

# EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

## *Crime of Fulfillment Rigging*

İlhan GÜLEL<sup>1</sup>

Geliş Tarihi: 19.01.2017

Kabul Tarihi: 07.12.2017

### ÖZET

İhale ile amaçlanan serbest rekabet ortamının oluşması ve ekonomik bakımdan en avantajlı teklifin ortaya çıkmasında tarafların ve kamunun ortak menfaati vardır. Özellikle kamu ihalelerinde, ihalenin sağlıklı yapılması ile vergi mükelleflerince finanse edilen bütçe amacına uygun ve verimli olarak harcanmış olur. İhale aşamasından sonra ihaleyi kazanan gerçek veya tüzel kişi veya konsorsiyum ile Devlet arasında sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Sözleşmenin ifası sırasında gerçekleştirilen, ihalenin yapılış amacının dışına çıkan ve kişilere haksız çıkar sağlayan eylemler ise genel olarak “edimin ifasına fesat karıştırma” olarak isimlendirilmektedir. Bu tür eylemlerin gerçekleşmesi halinde bozulan ekonomik rekabet ortamı nedeniyle özelde ihalenin tarafları ve katılımcıları, genelde ise Devlet, onu meydana getiren toplum ve giderek bütün ekonomik sistem zarar görmektedir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturan hareketler sayılmak suretiyle, kamu kurum ve kuruluşları ile aynı önemde oldukları varsayılarak kanun koyucu tarafından aynı cezai koruma kapsamına alınan kamu kurumu niteliğindeki meslek örgütleri ve diğer bir kısım özel hukuk tüzel kişilerinin yaptıkları ihaleler sonrasında kurulan sözleşmedeki edimlerin ifasına fesat karıştırma suç olarak düzenlenerek cezai yaptırıma bağlanmıştır. Bu suçun kamu görevlilerince işlenmesi mümkün olduğu gibi diğer kişilerce de işlenmesi olasıdır. İhaleye ilişkin yasal ve idari düzenlemelerin oluşturduğu ihale mevzuatı, fesat karıştırmaya ilişkin ceza normunun uygulanması ve yorumunda ceza hâkimine yol gösterici nitelikte olduğundan konunun bir bütün olarak incelenmesi gerekmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** İhale, ihale mevzuatı, edimin ifasına fesat karıştırma.

### ABSTRACT

The parties and the public have common benefits and they have interests in the constitution of the expected free competition environment and occurrence of the most advantageous offer in terms of economy with the tender. Especially in the public tenders, with the well-fulfillment of the tender, the budget which is financed by the tax payers is spent in a way that is appropriate to its purpose and efficiently. After the tender process, the relation of contract has been established between the State and real person or artificial person or consortium that won the tender. The actions which are hindering the well-fulfillment of the contract which deviates the tender from its purpose and which provides unfair advantages to the persons are generally called as “fulfillment rigging”. Owing to the economic competition environment that is corrupted in the event that this kind of actions occur, personally parties of the tender and its participants; in general, the Government, the society which constitutes it and increasingly all economic system gets harmed. By means of being regarded as the actions that constitute the fulfillment rigging in 5237 numbered Turkish Criminal Law, conspiring to rig fulfillment on contracts, which are carried out by public institutions and organizations and the trade bodies which are regarded to be in the same importance and therefore included in the scope of criminal protection by the lawmaker and which are in the quality of public institution and private law corporate bodies which is the other part, was devised as a crime and imposed sanction. This crime is possible to be committed by the public officials and also possible to be committed by the other people. The tender legislation that is constituted by the legal and administrative regulations regarding the tender is in the quality of guiding the crime judge in the application of the crime norm regarding the rigging and its interpretation, the subject needs to be examined as a whole.

**Keywords:** Tender, tender legislation, crime of fulfillment rigging.

<sup>1</sup> Hâkim / Ankara Batı 2. Ağır Ceza Mahkemesi Üyesi / ilhangulel@gmail.com

## GİRİŞ

Kamunun ihtiyaç duyduğu her türlü mal ve hizmetin Devlet tarafından üretilmesini esas alan sosyalist sistemler ile özel teşebbüsün gücünün yetmediği alanlarda devletin üretici ve sağlayıcı olarak faaliyet göstermesini esas alan karma devletçi sistemlerin aksine, serbest ve rekabetçi piyasa düzenine dayanan liberal ekonomik sistemlerde ticari ve sınai faaliyetlerin özel teşebbüsler tarafından yürütülmesi esası benimsenmiştir. Özel hukuk kurallarına tabi olan gerçek ve tüzelkişilerin kendi aralarındaki ticari ve sınai ilişkiler de bu hukukun kurallarına tabidir. Devlet, liberal hukuk anlayışında bu tür ilişkileri düzenleyici ve hukuki güvenliği temin edici roledir. Geçen çağlar boyunca ekonomik ve toplumsal ilerlemelerin ortaya çıkardığı ihtiyaçlar sonucunda anlaşılmıştır ki, liberal hukuk düzeninde dahi Devletin sadece kişilere hak ve özgürlük tanınması, bunun ötesine geçip hakların realizasyonunu sağlamaması; kişilerin teorik olarak sahip oldukları temel hak ve hürriyetlerini kullanmalarına ve yaşamalarına imkan vermemektedir. Bunun anlaşılması sonucunda 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın da dayandığı temel bir ilke olan "sosyal hukuk devleti" düşüncesi gelişmiştir. Bu düşüncenin etkisi ile Devlet, sadece asayiş koruyan ve düzeni sağlayan bir mekanizma olmaktan öteye geçerek, aynı zamanda bireyin sosyal, ekonomik ve kültürel gelişimini sağlamak ve bu alanlarda sahip olduğu temel hak ve özgürlükleri etkin olarak kullanabilmek için ihtiyaç duyduğu genel nitelikteki hizmetleri vermekle ve bu amaç için gerekli kurum ve kuruluşları kurmakla görevli büyük bir organizasyon haline almıştır. Devlet, eğitimden sağlığa, ulaştırmadan imara, adaletten sosyal güvenliğe kadar çok çeşitli alanları kapsayan bu hizmetleri yerine getirirken gerekli olan insan unsurunu, diğer bir ifadeyle uzmanlaşmış personeli Devlet Personel Rejimi Kuralları çerçevesinde bünyesine dahil ederken maddi unsur olan bina, malzeme, araç ve gereçleri ise yapma, yaptırma, üretme, satın alma, kiralama, kamulaştırma gibi çeşitli yollarla edinmektedir.

Görüleceği üzere üretim ve ticaret ilişkilerinin özel hukuk hükümlerine tabi kişiler eliyle yürütüldüğü bir ülkede Devlet, doğrudan doğruya üretici ve sağlayıcı olarak bir sınai ve ticari faaliyette bulunmasa dahi görmekte olduğu kamu yararını esas alan kamu hizmetlerini sürdürebilmek için özel hukuk kişileri ile ekonomik ilişkiler kurmak zorundadır. Bu hizmetlerin devamı için gerekli olan ve yukarıda örneklenen maddi unsurların özel hukuk kişilerinden sağlanması, kamu kesiminden özel sektöre belli miktarda kaynak aktarımını gerekli kılar. Bu kaynağın büyük bölümünü ise vergi mükelleflerinin ödediği vergiler teşkil eder. İşte bu vergilerden sağlanan kaynağın amaçlandığı şekilde değerlendirilmesi, doğru şekilde harcanması, israf edilmesinin önlenmesi, diğer bir ifadeyle bir kısım kimselere haksız olarak kamu kaynaklarının transfer edilerek vergi mükelleflerinin (kamunun) zarara uğramalarının önüne geçilmesi amacıyla Devlet; idari, mali ve cezai alanda gerekli hukuki

düzenlemeleri yapar. Ancak bu düzenlemelerin yapılması tek başına bir anlam ifade etmeyip aynı zamanda bu düzenlemelerin etkili şekilde uygulanmasına yönelik denetim mekanizmaları da geliştirilmelidir. Bu amaçla düzenlenen yasal hükümlere işlerlik kazandıran denetim mekanizmaları ise Sayıştay, Kamu İhale Kurumu, kamu kurum ve kuruluşlarının iç denetimini sağlayan teftiş kurulları gibi denetleyici ve düzenleyici kamu kurum ve kuruluşlar ile yargısal denetim yapan idari ve adli yargı organlarıdır.

Yukarıda sözü edilen idari, mali ve cezai düzenlemelere mevzuatımızda 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu (DİK), 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK), 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK), 5018 Sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 235. ve 236. maddeleri örnek gösterilebilir. Bu çalışmada idarenin mal ve hizmet alımı-satımı, kiralaması ile yapım yöntemleri arasında bulunan ve uygulamada önemli yer tutan ihale usulü ile kurulan sözleşmelerin ifasının düzgün bir şekilde gerçekleştirilmesi için ceza mevzuatımızda ihalenin tamamlanmasından sonraki süreç olan sözleşme aşamasını cezai yönden hukuki koruma altına alan TCK m. 236'daki edimin ifasına fesat karıştırma suçunu inceleyeceğiz. Yeri geldikçe ihaleye ilişkin idari düzenlemelere ve konuya ilişkin Yargıtay kararlarına da yer vererek söz konusu suç ile korunmak istenen hukuki değer, suçun maddi ve manevi unsurları, özel görünüm biçimleri, tâbi olduğu zamanaşımı, suç karşılık öngörülen yaptırımlar, görevli ve yetkili mahkeme ile özel soruşturma usulleri konularını ayrı ayrı irdelemeye çalışacağız.

## I. GENEL OLARAK

### A. Madde Metni

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümlerini düzenleyen ikinci kitabının "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmının "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" alt başlıklı dokuzuncu bölümünde ve Kanun'un 236. maddesinde düzenlenmiş olup madde metni şu şekildedir:

*"Edimin ifasına fesat karıştırma*

Madde 236-

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

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

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

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

## B. Suçla Korunan Hukuki Değer

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunda özel olarak korunan hukuki değer; kamu kurum ve kuruluşları ile maddede belirtilen diğer kurumlara karşı, ihale şartnamesi veya ihale sonucunda yapılan sözleşme ile taahhüt edilen malın, hizmetin veya yapım işinin, nicelik veya nitelik bakımından zamanında ve eksiksiz teslim edildiğine veya tamamlandığına ilişkin güvendir. Genel olarak ise ekonominin ve kamu kaynaklarının korunmak istendiği söylenebilir. Maddenin kanun sistematüğinde bulunduğu yer de bu düşünceyi destekler mahiyettedir. Zira edimin ifasına fesat karıştırma suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun özel hükümler kitabının “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” kısmında değil, “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar”ın yer aldığı dokuzuncu bölümü altında düzenlenmiştir<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Suçla korunan hukuki değere ilişkin öğretilerde farklı yaklaşımlar mevcuttur. Bir görüşe göre, sözleşme hürriyetinden kaynaklanan edimin ifasının sağlanması suretiyle ticarî hayattaki işlerlik ve güvenin korunması amaçlanmaktadır. Bkz: **Necati MERAN**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara, Seçkin, 2011, s. 304; Başka bir görüş ise korunan hukukî değer, esas olarak kamuya ve kamu görevlilerine duyulan güveni sağlamak ve dürüstlüğü temin etmek olduğunu, bu yolla dolaylı olarak ekonominin de korunacağını belirtmektedir. Bkz: **Berrin AKBULUT**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi, Ankara, Ağustos 2009, Yıl 4, Sayı 10, s.48; Aynı yönde: **Behiye Eker KAZANCI**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Seçkin, Ankara, 2011, s.223; **Mahmut KAPLAN**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S. 1, İstanbul, 2013, s.712; Diğer taraftan suçla korunan hukuki değer, karma bir nitelik gösterdiği; bir yandan ülkenin ekonomik işleyişi ve dengesi ile sınırlı kaynaklarının korunması amaçlanırken diğer yandan edimin

## II. SUÇUN UNSURLARI

### A. Suçun Maddi Unsurları

#### 1. Genel Olarak

İhaleyi kazanan yüklenicinin ihale sözleşmesi uyarınca yüklediği yükümlülükler kamuyu yakından ilgilendirdiği için edimin ifasına fesat karıştırma eylemleri özel hukuk sorumluluğunun yanında cezai yaptırım altına da alınmıştır<sup>3</sup>. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu TCK 236. maddenin ikinci fıkrasında fesat karıştırma niteliğinde olduğu kabul edilen seçimlik hareketlerden birinin veya birkaçının hile ile gerçekleştirilmesi sonucunda oluşur. Bu bakımdan bağlı ve seçimlik hareketli bir suç söz konusudur<sup>4</sup>. Ayrıca suçun oluşabilmesi için maddede belirtilen hareketlerin gerçekleştirilmesi yeterli olduğu, bir neticenin gerçekleşmesi gerekli olmadığı için edimin ifasına fesat karıştırma bir *sırf hareket suçudur*. Suç sonucunda bir zararın meydana çıkması şart olmadığından bu suç bir tehlike suçu niteliğindedir<sup>5</sup>.

TCK 236. maddenin ikinci fıkrasında edimin ifasına fesat karıştırma teşkil eden seçimlik hareketler (a), (b), (c), (d) ve (e) bentleri altında sayılmıştır. Buradaki sayım (taadadi) örnekleyici değil (tahdidi) sınırlayıcıdır. Bu nedenle fıkarda gösterilmeyen bir hareketin gerçekleştirilmesi halinde fesat karıştırma eyleminin işlendiğinden bahsedilemeyeceği gibi fıkradaki hareketlerin yorum yoluyla genişletilmesi de TCK m.2/3 uyarınca olanaklı değildir<sup>6</sup>. Bu

---

taahhüt edildiği gibi yerine getirilmesi sağlanarak ticari hayattaki işlerlik ve güven kurumu ile kamuya ve kamu görevlilerine olan güvenin ve toplumsal hayattaki dürüstlüğü korunmak istendiği de belirtilmiştir. Bkz: **Osman YAŞAR / Hasan Tahsin GÖKCAN / Mustafa ARTUÇ**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet, Ankara, 2010, Cilt V, s. 6653-6654.

<sup>3</sup> **KAZANCI**, s. 215.

<sup>4</sup> **Mehmet Emin ARTUK / Ahmet GÖKÇEN / Ahmet Caner YENİDÜNYA**, TCK Şerhi Özel Hükümler, Turhan, Ankara, 2009, Cilt V, s.4574; **Hatice SARITAŞ**, "İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları" Sayıştay Dergisi, Sayı:73, Ankara, Nisan Haziran 2009, s.63; **KAPLAN**, s. 715.

<sup>5</sup> **KAPLAN**, s. 715; **AKBULUT**, s.55; **YAŞAR / GÖKÇEN / ARTUÇ**, s.6657; Karşı görüş. **İzzet ÖZGENÇ**, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, Seçkin, Ankara, 2013, s. 105, 123, 124; **Mahmut KOCA / İlhan ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet, Ankara, 2016, s. 798; Bahse konu suçun bir zarar suçu olduğunu kabul eden aksi görüşteki yazarlar, suçun işlenmesi ile zorunlu olarak bir zarar meydana geldiği için TCK m. 235'deki gibi "zararın" meydana gelmesi halinde bunun cezayı arttırıcı bir sebep olarak kanunda düzenlenmediğini, eylem sonucunda bir zarar meydana gelmediyse edimin ifasına fesat karıştırma suçunun da oluşmayacağını belirtmektedirler.

<sup>6</sup> **Yar.21.CD. 05.12.2016 tarih ve Esas No: 2015/8481 Karar No: 2016/7539 sayılı ilamında da bu husus şu şekilde vurgulanmıştır. "...5237 sayılı TCK'nın 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasanın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği cihetle; TCK 236 maddesinde yer alan suçun failinin "belirtilen niteliklere uygun olmadan yapılmış eseri kabul eden" kamu**

bentlerde tanımlanan hareketlerin hepsinin ortak özelliği *hileli davranışlarla* gerçekleştirilmelerinin gerekmesidir. Malın veya hizmetin salt ayıplı olması da, somut olayda bir hile unsuru olmadığı sürece atılı suça vücut vermeyecektir<sup>7</sup>.

Kamu kurum ve kuruluşlarının 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uyarınca yapılan ihaleler sonucunda yapacakları sözleşmeler, bu konuyu düzenlemek için Avrupa Birliği müktesebatı çerçevesinde 05.01.2002 tarihinde kabul edilerek 22.01.2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ve 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine tabidir. Bu Kanunun 25. maddesinde sözleşmenin uygulanması sırasında yasak olan fiil ve davranışlar belirtilmiş olup bunlar: "a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek. b) Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek. c) Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak. d) Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek. e) Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29 uncu madde hükümlerine aykırı hareket etmek. f) Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek. g) Sözleşmenin 16 ncı madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması." olarak gösterilmiştir. Bunlardan özellikle (a), (b), (c) bentlerinde belirtilenlerin edimin ifasına fesat karıştırma olarak değerlendirilmesi mümkündür.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca yapılan ihalelerde ise adı geçen Kanunda bulunan sözleşmeye ilişkin hükümler uygulanır. Ayrıca çeşitli ihale sözleşmelerindeki edimlerin ifa edilmesi konusunda çıkarılmış yönetmelikler de bulunmaktadır<sup>8</sup>. Bunlar: kamu ihale mevzuatına aykırı olmayan hükümleri halen yürürlükte olan 05.07.1979 tarihli ve 16745 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliği, 19.12.2002 tarihli ve 24968 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik, Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği,

---

görevlisi olduğu , somut olayda ise ihaleye konu işin kabulünün kamu görevlisi olan sanıklar tarafından yapılmamış olduğundan özgü suç niteliğindeki suça diğer sanıkların da iştirakinin mümkün olamayacağı anlaşılmalı, atılı suçun unsurlarının oluşmadığına dair mahkemenin kabul ve uygulamasında bir isabetsizlik görülmediğinden tebliğnamedeki eksik inceleme sonucu sanıkların atılı suçtan beraatine karar verildiğine ilişkin bozma düşüncesine iştirak olunmamıştır..."

<sup>7</sup> ÖZGENÇ, s. 105, 106.

<sup>8</sup> Bu yönetmeliklerin uygulaması hakkında geniş bilgi için. Bkz. **Sadettin DOĞANYİĞİT**, Açıklamalı-İçtihatlı-Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Seçkin, 10. Bası, Ankara – 2011.

Danışmanlık Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliğidir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu araştırılırken bu kanun ve yönetmelik hükümleri de göz önüne alınmalı, bunlarda yer alan muayene, kontrol, geçici kabul ve kabul, kısmi kabul, bedel indirimiyle kabul gibi düzenlemelere, suçun unsurları itibariyle oluşup oluşmadığı noktasında dikkat edilmelidir. Ancak yönetmelikte belirlenen bir usule aykırı davranılmasının otomatik olarak suçu oluşturduğu yanılığısına da düşülmemelidir, ceza normundaki yasak eylemler suçun sübutu noktasında esas alınmalıdır.

## 2. Suçun Konusu

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun konusu; somut olayda, kamu kurum veya kuruluşuna, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşuna, kamu kurumu ve kuruluşu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu iştirakiyle kurulmuş şirkete, kamu kurum veya kuruluşu ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu bünyesinde faaliyet icra eden vakıfa, kamu yararına çalışan derneğe ya da kooperatife teslim edilen mal, yapılan eser veya malzeme ya da hizmet niteliğindeki edimlerdir<sup>9</sup>. Aşağıda belirteceğimiz öğretideki diğer görüşe göre<sup>10</sup> suçun konusunu oluşturan edimlerin bir ihale sonucunda yüklenilmesi şart olmayıp bizim savunduğumuz görüşe göre ise edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için ortada öncelikle hukuka uygun bir ihale bulunması gerekmektedir. Yapılan ihalenin ise 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi bir ihale olması şart değildir. Söz konusu suçun oluşabilmesi için önemli olan, yapılan ihalenin kamu kurum veya kuruluşları adına veya onlar aracılığıyla yapılan bir ihale olması veya beşinci fıkrada sayılan 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 bir ihale olmasıdır<sup>11</sup>. Yukarıda belirttiğimiz görüşün aksini savunan Özgenç, bizim de savunduğumuz görüşün kanuni dayanağı olmadığından bahisle ihalesiz olarak 4734 sayılı Kanun'un 22. maddesine göre doğrudan temin yöntemiyle mal veya hizmet alınması halinde de TCK 236. maddede tanımlanan suçun oluşacağını ileri sürmektedir<sup>12</sup>. TCK 236.

---

<sup>9</sup> KAPLAN, s. 712-715; ÖZGENÇ, s. 96, 97.

<sup>10</sup> ÖZGENÇ, s.97; KOCA / ÜZÜLMEZ, s.793, 794.

<sup>11</sup> Öğretideki diğer görüşe göre (ÖZGENÇ, s.97; KOCA / ÜZÜLMEZ, s.793, 794) edimin ifasına fesat karıştırma suçunun ihalesiz olarak doğrudan temin yoluyla alınan mal veya hizmetler hakkında da oluşması mümkündür.

<sup>12</sup> ÖZGENÇ, s.97 ve bu sayfanın altında başlayan 72 nolu dipnottaki açıklamalar. Yazar özellikle suçun tanımındaki "edimin", kamu kurum ve kuruluşlarına karşı bir ihale ile yüklenilebileceği gibi, kooperatif veya kamu yararına çalışan dernekler gibi tüzelkişilerce bir ihale süreci olmaksızın piyasadan sağlanan mal veya hizmetler şeklinde de olabileceğini vurgulamıştır.

maddesinin ilk fıkrasında "ihale kararında veya sözleşmede belirtilen edimin ifasından" değil sadece "taahhüt altına girilen bir edimden bahsedildiğini" belirten Koca ve Üzülmez de bu görüştedirler<sup>13</sup>.

Mevzuat uyarınca ihaleye tabi olması gerektiği halde ihale yapılmaksızın alınan bir mal veya yaptırılan bir yapı olması halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçu değil görevi kötüye kullanma ve kamu kurum ve kuruluşlarının zararına dolandırıcılık suçları gündeme gelecektir. Keza ihale yapma yetkisi olmayan bir makamın mevzuata aykırı olarak ihale yapması halinde de ihale yok hükmünde olacağından edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır. İhale yapma yetkisi olan bir makamın, ihaleye konu olamayacak bir konuda ihale açması halinde de edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır<sup>14</sup>.

### 3. Fail

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun bir özgü suç olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bize göre bir özgü suç niteliğinde değildir<sup>15</sup>. Suçun faili herkes olabilir<sup>16</sup>. Öğretide de kimi yazarlarca<sup>17</sup> kabul edilen bu görüşten Yargıtay'ın ayrı düşündüğünü belirtmemiz gerekir<sup>18</sup>. Ancak (a) ve (b) bentlerindeki hareketleri

<sup>13</sup> KOCA / ÜZÜLMEZ, s.793, 794.

<sup>14</sup> Örneğin özel mülkiyete konu olması mümkün olmayan Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki bir yerin idare tarafından ihaleye çıkılarak satılması.

<sup>15</sup> Karşı görüş görüş: AKBULUT, s. 55, KAPLAN, s. 721.

<sup>16</sup> Aynı yön. SARITAŞ, s.65; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 794; Suçun özgü suç niteliğinde olduğu yönünde bir karar için bkz. "...Sanık hakkında edimin ifasına fesat karıştırma suçundan açılan kamu davasında; araç kiralama ihalesini kazanan sanığın ifa ettiği edimin hizmet niteliğinde olması nedeniyle eyleminin TCK'nın 236/2-e maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, ancak 5237 sayılı TCK'nın 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasanın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığından, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın "a" ve "b" bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin, "c", "d" ve "e" bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceğinden, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerde işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve edimin ifası sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri, somut olayda ise kamu görevlilerinin hukuka aykırı bir eylemlerinin de tespit edilemediği, faili olmayan suçta şerikliğin de mümkün olamayacağı gözetilerek sanığın beraati yerine, yanlışlı değerlendirilmeyle yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,..."  
Yar. 5.CD. 05.05.2016 tarih ve Esas No: 2014/4010, Karar No: 2016/4690 sayılı ilamı.

<sup>17</sup> YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s.6654, 6667.

<sup>18</sup> "...her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın "a" ve "b" bentlerinde yüklenici



hem malı teslim eden hem de kabul edenler işleyebileceği halde (c), (d) ve (e) bentlerinde sadece “kabul” den bahsedildiği için bu suç, esas olarak muayene ve kabul komisyonu üyeleri işleyebilir<sup>19</sup>. Sözleşmeyi ifa eden taraftakiler ise bu hareketler bakımından muayene ve kabul komisyonu üyelerinin hareketine “azmettiren” ya da “yardım eden” sıfatıyla iştirak edebilirler.

“Teslim eden kişi” tabirinden malı fiilen teslim eden değil, ihale sözleşmesi ile taahhüt altına giren, sözleşmenin tarafı olan kişi anlaşılmalıdır<sup>20</sup>. Bazı ihaleler bakımından edimin alt yüklenici (taşeron) olan kişilerce yerine getirilmesi de mümkündür. İhale şartlarını bilen ve buna uygun hareket edeceğine dair asıl yüklenici ile hukuki ilişkiye giren alt yüklenicinin de artık sorumlu olduğu ve suçun faili olabileceği kabul edilmelidir<sup>21</sup>.

#### 4. Mağdur

Bu suçun mağduru genel olarak toplumu oluşturan herkestdir<sup>22</sup>. Suç kendisine karşı işlenen 236. maddenin birinci fıkrasında yazılı kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatifler “suçtan zarar gören” konumundadır<sup>23</sup>. Ayrıca

---

konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin, “c”, “d” ve “e” bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel failik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, bu itibarla 5237 sayılı TCK’nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK’nın 236/2-a maddesi uyarınca yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri tarafından işlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alınarak, sözleşmenin tarafı olan şirkette depo sorumlusu olarak çalışan Ö. U. ile kamyon şoförü olarak çalışan sanık L. D.’nin eyleminin TCK’nın 39. maddesi kapsamında yardım etme olarak değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, fail olarak cezalandırılmasına karar verilmesi,...” **Yar.5.CD.** 27.05.2016 tarih ve Esas No: 2014/2917, Karar No: 2016/5517 sayılı ilamı.

<sup>19</sup> **Ahmet GÖKÇEN**, “Yeni Ceza Kanunu’nda İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları” Hukuk ve Adalet Dergisi, 2005, Yaz-Sonbahar, s.175; Aynı yön. **Yar.21.CD.** 05.12.2016 tarih ve Esas No: 2015/8481 Karar No: 2016/7539 sayılı ilamı.

<sup>20</sup> **ARTUK /GÖKÇEN / YENİDÜNYA**, s. 4610; **YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ**, s.6654.

<sup>21</sup> Aynı yönde: **YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ**, s.6654; **KAPLAN**, s. 721.

<sup>22</sup> **AKBULUT**, s.55; **ARTUK /GÖKÇEN / YENİDÜNYA**, s. 4610; **YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ**, s.6655; **KOCA / ÜZÜLMEZ**, s. 795.

<sup>23</sup> "Sanık N. O.’nun görevi kötüye kullanma, diğer sanıkların edimin ifasına fesat karıştırma suçlarından dolayı haklarında kamu davası açıldığı, Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının bu suçun zarar göreni olduğu, bu sıfatının gereği olarak CMK’nın 233 ve 234. maddeleri gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve diğer haklarını kullanabilmesi için duruşmadan haberdar edilmesi gerektiği halde, usulen dava ve duruşmalar bildirilmeden, davaya katılma ve Ceza Muhakemesi Kanununun mağdur ve katılanlar için öngördüğü haklardan yararlanma olanağı sağlanmadan yargılamaya devam edilerek yazılı biçimde

suçun bir kamu kurum ya da kuruluşuna karşı işlenmesi halinde suç nedeniyle Hazinesinin de suçtan zarar görme ihtimali bulunduğundan Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğüne de dava ihbar edilerek Hazine avukatlarının davada müdahil olabilmeleri sağlanmalıdır<sup>24</sup>. Aksi halde verilen hüküm doğru dahi olsa sırf suçtan zarar gören davadan haberdar edilmediği için hükmün bozulması veya dosyanın geri çevrilmesi muhtemel olacaktır.

## 5. Suçun Tipikliği ve Fiil

### a. Suçun "ihale" ile ilişkili Olması

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için öncelikle ortada edimin ifasına konu bir ihale olmalıdır. İhale, Arapça kökenli bir sözcük olup kelime anlamı Türk Dil Kurumu Sözlüğünde "iş, mal vb.ni birçok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene verme, eksiltme veya artırma.", "iş, mal ve hizmetlerin, açık ve rekabetçi bir ortamda eksiltme veya artırma yöntemleriyle en uygun teklifte bulunana verilmesi. krş. açık artırma, açık eksiltme, kapalı artırma, kapalı eksiltme" olarak tanımlanmıştır<sup>25</sup>. Mevzuatımızda ihale kavramının geçtiği bazı kanunlarda da çeşitli tanımlar bulmak mümkündür. İhale; 2886 Sayılı Devlet İhale Kanununda "Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemler", 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda benzer şekilde "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

---

hükümler kurulması, Kanuna aykırı, katılanlar H. A. ve Hazine vekilleriyle suçtan zarar gören Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmemiş olduğundan, sair yönleri incelenmeyen hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA,..." Yar.5.CD.03.05.2016 tarih ve Esas No: 2014/2903, Karar No: 2016/4535 sayılı ilamı.

<sup>24</sup> 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununun 18. maddesi; "...Sanık hakkında edimin ifasına fesat karıştırma suçundan kamu davası açıldığı, 3628 sayılı Yasanın 17 ve 18. maddelerine göre Hazinesinin ve ilgili kamu kurumunun bu suçun zarar göreni olduğu, bu sıfatlarının gereği olarak CMK'nın 234/1-b maddesi gereğince kovuşturma evresinde sahip oldukları davaya katılma ve öteki haklarını kullanabilmeleri için Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü ile Sağlık Bakanlığının duruşmadan haberdar edilmeleri gerektiği, diğer yandan aynı Kanunun 260/1. maddesine göre de kamu davasından haberdar edilmemiş bulunup da katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş olanların Kanun yollarına başvurma haklarının bulunduğu gözetilerek hükmün bildirilmesinin gerektiği, ancak dosyada Hazineye ve Sağlık Bakanlığına hükmün bildirildiğine ilişkin bilgi ve belgeye de rastlanmadığının anlaşılması karşısında..." Yar.5.CD. 21.06.2016 tarih Esas No: 2014/6142, Karar No: 2016/6551sayılı ilamı.

<sup>25</sup> <http://tdkterim.gov.tr/bts/arama/?kategori=verilst&kelime=ihale&ayn=tam>

*imzalanması ile tamamlanan işlemler*” olarak tanımlanmıştır. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda ihale kavramının bir adım ileri götürülüp sözleşmenin imzalanması aşamasını da kapsar şekilde tanımlandığı görülmektedir. Her iki kanuna ve TCK 235. maddenin gerekçesine göre ihale kavramının, yalnızca arttırma veya eksiltme sonucu en uygun teklifi verene işin bırakılmasını veya bırakılma anını değil, hazırlık işlemlerinden başlayarak sözleşme aşamasına kadar olan ihale ile ilgili bütün işlemleri ve süreci kapsadığı anlaşılmaktadır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için yapılan sözleşmenin hukuken ihale yapma yetkisi bulunan bir idare veya kooperatif, kamuya yararlı dernek gibi kanunda sayılan bir özel hukuk tüzelkişisi tarafından gerçekleştirilmiş ve usulünce onaylanmış bir ihale sonucunda akdedilmiş olması gerekmektedir<sup>26</sup>. TCK'nın 235. maddesinde düzenlenen "ihaleye fesat karıştırma" suçunun ve 236. maddesinde düzenlenmiş olan "edimin ifasına fesat karıştırma" suçunun oluşabilmesi için, yapılan ihalenin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu veya 4734 sayılı Kamu İhale Kanunundan birinin hükümlerine tabi bir ihale olması şart değildir. Örneğin 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler de bu suçun konusunu oluşturabilecektir<sup>27</sup>. Başka kanunlarda düzenlenmiş olsa bile önemli olan ihalenin kamu kurum veya kuruluşları adına (ihaleye fesat karıştırma suçu yönünden ayrıca onlar aracılığıyla<sup>28</sup>) yapılmış mal veya hizmet alım – satımlarına, kiralamalarına ya da yapıma ilişkin olmasıdır<sup>29</sup>. İhaleye fesat karıştırma suçundan farklı olarak kamu kurum ve kuruluşları aracılığıyla

<sup>26</sup> Bu konuda farklı görüşler de mevcut olup aşağıda bir sonraki bölümde değinilecektir. Ancak edimin ifasına fesat karıştırma suçu bazı kurum ve kuruluşlar ile özel hukuk tüzel kişileri yönünden dolandırıcılık suçunun ihaleler bakımından düzenlenmiş özel bir tipi niteliğinde olup, ihalesiz olarak yapılan mal ve hizmet alımlarında hileli hareketlerle bu kuruluşlara karşı bir eylem gerçekleştirilmişse dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerinin uygulanması mümkün olduğundan ihale yoksa edimin ifasına fesat karıştırma suçu da oluşmayacaktır. TCK m.44'deki "fikri içtima" hükmü de bizi bu sonuca götürmektedir. İhale yapma yetkisi bulunmayan bir makam tarafından yapılan veya ihale yapılamayacak bir konuda düzenlenen ihalelerde ortada hukuken geçerli bir ihale olmadığı için edimin ifasına fesat karıştırma suçunda olduğu gibi "ihaleye fesat karıştırma" suçunun da oluşmayacağına ilişkin görüş için bkz. **İlhan GÜLEL**, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:3, Sayı:11, Ankara, Ekim 2012, s. s 249, 250; aynı yönde: **KAPLAN**, s. 709, 711, 713, 714.

<sup>27</sup> **YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ**, s.6590.

<sup>28</sup> "Belediyelerin, başkalarının sattığı veya aldığı malların satımına ilişkin ihale sürecini aracı olarak deruhte ettiği müzayedeler de bu suçun konusunu oluşturur." **ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA**, s.4567 Keza icra dairelerinin özel hukuktan kaynaklanan borçların tahsili amacıyla hacizli malların ihale ile satımına, Sulh Hukuk Mahkemelerinin görevlendirdiği satış memurluklarının Türk Medeni Kanununun 440 ve 444 maddeleri gereğince veya ortaklığın giderilmesi gibi hallerde yaptıkları ihalelerin de madde kapsamında olduğu ifade edilmektedir. **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s.6592.

<sup>29</sup> **SARITAŞ** s. 56; **GÜLEL**, s. 249.

yapılan ihalelerde edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmayacağı gibi<sup>30</sup> örneğin trampa ya da sükna hakkı gibi mülkiyetten gayri bir aynı hak tesisine ilişkin ihalelerin de madde metninde açıkça sayılmadığı için suçun konusunu teşkil etmesi kanunilik ilkesi uyarınca mümkün değildir<sup>31</sup>.

### **b. Bir İhale Sonucunda Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Karşı Taahhüt Altına Girilen Bir Edim Bulunması**

İhale aşaması tamamlandıktan sonra ihaleyi kazanan kişi veya ortak girişim ile ihaleyi düzenleyen idare veya kurum arasında, ihale konusu yapılan iş ile ilgili bir sözleşme yapma zorunluluğu doğmaktadır<sup>32</sup>. İşte kanunkoyucu, yapılan bu sözleşmelerdeki, eğer sözleşme yapılmadıysa ihale kararındaki (veya ihale şartnamesindeki) yükümlülüklerin idareye karşı yerine getirilmesini cezai açıdan koruma altına almak amacıyla edimin ifasına fesat karıştırma suçunu düzenlemiştir<sup>33</sup>. İhaleye fesat karıştırma suçunda cezai yönden koruma altına alınan diğer bazı kurumlar (*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*), edimin ifasına fesat karıştırma suçunda da koruma altına alınmıştır.

Bu madde uygulaması bakımından taahhüt altına girilen edim yukarıda sayılan kurum ve kuruluşlara karşı ihale sonucunda yapılan sözleşme ile yüklenilen borçlardır. Bu edimler, ihale şartnamesinde veya sözleşmede belirtilen *bir malı satma, imal etme, kiralama, bir hizmet sağlama ya da bir yapı yapma* şeklinde olabilir. Bu nedenle ihalesiz olarak bu kurumlarla doğrudan doğruya bir sözleşme imzalanması<sup>34</sup> veya yüklenicinin ihale edilen işin kapsamı dışında kalan taahhütlerini yerine getirmemesi<sup>35</sup> halinde bu maddenin uygulanması mümkün olmayıp, edimin ifasına fesat karıştırma niteliğindeki davranışlar, TCK m. 158'deki kamu kurumuna karşı nitelikli dolandırıcılık gibi başka bir suçu da oluşturmadığı takdirde, sadece borçlar hukuku kapsamında hukuki mesele olarak değerlendirilecektir<sup>36</sup>. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, bazı kurum ve kuruluşlar ile özel hukuk tüzel kişileri yönünden dolandırıcılık suçunun ihaleler bakımından düzenlenmiş özel bir tipi niteliğindedir. İhalesiz olarak yapılan mal ve hizmet alımlarında hileli hareketlerle bu kuruluşlara karşı bir eylem gerçekleştirilmişse dolandırıcılık

<sup>30</sup> KAPLAN, s. 714.

<sup>31</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.6593.

<sup>32</sup> 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m.46.

<sup>33</sup> KAPLAN, s. 710.

<sup>34</sup> KAZANCI, s.216.

<sup>35</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.6656.

<sup>36</sup> SARITAŞ, s.60-62; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s.6661.

suçunun nitelikli hallerinin uygulanması mümkündür. Bu nedenle ortada ihale yoksa edimin ifasına fesat karıştırma suçu da oluşmayacaktır. Ancak bu konuda öğretilerde farklı görüşler de olduğuna yukarıda değinmiştik<sup>37</sup>.

Kamu kurum ve kuruluşları deyiminden Devlet tüzelkişiliği ve onun bünyesinde bulunan ve ayrı bir tüzelkişiliği olmayan bakanlıklar ile bunların taşra teşkilatları; ayrı bir tüzelkişiliğe sahip il özel idaresi, belediye, köy gibi yerel yönetimler ve belli bir kamu hizmetini görmek için kurulmuş ve kamu tüzelkişiliği bulunan kamu kurumları anlaşılır. Bunlardan kamu kuruluşu sayılanlar: Devletin merkez teşkilatını oluşturan Cumhurbaşkanlığı, bakanlıklar, Milli Güvenlik Kurulu, Danıştay, Devlet Planlama Teşkilatı gibi kuruluşlar ile bunların (varsa) taşra teşkilatını içinde barındıran il genel idaresi ve ilçe idareleridir. Ayrıca Devlet tüzelkişiliğinden ayrı kamu tüzelkişiliği bulunduğu halde yerel yönetim örgütleri olan il özel idaresi, belediye ve köyler de kamu kuruluşu sayılırlar. Kamu kuruluşlarını kamu kurumlarından ayıran temel kıstas, Devlet tüzelkişiliği içinde olmaları ya da belediyeler ve il özel idareleri gibi bir çok alanı kapsar şekilde genel hizmetler veren kuruluşlar olmalarıdır.

Kamu kurumları ise uzmanlık gerektiren belli alandaki bir hizmeti görmek için kurulmuş, Devlet tüzelkişiliğinden ayrı bir kamu tüzelkişiliğine, malvarlığı ve bütçeye, özerk yönetime sahip, idari vesayete tabi kuruluşlardır. Bu kurumlar hizmet yerinden yönetim kuruluşları olarak da adlandırılırlar. Bunlara da örnek olarak Karayolları Genel Müdürlüğü, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü, İş ve İşçi Bulma Kurumu, Basın İlan Kurumu, Üniversiteler, TÜBİTAK, TRT, TOKİ, Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü, Türk Dil Kurumu, ticaret ve sanayi odaları ve borsaları, düzenleyici ve denetleyici üst kurullar (SPK, BDDK, Rekabet Kurumu, Kamu İhale Kurumu vs.) gösterilebilir. Eti Maden İşletmeleri, TKİ, TPAO gibi kamu iktisadi teşebbüsleri (KİT'ler) de kamu kurumu niteliğindedir.

Diğer taraftan madde uygulaması anlamında kamu kurum ve kuruluşu deyiminden yalnızca yukarıda yazılı olanlar anlaşılmaz. TCK'nın 236. maddesindeki edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından ihaleye fesat karıştırma suçunda tanımlanan kamu kurum ve kuruluşlarını esas almak gerekmektedir. Kanunkoyucu TCK 235 maddesinin 5. fıkrasında ihaleye fesat karıştırma suçunun uygulama alanını genişletmiştir<sup>38</sup>. Buna göre; ihaleye fesat karıştırma suçu, Anayasanın 135. maddesine ve özel kanunları uyarınca kurulmuş kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları (Türk Dış Hekimleri Birliği, Türk Tabipleri Birliği, Türkiye Barolar Birliği gibi mesleki birlikler ile bunlara bağlı meslek oda ve örgütleri), kamu kurum veya kuruluşlarının ya da

---

<sup>37</sup> Bu konuda öğretilerdeki tartışmalar için yukarıda bkz. "2. Suçun Konusu" başlığı altındaki açıklamalar.

<sup>38</sup> GÜLEL, s. 229.

kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler (Ör: belediye şirketleri, Emlak Konut Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı), bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar<sup>39</sup> (Ör: kurumların yardım sandıkları, kaymakamlıklara bağlı faaliyet gösteren yardım vakıfları veya fonlar), kamu yararına çalışan dernekler<sup>40</sup> (Ör: Kızılay, Türk Hava Kurumu) veya kooperatifler<sup>41</sup> adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına, kiralamalara ya da yapım ihalelerine fesat karıştırılması hâlinde de uygulanacağından bu ihaleler sonucunda akdedilen sözleşmelerin ifası sırasında edime fesat karıştırma eylemlerini de kapsamalıdır.

Öğretideki bir görüşe göre özel hukuk hükümlerine göre faaliyet göstermek üzere kurulmuş ve kendine özgü (*sui generis*) bir statüsü ve yapısı bulunan Türkiye Futbol Federasyonu gibi spor federasyonlarının ise kamu kurumu sayılmadıkları için TCK 235. maddesi kapsamında olmadıkları; ancak burada görev yapanların kuruluş kanununda kamu görevlisi sayılmaları yönünde bir düzenleme bulunması halinde ihaleye ya da edimin ifasına fesat karıştırma suçunun değil, TCK 257. maddesindeki görevi kötüye kullanma suçunun gündeme geleceği ileri sürülmüştür<sup>42</sup>. Ancak 16.5.2009 tarihli ve 27230 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5.5.2009 tarihli ve 5894 Sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda federasyon yöneticilerinin görevlerini yaparken kamu görevlisi sayılacaklarına ilişkin açık bir hüküm bulunmadığından bu görüşe göre spor federasyonlarının yöneticilerinin fesat karıştırma niteliğindeki eylemleri dolandırıcılık ya da güveni kötüye kullanma gibi başka bir suç oluşturmadığı takdirde sadece özel hukuk açısından sorumluluklarına yol açacaktır. Diğer taraftan 31.03.2005 tarihli 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun<sup>43</sup> 26/06/2009 tarihli 5918 sayılı Kanun’un<sup>44</sup> 9. maddesiyle eklenen "Tüzel kişilerin sorumluluğu" başlıklı 43/A

<sup>39</sup> 5072 Sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun ve diğer özel kanunlar uyarınca kamu kurum ve kuruluşlarının bünyesinde faaliyette gösteren vakıflar kastedilmektedir. Bkz. YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s.6596; Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı gibi 903 Sayılı Kanunun 4. maddesi uyarınca gelirlerinin en az %80’ini, nevi itibarıyla genel, özel ve katma bütçeli idareler bütçeleri içinde yer alan bir hizmetin veya hizmetlerin yerine getirilmesini istihdaf etmek üzere tahsisan kurulacağı kabul edildiği için Bakanlar Kurulu kararı ile vergi muafiyeti tanınan ve yöneticileri büyük oranda ilgili kamu görevlilerinden oluşan vakıfların da bu yolla kamu desteği almaları sebebiyle bu fıkra kapsamında değerlendirilmeleri gerekmektedir.

<sup>40</sup> 5253 Sayılı Dernekler Kanununun 27/1 maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu kararıyla “kamu yararına çalışan dernek” statüsü verilmiş dernekler.

<sup>41</sup> 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu uyarınca kurulmuş tüm kooperatifler ile Tarım Kredi Kooperatifleri bu kapsamda değerlendirileceklerdir. YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s.6596-6597.

<sup>42</sup> YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s.6592.

<sup>43</sup> 31.03.2005 tarihli ve 25772 Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren.

<sup>44</sup> 09.07.2009 tarihli ve 27283 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren.

maddesinde ise; "(1) Daha ağır idarî para cezasını gerektiren bir kabahat oluşturmadığı hallerde, *bir özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından; ...a) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun; ... 2) 235 inci maddesinde tanımlanan ihaleye fesat karıştırma suçunun, 3) 236 ncı maddesinde tanımlanan edimin ifasına fesat karıştırma suçunun, (...)* tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, ayrıca bu tüzel kişiye onbin Türk Lirasından ikimilyon Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. (2) *Bu madde hükümlerine göre idari para cezasına karar vermeye, birinci fıkrada sayılan suçlardan dolayı yargılama yapmakla görevli mahkeme yetkilidir.*" şeklinde yasal düzenleme yapılmıştır. Kanunkoyucu tarafından, özel hukuk hükümlerine göre faaliyet göstermek üzere kurulan özel hukuk tüzelkişilerinin organ, yönetici veya temsilcilerinin de edimin ifasına fesat karıştırma suçunu işleyebilecekleri yasal bir düzenleme ile açıkça kabul edildiği için biz spor federasyonu yöneticileri hakkında TCK'nın 235 ve 236. maddelerinin uygulanamayacağı yönündeki görüşü yerinde bulmuyoruz. Kaldı ki kamusal nitelik kazanan ve bu nedenle özel olarak kanunla düzenlenme gereği duyulan bir hizmeti vermek üzere kuruluşu bir Kanunla gerçekleştirilen ve görevleri yine Kanunla belirlenen Türkiye Futbol Federasyonu'nun yukarıdaki kıstasa göre de kamu kurumu sayılacağına tereddüt bulunmamaktadır.

### c. Edimin İfasına "Hileli Hareketlerle" Fesat Karıştırılması

İfa, bir borcun yerine getirilmesidir. Maddede tanımlanan seçimlik hareketlere göre ihale kararı veya sözleşmedeki bir malın teslimi, bir hizmetin yerine getirilmesi ya da bir yapım işinin tamamlanması ile edim ifa edilmiş olacaktır. Sözleşme ile belirlenen edimin belirlenebilir nitelikte olması, ifasının imkansız olmaması veya hukuka, ahlaka, adaba, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı bulunmaması gerekmektedir<sup>45</sup>.

Madde metninde suçun oluşabilmesi için edimin ifasına hileli davranışlarla fesat karıştırma tanımlanmıştır. Bu suç, ihale sonucunda sözleşmenin imzalanıp onaylanmasından itibaren işlenebilir. Maddede tanımlanan "fesat karıştırma" ve "hileli davranışlarla fesat karıştırma" kavramları ise açıklığa kavuşturulmalıdır. "Fesat"; sözlükte hile, bozukluk, kargaşalık anlamlarında kullanılan bir sözcüktür<sup>46</sup>. Öğretide fesat karıştırma eyleminden failin kendisine veya başkasına haksız menfaat sağlamak amacıyla başvurduğu her türlü hile ve desise ile kullandığı cebir, şiddet ve tehditin anlaşılacağı ifade edilmiştir<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> KAPLAN, s. 714.

<sup>46</sup> TDK Sözlük: [http://www.tdk.org.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.4f48a330b9c914.40595344](http://www.tdk.org.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.4f48a330b9c914.40595344)

<sup>47</sup> ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA, s.4572.

Fesat karıştırma niteliğindeki eylemlerin tespitinde 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu<sup>48</sup>, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerinden de yararlanılabilir. 4734 sayılı Kanunun 5. maddesinde ihalelerde uyulması gereken temel ilkeler belirlenmiştir. Bunun yanında aynı Kanun'un 17. maddesinde "yasak fiil veya davranışlar" yan başlığı altında kimi yasaklara yer verilmiştir. 2886 sayılı Kanun'da da benzer düzenlemeler mevcuttur. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen yasaklar da yorum bakımından önemlidir. Ayrıca çeşitli ihale sözleşmelerindeki edimlerin ifa edilmesi konusunda çıkarılmış yönetmelikler de bulunmaktadır<sup>49</sup>. Bunlar: Kamu ihale mevzuatına aykırı olmayan hükümleri halen yürürlükte olan 05.07.1979 tarihli ve 16745 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliği, 19.12.2002 tarihli ve 24968 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik, Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği, Danışmanlık Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliğidir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu araştırılırken bu kanun ve yönetmelik hükümleri de göz önüne alınmalıdır.

İdari düzenlemelerde getirilen yasaklar çoğu kez fesat karıştırma suçunun tipikliği içerisinde değerlendirilebilir. Ancak dikkat edilmelidir ki burada belirtilen yasak davranışlar idari yasaklar mahiyetinde olup, bu eylemlerden birinin işlenmesi mutlaka TCK 236. maddesindeki suçun işlendiği anlamına gelmeyecektir<sup>50</sup>. Aksi düşünce, Kanunkoyucunun iradesi ile ve ceza hukukunun genel nitelikteki ilkeleri ile bağdaşmaz. Buradaki idari nitelikteki düzenlemeler hangi eylemin fesat karıştırma olarak kabul edilebileceği yolunda ceza normunun yorumlarken ceza hâkimine yol göstericidir. Somut olay bağlamında suçun maddi ve manevi unsurları ile tipiklik her halükarda hâkim tarafından gözetilecektir.

Kanunda hilenin ne anlam ifade ettiğine dair bir tanım yoktur. Genel olarak hile, objektif olarak yanıltıcı nitelikte olan ve diğer tarafın iradesi üzerinde etki yaparak onu hata yapmaya sevk eden her türlü davranış olarak kabul

<sup>48</sup> Bu Kanunun 25. maddesinde sözleşmenin uygulanması sırasında yasak olan fiil ve davranışlar belirtilmiş olup bunlardan özellikle a, b, c bentlerinde belirtilenlerin edimin ifasına fesat karıştırma olarak değerlendirilmesi mümkündür.

<sup>49</sup> Bu yönetmeliklerin uygulaması hakkında geniş bilgi için. Bkz. **Sadettin DOĞANYİĞİT**, Açıklamalı-İçtihatlı-Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Seçkin, 10. Baskı, Ankara, 2011.

<sup>50</sup> **KAPLAN**, s.720; **SARITAŞ**, s.64 vd.; Örneğin "...4735 sayılı Kanun'un 25/c maddesinde sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak yasak fiil ve davranışlar arasında sayıldığı hâlde 236 ncı madde de yüklenici bakımından suç kabul edilmemiştir..." **SARITAŞ**, s. 64, 65.



edilmektedir<sup>51</sup>. Bu bakımdan muhatap, durumu bilse idi o şekilde davranmazdı denilebilen durumlarda failin davranışları yüzünden hataya düşerek o şekilde davrandıysa bir hilenin varlığından söz edilebilir. Hilenin aldatıcı vasfı, muhatap olduğu kişinin kişilik özelliklerine göre değil, aynı konumdaki ortalama zekaya ve bilgiye sahip bir kişinin sahip olması gereken niteliklere göre belirlenir. Bu bakımdan hangi hareketin hile teşkil ettiği belirlenirken subjektif değil objektif şartlar göz önüne alınmalıdır. Bir genel hukuk ilkesi olan “kimse kendi kusur ve hatasından lehine hak çıkaramaz” prensibi gereği herkesin hataya düşmemek için üzerine düşen asgari dikkati, gayreti ve özeni göstermekle yükümlü olduğu söylenebilir<sup>52</sup>.

Hilenin icrai davranışlarla işlenebileceği muhakkak olmakla birlikte ihmali davranışlarla gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği tartışmalıdır. Hilenin icrai davranışlarla gerçekleştirilmesi, gerçek olmayan bir olayın gerçekmiş gibi yansıtılması şeklinde olurken<sup>53</sup> ihmali davranış ile gerçekleştirilmesi, kendisinden yapması beklenen bir davranışı kişinin sergilememesi, gerekli olduğu noktada pasif kalması şeklinde olur. Örneğin edimin ifasının fesata uğramasını sonuçlayacak bir olguyu kişinin engellememesi, bundan kaçınmaması veya yetkili makamları durumdan haberdar etmemesi halinde kişi ihmali şekilde kasıtlı bir davranış içerisindeydir.

Borçlar hukukunda haksız fiiller kasıt veya taksirle işlenebilir. Kasıtlı hareketlerle gerçekleştirilen haksız fiiller ise icrai bir davranışla işlenebileceği gibi ihmali bir davranışla da işlenebilir. Her iki davranış şekli de (aktif ya da pasif) kasıtlı bir eylem olarak kabul edilir. Sorumluluk için icrai ya da ihmali davranışın hukuka aykırılık teşkil etmesi ve zarar ile arasında illiyet bağı kurulabilmesi yeterlidir. Hukuka aykırılık unsuru ise ihmali davranışlar yönünden hukuki bir yükümlülüğe aykırı davranma ile oluşur.

Diğer taraftan ihale veya kamu sözleşmeleri mevzuatına göre belli bir aydınlatma yükümlülüğü altında olan kişinin bu yükümlülüğe aykırı davranması hile olarak nitelenebilecek midir? Örneğin bir kimsenin fesat karıştırma teşkil eden bir olguyu yetkili makamlardan saklaması fesat karıştırma suçunu oluşturacak mıdır? Öğretide failin aydınlatma yükümlülüğü olmasına rağmen bu görevini ihmal etmesinin bazı hallerde hile olarak nitelenebileceği savunulmuştur<sup>54</sup>. Ancak ihmalin bir hile olarak kabul edilebilmesi için öncelikle bir aldatmaya yol açması zorunludur<sup>55</sup>. Bu bakımdan basit bir yalanın veya saklamanın hile sayılabilmesi için onun başka hareketlerle inandırıcılığının arttırılarak karşı tarafın kendisinde oluşturulan güven sebebiyle denetim

---

<sup>51</sup> KAZANCI, s.140.

<sup>52</sup> Nevzat TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş, Ankara, 2005, s. 176.

<sup>53</sup> KAZANCI, s.141.

<sup>54</sup> KAZANCI, s.146.

<sup>55</sup> KAZANCI, s.150; Karşı görüş: ÖZGENÇ, s.117, KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 796.

imkanını azaltması veya elinden alması gerekmektedir<sup>56</sup>. Basit bir araştırmayla aksi anlaşılabilir nitelikte bir yalanın ceza hukuku anlamında hile oluşturmayacağı Yargıtay tarafından kabul edilmektedir<sup>57</sup>. Yargıtay 15. CD 04.04.2013 tarih ve Esas No: 2013/4648, Karar No:6221 sayılı ilamında hile unsurunu şu şekilde tanımlamıştır: "*Hile nitelikli bir yalandır. Fail tarafından yapılan hileli davranış belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte bir takım hareketler olmalıdır. Kullanılan hileli davranışlarla mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır. Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, fille olan ilişkisi, mağdurun durumu, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır.*"

Tüm bu açıklamalardan sonra kanaatimizce denilebilir ki hileli davranışlarla edimin ifasına fesat karıştırma suçunun işlenebilmesi için hile teşkil eden hareketin basit bir yalan olmaktan öteye geçmesi, yalanın başka olgular ile güçlendirilmesi suretiyle veya basit bir araştırmayla aksinin öğrenilemeyecek olması nedeniyle karşı tarafı yanılgıya düşürmesi gerekmektedir. İlgili gerçeği öğrenseydi yapmayacağı bir davranışı yapmaya yöneltilmelidir. Bu hususlar bulunduğu sürece hilenin icrai davranışlarla gerçekleştirilmesi mümkün olduğu gibi – yasal olarak öngörülmesi şartıyla – belli bir aydınlatma yükümlülüğüne uymama şeklindeki bir ihmal kastıyla gerçekleştirilen davranışla<sup>58</sup> işlenebilmesi de mümkündür. Ancak ihale makamının durumu bilseydi dahi söz konusu işlemi yine de yapacağı hallerde esasa etkili olmayan olguları saklamanın hile niteliğinde kabul edilemeyeceği düşüncesindeyiz<sup>59</sup>.

#### **d. Maddede Sayılan Seçimlik Hareketlerden En Az Birinin Mevcut Olması**

Yukarıda da ifade edildiği gibi edimin ifasına fesat karıştırma suçu TCK 236. maddenin ikinci fıkrasında fesat karıştırma niteliğinde olduğu kabul edilen seçimlik hareketlerden birinin veya birkaçının hile ile gerçekleştirilmesi sonucunda oluşur. Bu bakımdan bağlı ve seçimlik hareketli bir suç söz konusudur<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> TOROSLU, s. 175, s.176; karşı görüş: KAPLAN, s. 716.

<sup>57</sup> Yar.CGK. 27.01.2009 tarih 2008/7-151 E. 2009/9 K. sayılı kararı, AKİP.

<sup>58</sup> Nitekim Yar.CGK., 27.04.2004 tarih 6-85/104 sayılı kararında hilenin bir gösteriş şeklinde olabileceği gibi gizli davranışlar olarak da ortaya çıkabileceğini, failin kendi durum veya sıfatını gizlemesinin de hile oluşturacağını kabul etmiştir. Bkz. YAŞAR / GÖKCEN / ARTUÇ, s.6599; Aynı yönde: Çetin ARSLAN, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, (TCK m.235), 2.Baskı, Adalet, Ankara, 2010. s.123; KAPLAN, s. 716; karşı görüş: KAZANCI, s.139 vd.

<sup>59</sup> Karşı görüş: KAPLAN, s. 716.

<sup>60</sup> ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.4574; SARITAŞ, s.63; KAPLAN, s. 715.

- (a) bendindeki ihale kararında veya sözleşmede belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi hareketinin suç teşkil edebilmesi için bunun hileli davranışlarla gerçekleştirilmesi ve belirlenen maldan daha kötü veya kalitesiz bir malın teslim veya kabulü gerekmektedir. "Teslim", taşınır eşyanın veya yapım ihalesi üzerine inşa edilen taşınmaz malın (binanın) zilyetliğinin "fiili" olarak ilgili kuruma tevdi anlamına gelirken "kabul", ilgili kurumun veya kuruluşun kabul ile yetkili kişilerince kendilerine teslim edilen malın ihale kararı veya sözleşmede belirlenen teknik şartlara uygun olduğunu belirledikten sonra yaptıkları "işlemi" ifade etmektedir<sup>61</sup>. Bu nitelikteki eylemler TCK m. 158'de düzenlenen kamu kurumlarına karşı nitelikli dolandırıcılık suçu ile karıştırılabildiğinden dikkatli olunmalıdır. Yargıtay da ihale sonucu yapılan sözleşmeye aykırılığın hile ile saklanması niteliğindeki eylemlerin kamu kurumuna karşı dolandırıcılık suçunu değil bir bütün halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturduğunu kabul etmektedir. "... Somut olayda; sanıklardan İ... G... İnşaat Nakliye Taahhüt Limited Şirketinin sahibi olduğu, sanıklar H... ve İ... şoför, V... muhasebe elemanı olarak şirkette çalıştıkları, sanık İ... G...'ün Kars DHMİ Müdürlüğü tarafından açılan akaryakıt ihalesini kazanarak bu kuruma miktarı ve evsafı sözleşmede belirtilen türdeki yakıtı teslim etmeyi kabul ve taahhüt ettiği, yakıtları teslim ederken birbirinin benzeri olan ve numune alımı için özel bölme oluşturulmuş bu bölme dışındaki bölümde ise düşük evsafı, ülkeye kaçak yollardan sokulmuş petrol ürünü olduğu, bu şekilde kuruma niteliği düşük ve kaçak mal teslim edildiği, bu eylemleri gerçekleştirirken gerçeğe aykırı özel belge düzenledikleri anlaşılan olayda, sanıkların eylemlerinin ihale şartnamesine aykırı olarak niteliksiz yakıt teslim fiillerinin bir bütün halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturacağı düşünülmeden ayrıca yazılı şekilde nitelikli dolandırıcılık suçundan hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiş...(Bu kararda özel belgede sahtecilik suçundan sanıklara verilen mahkumiyet hükümleri onanmıştır)<sup>62</sup>"

- (b) bendindeki eksik mal tesliminde de, belirlenen mal hiç teslim edilmediği ya da miktar itibarıyla belirlenenden eksik teslim edildiği halde hileli davranışlar ile eksiksiz gibi kabul edilmeli veya kabulü sağlanmalıdır. Diğer bir ifade ile malın tam olarak teslim edildiğine dair hile teşkil eden hareketlerle oluşturulacak tutanak ve kayıtlar, gerçek durumun aksini göstermelidir. Malın eksik teslim edilmesi değil, eksik teslim edilmesine rağmen tammiş gibi gösterilmesi cezalandırılmaktadır. Örneğin devlet hastanesine kalorifer yakıtı fuel-oil alımı ihalesini kazanan firmanın muayene ve kabul komisyonu tarafından teslimden önce kantarda tartılan ve sözleşmede belirlenen miktarda yüklü olduğu anlaşılan tankerdeki fuel-oilin tamamını kalorifer kazanına boşaltmayarak sözleşme veya şartnamede belirtilenden daha az

---

<sup>61</sup> ÖZGENÇ, s. 102; KOCA / ÜZÜLMEZ, s.797.

<sup>62</sup> Yar.15.CD. 02.07.2012 tarih ve Esas No: 2012/6454 Karar No: 2012/40354 sayılı ilamı.

miktarda fuel oili teslim etmesine rağmen, gerçek duruma aykırı kantar fişi ve teslim evrakı hazırlanmasına esas olmak üzere teslimattan sonra güzergah üzerinde kantar yakınlarında hazır beklettiği model, renk ve plaka itibariyle tıpatıp aynı görünümde olan sahte plakalı başka bir boş tankeri kantara sokarak malın tamamının teslim edildiği izlenimi oluşturması ve kayıtlara bu şekilde geçmesinin temin edilmesi eksik teslimde hileli hareketlerle edimin ifasına fesat karıştırma suçuna örnektir.

KİSK m.11'e göre kısmi teslim halinde teslim edilen kısmın başlıbaşına kullanma imkanının olması ve eksik teslimin kayda geçirilmesi halinde suç oluşmaz<sup>63</sup>. (a) bendi bakımından daha iyi veya kaliteli bir malın teslim edilmesi, (b) bendi bakımından ise belirlenenden daha çok sayıda veya miktarda malın teslimi halinde de söz konusu suç oluşmayacaktır<sup>64</sup>.

Aşağıda açıklanan üç bentteki (c, d ve e bentleri) hareketlerin ortak özelliği yalnızca muayene ve kabul ile yetkili olanlarca işlenebilmeleridir. Yüklenici bu bentteki suçları doğrudan doğruya işleyemez<sup>65</sup>. Ancak azmettiren veya yardım eden olarak suça iştirakleri mümkündür. Burada da hileli davranışlarla eylemi gerçekleştirme koşulu aranmalıdır.

- **(c) bendinde geç ifanın zamanında yapılmış gibi kabul edilmesi** düzenlenmiştir. Burada yaptırıma bağlanan ihale ile alınan hizmetin vadesinden sonra ifa edilmiş olması değil, hizmet geç ifa edildiği halde hileli hareketlerle zamanında ifa edilmiş gibi gösterilmesidir<sup>66</sup>. Örneğin "İddianamede yer alan "Kahta Devlet Hastanesine 150.000 adet çekim karşılığı dijital röntgen sistemi hizmet alımı ihalesinde ihale komisyonu üyesi ve yetkilisi olarak görev yapan sanıkların; ihale lehine sonuçlanan şirket, sözleşmeye aykırı biçimde edimin ifasına geç başladığı halde işe başlama tarihine ilişkin tutanak düzenlemeyip idari şartname uyarınca ceza uygulamadıkları..." şeklindeki isnadın sübutu halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturabileceği..." Yargıtay tarafından kabul edilerek buna ilişkin delillerin görevli Asliye Ceza Mahkemesince değerlendirilmesi gerektiğine hükmedilmiştir<sup>67</sup>.

Başka bir örnekte ise ihale ile üstlenilen işin sözleşmede belirlenen süresinden aylar sonra bitirilmesine rağmen zamanında bitirildiğine dair teslim tesellüm tutanağı düzenlenmesi halinde bahse konu seçimlik hareket gerçekleşmiş olacaktır<sup>68</sup>.

<sup>63</sup> KAPLAN, s. 718.

<sup>64</sup> YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s.6659, s.6661.

<sup>65</sup> KAZANCI, s.231-235; Ancak genellikle kabul komisyonu üyelerini azmettiren yüklenici olacağı için bu sıfatla suça iştiraki mümkündür.YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s.6666.

<sup>66</sup> KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 797.

<sup>67</sup> Yar.5.CD. 17.09.2015 tarih ve Esas No: 2013/10598 Karar No: 2015/14478 sayılı ilamı.

<sup>68</sup> KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 797.

- (d) bendinde yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi düzenlenmiştir. Yargıtay yapım ihalesi ile ilgili bir kararında Toplu İşyeri Konut Yapı Kooperatifi yönetim kurulu üyesi olarak görev yapan sanıkların kooperatife ait arsaların temizlenmesi ve dolgu işinin yapılması için ihale düzenlediklerini belirterek; ihaleyi alan firma tarafından dolgu malzemesi özelliği taşımayan, kalitesiz malzeme ile işin gerçekleştirilmesi, dolgu yapılacak alanda gerekli ölçümün yapılmaması nedeniyle de kooperatifçe anılan firmaya 4.304 TL fazla ödeme yapılması şeklinde gerçekleşen eylemlerin edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturabileceğine hükmetmiştir<sup>69</sup>.

Yapım ihalelerinde inşaatın teknik açıdan veya kullanılan malzemeler itibariyle sözleşme veya teknik şartnamede belirlenenden kötü yapılması halinde geçici veya kesin kabulünün yapılmaması gerekmektedir<sup>70</sup>. Bu eksiklikleri tespit eden kabul komisyonu görevlileri, eksiklikleri görmezden gelerek sanki bina sözleşmeye ve teknik şartnameye uygun şekilde yapılmış gibi tutanak düzenleyerek binayı teslim alırlarsa edimin ifasına fesat karıştırma suçundan dolayı sorumlu olacakları gibi, bu eylemlerini yüklenici firma yetkilileri ile iştirak halinde gerçekleştirmişlerse firma yetkilileri de doğrudan doğruya olmasa da azmettiren veya yardım eden olarak suçtan sorumlu tutulacaklardır. Yargıtay da bir kararında "...Mürşitpınar istasyon sahasında bulunan istasyon binasının duvar temizliği, iç ve dış cephe bakımı ve onarımı, bozuk rampa düzeyinin betonlanması yapım işlerinin kabul komisyonu üyesi olan kamu görevlisi sanıklar ile ihaleyi alan yüklenici firma sorumlusu sanıkların, ihale konusu işlerde yaklaşık maliyet ölçümlerini yüksek belirleyip işin nevi ve miktar bakımından keşif ve metrajlarda istenen kriterlere uymamasına rağmen tam yapılmış gibi teslim almak suretiyle edimin ifasına fesat karıştırdıkları iddiası ile yapılan yargılamada beraatlerine karar verilmiş ise de; 05/10/2009 tarihli bilirkişi raporunda yüklenici olan sanıkların yaklaşık maliyetlerden fazla gösterilmiş metrajlar kadar işleri yapmamış olmalarına rağmen yapmış gibi fazla metrajlar ve şartnameye göre farklı pozlar göstermek suretiyle fazla hakedişler almak, ölçüm ve kabul komisyonlarında görev alan sanıkların ise

---

<sup>69</sup> **Yar.5.CD.** 29.06.2015 tarih ve Esas No: 2013/10620, Karar No: 2015/13145 sayılı ilamı.

<sup>70</sup> "İddianamede yer alan "... Bozüyük Belediye Başkanlığı'ca asfalt yapımına ilişkin ihalenin 27/12/2004 tarihinde geçici kabulün yapıldığı, bu arada asfalt kaplama yapılan yolların bazı kısımlarında bozulmaların olduğunun görülmesi üzerine, Belediye Başkanlığı'ca 23/05/2005 gün ve 768 sayılı yazı ile geçici kabul tarihinden sonra bozulan yolların tamiratının yapılmasının istenildiği, sanıkların vasıfları uygun olmayan malzeme ile teknik olarak yanlış yapılan uygulama sonucu bu işin kabulünün yapılması nedeniyle kurumun zarara uğratıldığı,..." şeklindeki isnadın sübutu halinde eylemin edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturabileceği..." **Yar.5.CD.** 29.03.2016 tarih ve Esas No: 2014/1950, Karar No: 2016/3129 sayılı ilamı.

teslim aldıkları işlerin ölçümlerini, metrajlarının kontrol ve incelemelerini yapmayarak yüklenici firmalara fazla ödemeler yapılmasına sebebiyet vermek şeklinde gerçekleşen eylemlerinde atılı suçun yasal ve maddi unsurlarının oluştuğunun belirtilmesi ve sanıkların ihale konusu işin teslimine yönelik işlemlerin ölçüm yapılmadan gerçekleştirildiğine dair ikrarları karşısında; kamu görevlisi olan sanıkların zincirleme edimin ifasına fesat karıştırma suçundan, TCK'nın 236/2-d maddesi uyarınca, yüklenici sanıkların ise TCK'nın 40/2. maddesi gereğince bu suça iştirak etmekten dolayı ayrı ayrı mahkumiyetlerine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,..." diyerek bu yönde uygulama yapmıştır<sup>71</sup>.

**-(e) bendinde hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi düzenlenmiştir.** Hizmetin mahiyeti ve ne şekilde verileceği tamamen sözleşme ve şartnameye göre belirlenecektir. Ancak Koca ve Üzülmmez'e göre hizmetin görülmesinde kullanılan araçların şartnamede veya sözleşmede belirtilenden farklı özellikte olması (örneğin şartnamede 2010 model ve üzeri araçtan bahsedilmesine rağmen 2009 model araçla hizmetin görülmesi) idari yaptırımını gerektirebilirse de tek başına atılı suça vücut vermeyip bu bende göre edimin ifasına fesat karıştırmaktan bahsedilebilmesi için hizmetin hiç verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen tam verilmiş gibi gösterilmesi gerekmektedir<sup>72</sup>.

## B. Suçun Manevi Unsuru

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu kasten işlenebilir. Failin, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlarını bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi yeterlidir<sup>73</sup>. Suçun, doğrudan kasıt ile işlenmesi mümkün olduğu gibi, olası kastla işlenmesinin de mümkün olduğu ifade edilmektedir<sup>74</sup>. Suçun sübutu için genel kasıt yeterli olup özel suç kastı aranmamıştır.

Kanunda açık bir hüküm getirilmediği için TCK m.22/1'deki genel kural uyarınca bu suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir. O halde failin gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle veya hataen madde metninde yazılan hareketleri kastı olmaksızın gerçekleştirilmesi halinde bu suç oluşmayacaktır<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> Yar.5.CD. 04.10.2016 tarih Esas No: 2014/4483, Karar No: 2016/8146 sayılı ilamı.

<sup>72</sup> KOCA / ÜZÜLMEZ, s.797.

<sup>73</sup> KOCA / ÜZÜLMEZ, s.798.

<sup>74</sup> ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s. 4583.

<sup>75</sup> SARITAŞ, s.65.

### III. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

#### A. Teşebbüs

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu çerçevesinde sırf hareket suçları da hareketin icrası tamamlanıncaya kadar teşebbüse elverişlidir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından ihale şartnamesi veya sözleşmesine aykırı malın teslim edilmeye çalışırken farkedilmesi hali gibi hareketin kısımlara bölünebildiği hallerde bu suça teşebbüs mümkündür<sup>76</sup>.

#### B. İştirak

Suçta iştirak konusunda genel hükümler uygulanır<sup>77</sup>. (a) ve (b) bentlerinde malı teslim eden ve kabul edenler doğrudan fail olabilir<sup>78</sup>. Diğer kişiler ise suça iştirak edebilirler.(c) , (d), (e) bentlerindeki yazılı hareketler özgü suç niteliğinde olduğundan ve yalnızca muayene ve kabul komisyonu üyelerince işlenebildiğinden diğer kişiler ancak azmettiren veya yardım eden olarak suça katılabilirler.

<sup>76</sup> Aynı yön. **SARITAŞ**, s.65; **ÖZGENÇ**, s.106; **KAPLAN**, s.723; Bu yönde bir içtihat aynen şöyledir: "...Mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle dosya incelenerek, gereği düşünüldü: Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu S.S. Garp Linyitleri İşletmesi Müessese Müdürlüğü tarafından 17/05/2007 tarihinde doğrudan temin yöntemiyle yapılan dana eti alım işini sanığın sahibi olduğu B..Turizm Gıda İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin kazandığı, sanığın şirketi adına 21/05/2007 tarihinde teslim ettiği 554 kg karkas et içerisine daha ucuz olan 353 kg manda etine sahte dana eti mührü basarak kuruma teslim etmeye çalışırken kurum tarafından veteriner Hazim Demirhan'a yaptırılan inceleme sonucu durumun tespit edilmesi üzerine teslim alma işleminin iptaline karar verildiğinin anlaşılması karşısında, sanığın ihale kararında ve sözleşmede evsafi belirtilen maldan daha ucuz mal teslim etmeye çalıştığı, ancak Muayene ve Teslim Alma Komisyonunca gerekli muayene ve kabul işlemi için veteriner tayin edilmesi üzerine durumun ortaya çıktığı 21/05/2007 günlü kesim raporu, tutanak, tanık beyanları ve tüm dosya kapsamından anlaşılacakla sanığın eyleminin edimin ifasına fesat karıştırmaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden yanılıklı değerlendirme sonucu yazılı şekilde beraat hükmü kurulması,..." **Yar.5.CD.05.05.2016** tarih ve Esas No: 2016/942, Karar No: 2016/4685.

<sup>77</sup> **KOCA / ÜZÜLMEZ**, s. 799.

<sup>78</sup> "...Sanık S.Ç.'in Ç. M. ... İnşaat Sanayinin şirket ortağı olduğu, sanık M. K.'nın şirket çalışanı ve aynı zamanda harici ortağı olduğu, sanıklar S. ve M.'in TCDD ile yaptıkları 25.10.2011 tarihli ve 2011/... numaralı sözleşme gereği Kütahya TCDD Demirciören İstasyonunda beton traverslerin kırılması işini yaptıkları, ancak ihale şartnamesine aykırı olarak istasyonda çalışan TCDD görevlisi olan sanık B. D. ile anlaşarak kırılan beton traverslerin içerisinde bulunan ve sözleşmeye göre TCDD ye teslim etmeleri gereken demir çubukları teslim etmeyerek diğer sanık A. G.'in kullanımındaki 06 DL 2... plakalı kamyon ile bir çok kez naklettikleri, en son suç tarihi olan 25.05.2012 tarihinde bu demirleri yine aynı kamyon ile Uşak İline götürdükleri, yapılan ihbar üzerine kamyon kasasında ihale şartlarına uygun olmayan 3.380 kg demir çubuk bulunduğunun anlaşılması karşısında sanıkların TCK'nın 37 maddesi bağlamında iştirak halinde gerçekleşen eylemlerinin TCK'nın 236/1, 2-a, b maddelerinde yaptırım altına alınmış edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturduğunun gözetilmemiş olması..." **Yar.13.CD. 17.11.2016** tarih ve Esas No: 2015/10969, Karar No: 2016/15464 sayılı ilamı.

### C. İçtima

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu dışında ihaleye fesat karıştırma, bu suçlarının işlenmesi amacıyla resmi ve özel belgede sahtecilik suçlarının işlenmesi halinde her bir suçtan dolayı ayrı cezaya hükmedilecektir (TCK m. 212/1). Edimin ifasına fesat kullanma suçunu işlemek için gerçekleştirilen "hileli hareketler" ve bu kapsamda kullanılan yöntem ile araçlar ayrı bir dolandırıcılık suçuna vücut vermeyip edimin ifasına fesat karıştırma suçunun "hile" unsuru içerisinde eridiği kabul edilir. Hile için kullanılan sahte belgeler var ise TCK m. 212/1 uyarınca ayrıca belgede sahtecilik suçundan da ceza verilecektir. Ancak sahte belge sayısı birden fazla olsa bile tek bir belgede sahtecilik suçunu oluşturup, zincirleme suç hükümleri uygulanarak verilecek tek cezada arttırım yapılması cihetine gidilmelidir. Yargıtay uygulamasında hileyi teşkil eden eylemlerin bir bütün halinde fesat karıştırma suçunu oluşturacağı ve ayrıca dolandırıcılık suçundan mahkumiyet hükmü kurulamayacağı kabul edilmiştir<sup>79</sup>.

Gerçek içtima teşkil eden suçlardan bir diğeri ise edimin ifasına fesat karıştırma suçunun bir suç örgütünün faaliyeti kapsamında işlenmesi veya bu suçun işlenebilmesi amacıyla örgüt kurma ve yönetme veya üye olma suçlarının işlenmesi halinde örgüt suçundan ayrıca cezaya hükümlenacaktır (TCK m. 220/4).

TCK'nın 236. maddesinin 3. fıkrası uyarınca ihaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle (rüşvet, irtikap, zimmet gibi) ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar<sup>80</sup>.

Edimin ifasına fesat karıştırma TCK m. 43/3'de sayılan istisnai suçlardan olmadığı için bir sözleşmenin ifası sırasında aynı mağdura karşı bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir<sup>81</sup>. Ancak mağdurun aynı olmasına rağmen, aynı kurumla yapılmış başka bir sözleşmenin veya farklı bir kurumla yapılan yeni bir sözleşmenin söz konusu olması halinde burada failin suç işleme kastının yenilendiğinin kabulü gerekeceğinden, yeni bir suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirilen eylemlerin ayrı bir suçta vücut vereceği kanaatindeyiz. Kurumlar farklı olsa bile aynı suç işleme kararının icrası çerçevesinde işlenen edimin ifasına fesat karıştırma fiilleri arasında da, suçun mağduru toplumu oluşturan herkes olduğundan zincirleme suç hükümleri uygulanır.

---

<sup>79</sup> **Yar.15.CD.** 02.07.2012 tarih ve Esas No: 2012/6454 Karar No: 2012/40354 sayılı ilamı.

<sup>80</sup> **ÖZGENÇ**, s. 107.

<sup>81</sup> **Yar.5.CD.** 29.03.2016 tarih ve Esas No: 2014/1950, Karar No: 2016/3129 sayılı ve **Yar.5.CD.** 04.10.2016 tarih Esas No: 2014/4483, Karar No: 2016/8146 sayılı ilamları.



#### IV. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun kovuşturulmasında ceza miktarı itibariyle görevli mahkeme 5235 sayılı Kanunun 11. maddesi uyarınca asliye ceza mahkemeleridir<sup>82</sup>. Yetkili mahkeme ise 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca suçun işlendiği yer olan sözleşmenin ifa edildiği yer mahkemesidir.

#### V. SORUŞTURMA USULÜ

##### A. Genel Olarak

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu şikayete tabi olmadığından resen soruşturulur.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca soruşturma izni alınması, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununun 17. maddesi uyarınca gerekli değildir<sup>83</sup>. Ancak aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca müsteşarlar, valiler ve kaymakamlar hakkında bu suç nedeniyle Cumhuriyet savcısının, doğrudan soruşturma yürütmesi mümkün olmayıp, 4483 sayılı Kanun uyarınca soruşturma izni alması gerekmektedir. İdarenin bu kişiler hakkında soruşturma izni vermemesi halinde ilgili Cumhuriyet savcısının idari yargıya itiraz hakkı mevcuttur. Yüce Divanda yargılanması gereken kişiler bakımından ise TBMM ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı soruşturma yapmak ile yetkilidir. Bu istisnalar dışında kalan kamu görevlileri hakkında 3628 sayılı Kanun uyarınca ne şekilde soruşturma yürütüleceği üzerinde aşağıda durulmuştur.

---

<sup>82</sup> "...Edimin ifasına fesat karıştırma ve görevi kötüye kullanma suçlarından sanık K. M. ve suç ortaklarının yapılan yargılanmaları sırasında; Doğanhisar Asliye Ceza Mahkemesiyle Akşehir Ağır Ceza Mahkemesi arasında oluşan olumsuz görev uyumsuzluğunun giderilmesi ve yargı yerinin belirlenmesi istemiyle gönderilen dosya Yargıtay C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye verilmekle incelenerek gereği düşünüldü: İncelenen dosya içeriğine, sanıkların üzerine atılan suçların niteliğine, iddianamede olayın anlatılış biçimine ve Akşehir Ağır Ceza Mahkemesi kararındaki gerekçeye göre, yerinde görülmeyen Doğanhisar Asliye Ceza Mahkemesinin 20/11/2015 gün ve 2015/221 E. 2015/226 K. sayılı GÖREVSİZLİK kararının KALDIRILMASINA,..." **Yar.5.CD.28.04.2016** tarih ve Esas No: 2016/3590, Karar No: 2016/4375 sayılı ilamı.

<sup>83</sup> Karşı görüşte **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s.4613; **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s.6671; Yazarlar 765 Sayılı Eski TCK'da edimin ifasına fesat karıştırma suçunun düzenlenmediğini, 3628 sayılı Kanunun 17. maddesinde geçen "resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma" ibaresi ile istisna tutulan eylemin ihaleye fesat karıştırma suçunu içerdiği halde edimin ifasına fesat karıştırma suçunu içermeyeceğini savunmaktadırlar. Kanaatimizce memur olan kişinin edimin ifasına fesat karıştırma suçunu "kabul etme" hareketi ile işlemesi olanaklı olduğundan "alım" tabiri bu eylemi de karşılamaktadır. Dolayısıyla memur hakkında bu suçtan dolayı soruşturma yapılması izne tabi olmamalıdır. Aynı yönde **KAZANCI**, s.241.

## **B. 3628 Sayılı Kanun Uyarınca Soruşturma**

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun failinin Yüce Divanda yargılanması gereken kişiler dışındaki kamu görevlileri olması halinde ihbarlar doğrudan 3628 sayılı Kanun uyarınca Cumhuriyet Başsavcılıklarına yapılır. Yüce Divanda yargılanması gereken kişilerin bu suçu görevleri sırasında işlemesi halinde TBMM (AY. m.100, m.148/6-9) ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı soruşturma yapmak ile yetkilidir.

### **1. İhbar, İhbar Tutanağı ve Kararların Maliye Bakanlığına Bildirilmesi**

3628 sayılı Kanununun 18. maddesi uyarınca soruşturma şu şekilde yapılacaktır. Kendisine ulaşan ihbar üzerine Cumhuriyet savcısı tarafından derhal bir ihbar tutanağı düzenlenir ve bir örneği muhbire verilir. Muhbirlerin kimlikleri, rızaları olmadıkça açıklanmaz. İhbar asılsız çıktığında aleyhine takibat yapılanın istemi üzerine muhbirin kimliği açıklanır. İhbar veya takipsizlik kararı ve iddianame Cumhuriyet başsavcılığınca, Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü ile varsa diğer ilgili kamu kurum veya kuruluşlarına bildirilir. Hazine avukatının yazılı başvuruda bulunması halinde Maliye Bakanlığı, başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanır.

### **2. Kurum Müfettişlerinin Cumhuriyet Savcısına Bilgi Vermesi**

Bu suçlardan dolayı müfettiş ve muhakkikler de soruşturma neticesinde delil veya emare elde ettikleri takdirde, işi yetkili ve görevli Cumhuriyet başsavcılığına ihbar ve evrakı tevdi ederler. Cumhuriyet başsavcılığı müfettiş ve muhakkikler tarafından kendisine tevdiine lüzum görülmediği halde dahi evrakın taalluk ettiği iş hakkında soruşturma yapmak üzere gerekçe göstererek evrakı ait olduğu merciden isteyebilir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçundan dolayı delil veya emare elde eden müfettiş ve muhakkikler durumu yetkili ve görevli Cumhuriyet Başsavcılığına ihbar ve evrakı tevdi etmedikleri takdirde bunlar hakkında da yapılacak takibattan dolayı Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat Hükümleri uygulanmaz.

### **3.Yayın Yasağı**

Bu suç hakkında dava açılıncaya kadar bilgi vermek ve yayın yapmak yasaktır.

### **4. Doğrudan Soruşturmaya Başlayan Cumhuriyet Savcısının Şüphelinin Amirine Bilgi Vermesi**

Aynı kanununun 19. maddesine göre Cumhuriyet savcısı bir kamu görevlisi tarafından ihaleye fesat karıştırma suçunun işlendiğini öğrendiğinde şüpheliler

hakkında doğrudan doğruya ve bizzat soruşturmaya başlamakla beraber durumu atamaya yetkili amirine veya 8 inci maddede sayılan mercilere bildirir.

### **5. Cumhuriyet Savcısının Mal Bildirimi Talep Etmesi**

Cumhuriyet savcısı soruşturmaya başladığında ihbarı doğrulayan emareler bulunduğu takdirde şüpheliden, haksız edinilen malın kaçırıldığı yolunda delil ve emare elde edildiği takdirde şüphelinin ikinci dereceye kadar kan ve sıhri hisımları ile gelini ve damadından mal bildiriminde bulunmalarını ister. Bu istemin şüpheliye ve diğer ilgililere ulaştığı tarihten itibaren yedi gün içinde Cumhuriyet savcısına mal bildirimini verilmesi zorunludur. Soruşturmanın müfettiş veya muhakkik tarafından yapılması halinde müfettiş veya muhakkik de şüpheli ve yukarıda sayılan ilgililerden mal bildirimini isteminde bulunurlar. Bu istemin şüpheli ve ilgililere ulaştığı tarihten itibaren yedi gün içinde müfettiş veya muhakkike mal bildirimini verilmesi keza zorunludur.

### **6. Cumhuriyet Savcısının Mahkemeden Malvarlığına İlişkin Tedbir Talebinde Bulunması**

Cumhuriyet savcısı, kamu davası açılmadan önce haksız edinildiği yolunda delil veya emare elde edilen para veya mal ile ilgili tedbirin alınmasını görevli mahkemeden veya para veya malın bulunduğu yer hukuk mahkemesinden isteyebilir.

### **7. Kamu İhale Kurumuna Bildirimde Bulunulması**

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi bir ihaleye fesat karıştırdığı veya soruşturma sonucunda anlaşılan kişi hakkında Cumhuriyet savcısı, kamu davası açmaya karar verdiğinde, aynı kanunun 59/2 maddesi uyarınca siciline işlenmek üzere durumu Kamu İhale Kurumuna bildirir. Benzer bir düzenleme edimin ifasına fesat karıştırmaya suç bakımından da düzenlenmiş olup 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca bu suçtan dolayı ceza yargılaması olanlar, yargılama sona erinceye kadar bu kanun kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz.

## **VI. ZAMANAŞIMI**

Edimin ifasına fesat karıştırmaya suç TCK 66/1-d uyarınca on beş yıllık dava ve TCK 67/4 uyarınca yirmi iki buçuk yıllık uzamış dava zaman aşımına tabidir. Bakanlar, milletvekilleri, müsteşarlar, valiler, kaymakamlar ve Yüce Divanda yargılanması gerekenler bakımından zaman aşımı, TCK 67/1 uyarınca haklarında soruşturma veya kovuşturma için gerekli izin verilinceye veya karar alınıncaya kadar durur ve işlemez. Ceza zaman aşımı ise aynı kanunun 68. maddesi gereği hükmün kesinleştiği veya infazın herhangi bir suretle kesintiye uğradığı günden itibaren, beş yıl ve daha az süreli hapis cezasına mahkumiyet

halinde 68/1-e uyarınca on yıl, beş yıldan fazla hapis cezasına mahkumiyet halinde 68/1-d uyarınca yirmi yıldır. Edimin ifasına fesat karıştırma suçundan fail hakkında soruşturma veya kovuşturma yapıldığı sırada şüpheli veya sanığın milletvekili seçilmesi veya dışardan bakan atanması halinde de Anayasanın 83. maddesi ve CMK 223/8 maddesi uyarınca durma kararı verilerek yasama dokunulmazlığının kaldırılması için gerekli prosedürün işletilmesi gerekir.

## VII. YAPTIRIM

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunu işleyen kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Failin kamu görevlisi olması ve suçtan bir menfaat elde etmesi halinde ilgili suç uyarınca ayrıca cezaya hükmolunur. Fail hakkında, TCK 53/1 maddesindeki hak yoksunluklarının uygulanması yanında, failin kamu görevlisi olması halinde, hakkında ayrıca TCK 53/5 uyarınca cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar edimin ifasına fesat karıştırma suçunu işlemek için kötüye kullandığı memuriyet ve hizmetlerde tekrar istihdam edilmekten veya bu konuda hak ve yetki kullanmaktan yasaklanmasına karar verilir. Suçtan kaynaklanan bir kazanç varsa ve suçun mağduruna ödenmediyse TCK 55 gereğince bunun da müsaderesine karar verilecektir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için somut bir zararın ortaya çıkması gerekli değildir. Zarar meydana gelmese dahi suç unsurların mevcudiyeti halinde oluşacaktır<sup>84</sup>. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunda ihaleye fesat karıştırma suçundan farklı olarak suç sonucunda bir zararın ortaya çıkması, cezada artırım yapılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir. Bu bakımdan zararın oluşması ve miktarı temel ceza belirlenirken göz önüne alınmalı, özellikle zararın çok ağır olduğu durumlarda teşdiden ceza uygulanmalıdır.

4735 sayılı KİSK'in 26. maddesi 4734 sayılı KİK'in 59/1 maddesi ile paralel bir düzenleme içermektedir. Buna göre failin edimin ifasına fesat karıştırdığını tespit eden mahkeme yukarıdaki yaptırımlardan ayrı olarak faili veya adına hareket ettiği tüzel kişi ile o işteki ortak ve vekillerini, idarece uygulanan yasağın bitimi tarihinden başlamak üzere bir yıldan üç yıla kadar bu kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklar. Hakkında bu kanun kapsamında mükerrer cezaya hükmolunanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, mahkeme kararı ile süresiz olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır.

Son olarak ifade edeceğimiz husus şudur ki; hükmolunacak hapis cezasının asgari üç yıl olması itibarıyla (TCK m. 62 uyarınca cezada takdiri indirim

---

<sup>84</sup> SARITAŞ, s.65; karşı görüş: ÖZGENÇ, s.97; KOCA / ÜZÜLMEZ, s.793, 794.

uygulansa dahi) verilecek ceza iki yılın üstünde olacağından suç tarihinde 18 yaşını doldurmayan veya 65 yaşını dolduran failler hariç hapis cezasının ertelenmesine, adli para cezasına veya diğer seçenek yaptırımlara çevrilmesine ve sanık hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi mümkün değildir.

## SONUÇ

İhaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçlarının düzenlenme amacı; özellikle kamu kurum ve kuruluşları ile kamusal öneme sahip olduğu kabul edilen kimi kurumların (kamu yararına çalışan dernekler, kooperatifler vs.), diğer özel hukuk kişileri ile olan ekonomik ilişkilerinde, ilk olarak sağlıklı bir ihale süreci gerçekleştirmelerini, daha sonra ise kendilerine karşı borçlanılan edimlerin ihale sözleşmesine uygun şartlarla yerine getirilmesini güvence altına almaktır. Özel hukuk kişileri arasında hukuki ihtilaf olarak değerlendirilebilecek bu iki konunun ceza kanununda düzenlenmesinin arkasında yatan temel düşünce; kamusal faaliyetlerde kullanılmak için özellikle vergi mükelleflerinden sağlanan kamu kaynaklarının “ihale yolsuzluklarında” israf edilmesini önlemek ve ekonomik olarak en avantajlı teklifin ortaya çıkmasına imkan sağlayarak bu alandaki rekabet ortamını ve giderek tüm ekonominin sıhhatini korumaktır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, ihale sonucu yapılan sözleşmelerin ifası ile ilgilidir. Ancak madde metninin düzenlenme şekli nedeniyle sanki kamu kurumlarına karşı ihalesiz olarak yüklenilen edimlerin de kapsam dahilinde olduğu gibi bir anlam çıkmaktadır. Bu tereddütü ortadan kaldırmak için belirtilen hususun açık bir şekilde madde metninde ifade edilmesi daha yerinde olurdu. Ancak madde gerekçesinden ve yorum yoluyla suçun kamu ihaleleri ile ilgili olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Öte yandan kamu kurum ve kuruluşlarının yanında kooperatifler, kamu kurumları bünyesinde çalışan vakıflar gibi diğer bazı kurumların da aynı hukuki koruma kalkını altına alınması kanımızca isabetli bir tercih olmuştur. Zira kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu yararına çalışan dernekler, kamu kurumlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler ve maddede sayılan diğer bazı kurumlar, doğrudan doğruya Devletten yardım alarak veya çeşitli vergi muafiyetlerinden yararlanarak ya da geniş ölçüde kamudan yardım toplayarak kamu kaynağı kullanmakta ve kamu hizmeti olarak değerlendirilmesi mümkün faaliyetleri icra etmektedirler. Bu kurumlara ek olarak, günümüzde sosyal ve ekonomik açıdan toplumda çok geniş kitlelere hitap eden ve statüsünün ayrı bir kanunla düzenlenmesi gündemde olan, halihazırda ise dernek statüsünde faaliyet sürdüren spor kulüpleri ile özel hukuk hükümlerine göre kurulduklarından kamu kurumu nitelikleri tartışmalı olan spor federasyonlarının da dahil edilmesinin yararlı olabileceği düşüncesindeyiz.

### KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 10, Ankara, Ağustos 2009.
- ARSLAN, Çetin, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, (TCK m.235), Adalet, Ankara, 2010.
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Ahmet Caner, TCK Şerhi Özel Hükümler, Turhan, Ankara, 2009.
- DOĞANYİĞİT, Sadettin, Açıklamalı-İçtihatlı-Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Seçkin, Ankara – 2011.
- GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku Dersleri, İstanbul, 2006.
- GÜLEL, İlhan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:3, Sayı:11, Ankara, Ekim 2012.
- KAPLAN, Mahmut, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S. 1, İstanbul, 2013.
- KAZANCI, Behiye Eker, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Seçkin, Ankara, 2011.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet, Ankara, 2016.
- MERAN, Necati, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara, Seçkin, 2011.
- ÖZGENÇ, İzzet, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, Seçkin, Ankara, 2013.
- SARITAŞ, Hatice, “İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları” Sayıştay Dergisi, Sayı:73, Ankara, Nisan Haziran 2009.
- TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş, Ankara, 2005, s. 176
- YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet, Ankara, 2010.

**İnternet Kaynakları ve Programlar:**

AKİP Açıklamalı Kanun-İçtihat Programı, Adalet Yayınevi

UYAP İçtihatları, Adalet Bakanlığı

UYAP Mevzuat Programı, Adalet Bakanlığı

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/03/20050331M1-3.htm>

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss842m.htm>

[http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar\\_sd.durumu?kanun\\_no=5328](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_sd.durumu?kanun_no=5328)

[http://www.tdk.org.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.4f48a330b9c914.40595344](http://www.tdk.org.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.4f48a330b9c914.40595344)

[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.4f4e3eb5d29377.16983701](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.4f4e3eb5d29377.16983701)

<http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr>

