzet. İhale Sürecinde İşlenen Suçlar. 4.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.
- TARHAN, R. Bülent, Ömer Faruk GENÇKAYA, Ergin ERGÜL, Kemal ÖZSEMERÇİ ve Hakan ÖZBARAN. Bir Olgu Olarak Yolsuzluk: Nedenler, Etkiler ve Çözüm Önerileri, TEPAV, <https://www.tepav.org.tr/eng/admin/dosyabul/upload/YOLSUZLUK.pdf> (Erişim Tarihi: 13.10.2023)
- TARHAN, R. Bülent. Yolsuzlukla Mücadele Mevzuatı ve Uluslararası Müktesebat. Yayın No: 76, Ankara: TEPAV - Matsa Yayınevi, 2015.
- UZ, Abdullah. Kamu İhale Hukuku, Ankara: Turhan Kitapevi, 2005
- ÜNEL, Nehir. "Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu". Uluslararası Ekonomik Sorunlar Dergisi (UESD), S. 32, Şubat 2009, ss. 51-64,  
<https://www.mfa.gov.tr/sayi-xxxii.tr.mfa>  
<http://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/yayinlar/EkonomikSorunlarDergisi/sayi32/nehirunel.pdf> (Erişim Tarihi: 25.08.2023)
- YÜKSEL, Armağan Ebru Bozkurt. "UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu'na Genel Bir Bakış", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. Y. 2, S. 4, 2011, SS. 135-172.