

EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

Araş. Gör. Mahmut Kaplan*

1. KANUNÎ TANIM VE KORUNAN HUKUKÎ DEĞER

1.1. GENEL OLARAK

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu 5237 sayılı TCK'nın ikinci kitabının "Topluma Karşı Suçlar" başlığını taşıyan üçüncü kısmının "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" başlıklı dokuzuncu bölümü altında md. 236¹'da düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında hangi kurumlara karşı taahhüt altına girilen edimlere fesat karıştırmanın suç olduğu, yani suçun konusunun kime ait olduğu düzenlenmiştir. İkinci fıkrasında ise hangi fiillerin fesat karıştırma teşkil ettiğine yer verilmiş, son fıkrasında ise edimin ifasına fesat karıştıran görevli kişiler bakımından bir menfaat temini söz konusu olduğunda, menfaat temini ayrı bir suç teşkil ediyorsa bu suçtan da ayrıca cezalandırılacağı, yani gerçek içtima kurallarının uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Türk Ceza Kanunu'nda edimin ifasına fesat karıştırma suçu, ihaleye fesat karıştırma suçundan hemen sonra düzenlenmiştir. Doğaldır ki, kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin olarak yapılan ihaleler sonucunda taahhüt edilen edimlerin taahhüt edildiği gibi ifa edilmemesi halinde md. 236'da tanımlanan suç oluşacaktır. Bu suçun oluşabilmesi için öncelikle yapılmış bir ihalenin olması ve bu ihalenin sonucunda taahhüt edilen (yüklenilen) bir edimin olması gerekir. İhale sürecinde yapılan ve kişiye haksız menfaat teminine yol açan fiiller ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacaktır. Sözleşmenin imzalanma-

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

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

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

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

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

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

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

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

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

ıyla birlikte ihale süreci sona ermektedir². Bu süreçten sonra yapılan hareketler bağımsız bir suç olarak kanunda edimin ifasına fesat karıştırma suçu şeklinde tanımlanmıştır. Bu sebeptendir ki, TCK'da edimin ifasına fesat karıştırma suçu, ihaleye fesat karıştırma suçundan hemen sonra düzenlenmiştir. Sözleşmeye aykırılık borçlar hukukunun konusunu oluşturmasına rağmen, kanun koyucu TCK md. 236/1'de sayılan kurum ve kuruluşların yapmış oldukları ihale sonucu imzalanan sözleşmelere aykırılığı³ suç olarak düzenleyerek ceza hukukunun kapsamına almıştır.

Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımları ve kiralamalar ihale yoluyla gerçekleştirilmektedir. İhale sürecine ilişkin esas ve usuller ise, daha sonradan yürürlüğe giren Kamu İhale Kanunu ile birçok maddesi yürürlükten kaldırılan 2886 sayılı DİK'de, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı KİSK'de düzenlenmiştir⁴. Kamu İhale Kanunu md. 46'ya göre "Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır. Yüklenicinin ortak girişim olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır. İhale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylatılması zorunlu değildir." Görüldüğü gibi, ihale sonrasında ihaleyi yapan idare ile yüklenici arasında sözleşme imzalanarak ihale süreci sona erdirilmektedir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu 765 sayılı TCK md. 205 ve 362'de düzenlenmekteydi⁵. Madde 205; *Bir kimse Türkiye Devleti hesabına olarak almaya veya satmaya yahut yapmaya memur olduğu her nevi eşyanın alım veya satımında veya pahasında veya miktarında veya yapmasında fesat karıştırarak her ne suretle olursa olsun irtikap eyleyse on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasıyla cezalandırılır ve zarar kendisine ödetilir.* 205. maddede düzenlenen suçlar kamu görevlilerince "memur" tarafından işlenebilir iken, 362. madde kapsamındaki fiiller ise kamu görevlisi olmayan kişiler tarafından da gerçekleştirilebilirdi⁶. Buna göre, sözleşmenin imzalanmasından sonra kamu

² İhale sürecinin sözleşmenin imzalanmasıyla birlikte sona ereceği 236. maddenin gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla ihaleye fesat karıştırma suçunun da ancak sözleşme imzalanana kadar işlenebileceğini söyleyebiliriz. Sözleşmenin imzalanmasından önceki kısım ise idare hukukunun konusunu oluşturmakla birlikte md. 235'te tanımlanan ihaleye fesat karıştırma suçuna da konu olmaktadır. (Berrin Akbulut, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", **CHD**, Y. 4, S. 10, Ağustos 2009, s. 42); " ... ihale bir süreç olup sözleşmenin uygulanması ile ihale süreci sona ermektedir. Artık bu aşamadan sonra taraflar sözleşmenin gereğini yerine getirmek durumundadırlar. Sözleşmenin imzalanmasından sonra sıra edimin ifasına gelmiştir. İşte edimin ifasına fesat karıştırma suçu da bundan sonra başlayacaktır.", (Mustafa Danışman, **İhale ve İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2011, s. 77).

³ Burada TCK md. 236/2'de sayılan hareketler ifade edilmiştir.

⁴ Hatice Sarıtaş, "İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları", **Sayıştay Dergisi**, sy. 73, s.51; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, C. 5, Ankara, 2009, s. 4605; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10.bs. Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 684.

⁵ Murat Balcı, "İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma", **Hukukî Perspektifler Dergisi**, S:2, Sonbahar 2004, s. 209; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 4604; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 684; Akbulut, **a.g.e.**, s. 43.

⁶ Cümlede geçen "memur" kavramı Akbulut'a ait olup kamu görevlisi kavramı 5237 sayılı TCK bakımından daha uygun olduğu için tarafımızca kullanılmıştır (Akbulut, **a.g.e.**, s. 44).

görevlilerinin edimin ifası sırasında çeşitli hilelere başvurarak yapmış oldukları hareketlerle sözleşmede veya ihale kararında vasıfları belirlenen malların yerine başka mal, miktar olarak eksik olmasına rağmen tamammış gibi kabul etmeleri ve yapım işlerinde yapılan eserin sözleşmede belirtilen şartları taşımamasına rağmen taşıyormuş gibi kayıt altına alınması suretiyle teslim alınması bu suç oluşturmakta⁷.

Madde 362; *Bir kimse yukardaki maddede yazılı olan erzak ve eşyanın nev'inde ve keyfiyet ve kemiyetinde hile ve hud'a irtikap ederse altı aydan beş seneye kadar hapis cezasıyla beraber yirmi beş liradan iki yüz liraya kadar ağır cezayı nakdi itasına mahkum olur.*

Resmî daireye veya bir hizmeti ammeye mahsus olarak itası taahhüt olunan sair levazıma hile ve hud'a karıştırdığı takdirde failin göreceği ceza iki seneye kadar hapis ve yüz elli liraya kadar cezayı naktidir.

Bu maddeye göre, kamu kurumuna karşı edimini ifa etmeyi taahhüt eden kimsenin bu taahhüdünü yerine getirirken hileye başvurması cezalandırılmaktadır. Ancak 362. maddede tanımlanan bu suçun gerçekleşebilmesi için kamuya karşı taahhütte bulunmanın ihale sonucunda oluşmasına gerek yoktur. Yani ihale yoluna başvurmadan yapılan bir sözleşme ile de kişi kamu kurumuna karşı taahhütte bulunmuşsa ve bu taahhüdünü yerine getirirken hileye başvurursa yine 362. maddede düzenlenen suç işlemiş olmaktadır⁸.

1.2. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu ihalenin yapılmasından sonra işlenebilen bir suç olarak düzenlenmiştir. Bunun sebebi de ihale sonucu belirli bir taahhüt altına giren kimsenin bu taahhüdüne uygun ifade bulunmasını sağlamaktır⁹. Korunan hukukî değer açısından doktrinde görüş ayrılığı söz konusudur. Bir görüşe göre, edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile korunan hukukî değer karma niteliktedir. Bu suçla bir taraftan ülkenin ekonomik işleyişi ve dengesi ile sınırlı kaynaklarının korunması amaçlanırken, diğer taraftan sözleşme hürriyetinden kaynaklanan edimin taahhüt edildiği şekilde ifası sağlanarak ticarî hayattaki güven ve işlerlik korunmaya çalışılmıştır. Ayrıca kamu görevlilerine duyulan güveni muhafaza etmek ve toplumsal hayatta dürüstlüğü temin etmek de hedeflenmektedir¹⁰. Korunan hukukî değere ilişkin diğer bir görüş, kamusal faaliyeti yerine getirenlere, özellikle de kamu görevlilerine duyulan güvenin korunduğunu belirtmektedir. Ayrıca bu suçla dürüstlüğün temin edilmesi de sağlanmak istenmektedir¹¹. Üçüncü bir görüş, hileli davranışlarla ekonomik düzenin ve serbest rekabet ortamının bozulmasının engellenmek istendiğini belirtmektedir. Yani edimin yerine getirilmesiyle ticarî hayatın işlerliği ve güveni korunmaktadır¹². Yine bu kapsamda kamuya olan güvenin

⁷ Akbulut, **a.g.e.**, s. 43-44.

⁸ Akbulut, **a.g.e.**, s. 46.

⁹ Osman Yaşar/H. Tahsin Gökcan/ Mustafa Artuç, **Türk Ceza Kanunu**, C. V, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 6653.

¹⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 6653-6654.

¹¹ Edimle ilgili faaliyetlerin hem teslim alan, hem de teslim eden tarafından dürüstçe yerine getirilmesinde kamu yararı bulunmaktadır (Akbulut, **a.g.e.**, s. 48).

¹² Ali Parlar, **Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2011, s. 115. Kanaatimizce Parlar'ın "*rekabet ortamının*" bulunduğu yönündeki görüşü isabetli değildir. Zira edimin ifasına fesat karıştırma suçu ihale süreci tamamlandıktan sonra işlenebilen bir suçtur. İhalede rekabet ortamı ise ihale süreci bitmeden, yani ihale konusunun isteklilerden birisine veya birkaçına ihale edilmeden önceki durum açısından geçerlidir. Artık ihale edilen kişinin rekabeti boz-

korunduğu belirtilmektedir. Dördüncü görüş, korunan hukukî değerın sözleşme hürriyetinden kaynaklanan edimin ifasının sağlanması suretiyle ticari hayattaki işlerlik ve güven olduğunu kabul etmektedir¹³. Diğer bir görüşe göre korunan hukukî değer kamuya ve kamu görevlilerine duyulan güveni sağlamak ve dürüstlüğü temin etmektir. Dolaylı olarak ekonomi de korunmaktadır¹⁴.

Kanaatimizce edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile birden fazla hukukî değer korunmaktadır. Bunlardan ilki, kamu kaynaklarının dengeli ve düzenli bir şekilde kullanılmasının sağlanması hedefidir. Kamu adına yapılan harcamaların karşılığının tam olarak alınması, yani kamu kaynaklarının haksız kazanaca konu olmamasının temin edilmesi amaçlanmaktadır. İkinci olarak ise, kişilerin kamu görevlilerine olan güvenini korunmaktadır. Zira edimin ifasına fesat karıştırma suçunun tipik hareketleri kamu görevlilerince işlenebilecek hareketlerdir¹⁵. Üçüncü olarak kamu kurum veya kuruluşlarına karşı taahhüt altına giren kimselerin bu taahhütlerini yerine getirirken dürüst davranmalarını temin etmek amaçlanmaktadır. Bu üç hukukî değerden sonra şöyle bir karşılaştırma yapabiliriz. Esasında edimin ifasına fesat karıştırma suçu, özel bir dolandırıcılık suçu olarak karşımıza çıkmaktadır. Yani fail, hileli hareketlerle ihale sonucu yüklenilen edimin ifasını sözleşme veya ihale kararnamesinde yer alan vasıflara uymamasına rağmen uygunmuş gibi teslim ederek veya teslim alarak menfaat sağlamaktadır. Burada menfaat, eksik teslimde teslim edilmiş gibi gösterilen, fakat teslim edilmeyen kısım, düşük kalitede malın teslim edilmesi halinde aradaki bedel farkı şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca kabule yetkili kamu görevlileri de sözleşmeye aykırı edimlerin kabulü karşılığında bir menfaat temin edebileceklerdir ki, bu durum da rüşvet suçunu oluşturacaktır. Bu açıklamalar ışığında asıl korunan hukukî değer kişilerin kamu idaresine olan güvenidir.

2. SUÇUN (TEMEL) UNSURLARI

2.1. MADDİ UNSURLAR

2.1.1. Suçun Konusu

Suçun konusu ile ifade edilen husus fiilin üzerinde icra edildiği kişi veya şeydir¹⁶. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunda tipik hareketin üzerinde gerçekleştiği şey edimdir¹⁷. Bu edim, ihale sonucu yerine getirilmesi yüklenici tarafından taahhüt edilen edimdir¹⁸. Edimin ihale sonucu yapılan sözleşmeden

masından bahsedemeyiz. Ancak sözleşme yapıldıktan sonra daha önce yapılan bir takım hareketlerin rekabet ortamını bozduğu tespit edilirse, yine bu durumda TCK md. 235'te düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçu gündeme gelecektir. Zira hareketler ihale süreci tamamlanmadan önce gerçekleştirilmiştir.

¹³ Necati Meran, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, Ankara, Seçkin, 2011, s. 304.

¹⁴ Behiye Eker-Kazancı, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, 2.bs, Ankara, Seçkin, 2011, s. 223.

¹⁵ TCK md. 236/2 de sayılan beş hareketin hepsi kamu görevlilerince işlenebilmekte iken sadece a ve b bentlerinde yer alan fiiller yüklenici tarafından işlenebilmektedir (Aynı yönde bkz, Akbulut, **a.g.e.**, s. 48).

¹⁶ Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 1. bs, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008, s. 134.

¹⁷ "... belirli kurumlara karşı ve bu kurumların lehine üstlenilen edimdir" (İzzet Özgenç, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2011, s.84).

¹⁸ "Bu suç açısından ceza normunun yasakladığı fiil, 'taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırma'dır." (Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 4606; Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 685); " Suçun konusu

doğması gerekmektedir. Herhangi bir ihaleye dayanmayan sözleşmeden doğan edimler bu suçun konusunu oluşturmazlar¹⁹. TCK md. 236/1 incelendiği zaman bu fıkrada sayılan kurumlara karşı bulunulan taahhüdün ihale sonrasında yapılması gerektiği açık değildir. Ancak md. 236/2 incelendiği zaman, taahhüt edilen edimin ihale sözleşmesi nedeniyle taahhüt edilen edim olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla ihale sonucu taahhüt edilen edimin ifasına fesat karıştırılması cezalandırılmaktadır²⁰.

Hareketin konusu ihale sonucu yerine getirilmesi taahhüt edilen edimdir dedikten sonra bu taahhüdün kime karşı yapılması gerektiğinin tespit edilmesi gerekir. Bu husus TCK md. 236/1'de belirtilmiştir. “*Kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırılan kişi...*” şeklinde yer alan düzenleme gereğince fıkrada sayılan kurumlara karşı yerine getirilmesi gereken edimin ifasına fesat karıştırma halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçu gerçekleşmiş olacaktır. Böylece;

-Kamu kurum veya kuruluşlarına karşı yerine getirilmesi gereken bir edimin ifasına fesat karıştırılması halinde bu suç işlenmiş olacaktır. Örneğin, üniversitenin açmış olduğu kırtasiye malzemesi alım ihalesinde taahhüt edilen miktarın altında malzemenin teslimi halinde TCK md. 236 gerçekleşmiş olacaktır.

- Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına karşı yerine getirilmesi gereken bir edimin ifasına fesat karıştırılması durumunda da TCK md. 236 gerçekleşmiş olacaktır. Örneğin, İstanbul Barosu'nun açmış olduğu bir ihalede yüklenilen edimin sözleşmede belirtilen şartları taşımamasına rağmen, taşıyormuş gibi teslim alınması halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşacaktır.

- Kamu kurumu veya kuruluşu ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketlerin açmış olduğu ihalelerde yüklenicinin edimin ifasına fesat karıştırması halinde de TCK md. 236 gerçekleşmiş olacaktır. Örneğin, İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin kurmuş olduğu İ.H. EKMEK A.Ş. tarafından yapılan un alımına ilişkin ihalede un miktarının sözleşmede veya ihale kararnamesinde belirlenen miktardan az olarak teslimi halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçu gerçekleşmiş olacaktır.

- Kamu kurumu veya kuruluşu ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşların bünyesinde faaliyet gösteren vakıflar, kamu yararına çalışan

kamu kurum veya kuruluşlarına, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketlere, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflara, kamu yararına çalışan derneklere ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimdir.” (Akbulut, **a.g.e.**, s.48; Parlar, **a.g.e.**, s. 117; Meran, **a.g.e.**, s. 304).

¹⁹ Meran, **a.g.e.**, s. 305. “... bir vakıf, kooperatif veya kamu yararına faaliyet icra eden dernek tarafından herhangi bir ihale prosedürüne tabii olmaksızın mal veya hizmet edimleri de olabilir.” (Özgenç, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 85). Kanaatimizce doğrudan alım yöntemine göre yapılan alımlarda taahhüt altına girilen edimlerin ifasına fesat karıştırılması TCK md. 236'da düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturmayacaktır. Burada kamu kurumunun zararına olarak işlenen nitelikli dolandırıcılık suçu tartışılmalıdır. Her ne kadar suç tipini düzenleyen 236. maddenin 1. fıkrasında ihaleden bahsedilmemiş olsa da suçun hareketlerinin düzenlendiği 2. fıkrada ihale kavramına açıkça yer vermesi nedeniyle söz konusu edimin ihale sonucu taahhüt altına girilen edim olması gerekmektedir.

²⁰ Eker-Kazancı, **a.g.e.**, s. 216.

dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimlerin ifasına fesat karıştırmak da TCK md. 236'ya oluşturacaktır.

Kamu kurumu veya kuruluşu aracılığı ile yapılan ihaleler sonucunda taahhüt edilen edimin ifasına fesat karıştırılması halinde, edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır. Kamu kurumu veya kuruluşu aracılığıyla yapılan ihaleler, TCK md. 235/5 hükmü gereği ihaleye fesat karıştırma suçunun konusunu oluşturmakta iken, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun kapsamında değildir.

Edimin kime karşı taahhüt edilmiş olması gerektiğinin tespitinden sonra edim kavramının anlamının ortaya konulması gerekmektedir. Edim, Büyük Türkçe Sözlük'te "Alacaklının isteyebileceği ve borçlunun yapmak zorunda olduğu davranış, *ivaz*²¹." şeklinde tanımlanmıştır. Edim, alacaklının borç ilişkisi gereğince talep etme hakkına sahip olduğu, borçlunun da yerine getirmekle yükümlü olduğu bir davranıştır. Bu davranış bazı hallerde yapmak, bazı hallerde vermek ve bazı hallerde ise yapmamak şeklinde olabilir²². Edimin belirli veya belirlenebilir olması gerekir²³. Edim, ani edim olabileceği gibi, sürekli veya dönemlik edim şeklinde de olabilir²⁴. Ayrıca edimin, hukuka, ahlaka, adaba, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmaması gerekir. Aksi halde yapılan sözleşme batıl olur²⁵.

Edimin kavramsal anlamına ilişkin kısa açıklamadan sonra TCK md. 236 kapsamında nelerin edim olarak düzenlendiğine md. 236/2'den yola çıkarak ulaşabiliriz. Buna göre ihale kararının veya sözleşmenin konusunu oluşturan ve yerine getirilmesi taahhüt edilen mallar, yapılacak olan eser, kullanılacak malzeme ve ihale sonucu verilmesi gereken hizmet TCK md. 236 bakımından edimi oluşturmaktadır²⁶. Bu aynı zamanda hareketin konusunu ifade etmektedir. Hareketin konusunu oluşturan edim, sözleşmede veya ihale kararnamesinde belirlenmiş olan edimdir. İhale kararnamesinde veya sözleşmede yer almayan edimlerin ifasına fesat karıştırılması halinde, TCK md. 236 oluşmayacaktır. Edimin kararlaştırıldığı sözleşmenin ise, DİK ve KİSK gereği ihalenin yapılmasını takiben ihale kararının yetkili merci tarafından imzalanarak kesinlik kazanmasından sonra yapılan sözleşme²⁷ olması gerekir²⁸. Bu husus 236.

²¹ (Çevirimiçi) <http://tdkterim.gov.tr/bts/>.

²² M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 5. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, s.5.

²³ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 6.

²⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, 9.

²⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 72.

²⁶ Akbulut, **a.g.e.**, s. 49.

²⁷ Sözleşmenin yapılışı aşamasında geçerli olan ilkeler KİSK md. 4'te düzenlenmiştir. Buna göre; *Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez.*

Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez.

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.

İhale sonucunda yapılacak olan sözleşme türleri ise aynı kanunun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Madde 6: Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihaleler sonucunda;

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

maddenin gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir. Sözleşmenin imzalanması ile birlikte ihale süreci sona erer denilerek ihale sürecinin sonunda yapılan sözleşmenin edimin belirlenmesinde esas alınacağı vurgulanmıştır. İhale ile alım usulü olmayan, doğrudan temin yoluyla yapılan sözleşmeler ile idarenin yaptığı diğer sözleşmeler gereğince taahhüt edilen edimlerin yerine getirilmesinde hileli hareketlere başvurulmuş olması edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturmayacaktır²⁹. Bu durumda dolandırıcılık suçu gündeme gelecektir.

2.1.2.Hareket (Fiil)

Suçun maddi unsurunu oluşturan fiil, edimin ifasına fesat karıştırma suçudur. Kanunda bu suç açısından yasaklanan fiil taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırma suçudur³⁰. Yani suçun hareketi fesat karıştırma suçudur³¹. Fesat karıştırma, hileli olarak bir takım hareketlerin yapılmasını ifade eder³². Bunlar TCK md.236/2'de sayılan tahdidi hareketlerdir. Bu hareketlerin dışında kalan hareketlerle edimin ifasına fesat karıştırma suçu işlenemez³³. Suçun kanunda hangi fiiller ile işleneceği belirtilmiş olduğundan bu suç bağlı hareketli bir suçtur³⁴. Suçun tamamlanması için, ikinci fıkrada beş bent halinde sayılmış olan fiillerden birinin gerçekleştirilmesi yeterli olduğundan bu suç aynı zamanda seçimlik hareketli bir suçtur³⁵. Suçun oluşması için herhangi bir zararın doğması ya da bir menfaat temini aranmadığı³⁶ için edimin ifasına fesat karıştırma suçu sırf hareket suçudur³⁷.

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

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

d) Yapım işlerinde; niteliği itibarıyla iş kalemlerinin bir kısmı için anahtar teslimi götürü bedel, bir kısmı için birim fiyat teklifi alma yöntemleri birlikte uygulanmak suretiyle gerçekleştirilen ihaleler sonucunda karma sözleşme,

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

Düzenlenir.

Çerçeve sözleşme ve kısa sözleşmede belirtilmesi zorunlu olan hususları belirlemeye Kurum yetkilidir.

²⁸ Aynı yönde bkz, Akbulut, **a.g.e.**, s. 50.

²⁹ Akbulut, **a.g.e.**, s. 50; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 6656.

³⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 685.

³¹ Akbulut, **a.g.e.**, s. 54; Sarıtaş, **a.g.e.**, s. 61.

³² Akbulut, **a.g.e.**, s. 55.

³³ Akbulut, **a.g.e.**, s. 55; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 4606; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 686; Sarıtaş, **a.g.e.**, s. 63.

³⁴ Bağlı hareketli suç tanımı için bkz. İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2011, s. 161; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 139; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 4606; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 685; Eker-Kazancı, **a.g.e.**, s. 225.

³⁵ Eker-Kazancı, **a.g.e.**, s. 225.

³⁶ Menfaat temin edilmiş olması halinde kamu görevlisinin menfaat temin etmesi başka bir suç oluşturduğu takdirde, ilgili suç hükümlerince ayrıca cezalandırılır. Yani gerçek içtima hükümleri uygulanır.

³⁷ Akbulut, **a.g.e.**, s. 55.

TCK md. 236/2' ye göre;

Aşağıdaki fiillerin hileli olarak yapılması hâlinde, edimin ifasına fesat karıştırılmış sayılır:

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

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

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

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

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

Yukarıda sayılan fiillerin ortak özelliği hepsinin hileli hareketler olmasıdır. Bu hareketler icrai surette işlenebileceği gibi ihmali surette de işlenebilir³⁸. Kişi hileli davranışlarda bulunarak karşı tarafı aldatabileceği gibi, hataya düşen kişinin hatasından faydalanarak da suçu işleyebilir. Hile, doktrinde farklı şekillerde tanımlanmıştır. Bir tanıma göre hile, bir başka kişinin iradesini etkileyen her türlü davranış olarak tanımlanmaktadır³⁹. Diğer bir tanıma göre ise hile, maddi olmayan vasıtaların kullanılması suretiyle mağdurun hataya düşürülmesidir⁴⁰. Hile halinde kişinin belli yönde tasarrufta bulunma hürriyeti üzerinde doğrudan bir etkide bulunulmamakta, sadece tasarrufun dayanağını oluşturan hususlar bakımından kişi yanılgıya düşürülmektedir. Böylece hilenin muhatabı, normalde tasarrufta bulunmayacağı bir hususta tasarrufta bulunmaktadı⁴¹. Bu hileli davranışların sadece bir olgusal değişiklik olmaması, aynı zamanda karşı tarafın iradesi üzerinde etki doğurması gerekmektedir⁴². Ancak edimin ifasına fesat karıştırma suçunda karşı tarafın aldatılmış olması gerekmektedir. Bu suç bakımından gerçeğin ortaya çıkmasını engelleyecek her türlü davranış hile olarak kabul edilmelidir⁴³. Hileli davranış gerçekte var olan olgunun yokmuş gibi gösterilmesi, olmayan olgunun varmış gibi gösterilmesi veya var olan olgunun olduğundan farklı gösterilmesi şeklinde gerçekleştirilebilir⁴⁴.

³⁸ "Edimin ifası bir sözleşmeden kaynaklandığından kişinin, hataya düşen karşı tarafı bu sözleşme gereğince doğru olarak bilgilendirmek yükümlülüğü vardır." (Akbulut, **a.g.e.**, s. 55). Eker-Kazancı ise, ihmali hareketle edimin ifasına fesat karıştırma suçunun işlenmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Yazara göre ihmal suretiyle hileden bahsedebilmek için failin mağduru aydınlatma yükümlülüğü altında olması gerekmektedir. İhale sonrası imzalan sözleşme gereği teklifte bulunanın böyle bir yükümlülüğü yoktur (Eker-Kazancı, **a.g.e.**, s. 228-229).

³⁹ Durmuş, Tezcan/Mustafa Ruhan, Erdem/ R. Murat, Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 7. bs, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010, s. 602; Eker-Kazancı, **a.g.e.**, s. 227.

⁴⁰ İzzet Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2002, s. 16.

⁴¹ Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, s. 18.

⁴² Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s. 603; "...Kullanılan hileli davranışlarla mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanılma sonucu yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır..." (15. CD, E. 2011/66151, K. 2012/5686, T. 30.01.2012, Çevirimiçi, www.kazanci.com.tr).

⁴³ Özgenç, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 87.

⁴⁴ Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, s. 19.

Maddede sayılan hileli hareketleri kısaca açıklayacak olursak; (a) bendine göre, ihale kararnamesinde veya ihale kararnamesinden sonra yapılan sözleşmede nitelikleri belirtilmiş olan maldan başka bir malın teslim edilmesi halinde veya teslim alınması halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşacaktır⁴⁵. Görüldüğü gibi burada hareket, sözleşmede veya ihale kararnamesinde belirtilen malın dışında bir malın teslim edilmesi (yüklenici tarafından) veya bu malların kabul edilmesi (kamu görevlisi tarafından) şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁴⁶. Sözleşmede veya ihale kararında belirtilmiş olan malın yerine, aynı özellikteki veya daha kaliteli bir başka malın teslim veya kabul edilmesi halinde inceleme konusu suç oluşmayacaktır⁴⁷. Çünkü maddenin düzenlemesine göre suçun oluşması hileli hareketlerle söz konusu fiillerin işlenmesine bağlıdır⁴⁸. Bu bentte yer alan fiili hem malı teslim almaya yetkili kamu görevlisi hem de edim yükümlülüğü bulunan ihale yüklenicisi işleyebilecektir.

Fıkranın (b) bendinde ise, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim⁴⁹ veya kabul edilmesi diğer bir seçimlik hareket olarak düzenlenmiştir. Sözleşmede veya ihale kararında yer alan miktardan daha az malın teslim edilmesi veya alınması suçu oluşturacak iken, kararlaştırılan miktardan daha fazla malın teslimi halinde bu suç oluşmayacaktır. Ayrıca

⁴⁵ “...Tekel Müdürü olan sanık Mehmet'in aynı yerde tekel eksperleri Nuri ve özel eksper Seyfi ile anlaşarak kamu iktisadi teşebbüsü olan Tekel hesabına tütün almaya memur edildikleri sırada sahte belgeler düzenledikleri ve tütünün kalitesini olduğundan yüksek gösterip pahasında fesat karıştırarak menfaat sağlanmasına ve adı geçen işletmenin zararına girmesine yol açtıkları anlaşılmasına göre eylemin TCK'nın 205.maddesinde yer alan suçu oluşturduğu gözetilmeden...” (5.CD, T. 06.11.1991, K. 4124/4738, Karar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 6659, dp. 961).

⁴⁶ Sarıtaş, bu kısım altında yersiz olarak kamu görevlisinin menfaat temin etmesi durumunu da incelemektedir. (Sarıtaş, **a.g.e.**, s. 63). Kanaatimizce kamu görevlisinin menfaat temin etmesi durumu maddi unsurlar içerisinde incelenmemesi gereken bir husustur. Zira TCK md. 236/3'te yer alan bu düzenleme bir içtima meselesi olup, suçun özel görünüş biçimleri başlığı altında incelenmesi gerekmektedir.

⁴⁷ Parlar, **a.g.e.**, s. 118.

⁴⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 5, s. 4608; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 687.

⁴⁹ “...Sanıklar M. C. I., S. S. I. ve B. Z. I.'ın ortakları olduğu Y. Petrol Ltd. Şti'nin, Kocaeli Valiliğine 21.10.2004 tarihinde yapılan okullara akaryakıt verilmesine ilişkin ihaleyi yüklenici olarak aldığı, bir kısım akaryakıtın nakliye ve teslimi işini taşeron olarak, sahibi ve sorumlusu sanık S. Y. olan E. P. firmasına verdikleri, ihale sonucu imzalanan sözleşmedeki edimin ifası kapsamında, E. Petrol firmasının çalışanları olan sanıklar V. A. ile A. Y. tarafından Yarımca İlköğretim Okulu'na tankerden boşaltım sonrasında okul tankına 4000. kg. (4360 lt.) akaryakıt boşaltıldığına dair irsaliye düzenlendiği, boşaltılan akaryakıtın şüphe üzerine yapılan ölçümünde ve tankerin boşaltım öncesi ve sonrası ağırlığının tespiti sonucunda, boşaltılan akaryakıtın 4000. kg. olmayıp 2400. kg. olduğunun belirlendiği anlaşıldığından, sanıkların fikir ve eylem birliği yaparak sözleşme gereği teslim etmeleri gereken akaryakıtı eksik teslim etme biçiminde oluşturduğu iddia ve Mahkemece kabul olunan eylemlerinin 765 sayılı TCY'nın 504/7 (5237 sayılı TCY'nın 158/1.c) maddesindeki 'Kamu Kurumu Aleyhine Dolandırıcılığa Teşebbüs' suçunu oluşturabileceği...”, (**4. CD E. 2008/7888, K 2010/1602, T. 8.2.2010**). Yargıtay'ın olayda varmış olduğu sonuç isabetsizdir. Yargıtay kararına konu olan bu olayda sanıkların fiili ihale sonucu taahhüt etmiş oldukları edimin ifasına fesat karıştırmadır. İhale sonucu yüklenilen edimin ifası sırasında karşı tarafın aldatılması suretiyle malın eksik teslimi TCK md. 236/2-a'da düzenlenmiştir. Bu hüküm genel dolandırıcılık suçunun düzenlendiği TCK md. 157'e göre özel nitelikte olduğundan söz konusu olay bakımından dolandırıcılık suçu hükümlerinin uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Dolayısıyla Yargıtay'ın somut olayda nitelikli dolandırıcılık suçu yerine, edimin ifasına fesat karıştırma suçunu tartışması gerekirdi.

KİSK md. 11'e göre, "Taahhüdün tamamlanan ve müstakil kullanıma elverişli bölümleri için kısmi kabul yapılabilir.". Dolayısıyla her eksik teslimat edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturmayacaktır. Bu eksik teslim etme veya alma hileli hareket sonucunda gerçekleştirilmelidir. Mal eksik olmasına rağmen tammiş gibi gösterip malın teslim edilmesi halinde, bu suç vücut bulacaktır. Kısmi kabul veya teslimin bu suçu oluşturmaması için teslim edilen malın müstakil olarak kullanıma elverişli olması ve kısmi kabul olduğunun açıkça belirtilmesi gerekir.

Fıkranın (c) bendinde ise edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi düzenlenmiştir. Bu hareketi yalnızca edimi teslim almakla yükümlü kamu görevlisi⁵⁰ gerçekleştirebilecektir. Fakat bunun için süresinde ifa edilmemiş olan edimin süresi içinde ifa edilmiş gibi gösterilmesi gerekir. Edimin, ifa süresi geçtikten sonra ifa edilmiş olması bu durumu değiştirmeyecektir. Dolayısıyla ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede edimin ifa edilememesi veya edilmemesi edimin ifasına fesat karıştırma olmayıp, sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir. Doktrinde DİK md. 80 gereği sözleşme süresinin uzatılmasına dair durumun bu bentte belirtilen hareketi oluşturmayacağı örnek olarak verilmiştir⁵¹. Ancak bu örnek isabetsizdir. Zira verilen örnekte edimin ifa edilme süresi ihale mevzuatına uygun olarak uzatılmaktadır⁵². Bu bentte düzenlenen hareket, süresinde ifa edilmemiş olan bir edimin süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesidir. Edimin ifasına fesat karıştırmadan bahsedebilmemiz için gereken diğer bir koşul fesada uğratılmış bir durumun, yani bir ifanın bulunmasıdır. Bu ifanın da süresinden sonra gerçekleştirilmesine rağmen, süresindeymiş gibi kabul edilmesi gerekir. Süresinden önce ifa edilen edim bakımından ise herhangi bir problem bulunmamaktadır⁵³. Hatta bazı hallerde süresinden önce ifa halinde yükleniciye erken bitirme primi de verilmektedir (DİK md. 80).

Fıkranın (d) bendinde ise yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi düzenlenmiştir. Kabul işlemi, Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği⁵⁴ (YİMKY) md. 4 gereği muayene ve

⁵⁰ KİSK md. 11/1: Teslim edilen mal, hizmet, yapım veya yapılan işin muayene ve kabul işlemleri, idarelerce kurulacak en az üç kişilik muayene ve kabul komisyonları tarafından yapılır.

⁵¹ Akbulut, **a.g.e.**, s. 62.

⁵² Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu md. 10'da da süre uzatımına ilişkin düzenleme yer almaktadır. 10. maddenin ilk fıkrasına mücbir sebepler, ikinci fıkrasında ise süre uzatımına ilişkin esaslar düzenlenmiştir.

Mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller aşağıda belirtilmiştir:

a) Doğal afetler.

b) Kanuni grev.

c) Genel salgın hastalık.

d) Kısmi veya genel seferberlik ilanı.

e) Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller.

Süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi gibi durumlar da dahil olmak üzere, idare tarafından yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelen-dirilmesi zorunludur.

⁵³ Yaşar/Gökcan/Arıç, **a.g.e.**, s. 6663.

⁵⁴ RG: 04.03.2009, Sy: 27159 Mük.

kabul komisyonları tarafından yapılmaktadır. İlk olarak yüklenici kabul için idareye yazılı olarak başvuruda bulunur⁵⁵. Başvuru sonucunda YİMKY md. 4 gereği önce geçici kabul daha sonra kesin kabul işlemi yapılır⁵⁶. Yönetmelikte de belirtildiği üzere, herhangi geçici kabule ilişkin bir engel yoksa geçici kabul yapılır, daha sonra kesin kabul için inceleme yapılır ve engel bir durum yoksa kesin kabul yapılır. Geçici veya kesin kabul için gerekli nitelikleri haiz olmayan bir eserin kesin kabulünün yapılması halinde bu bentte düzenlenen hareket gerçekleştirilmiş olacaktır. Örneğin, bir inşaatta kullanılan demir veya çimentonun sözleşmede kararlaştırılan oranın altında kullanılmasına rağmen, kabul edilmesi veya ofis mobilyalarında daha dayanıksız malzemelerin kullanılmasına rağmen sözleşmedeki şartlara uygunluğundan bahisle kabul edilmesi halinde, yine edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşacaktır.

İkinci fıkranın son bendinde ise hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesi veya eksik verilmesine rağmen, verilmiş gibi kabul edilmesi düzenlenmiştir. Hizmet hem KİK md. 4'te hem de DİK md. 4'te tanımlanmıştır. KİK md. 4'e göre hizmet "Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, (...), tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, mesleki eğitim, fotoğraf, film, fikri ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralınması ve benzeri diğer hizmetleri" ifade eder. DİK md. 4'e göre ise "Kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre çalıştırılan aylıklı, ücretli, yevmiyeli ve sözleşmeli personel istihdamı hariç olmak üzere gerçek veya tüzelkişilere ücret karşılığında yaptırılan araştırma, sondaj, imalat, prototip imalat, istikşaf, etüt, harita plan, proje, kontrollük, müşavirlik ve benzeri her türlü hizmetleri" ifade etmektedir. Hizmete ilişkin edimin kabulü Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği⁵⁷ (HAMKY) hükümlerine göre yapılmaktadır. Hizmete ilişkin edim bir defaya mahsus olabileceği gibi süreklilik arz eden bir şekilde de olabilir. Örneğin, sadece bir kongre veya festival gibi bir etkinliğin güvenlik veya yemek hizmetinin taahhüt edilmesi halinde, ilgili kongre veya festival süresince devam eden bir edim söz konusudur. Bir kurumun güvenlik, yemek, temizlik gibi hizmetleri ihale edilmiş ise ifa süreklilik arz etmektedir. Bir defaya mahsus olan edimlerde kabul işlemini, muayene ve kabul komisyonu hizmetin ifasında yapmaktadır. Periyodik olarak devam eden durumlarda ise edimin ifasına ilişkin olarak tutulan kayıtlara göre kabul gerçekleştirilecektir (HAMKY md.9/2). Hizmetin eksik verilmesi

⁵⁵ Akbulut, **a.g.e.**, s. 64.

⁵⁶ **Muayene ve kabul komisyonlarının görevleri**

MADDE 4 - (1) Geçici kabul komisyonu, kurulmasından itibaren en geç on gün içinde işyerine giderek yüklenici tarafından gerçekleştirilen işleri Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 41 inci maddesine göre inceler, muayene eder ve gerekli gördüğü kısımların işletme ve çalışma deneylerini yapar. Geçici kabule engel bir durum bulunmadığı takdirde, işin geçici kabulünü yapar.

(2) Kesin kabul komisyonu, kurulmasından itibaren en geç on gün içinde işyerine giderek yüklenici tarafından gerçekleştirilen işleri Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 41 ve 44 üncü maddelerine göre inceler, muayene eder ve gerekli gördüğü kısımların işletme ve çalışma deneylerini yapar. Kesin kabule engel bir durum bulunmadığı takdirde, işin kesin kabulünü yapar.

(3) Yukarıda belirtilen süreler, gerekmesi halinde yetkili makam tarafından uzatılabilir.

⁵⁷ RG: 19.12.2002, Sy: 24968.

halinde yüklenicinin bu eylemi suç sayılmayacaktır. Ancak hileli hareketlerle bu eksikliğin yokmuş gibi kabul edilmesi halinde bu suç oluşacaktır⁵⁸.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun hareket unsurunu yukarıda açıkladığımız üzere hileli olarak TCK md.236/2'de sayılan fiiller oluşturmaktadır. Bu fiillerin bir kısmı hem yüklenici tarafından hem de kamu görevlisi tarafından işlenebilmekte iken, bir kısmı sadece kamu görevlisi tarafından işlenebilmektedir. TCK'nın dışında KİSK md. 25'te de bir takım yasak fiiller sayılmıştır⁵⁹. Ancak bu fiiler edimin ifasına fesat karıştırma suçunun kapsamına dahil değildir. KİSK md. 25'te yasaklanan bazı fiiller aynı zamanda TCK md. 236/2'de yer alan fiilleri oluşturabilir. Md. 25'te sayılan bu fiiller TCK md. 236/2 bakımından yorum aracı olarak kullanılabilir⁶⁰.

2.1.3. Fail

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun tipik hareketini gerçekleştiren kişiler bu suçun faili olmaktadır. TCK md. 236/2'de yer alan hareketleri gruplandırarak failin tespit edilmesi gerekir. Fıkranın (a) ve (b) bentlerinde "teslim eden" veya "kabul eden" kavramları kullanılmış iken (c), (d) ve (e) bentlerinde sadece "kabul eden" kavramı kullanılmıştır. Buna göre (a) ve (b) bendi için fail, fesada uğramış edimi⁶¹ kabul eden veya teslim eden kişiler olacaktır. Diğer bentler bakımından ise yalnızca kabul eden kimse suçun faili olabilecektir.

Kabul eden kimsenin ihale mevzuatı gereği malı veya hizmeti teslim almakla yetkilendirilmiş olması gerekir⁶². Eğer kişi kabule yetkili değilse, bu suçu işleyemez. Fakat bu kişiler suça şerik olarak katılabilirler⁶³.

Teslim eden kişi ise, ihale sözleşmesi veya kararına göre ihale konusu edimi ifa etmekle yükümlü olan kimsedir⁶⁴. Malı teslim eden kişi yüklenici de-

⁵⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 6667.

⁵⁹ **Madde 25:**

Sözleşmenin uygulanması sırasında aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

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

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

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

d) Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek.

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

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

g) Sözleşmenin 16 ncı madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması.

⁶⁰ Özgenç, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 96.

⁶¹ "Suçu işleyen kişi taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştıran kişi veya kişilerdir." (Danışman, **a.g.e.**, s. 78).

⁶² Eker-Kazancı, **a.g.e.**, s. 223; Teslim edilecek mal veya hizmetin muayenesi ve kabul işlemleri idare tarafından kurulan komisyonlar tarafından yapılacaktır (Parlar, **a.g.e.**, s. 117).

⁶³ Akbulut, **a.g.e.**, s. 54; Yaşar/ Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 6654.

⁶⁴ Eker-Kazancı, **a.g.e.**, s. 224; Yaşar/ Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 6654, *Parlar* bu hususta herkes suçun faili olabilir demesine rağmen, devamında malın teslim edilmesinde üzerine ihale yapılan, malın veya hizmetin kabul edilmesinde ise kabule yetkili olan kişi-

ğilse, bu suçun faili olamaz. Ancak yüklenici ile malı teslim eden kişi arasında iştirak iradesi varsa, malı teslim eden iştirak kuralları gereği şerik olacaktır. Suçun faili ancak ihale konusu edimi ifa yükümlülüğü altına girmiş olan kimse dir. İşin alt yükleniciye verilmesi halinde, alt yüklenici de işin sözleşme veya ihale kararnamesinde yer alan şartlara uygun ifası hususunda yükümlülük altına girdiğinden, bu kişi de suçun faili olabilir⁶⁵. Ancak bu durumda yüklenicinin sorumluluğu ortadan kalkmamaktadır⁶⁶.

Sadece belirli niteliklere sahip kişiler tarafından bu suçun işlenebiliyor olması nedeniyle edimin ifasına fesat karıştırma suçu özgü suç niteliğindedir⁶⁷. Çünkü fail, ancak mal veya hizmeti kabule yetkili olan kimseler ya da yüklenici, kendisine ihale edilen kimseler olabilir. Ancak doktrinde suçun failinin herkes olabileceğini savunan yazarlar da bulunmaktadır⁶⁸.

Kamu kurum veya kuruluşlarının yapmış oldukları ihalelere genelde tüzel kişiliği haiz şirketler katılmakta ve ihale bu şirketler uhdesinde bırakılmaktadır. Tüzel kişilerin yararına olarak, edimin ifasına fesat karıştırma suçu işlendiği zaman, TCK md. 242'de tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Tüzel kişi aracılığıyla veya tüzel kişi yararına olarak suç işlenmesi halinde, hareket ve kusur yeteneği olan kişilerin tespit edilmesi gerekmektedir⁶⁹. Zira tüzel kişilerin hareket yeteneği bulunmamaktadır. Fail, hareket yeteneğine sahip olan gerçek kişi olabileceğinden, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu bulunmamaktadır.

2.1.4. Mağdur

Bu suç TCK sistematığında ikinci kitabın "Topluma Karşı İşlenen Suçlar" kısmının "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" bölümünde düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu suç kişilere ait menfaatlara karşı değil, topluma ait menfaatlara karşı işlenmektedir⁷⁰. Bu nedenle suçun mağduru toplumu oluşturan herkestir⁷¹.

ler suçun faili olabilir diyerek kendisi ile çelişmiştir. Ancak yazarın ulaştığı sonuca katılmaktayız (Parlar, **a.g.e.**, s. 117); *Meran'a* göre ise bu suçun faili herkes olabilir (Meran, **a.g.e.**, s.304); *Özgenç'e* göre de bu suçun faili her hangi bir kişi olabilir (*Özgenç, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, s.100). *Meran ve Özgenç'in* bu görüşlerine katılmadığımızı belirtmek isteriz. Zira bu suçun faili ancak edimi ifa etmekle yükümlü olan veya kabule yetkili olan kimseler olabilir.

⁶⁵ Yaşar/ Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 6654.

⁶⁶ Akbulut, **a.g.e.**, s. 54.

⁶⁷ Akbulut, **a.g.e.**, s. 55; Yaşar/ Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 6655.

⁶⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. V, s. 4610; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 689.

⁶⁹ Zeynel Kangal, **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, Seçkin, Ankara-2002, s. 146.

⁷⁰ " Suçun mağduru ise, ihale konusu mal veya hizmet alınları ile yapım işlerinde edimin ifasına fesat karıştırılmak suretiyle zarara uğratılan veya zarar tehlikesiyle karşı karşıya bırakılan kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatifler olabilirler." (Parlar, **a.g.e.**, s.117). Kanaatimizce yazarın burada yapmış olduğu tespit eksiktir. Zira edimin ifasına fesat karıştırma suçu yazarın belirtmiş olduğu kurum, kuruluş, şirket, dernek, vakıf veya kooperatiflere karşı işlenmesine rağmen, sayılanlar suçun mağduru değil, ancak suçtan zarar gören olabilirler. Suç mağduru ancak hayatta olan gerçek kişilerdir, tüzel kişiler suç mağduru olmazlar. Benzer görüş için bkz Özgenç, **Ceza Hukuku**, s. 205.

⁷¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. V, s. 4611; Akbulut, **a.g.e.**, s. 55; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 689; Yaşar/ Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 6655; Özgenç, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 100.

İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde edimin ifasına fesat karıştırılması suretiyle zarara uğratan veya zarar tehlikesiyle karşı karşıya bırakılan kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatifler suçtan zarar görendirler⁷². Bu kurum ve kuruluşlar edimin ifasına fesat karıştırma suçunun mağduru olamazlar.

2.2. MANEVİ UNSUR

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu kasten işlenebilen bir suçtur. TCK md. 236'da taksirli hali açıkça düzenlenmediğinden dolayı bu suç taksirle işlenemez. Fail md.236/2'de sayılan hareketleri bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği takdirde bu suçu işlemiş olacaktır. Bu suç olası kastla da işlenebilir⁷³.

Kastı kaldıran hata hali olarak da suçun maddi unsurlarında hata söz konusu olabilir. Teslim eden kişi teslim ettiği mal veya hizmetin eksik olduğu hususunda hataya düşmüşse kasten hareket etmiş olmaz. Bu durumda TCK md. 30/1 gereği taksirli sorumluluğu saklıdır. Ancak edimin ifasına fesat karıştırma suçu kasten işlenebilen bir suç olması nedeniyle taksirle işlenemeyeceğinden faile ceza verilmeyecektir. Örneğin, alt yüklenicinin yapmış olduğu hileden haberdar olmayan asıl yüklenici bu hatasında faydalanacaktır.

2.3. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından madde metninde hukuka aykırılığa ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından genel kurallar geçerlidir. Ancak doğası gereği meşru savunma bu suç bakımından söz konusu olamaz. Zira sözleşme şartlarına uymama meşru savunma ile açıklanabilecek bir husus değildir. Bu suç bakımından akla gelebilecek hukuka uygunluk nedeni ilgilinin rızasıdır. Özellikle malın süresinde teslim edilmemiş olmasına ilişkin olarak ihale mevzuatına uygun olarak ihale komisyonunca süre verilmesi, malın sözleşme veya ihale kararnamesinde yer alan miktardan daha ek-sik tesliminde yine kısmi teslimine ilişkin olarak kabul komisyonunun onay vermesi halinde, teslim edenin fiili hukuka uygun olacaktır.

3. KUSURLULUK

Kusurluluk bakımından genel hükümler geçerli olmakla birlikte, kusur yeteneğini etkileyen nedenlerden akıl hastalığı, yaş küçüklüğü gibi durumlar bu suç bakımından söz konusu olamaz. Zira fiil ehliyetine sahip olmayan bir kimse ihalede yüklenici olamaz. 18 yaşından küçük bir çocuk⁷⁴ veya akıl hastası ihaleye katılıp taahhütte bulunamaz. Çünkü bu kimselerin fiil ehliyeti bulunmamaktadır.

⁷² Meran, **a.g.e.**, s. 304; Özgenç, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, s. 100.

⁷³ Akbulut, **a.g.e.**, s. 67; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 690; Yaşar/Gökcan/Artaç, **a.g.e.**, s. 6668; Aksi görüş: " Suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir. Çünkü teslim için ihale yükümlüsünün gerçekleştireceği hileli davranış, kamu görevlisini aldatmaya yönelik olarak bir aldatma iradesini gerçekleştireceği gibi, eksik veya sözleşmeye aykırı olarak kabul işleminin gerçekleştirilmesi de kamu görevlisi bakımından ancak bilerek ve iradi bir hareket içinde bulunmayı gerektirecektir." (Meran, **a.g.e.**, s.324).

⁷⁴ Medeni Kanun hükümleri gereği mahkeme kararı ile ergin kılınmamış kişiler ifade edilmektedir.

Zorunluluk hali burada değerlendirilmesi gereken bir mazeret sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. TCK md. 25/2'de zorunluluk hali "*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez*" şeklinde düzenlenmiştir. Yüklenicinin ifa taahhüdünde bulunduğu edimin mücbir sebep dolayısıyla zamanında yetiştirememesi halinde süre uzatımı söz konusu olabilecektir. KİSK md.10'da hangi hallerin mücbir sebep olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. Buna göre "*Mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller aşağıda belirtilmiştir:*

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

Her ne kadar KİSK md.10'da mücbir sebep (zorunluluk hali) düzenlenmişse de, mücbir sebebin varlığı hile yapılarak eksik mal tesliminin kabulü, sözleşmede belirtilen mallardan başka malın teslim edilmesi veya kabul edilmesini gerektirmemektedir. Mücbir sebebin varlığı ancak edimin süresinde veya tam ifa edilememesi (kısmî edim) gibi suça konu hareketlerin dışında kalan genel sözleşmeye aykırılık halleri bakımından geçerlidir. Örneğin, TCK md.236/2-c'de yer alan hareket bakımından süresinde teslim edilmemiş malın süresinde teslim edilmiş gibi gösterilmesi yine zorunluluk hali çerçevesinde değerlendirilemeyecektir. Zira mücbir sebebin varlığı halinde idare ifa süresini uzatabilecektir. Dolayısıyla failin, hileli hareketlere başvurmasına gerek yoktur.

4. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

4.1. TEŞEBBÜS

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu sırf hareket suçu olduğu için teşebbüse elverişli olup olmadığı noktasında icra hareketlerinin kısımlara bölünüp bölünmemesi durumuna göre bir değerlendirme yapmak gerekir. Eğer icra hareketleri kısımlara bölünebiliyorsa, bu suça teşebbüs mümkündür⁷⁵. Örneğin şartnamede belirtilenin dışında bir malın teslim edilmiş olması ve kabul komisyonunun kabul edip kayıt altına almak üzere iken yetkili amirin durumdan haberdar olması halinde kesin kabul yapılmadığı⁷⁶ için suç tamamlanamamıştır. Zira kabul komisyonu, sözleşmeye aykırı olarak ifa edilen bir malı, sözleşmeye uygunmuş gibi rapor vererek kayıtlara geçtikten sonra bu işlemi onay makamına sunar. Eğer onay makamı bu durumu tespit ederse ve onay vermezse suç teşebbüs aşamasında kalmıştır⁷⁷.

Olası kastla işlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna da teşebbüs mümkündür. Zira TCK md. 35'e göre teşebbüsün varlığı için kasten işlenebilen bir suçun varlığı gereklidir. Bunun dışında kastın olası kast mı doğrudan kast mı olduğuna ilişkin herhangi bir ayırım yapılmamaktadır. Dolayısıyla olası kastla işlenen suçlar da teşebbüse elverişlidir⁷⁸.

⁷⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 690; Parlar, **a.g.e.**, s. 120; Eker-Kazancı, **a.g.e.**, s. 236.

⁷⁶ Kabul etme, onaylandıktan sonra geçerli olacaktır (Akbulut, **a.g.e.**, s. 67).

⁷⁷ Akbulut, **a.g.e.**, s. 67; Yaşar/Gökcan/Artaç, **a.g.e.**, s. 6669.

⁷⁸ Adem Sözüer, **Suça Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1994, s. 165.

4.2. SUÇA İŞTİRAK

İştirak bakımından edimin ifasına fesat karıştırma suçunu, seçimlik hareketlere göre ayrı ayrı incelemek gerekir. Zira seçimlik hareketlerin düzenlendiği ikinci fıkrada (a) ve (b) bendi açısından “teslim etme” ve “kabul etme” fiilleri suç olarak düzenlenmiştir. Diğer bentlerde ise sadece “kabul etme” fiilleri söz konusudur. Bu suçun özgü suç olduğunu fail kısmına ilişkin bölümde açıklamıştık. Ancak belirli sıfatı olan kişiler bu suçun faili olabilir. Diğer kişiler ise şerik olarak sorumlu tutulur.

Hileli hareketler ile sözleşmede veya ihale kararnamesinde belirtilen malın dışında bir malın teslim edilmesi durumunda kabul eden kimse aldatıldığı için kabul etme fiili açısından fail olmayacaktır⁷⁹. Kabul eden kişi aldatılmamış ise teslim eden bakımından hileli olarak teslim etme fiili gerçekleşmeyecektir. Bu durumda teslim edenin kabul etme fiilinden dolayı şerik olarak sorumluluğu gündeme gelir. Ancak hileli hareketlerle, yani kabul eden ile taahhüt altına giren kişinin anlaşarak hileli hareketi gerçekleştirmeleri halinde taahhüt altına giren teslim etme fiili bakımından, kabul eden ise kabul etme fiili bakımından fail olarak sorumlu olacaktır⁸⁰.

Yüklenici hileli hareketlerle sözleşmeye uygun olmayan veya eksik miktarda malı teslim etmeye çalışmışsa ve kabul eden aldanmamışsa, ancak daha sonradan kabul eden malı teslim almışsa bu durumda teslim eden açısından teslim etme fiili teşebbüs aşamasında kalmış olacak, kabul etme fiilinden de şerik sıfatıyla sorumlu olacaktır⁸¹. Ancak bu durumda faillğin şerikliğe asliliği prensibi gereği teslim eden sadece teşebbüs aşamasında kalmış teslim etme fiilinden fail olarak sorumlu olacaktır⁸².

Kabul etme fiili bakımından bazı durumlarda kabul komisyonunun dışında görevli kimselerce, denetim görevlileri gibi, kabule etkili olan denetim raporunda eksikliklerin yazılmamış olması sonucunda kabul gerçekleşmiş ise bu durumda bu kişiler de fail olarak sorumludurlar. Yine süreklilik gösteren hizmet ediminde, kontrol teşkilatının tuttuğu kaynaklar da bu kapsamda değerlendirilmelidir⁸³.

4.3. SUÇLARIN İÇTİMAI

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suçların içtimaı bakımından kural olarak gerçek içtima benimsenmiştir. Buna göre “kaç tane fiil varsa o kadar suç vardır, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır”⁸⁴. Birden çok suçun olduğu durumlarda suçların içtimaı meselesi gündeme gelir⁸⁵. Failin işlemiş olduğu her suç bakımından cezalandırılması gerekmesine rağmen, bazı durumlarda fail sadece bir suçtan cezalandırılmakta ve cezası arttırılmakta veya daha fazla ceza gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmaktadır. Bu kapsamda 5237 sayılı TCK'da bileşik suç, zincirleme suç, aynı neviden fikri içtima ve farklı neviden fikri içtima halleri düzenlenmiştir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun içtimaı bakımından ilk görünümü TCK md. 236/3'te yer alan gerçek içtima hükmüdür. Bu düzenlemeye

⁷⁹ Akbulut, **a.g.e.**, s. 68.

⁸⁰ Parlar, **a.g.e.**, s. 120.

⁸¹ Akbulut, **a.g.e.**, s. 68.

⁸² Özgenç, **Ceza Hukuku**, s. 468.

⁸³ Akbulut, **a.g.e.**, s. 68-69.

⁸⁴ Özgenç, **Ceza Hukuku**, s. 493.

⁸⁵ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 399.

göre; edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevliler, ayrıca menfaat temin etmenin oluşturduğu suça göre cezalandırılacaktır. Bu bağlamda menfaat temini halinde akla gelebilecek ilk suç rüşvet suçudur (TCK md. 252)⁸⁶. Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır. Kabul komisyonunda görevli kişilerin teslim edilen malın farklı olması, eksik olması, zamanında teslim edilmemiş olması, eser yapım ihalelerinde kullanılan malzemenin sözleşme veya ihale kararnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmaması gibi hallerde bu hususları yokmuş gibi gösterecek menfaat karşılığı kabul etmesi halinde rüşvet suçu oluşacaktır. Bu durumda kabul eden kamu görevlisi hem edimin ifasına fesat karıştırma suçundan hem de rüşvet suçundan dolayı sorumlu olacaktır. Yine irtikap suçu da edimin ifasına fesat karıştırma suçunu işleyen kamu görevlisinin kendisine menfaat sağlaması durumunda ortaya çıkabilecek bir suçtur⁸⁷. Örneğin kabule yetkili kamu görevlisi eksikliği fark edip, bu hususu kabul edebileceği yönünde yükleniciyi ikna edip kendisine menfaat sağlarsa aynı zamanda irtikap suçu oluşacaktır. Bu halde TCK md. 236/3 gereği gerçek içtima uygulanacaktır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından içtima hükümlerine göre değerlendirme yapılması gereken bir diğer suç tipi ise belgede sahtecilik suçlarıdır. Kabul eden kamu görevlilerince resmî belgede sahtecilik suçları, teslim eden açısından ise özel belgede sahtecilik suçu, yine teslim eden açısından resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu⁸⁸ bu kapsamda içtimaya konu olabilecek suçlardır. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturan hareketlerin ortak özelliği bu hareketlerin hileli olarak yapılmasıdır. Hile de belgede sahtecilik şeklinde gerçekleşebilir⁸⁹. Örneğin malı teslim eden yüklenici, malın miktarını, cinsini gösteren faturayı sahte olarak düzenleyebilir⁹⁰. Yine kabul görevlisi kesin kabul raporunu gerçeğe aykırı olarak düzenleyebilir. Tüm bu olası hallerde TCK md. 212 gereği gerçek içtima uygulanacak ve fail hem edimin ifasına fesat karıştırma suçundan hem de sahtecilik suçundan dolayı cezalandırılacaktır. Ancak burada resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu bakımından gerçek içtima hükümlerine gidilemeyecektir. Çünkü TCK md. 212'de açıkça sahte özel veya resmî belgenin başka bir suçun işlenmesinde kullanılması aranmış olduğundan, resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu, eğer sadece resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda bulunulmuşsa, TCK md. 212 kapsamında değildir. Bu durum

⁸⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 691; Yaşar/Gökçen/Artaç, **a.g.e.**, s. 6670.

⁸⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 691; Yaşar/Gökçen/Artaç, **a.g.e.**, s. 6670.

⁸⁸ Teslim eden kişi, kabul eden görevliye teslim edilen malın cinsi hakkında yanıltıcı bilgi vererek kesin kabul raporunun vermiş olduğu bilgilere göre doldurulmasını sağlarsa, bu durumda resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu (TCK md.206) oluşacaktır.

⁸⁹ Akbulut, **a.g.e.**, s. 69.

⁹⁰ "Belediye Fen İşleri Müdürü olan sanığın, yüklenici firmaya ihale edilen inşaat işinde şartnameye göre yapılması gereken imalat ve işler tamamlanmadığı halde; tamamlanmış gibi gerçeğe aykırı hak ediş düzenleyerek belediyeyi zarara uğratıp, anılan firmaya haksız kazanç sağladığı ıleri sürülmesi karşısında; eylemin kanıtlanması durumunda belgede sahtecilik suçunu oluşturabileceği..." (4.CD, 16.07.2008, 2006/11105, Meran, **a.g.e.**, s.327).

ise fikri içtima kuralları çerçevesinde çözümlenmelidir⁹¹. Burada edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili sahte belgeyi kullanmamaktadır. Sadece belgenin düzenlenmesi sırasında yalan beyanda bulunmaktadır.

Dolandırıcılık suçu bakımından bir değerlendirme yapılabilir. Failin hileli hareketleriyle bir kimseyi aldatarak onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına yarar sağlaması dolandırıcılık suçunu oluşturmaktadır. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturan fiillerin de hileli olarak yapılması söz konusu olup, teslim eden kendi yararına bir menfaat sağlamakta, kabul eden ise hileli kabul işlemi yaptığı anda ister kendisine menfaat sağlamış olsun ister sağlamamış olsun ilgili kamu kurum veya kuruluşunun zararına olarak yükleniciye bir menfaat sağlamaktadır. Teslim eden kabul edeni, kabul eden ise ihale komisyonunu hileli hareketi ile aldatmaktadır. Esasında edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturan fiiller aynı zamanda dolandırıcılık suçunu da oluşturmaktadır⁹². Burada karşımıza görünüşte içtima çıkmaktadır. Şöyle ki edimin ifasına fesat karıştırma suçu sadece ihale sonrası işlenebildiğinden dolayı özel bir norm niteliğindedir. Ayrıca edimin ifasına fesat karıştırma suçu özgü bir suç niteliğinde olup dolandırıcılık suçuna göre de faillik bakımından özel norm niteliğindedir. Bu halde fail, özel normun önceliği prensibi gereği edimin ifasına fesat karıştırma suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır⁹³.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu bir suç örgütünün faaliyeti kapsamında işlenmişse fail, TCK md. 220/4 gereği hem örgüt suçundan hem de edimin ifasına fesat karıştırma suçundan dolayı cezalandırılacaktır⁹⁴.

Askeri Ceza Kanunu md. 143'te; " *Sözleşmeye bağlanmış yiyecek, giyecek, teçhizat veya diğer mal ve hizmetler ile her nevi imalat ve inşaatı, sözleşmeye ilişkin şartname ve numunelerine uymadıkları halde kabul eden veya ettirenler üç yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılırlar.*" şeklinde edimin ifasına fesat karıştırma suçuna benzeyen bir düzenleme mevcuttur. Bu suçun konusu sözleşmede kararlaştırılan edimdir. Eğer sözleşme ihale sonucu düzenlenmiş ise, söz konusu fiil, aynı zamanda edimin ifasına fesat karıştırma suçunu da oluşturacaktır. Sözleşme ihale sonucu düzenlenen bir sözleşme değilse, gerçekleştirilen eylem sadece ASCK md. 143/1'de düzenlenen suçu oluşturacaktır. ASCK md.143/2'de bu duruma ilişkin özel bir içtima kuralı

⁹¹ Aynı yönde bkz. Ahmet Gökçen, **Belgede Sahtecilik Suçları**, 2. bs, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 219; Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 556.

⁹² "Edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile dolandırıcılık suçu aynı anda gerçekleşmez. Her iki suç da hileyi aramakla birlikte 236. maddedeki şartların gerçekleşmesi şartıyla edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşup ayrıca dolandırıcılık suçunun gerçekleşmesi söz konusu değildir.", (Akbulut, **a.g.e.**, s. 69.) Akbulut'un bu ifadesinden failin her iki suçtan aynı anda sorumlu tutulamayacağı sonucu çıkmaktadır. Ancak bu sonuca gerekçe olarak dolandırıcılık suçu oluşmaz demesi ise isabetli değildir. Zira genel norm-özel norm halinin olduğu tüm durumlarda özel normda düzenlenen suçun oluşabilmesi için genel norma göre daha özellikli bir durumun ortaya çıkması gerekir. Bu durum güveni kötüye kullanma suçu ile zimmet suçu arasındaki ilişkide failin kamu görevlisi olması nedeniyle zimmet suçunun özel norm olarak kabul edilmesi hususuyla aynıdır. Eğer dolandırıcılık suçu, ihale sonrası taahhüt edilen edimin ifası sırasında ve edimi kabul etmekle görevli veya ifa etmekle yükümlü kimseler tarafından işlenirse, bu hal özel olarak düzenlendiğinden fail dolandırıcılık suçundan değil, edimin ifasına fesat karıştırma suçundan sorumlu olacaktır.

⁹³ Esasen özel normun önceliği prensibi gereği genel norm geri çekilecek ve fiile uygulanacak tek bir norm bulunacaktır (Koca, Üzülmez, **a.g.e.**, s. 430).

⁹⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 6670.

getirilmiştir. Buna göre; *Fiil ceza kanunlarına göre daha ağır bir suç teşkil ediyorsa, ceza o kanuna göre tayin edilir.* Bu fıkra gereği eğer ASCK md.143/1'de düzenlenen fiil aynı zamanda edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturuyorsa, fikri içtima kuralları uygulanacaktır.

5. MUHAKEME KOŞULLARI

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun soruşturma ve kovuşturma usulü failin kamu görevlisi olup olmamasına göre değişiklik göstermektedir. Fail kamu görevlisi değilse suç, resen soruşturulan ve kovuşturulan bir suçtur. Failin kamu görevlisi olması durumunda ise 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu hükümleri gündeme gelecektir. 3628 sayılı Kanun md. 17'ye göre; *"Bu Kanunda ve 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununda yazılı suçlarla, irtikâp, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz"*⁹⁵. 3628 sayılı Kanun md. 19'a göre, Cumhuriyet Savcısı 17. maddede yazılı suçların işlendiğini öğrendiğinde, sanıklar hakkında doğrudan doğruya ve bizzat soruşturmaya başlamakla beraber, durumu atamaya yetkili amirine veya 3628 sayılı Kanun md. 8'de sayılan mercilere bildirir. Ancak edimin ifasına fesat karıştırma suçu 3628 sayılı Kanun md. 17'de sayılan suçlardan olmadığı için bu suçun faili olan kamu görevlisi hakkında 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanacaktır⁹⁶.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, öngörülen hapis cezasının üç yıldan yedi yıla kadar olması nedeniyle 5235 sayılı Kanun gereği asliye ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtur.

6. YAPTIRIM

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu için kanunda üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Ekonomik dengeye karşı işlenen bir suç olması ve failin maddî menfaat sağlaması nedeniyle, edimin ifasına fesat karıştırma suçu için hapis cezasının yanında adli para cezasının da öngörülmüş

⁹⁵ Bu maddede edimin ifasına fesat karıştırma suçu kavramı yerine resmî ihale ve alım ve satımlarına fesat karıştırma kavramına yer verilmiştir. Bu durum doktrinde, 765 sayılı TCK döneminde kamu görevlisinin işlemiş olduğu edimin ifasına fesat karıştırma suçunun fiilleri md. 205'te düzenlenmiş olması ile açıklanmaktadır (Akbulut, **a.g.e.**, s.71, dp. 69.) Buradaki sorun 765 sayılı TCK döneminde suçun ismi ile 5237 sayılı TCK döneminde suçun isminin farklı olması, ama suçu oluşturan fiilin aynı olmasıdır. Kanaatimizce yukarıda referans verdiğimiz yazarın görüşleri isabetlidir. İki farklı kanun döneminde suçların isimlerinin aynı olmaması farklı hukukî değerleri koruduğu anlamına gelmez. Aynı hukukî değerın aynı fiil ile ihlal edilmesi nedeniyle 765 sayılı TCK md. 205'te düzenlenen suç ile 5237 sayılı TCK md. 236'da düzenlenen suç aynı suçtur. Ancak doktrinde bu hususu şu şekilde izah eden yazarlar da bulunmaktadırlar; *"Maddede 'resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma' suçları sayılmış, ancak 3628 sayılı Kanunun yapıldığı dönemde 'edimin ifasına fesat karıştırma' şeklinde ayrı bir suç olmadığı için bu suçtan açıkça bahsedilmemiştir. Bu sebeple failin kamu görevlisi olduğu durumlarda soruşturmanın 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılması daha isabetli olacaktır."* (Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 691).

⁹⁶ Meran, **a.g.e.**, s. 326; Aksi görüş; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 691; Parlar, **a.g.e.**, s. 120.

olması gerekirdi. Sadece hapis cezasının öngörülmüş olması bu anlamda bir eksikliklidir.

KİSK md. 28'de bu suçtan mahkûm olan kamu görevlileri bakımından bir takım idarî yaptırımlar düzenlenmiştir. Buna göre ilgili suçtan mahkum olanlar, KİSK kapsamına giren tüm kamu kurum ve kuruluşlarınca KİSK ve diğer mevzuatın uygulanmasında görevli ve yetkili kadrolara atanamazlar. Yine mahkumiyet halinde tarafların uğradığı zararlar da genel hükümler çerçevesinde tazmin ettirilecektir⁹⁷.

Eğer bu suçun işlenmesi ile bir tüzel kişinin yararına haksız menfaat sağlanmış ise bu tüzel kişiler hakkında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri uygulanır (TCK md. 242). TCK md. 60'a göre; Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, iznin iptaline karar verilir. Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

SONUÇ

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, ihale şartnamesine veya ihale sonucunda imzalanan sözleşmede yer alan şartlara uygun olmayan bir şekilde edimin ifa edilmesi sonucu gerçekleşmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus md. 236/2'de düzenlenen hareketlerin hileli olarak yapılması gerektiridir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun hareketini sözleşmeye aykırılık oluşturmaktadır. Kanaatimizce sözleşmeye aykırılığın hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmaması gerekmektedir. Suçun hareketinin hileli olarak gerçekleştirilmesi nedeniyle cezalandırıldığı düşünülse de hilenin karşı tarafı aldatmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla sadece sözleşmeye aykırılıktan ibaret olan suça konu fiillerin hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılıyor olması isabetsiz olmuştur. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu sonucunda ekonomik bir yarar sağlandığından ve sözleşmeye aykırılık şeklinde gerçekleştirildiğinden suç açısından hapis cezasının öngörülmesi yerine adli para cezasının öngörülmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu bir özgü suç niteliğinde olup ancak belirli vasıflara sahip kimseler bu suçu işleyebileceklerdir. Bu kimseler de “teslim etme” fiili bakımından taahhüt altına girmiş olan kimsedir. Edimi ifa yükümlülüğü olan kimse “teslim etme” fiili bakımından faildir. Bunun dışındaki kişiler ise ancak şerik olarak sorumlu olurlar. “kabul etme” fiili bakımından ise ilgili idare tarafından KİSK md. 11 gereği belirlemiş oldukları kabul komisyonu üyeleri ve kabul komisyonu üyelerinin kararlarını onaylayan idari amir fail olabilirler. Bu üyelerin dışındaki kimseler şerik olarak sorumlu olacaklardır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile dolandırıcılık suçu arasında görünüşte içtima söz konusudur. İki suç arasında özel norm genel norm ilişkisi gereği fail, edimin ifasına fesat karıştırma suçundan sorumlu olacaktır. Ayrıca TCK md. 212'de düzenlenen ve sahtecilik suçları bakımından ortak hüküm niteliğinde olan gerçek içtima kuralı edimin ifasına fesat karıştırma suçunda failin, resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda bulunma suçunu işleyerek hileli hareketini tamamlamışsa TCK md. 212 uygulanmayacaktır. Buradaki sorun fikri içtima kuralları gereği çözümlenecektir. Bu kapsamda fail daha ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu olacaktır. Edimin ifasına fesat karıştırma

⁹⁷ Kazancı, a.g.e., s. 239.

suçu, resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda bulunma suçuna göre daha fazla ceza gerektirdiğinden faile sadece edimin ifasına fesat karıştırma suçundan dolayı ceza verilecektir.

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin: “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Y 4, S. 10, Ağustos-2009, s. 41-72.

Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet, Yenidünya, Ahmet Caner: **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, C. 5, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009.

Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet, Yenidünya, Ahmet Caner: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10.bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.

Balcı, Murat: “İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma”, **Hukukî Perspektifler Dergisi**, S:2, Sonbahar 2004.

Danışman, Mustafa: **İhale ve İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2011.

Gökçen, Ahmet: **Belgede Sahtecilik Suçları**, 2.bs, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.

Kangal, Zeynel: **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, Seçkin, Ankara-2002.

Kazancı, Behiye Eker: **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, 2.bs, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2011.

Koca, Mahmut, Üzülmüş, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. bs, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011.

Meran, Necati: **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011.

Oğuzman, M. Kemal/M. Turgut Öz: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 5. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

Özgenç, İzzet: **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2002.

Özgenç, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2011.

Özgenç, İzzet: **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, Ankara Seçkin Yayınevi, 2011.

Parlar, Ali: **Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2011.

Sarıtaş, Hatice: İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, **Sayıştay Dergisi**, S. 73, s. 51-67.

Sözüer, Adem: **Suçta Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret Aş, 1994.

Yaşar, Osman, Gökcan,

H. Tahsin, Artuç, Mustafa: **Türk Ceza Kanunu**, C. V, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.