

EKONOMİK SUÇLAR BAĞLAMINDA İHALE SÜRECİNE İLİŞKİN SUÇLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Murat Volkan Dülger*

GİRİŞ

İhale suçlarının salt birer ceza hukuku normu olarak incelenmeleri bu suç tiplerinin gerçek yaşamdan uzak, eksik ve tek boyutlu olarak ele alınmalarına neden olacaktır. Oysa bu suçlar başta ekonomi olmak üzere toplumu doğrudan etkileyen pek çok kurumla ilgilidir. Bu nedenle ihale suçlarının geniş bir perspektiften çok yönlü olarak incelenmeleri, toplumsal yapı içinde yerine getirdikleri işlevlerinin ortaya çıkartılması açısından önem arz etmektedir.

İhale suçları öncelikle ekonomi (iktisat) ile yakın bir ilişki içindedir; çünkü bu suçların işlenmesindeki oran ve bunların neticesinde ortaya çıkan zarar doğrudan ülke ekonomisini etkilemektedir. Ekonomi, üretim ile tüketim ve arz ile talep arasında dengenin nasıl sağlanacağını ve üretim faktörlerinin nasıl kullanılacağını inceleyen bilim dalıdır¹. Ekonomik sistem ise kısaca bir ülkede uygulanan üretim, gelir dağılımı ve tüketim metodu olarak tanımlanabilir. Her ülkenin ister kapitalist olsun, ister sosyalist olsun başlıca amacı, ekonomik kalkınmayı gerçekleştirecek kişisel refah düzeyini yükseltmektir, refah düzeyinin yükselmesi ise sermaye birikimine bağlıdır. Sermaye birikiminin artma oranına bağlı olarak gelirler de aynı oranda artacaktır. Bütün ekonomik sistemler kişisel refahın artmasına dayandığından amaçları aynıdır, farklı olan yönleri ise amaca ulaşmada kullandıkları araçlardır. Genel olarak üreticilerle tüketiciler arasında kar elde etme amacıyla hareket eden aracı bir sınıfın varlığı ve özel mülkiyetin kabul edilmesi halinde kapitalist sistem; üretimin devletin mülkiyetindeki firmalar tarafından yapılması ve yine bu firmalar tarafından tüketiciye aktarılması halinde sosyalist sistemin olduğu belirtilmektedir².

Ancak bir ülkede hangi ekonomik sistemin seçilmiş olduğuna ve bunun uygulamasına bakılmaksızın o ülkedeki en büyük alıcının kamu kesimi olduğu rahatlıkla söylenebilir. Bu alımlar, ülkenin ekonomik dengelerini, ekonominin istikrarını, halkın refahını ve kamu kesimine duyulan güveni doğrudan etkilemektedir. Aynı zamanda kamu kesimi büyük bir satıcı ve kiralayandır, bu işlemlerin de ekonomiye büyük oranda etkisi bulunmaktadır. Ancak hemen bu aşamada söylenmelidir ki her ne kadar sosyalist sistemlerde de ihale suçlarının ortaya çıkması mümkün olsa da, üretim ile tüketim arasına kar elde etme amacı güden bir

* Avukat; İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı doktora öğrencisi.

¹ **Ali Özgüven**, İktisat Bilimine Giriş, 8. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005, s.3. Ancak belirtilmelidir ki bu tanım piyasa ekonomisi kurallarına göre yapıldığı için daha çok kapitalist sisteme uygun düşmekte olup, sosyalist sistem açısından geçerli değildir.

² **Özgüven**, a.g.e., s.158.

sınıfın girmesi ve kamu kesimine ait ihalelere de sistemin doğası gereği bu sınıfının katılması nedeniyle ihale suçlarına niteliksel olarak kapitalist sistemlerde daha çok rastlanması olağandır.

Aslında bir ekonomik sistemde, - bu ister kapitalist ister komünist bir sistem olsun - temel olarak kamu kesiminin ve özel kesimin bulunduğu görülmektedir. Siyasal sistemlere göre değişen, bunların ekonomi içindeki ağırlığı ve üretim araçlarına kimin daha fazla sahip olduğudur. Bunlardan kamu kesimi geniş bir çerçeveye devlet idaresini ve kamusal hizmetlerin yerine getirilmesini sağlayan ekonomik kısım olarak tanımlanabilir. Tabii ki bu idari faaliyetlerin ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ancak para ile söz konusu olabilecektir. Bu da kamu kesiminin ekonomik bir yapı üzerine oturmasını sonuçlamaktadır. İşte kamu kesimindeki bu ekonomik yapı, “kamu maliyesini” meydana getirmektedir. Kamu maliyesi, hem hukuki, hem mali hem de siyasi bir yapı olarak devlet aygıtının fonksiyonlarını yerine getirmesinin ekonomik unsurunu oluşturmaktadır. Bir başka tanımla kamu maliyesi adeta devlet gemisinin yakıtını oluşturmaktadır.

Kamu maliyesi aslında üçlü bir saç ayağı üzerinde oturmaktadır. Bunlar; kamu gelirleri, kamu harcamaları ve gelirler ile kamu harcamaları dengesini sağlayan ve bunları ortaya koyan bütçedir³. İşte bu hassas dengenin korunabilmesi ve bütçeden ayrılan harcamaların ekonominin gereklerine uygun, dürüst, şeffaf kullanılabilmesi ve zaten kıt olan kaynakların ülke çıkarları doğrultusunda değerlendirilebilmesi için kamu harcamalarının doğruluk ve dürüstlük ilkelerine uygun yapılması son derece önemlidir. Bu, alt yapının üst yapıyı belirlediği gerçeğinden hareketle, toplumsal ve bireysel refahın, güçlü, sosyal ve demokratik bir ülke olmanın son derece önemli bir unsurudur. Böylelikle kamu maliyesinin diğer çok önemli bir faktörü olan ve devlet gelirlerinin çok önemli bir kısmını oluşturan vergiler de uygun bir biçimde harcanmış olacak⁴, bu durum da hem kamu tasarruflarına olumlu katkıda bulunacak hem de ekonomik kaynakların en uygun şekilde kullanılmasına yardımcı olacaktır⁵.

Bir ülkede sosyal devletin yerine getirmek zorunda olduğu kamu hizmeti faaliyetleri hem çok geniş alanlara yayılmakta hem de büyük oranda planlama ile insan ve maddi kaynak ayrılmasını gerektirmektedir. Özellikle liberal ekonomik sistemi benimseyen ülkelerde devletin küçülerek ekonomik sistemde mümkün olduğu kadar az yer alma ilkesinden hareketle devlet birçok kamu hizmetini özel kişilere devretmekte bunun için de idare, özel kişilerle sözleşme yapmaktadır⁶.

Devletin, idarenin işleyişini sağlarken ve kamu hizmetlerini yerine getirirken ekonomik dengeleri olumlu yönde etkilemek, eşitliği, saydamlığı, dürüstlüğü ve verimliliği sağlamak için en sık başvurduğu yöntem ihaledir. Ulusal ve uluslararası uygulamalara bakıldığında, en büyük mal ve hizmet alıcısı olarak kamu kesimi görülmektedir. Kamu kesimi de hizmet ve malların alımında nicelik ve nitelik olarak büyük oranda ihale mekanizmasını kullanmaktadır⁷. Bunun yanında kamu kesimi maliki olduğu taşınmazları ya da işletmeleri kiralarak ya da satarak veya özelleştirme yaparak ekonomiyi doğrudan ya da dolaylı olarak etkilemektedir. Bu sonuncuların da ihale yoluyla yapılması mümkündür. Bu nedenle ihale

³ M. Kamil Mutluer/Erdoğan Öner/Ahmet Kesik, Bütçe Hukuku, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006, s. 10.

⁴ M. Kamil Mutluer, Vergi Genel Hukuku, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006, s. 25,26.

⁵ Uğur Emek, Kamu Alımlarında Etkin İhale Tasarımı, İstanbul, TÜSİAD Yayını, 2001, s.29.

⁶ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966, s.1591-1595.

⁷ Abdullah Uz, Kamu İhale Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s.1.

mekanizmasının kamu maliyesinin önemli bir aracı ve giderek ülke ekonomisini etkileyen bir faktör olduğu açıkça görülmektedir.

Ancak ihale mekanizması ne kadar iyi düzenlenirse düzenlensin bu konuda hem mevzuat açısından hem de ihaleyi uygulayacak kişiler açısından ne kadar önlem alınır alınsın, kötü kullanıma ve haksız çıkar sağlamaya son derece açık bir alandır. Hele bu alanda söz konusu olan parasal miktarların genellikle son derece büyük miktarlarda olması ekonomik suçların işlenmesinde en önemli etkenlerden birisi olan haksız çıkar sağlama saikini ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle her ülkenin ceza hukuku sisteminde kamu ihale sisteminin kötüye kullanılması dolayısıyla gerçekleştirilecek eylemler suç olarak düzenlenmektedir. Böylelikle hem bir yönüyle ülkenin ekonomik denge ve çıkarlarının korunması sağlanmaya çalışılmakta hem de kamuya duyulan güven korunmaya çalışılmaktadır.

Ülkemizde de hem 1 Haziran 2005 tarihine kadar yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda hem de 1 Haziran 2005 tarihinden beri yürürlükte bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ihale sürecindeki ve ihaleden sonra devamı olan sözleşme yapılması ve edimin ifası sürecindeki haksız çıkar sağlamaya yönelik eylemler suç tipi olarak düzenlenmiştir. İşte bu çalışmanın konusunu da bu suç tiplerinin ekonomik bir suç olduğu gerçeği gözden kaçırılmadan ancak ceza hukukuna disiplinine özgü metotla incelenmesi oluşturmaktadır. Çalışmada öncelikle kamu ihale hukuku hakkında ana hatlarıyla bilgi verildikten sonra suç tiplerinin incelenmesine geçilecektir.

I. Kamu İhale Hukuku

A. Kamu İhale Hukuku'nun Kamu Maliyesi İçindeki Yeri

Yukarıda kısaca açıkladığımız üzere uluslar arası ve ulusal ekonomi kamunun ve özel sektörün arz ve taleplerinden oluşmaktadır. Bunlardan özellikle kamu kesiminin ekonomik kurallar bütünü oluşturarak kamu maliyesi, gelirler, kamu harcamaları ve bütçeden oluşmaktadır. Bunların ekonomiye doğrudan etkili olan unsurları ise gelirlerin büyük kısmını oluşturan vergiler ve kamu harcamalarının büyük bir kısmını oluşturan personel giderleri ve kamu ihalelerinden meydana gelmektedir. Ayrıca ihale yoluyla kamuya ait malların kiralanması, satışı ve özelleştirme işlemleri de yapılabildiği için kamu ihalelerinin ayrıca gelir getirici yönü de bulunmaktadır. Özellikle bizim gibi “gelişmekte olan ülkelerde” özelleştirmeler yoluyla hazineye gelir sağlanmakta ve/veya kamu kesimine mali açıdan yük oluşturan kamu iktisadi teşekkülleri elden çıkartılarak hem bu gider kaynakları elden çıkartılmakta, hem de ekonomik dengeler oturtulmaya çalışılmakta hem de liberal ekonomik programlara uyumlu hareket edilmeye çalışılmaktadır.

Bu nedenle kamu ihaleleri özellikle kamu maliyesinin önemli bir gider kalemini oluşturmada, ayrıca ihale yoluyla yapılan satın, kiralama ve özelleştirmeyle gelir de getirmektedir. Böylece kamu ihaleleri uygulama alanı nedeniyle hem kamu maliyesini hem özel sektörü, hem de ekonomik sistemi doğrudan etkilemektedir. Bu da kamu ihale hukukunun doğrudan ülke ekonomisini etkilediğini göstermektedir.

B. Kamu İhalesi Kavramı

İhale sözcüğü Arapça kökenli olup, “bir işi birinin üzerinde bırakmak, arttırma veya eksiltme işinde istekliye bırakma”⁸ ya da “arttırma veya eksiltme biçimiyle yapılan sözleşmelerde, en çok arttırmanın veya eksiltmenin önerisini (icabını) kabul niteliğinde olmak üzere arttırmaya veya eksiltmeye çıkaranın irade beyanı, açık arttırma, en uygun fiyatı bulmak için uygulanan sözleşme yöntemi; en uygun fiyatı teklif edene işi (malı) verme”⁹ şeklinde açıklanmaktadır.

İhale özellikle kamu alımlarını kapsayacak şekilde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 4. maddesinde tanımlanmıştır. Bu yasada ihale “bu kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerinde bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemler” olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi bu tanım yalnızca kamu alımlarını kapsamaktadır, oysa ihale kavramı daha geniş bir alanı kapsamakta olup kamunun yapmış olduğu alımları kapsadığı gibi, kamunun sahip olduğu malların satımı ve kiralanmasını da kapsamaktadır. Nitekim 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 4. maddesinde tanım bu genişlikte yapılmıştır.

Bu çalışmada ihale kavramı geniş anlamıyla kullanılmakta, mal ve hizmet alımları, iş yaptırılması, özelleştirme, kamunun sahip olduğu malların satımı ve kiralanmasıyla ilgili tüm ihaleler “kamu ihalesi” kavramı içerisinde değerlendirilmektedir.

⁸ Mustafa Nihat Özön, Osmanlıca – Türkçe Sözlük, Ankara, Bilgi Yayınevi, 1971, s.332,333.

⁹ Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, 5. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s.362.

Buna göre kamu ihaleleri, "...idarenin görev alanına giren hizmetlerin yürütülmesi amacıyla, karşılığı idare tarafından ödenmek üzere gerekli mal ve hizmetlerin veya bir işin yasada öngörülen usul kurallarına uymak suretiyle oluşturulan rekabet ortamı içerisinde katılan adaylardan en uygun teklifi sunan özel bir kişiye yaptırılmasına yönelik olarak imzalanacak sözleşmelerin oluşum sürecini ifade eden bir dizi işlemler..." şeklinde tanımlanabilir¹⁰.

Kamu ihalelerinde benimsenen yöntem şu şekilde olmaktadır. Satım ve kiraya verme işlemlerinde bedel artırım yöntemi; mal ve hizmet alımları veya kiralama gibi işlemlerde ise bedel eksiltme yöntemi kabul edilmiştir. Buna göre, artırımlarda tahmin olunan bedelden aşağı olmamak üzere, teklif olunan bedellerin en yükseği; eksiltmelerde ise, tahmin edilen bedelden fazla olmamak üzere, teklif edilen bedellerden tercih edileni seçilip; ihale bu şartlara uygun teklifi verenin üzerinde bırakılmaktadır. En çok artıranın veya eksiltmenin icabını kabul mahiyetindeki irade bildirimini ve bu iradenin oluşumunu sağlayan şartlar esas alınmak suretiyle sözleşme imzalanmasına kadarki idari işlemin tümü, ihale süreci olarak tanımlanmaktadır¹¹. Sözleşmenin imzalanması ile ihale süreci sona ermekte, bunda sonra edimin ifası süreci başlamaktadır ki bu bölüm de borçlar hukukunun kurallarına uygun olarak tarafların karşılıklı edimlerini yerine getirmesinden oluşmaktadır.

C Kamu İhale Hukukunun Kaynakları ve Kapsadığı Alan

1. Kamu İhale Hukukunun Kaynakları

Kamu ihalelerini bir bütün olarak içeren hukuk alt disiplini kamu ihale hukukudur. Bu disiplin de İdare Hukuku'nun içinde yer almaktadır. Kamu ihaleleri içinde önemli bir yer tutan kamu harcamalarına ilişkin ihaleler bir bütün olarak kamu ihale hukukuna ilişkin kurallar ile düzenlenmiştir. Ancak kamu harcamaları yalnızca kamu ihalesi yoluyla yapılmadığı gibi, ihale mekanizması ayrıca kamunun gelir getirici işlemlerinde de uygulanabilmektedir.

Kamu İhale Hukuku ülkemizde ilk olarak Osmanlı döneminde 1857 tarihli Nizamname ile düzenlenmiştir. Ancak içeriğinin yeterli olmaması ve dolayısıyla etkisi ve uygulaması çok olmayan bu düzenlemeye ek olarak 1914 (10 Muharrem 1330) tarihli nizamname çıkarılmıştır. Bu nizamnameye ise 4 Haziran 1919 tarihinde çıkartılan ve 1921 yılında yürürlüğe giren bir nizamname ile ek yapılmıştır. Cumhuriyet döneminde ise ilk olarak 22 Nisan 1925 tarihinde 661 sayılı "Müzayede, Münakaşa ve İhale Kanunu" ile ihale hukuku düzenlenmiştir. Bu yasada da, 1926 yılında 799, 878 ve 1300 sayılı yasalarla, 1929 yılında 1540 sayılı yasayla, 1933 yılında ise 2338 sayılı yasayla çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Ancak zamanla bu yasanın yeterli olmadığı düşüncesiyle 10 Aralık 1934 tarihinde 2490 sayılı "Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu" kabul edilerek 661 sayılı yasanın yerini almıştır¹². Bu yasada da zamanla bazı değişiklikler yapılmıştır ve kırk dokuz yıl yürürlükte kaldıktan sonra bu yasanın yerini almak üzere 08.09.1983 tarih ve 2886 sayılı "Devlet İhale Kanunu" kabul edilmiştir. 2886 sayılı yasa 01.01.1984 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹³.

¹⁰ **Meltem Kutlu**, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1997, s.76; **Uz**, a.g.e., s.9.

¹¹ **Mustafa Reşit Karahasan**, İnşaat İmar İhale Hukuku, C.III, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1997, s.54.

¹² **Muammer Parlar**, "Kamu İhale Kanunu", (Çevrimiçi) www.huder.org/dergi.htm, 27.02.2007.

¹³ **Uz**, a.g.e., s.128,129.

Geçen süreç içerisinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'yla ilgili olarak özellikle iki alanda eleştiriler yoğunlaşmıştır. Buna göre ilk olarak 1980 yıllardan itibaren değişen ve gelişen ekonomik süreçte kamu ihalelerine konu olan ürün ve hizmetlerde çeşitliliğin artması ve gelişen ekonomi ve teknolojik alt yapıda ihtiyaçların sürekli farklılık arz etmesi karşısında Devlet İhale Kanunu'nun yetersiz kaldığı ileri sürülmüştür¹⁴. İkinci olarak ise Devlet İhale Kanunu'nun yolsuzlukla mücadelede yetersiz kaldığı vurgulanmış¹⁵ ve bu vurguyu doğrulayan kanıtlar da gösterilmiştir¹⁶. Bu eleştirilerin yanı sıra Devlet İhale Kanunu'nun kabul edildiği 1983 yılından sonra ülkemizde hem ekonomik yaşamda hem de sosyal yaşamda önemli değişiklikler olmuştur. Serbest piyasa ekonomisine geçiş sağlanmaya çalışılmış, liberal ekonomik programlar uygulamaya konulmuş ve Avrupa Birliği'ne (AB) girmek konusunda önemli adımlar atılmıştır. Dolayısıyla AB direktifleri, Dünya Bankası ve Uluslararası Para Fonu (International Monetary Found – IMF) görüşleri yönünde kamu sektörü ve özel sektörün yapılandırılmasına çalışılmıştır. Bu bağlamda AB'nin Dünya Bankası'nın ve IMF'nin 2886 sayılı yasanın öngördüğü sistemin daha saydam ve hesap verilebilir olması gerektiği yönündeki görüşleri ifade edilmekte ve kamu ihaleleri konusunda AB standartlarına yönelik olarak herhangi bir ilerlemenin olmadığına ilişkin eleştirileri de söz konusu olmaktadır¹⁷.

Siyasi iktidarlar tarafından söz konusu uluslar arası finans kurumlarına ve Avrupa Birliği'ne verilen niyet mektuplarında, ihale mevzuatında yeni düzenlemeler yapılacağı ifade edilmiş, bu çerçevede kamu harcamalarına ilişkin ihalelerle kamuya gelir getirici ihalelerin kendine özgü farklı özelliklerinden dolayı, farklı yasalarda düzenleme konusu yapılmasının gerektiği de belirtilmiştir¹⁸.

Bu çerçevede, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun kamu harcamalarına yönelik düzenlemelerinin günün koşullarına ve gelişen ihtiyaçlara cevap veremediği, uygulamada ortaya çıkan sorunların giderilmesinde yetersiz kaldığı, bütün kamu kurumlarına ilişkin ihale ve sözleşmeleri kapsamadığı, AB ve uluslararası ihale uygulamalarına paralellik göstermediği hususu göz önüne alınarak, kamu ihalelerine ilişkin yeni bir düzenlemenin yapılması amacıyla çok sayıda tasarı hazırlanmıştır¹⁹. Bu sürecin sonunda 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu tasarıları, 04.01.2002 tarihinde TBMM genel kurulunda kabul edilerek yasalaşmış 22.01.2002 tarih ve 24648 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Anılan yasaların Kamu İhale Kurumu'na ilişkin hükümleri Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte, diğer hükümleri ise 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Sonuç olarak, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun sisteminden farklı olarak, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu adıyla iki farklı yasa çıkarılarak kamu harcamasını gerektiren mal ve hizmet alımları ile yapım işleri Kamu İhale Kanunu'nda, kamu ihaleleri sonucunda imzalanan sözleşmelerin düzenlenmesine ilişkin kurallar ise Kamu İhale

¹⁴ **Mesut Hastürk**, "Kamu İhale Kanunu İle İhale Sisteminde Yapılan Değişiklikler", (Çevrimiçi) www.mukder.org.tr/17mh.htm, 25.02.2007.

¹⁵ **Ahmet Başsoy**, "Kamu İhale Kanunu", Dünya Gazetesi, (Çevrimiçi) http://www.dunyagazetesi.com.tr/news_display.asp?upsale_id=111420 21.01.2003; **Uz**, a.g.e., s.130.

¹⁶ **Leyla Boulton**, "Delay Castas Doubt on Ankara's Reformist Zeal", Financial Times, (Çevrimiçi) <http://search.ft.com/ftArticle?queryText=%E2%80%9CDelay+Castas+Doubt+on+Ankara%E2%80%99s+Reformist+Zeal%E2%80%9D&y=8&aje=true&x=12&id=030103000574>, 03.01.2003.

¹⁷ **World Bank Report** – Turkey Draft County Procurement Assesment Report, Volume I, 6 March 2001.

¹⁸ **Uz**, a.g.e., s.131, **Hastürk**, a.g.y.

¹⁹ Tasarılarla ilişkin eleştiriler için bkz: **Şevket Çorbacıoğlu**, "Beşinci (12.11.2001) Kamu İhale Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", Türkiye Mühendislik Haberleri, Y.46, S.414, 2001/4 s.27-29; **Uz**, a.g.e., s.131.

Sözleşmeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir. Böylelikle AB ve Dünya Ticaret Örgütü gibi uluslararası kuruluşların ihale mevzuatına paralel düzenlemeler de yapılmış²⁰.

2. Kamu İhale Hukukunun Kapsadığı Alan

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu yürürlüğe konulduğunda 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu yürürlükten kaldırılmamıştır. Bunun sebebi ise yukarıda da değinildiği gibi, 4734 sayılı yasanın kamu harcamalarında uygulanacak ihale yöntemini, 4735 sayılı yasanın ise ihale yapıldıktan sonra idare ile istekli arasında yapılacak sözleşme ve edimin ifasını düzenlemesidir. Ancak bu yasalarda kamunun gelir getirici işlemlerinin ihalesine ilişkin kurallar bulunmamaktadır, işte 2886 sayılı yasadaki ihale yöntemleri de kamunun gelir getirici işlemlerinde uygulanacaktır. Buna göre; mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde, bir başka deyişle kamunun para harcamasını gerektiren işlerde 4734 ve 4735 sayılı yasalar uygulanacak, kamunun para harcamasını gerektirmeyen gelir getirici işlerde ise 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun yürürlükte bulunan ilgili maddeleri uygulanacaktır²¹.

Yukarıda belirtilen yeniliklerin yanı sıra 4734 sayılı yasa ile getirilen en önemli yeniliklerden birisi de kamu alımlarının tek çatı altında disiplin altına alınmış olmasıdır. Bu durum ihale hukukunu düzenleyen yasaların uygulama alanı ile de doğrudan ilgilidir. Özellikle uluslararası finans kurumlarının istemi ve AB mevzuatına ve uygulamasına uyum çabaları içersinde yapılmaya çalışılan mali reformun bir parçası şeklinde, bütçe disipliniyle bağlantılı olarak finansmanı kamu kaynaklarından karşılanan bütün kurum ve kuruluşları ile bunların kurdukları birlik ve ortaklıklar bu yasa kapsamına alınarak harcamaların aynı yöntemle yapılmasının sağlanmasına çalışılmıştır. Böylelikle 2886 sayılı yasa döneminde eleştiri konusu yapılan özellikle Kamu İktisadi Teşebbüslerinin ve diğer kurum ve kuruluşların kamu alımlarındaki farklı uygulamalarına son verilmiştir²².

Sonuç olarak, tüm kamu kurum ve kuruluşları ile bunların bağlı ortaklıkları ve birlikleri hakkında mal ve/veya hizmet alımı veya yapım işi yaptıkları takdirde 4734 ve 4735 sayılı yasalar, gelir getirici işlem yaptıkları takdirde ise 2886 sayılı yasa uygulanacaktır. Hemen belirtmelidir ki her ne kadar 4734 sayılı yasa ile düzenlenmiş olsa da doğrudan alım yöntemi bir ihale yöntemi olarak belirtilmemiştir. Hangi idari işlemin ihale olup olmadığını ve buna hangi yasanın uygulanacağını tespit edilmesi; öncelikle idare hukuku açısından yöntem, uygulama ve denetim açısından gerekli olmakla beraber, ceza hukuku açısından da ilkin ihale suçlarına ilişkin maddelerin uygulanıp uygulanmaması açısından, ikinci olarak da ihale hukukuna ilişkin yasalarda yer alan ikincil nitelikli yaptırımlara karar verilmesi açısından son derece önem taşımaktadır.

II. Tarihsel Süreçte İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Düzenlenişi

Aslında ekonomik bir suç olarak değerlendirilen ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçlarının tarihi, tüm ekonomik suçlarda olduğu gibi çok eskilere dayanmamaktadır²³. Bu suç tipleri, klasik suç tipleri olarak nitelendirebilecek kişilere ve mala

²⁰ Hastürk, a.g.y.; Uz, a.g.e., s.131,132.

²¹ Uz, a.g.e., s.134.

²² Uz, a.g.e., s.132.

²³ 765 sayılı TCK 'da "devlet idaresi aleyhine suçlar" içerisinde yer alan 205. maddede düzenlenen "devlet hesabına yapılan alım, satım ve yapıma fesat karıştırma suçu" açısından da bu suçun diğer devlet idaresi aleyhine işlenen suçlar gibi tarihi

karşı suçlardan çok sonra, özellikle parlamenter demokrasiye dayalı modern ulus devletlerin oluşmasıyla ortaya çıkmışlardır. Bunun nedenleri ise ulus devletin dinamik gücü olan burjuva sınıfının kamu sektörü dışında üretim ve ticaret yapması ve bu ürünlerini özel sektöre olduğu kadar kamu sektörüne de satması, ayrıca parlamenter demokrasiyle beraber kralın hazinesinden ayrı olarak halkın temsilcilerinin söz sahibi olduğu bir hazine bütçesinin oluşması ve buradan yapılan harcamaların denetime tabi tutulmasıdır. Bu gelişmelerin sonucu olarak devletin işleyişi ve kamu hizmetlerinin yerine getirebilmesi için özel kişilerden alımlar yapılması gerekmiş, ancak yine halkın vergileriyle oluşan bu parasal birikimin saydam, rekabetçi, eşit ve en uygun şekilde harcanmasının sağlanması da bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır. Bunun çaresi olarak da ihale yöntemi bulunmuştur.

İşte her yeni gelişmede olduğu gibi devlet idaresine ilişkin yeni bir gelişme olan kamu alımlarının ortaya çıkması sonucunda eşitlik ve rekabetin sağlanmaya çalışılması için ihale yönteminin uygulanmaya başlanmasıyla bu ihaleye bir şekilde fesat karıştırarak kendisine haksız kazanç sağlamaya çalışan kişiler de ortaya çıkmıştır. Tabii ki bu durum, tarihsel süreç içerisinde ulus devlet ve parlamenter demokrasinin ortaya çıkmasından sonra ortaya çıkmışsa da birçok ekonomik suçta olduğu gibi, bu suçun ekonomik ve sosyolojik temelleri bu şekilde meydana gelmiştir.

Bu suçların ortaya çıkmasının kriminolojik yönü ise “beyaz yaka suçluluğu” kavramı ile açıklanabilecektir; çünkü bu suç faillerinin büyük bir çoğunluğu (hatta kısmen “ihale mafyası” olarak tanımlanan çıkar amaçlı suç örgütü üyeleri) beyaz yaka suçlusu tanımı içine girmektedir. Beyaz yaka suçu terimi ilk olarak Amerikalı kriminolog Edwin H. Sutherland tarafından kaleme alınan “Beyaz Yaka Suçluluğu” (White – Collar Criminality) isimli makalenin 1940 yılında Amerikan Sosyoloji Dergisi’nde (American Sociology Review) yayınlanmasıyla bilimsel yazına girmiştir²⁴. Bu, Sutherland’ın özel bir yasaya aykırı davranış şeklini ifade etmek için ürettiği bir kavramdır²⁵. Sutherland’ a göre beyaz yaka suçu “toplum içinde saygınlık ve yüksek itibara sahip bir kişi tarafından, mesleği çerçevesinde, bu kişiye karşı duyulan güvenin ihlal edilmesi suretiyle işlenen suçlar” olarak tanımlanmaktadır²⁶. Beyaz yaka suçluluğu olarak işlendiği belirtilen suçların büyük bir çoğunluğu ceza hukukunda ekonomik suçlar olarak sınıflandırılan, finans işlerinde yanlış ya da yanıltıcı bilgi verilmesi veya verilmemesi gereken bilgilerin verilmesi, borsaların etkilenmesi, özellikle devletle yapılan işlerde memurlara rüşvet verilmesi, ihaleye ve edimin ifasına fesat karıştırılması, reklam ve satışta gerçek dışı bilgiler kullanılması, güveni kötüye kullanma, vergi suçları, hileli iflas suçları gibi suç tipleri oluşturmaktadır²⁷. Bu suçların birçoğu ise geçtiğimiz yüzyılda özellikle serbest piyasa ekonomisinin uygulanması ve yaygınlık kazanmasıyla ortaya çıkan suç tipleridir.

çok eskilere gitmeyen bir suç tipi olduğu belirtilmektedir. Bu konuda bkz: **Murat Balcı**, Devlet Hesabına Yapılan Alım, Satım ve Yapıma Fesat Karıştırma Suçu (TCK m.205), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul, 2004, s.24.

²⁴ Bu makale, Edwin Sutherland’ın Amerikan Sosyoloji Derneği’nin 29. başkanı sıfatıyla, derneğin Aralık 1939’da Philadelphia’da yapılan yıllık toplantısında yaptığı konuşmadan oluşmaktadır.

²⁵ **Selman Dursun**, Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.27.

²⁶ **Edwin H. Sutherland**, “White Collar Criminality”, American Sociology Review, V.5, 1940, s.1-12; **Edwin H. Sutherland/Donald R. Cressey**, Principles of Criminology, Fifth Edition, Chicago, Philadelphia, New York, J.B. Lippincott, 1955, s.40; **Edwin H. Sutherland**, “Crime and Business”, Annals of the American Academy of Political and Social Science, CCXVII, 1941, s.122-118; **Edwin H. Sutherland**, “Is ‘White Collar Crime’ Crime”, The Sociology of Crime and Delinquency, Ed. Marwin E. Wolfgang/Leonard Savitz/Norman Johnston, New York - London, John Wiley and Sons Inc., 1962, s.20-27.

²⁷ **Timur Demirbaş**, Kriminoloji, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s.254.

İnceleme konusu suç tipleri yukarıda kriminolojik yönü açısından da görüldüğü üzere ekonominin gelişmesi ve serbest piyasa ekonomisine geçiş ile yakın bir geçmişte ortaya çıkmış suçlardır. Bu nedenle kamu ihalesine ilişkin suçların ülkemiz mevzuatına girmesi de çok eskilere dayanmamaktadır. Cumhuriyetin ilanından önceki dönemde kamu ihale hukukuna ilişkin yapılan ilk düzenleme 1274 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun'unun “Zararı Âm Olan Cinayet ve Cünha ile Mücazat Müterettibleri Beyanındadır” başlıklı birinci babının “Sirkat-ı Emval-i Miriye ve İrtikâbât-ı Sâire” başlıklı dördüncü faslında 83. maddesinde yer almaktadır. Bu maddedeki suç tipi “*her kim emval Devlet-i Aliye hesabına olarak iştirasına veyahut bey'ine veya imaline memur olduğu her nevi eşyanın şirasında ve beha ve miktarında ve imalinde fesad karıştırarak her ne suretle olursa olsun irtikâp eyler ise sarik olacağından madde-i sabıkada tayin olunan mücazâtı görür*” şeklinde tanımlanmıştır²⁸.

Cumhuriyetin ilan edilmesi sonrasında ülkenin her alanında gerçekleştirilen devrim hareketinin bir parçası olan hukuk reformuyla yeni bir ceza yasası kabul edilmiştir. Kaynağını 1889 tarihli İtalyan Ceza Yasası'nın oluşturduğu bu yasa 01.03.1926 tarihinde TBMM'de 765 sayılı yasa olarak kabul edilmiş ve 13.03.1926 tarih ve 320 nolu Resmi Gazete'de yayınlanarak 591. maddesi gereğince 01.07.1926 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu yasanın aşağıda belirtilen maddelerinde kamu ihale hukukuna ilişkin suç tiplerine yer verilerek ülkemiz hukukunda bu konuda ikinci kez düzenleme yapılmıştır.

765 sayılı yasanın 205. maddesinde yer alan “devlet hesabına yapılan alım satım ve yapıma fesat karıştırma” suçu 765 sayılı yasanın alınmış olduğu 1889 tarihli İtalyan Ceza Yasası'nda bulunmamaktadır. Bu madde yukarıda anılan ve aslı 1810 tarihli Fransız (Napolyon) Ceza Yasası olan 1274 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun'unun 83. maddesinden alınmıştır²⁹. Ancak 765 sayılı yasanın alınmış olduğu 1889 İtalyan Ceza Yasası'nın 176. maddesinde kamu ihale hukukuna ilişkin benzer bir suç tipi bulunmaktadır. Buna göre, “*memurlardan her kim doğrudan doğruya veya bilvasıta muvazaakârane fiiller ile mensup olduğu daireye ait bir işte hususi bir menfaat istilzam ederse bir aydan beş seneye kadar ağır hapse ve yüz lireten beş bin lirete kadar para cezasına mahkûm edilir*” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Yine İtalyan Hukuku içinde yer alan Toscana Ceza Kanunu'nda ve Sardunya Ceza Kanunu'nda daha ayrıntılı hükümlerin bulunduğu, benzer şekilde 1887 tarihli hükümet tasarısında da ayrıntılı bir düzenlemenin bulunduğu ancak herhangi bir eksikliğe yer vermemek için genel bir düzenlemenin yapıldığı ve 1889 İtalyan Ceza Yasası'nın bu şekilde yasalaştığı belirtilmektedir³⁰.

Kamu ihale hukukuna ilişkin suç tipleri içinde yer alan 765 sayılı TCK'nın 366, 367 ve 368. maddeleri ise 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 299. maddesinden alınmış olup, bu maddenin her üç fıkrası ayrı suç tipleri haline getirilmiştir. Bu düzenleme biçimi hatalı olduğu gerekçesiyle öğretilde eleştiri konusu yapılmıştır³¹.

765 sayılı TCK yetmiş dokuz yıl yürürlükte kaldıktan sonra yaklaşık yirmi yıllık bir sürecin sonunda çeşitli komisyonlar tarafından hazırlanan çok sayıda tasarının neticesinde

²⁸ Maddenin günümüz Türkçesi'ne göre düzenlenmiş hali şöyledir: “Her kim devlet hesabına olarak satınalma, satma veya bir şey yapmaya memur olduğu her çeşit eşyanın, satın almasında, fiyat ve miktarında ve imaline fesat karıştırarak her ne suretle olursa olsun irtikâp eylerse hırsız olacağından geçmiş maddede belirlenen cezayı görür.” Maddenin orijinal hali ve sadeleştirilmiş hali için bkz: **Ahmet Gökçen**, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul, Fazilet Neşriyat, 1989, s.26.

²⁹ **Gökçen**, a.g.e., s.26.

³⁰ **Majno**, Ceza Kanunu Şerhi: Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C.II, Ankara, Yargıtay Yayını, 1978, s.182,183.

³¹ **Sahir Erman**, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 316-368), İstanbul, Dünya Yayıncılık, 1996, s.692.

26.09.2004 tarihinde kabul edilen ve 12.10.2004 tarih ve 25611 nolu Resmi Gazete yayınlanan 5237 nolu yasa ile yürürlükten kaldırılmıştır. 5237 sayılı TCK 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girdiği için 765 sayılı TCK da bu tarih itibariyle yürürlükten kalkmıştır.

5237 sayılı yasada kamu ihalesi ile ilgili suçlar üçüncü kez düzenleme konusu yapılmış ve geçen zaman içinde gelişen ekonomik dinamikler dikkate alınarak suç tipleri şekillendirilmiştir. 5237 sayılı yasada “ihaleye fesat karıştırma” adıyla 235. maddede ve “edimin ifasına fesat karıştırma” adıyla 236. maddede düzenleme yapılmıştır.

III. 765 Sayılı TCK’da İhale Sürecine ve İhale Sözleşmesine İlişkin Suçlar

Ülkemizde 1 Haziran 2005 tarihine kadar yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK’nin çeşitli maddelerinde kamu ihalelerine ilişkin suç tipleri düzenlenmiştir. Bu düzenleme farklı maddelerde olduğu gibi yasanın farklı bab ve fasıllarında düzenleme konusu yapılmıştır. Kamu ihalelerine ilişkin bu suç tiplerinin gereksiz tekrarlara yer veren bu dağılık düzenlemesi ise öğretide haklı eleştirilere uğramıştır. Nitekim 5237 sayılı TCK düzenlenirken bu eleştiriler göz önünde bulundurulmuş ve suç tipleri birbiriyle bağlantı olarak iki maddede düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK’nın kendi içindeki sıralamayla konu incelendiğinde kamu ihalelerine ilişkin düzenlenen ilk suç tipinin, yasanın “Cürümler” başlıklı ikinci kitabının “Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler” başlıklı üçüncü babının “Basit ve Nitelikli Zimmet ile Devlet Alım ve Satımlarında Menfaat Sağlamak” başlıklı birinci faslında yer alan 205. maddesinde düzenlenen “Devlet Hesabına Yapılan Alım ve Satımlara Fesat Karıştırma” suçu olduğu görülmektedir. Bu suç tipi yasada *“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 eylesen on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasıyla cezalandırılır ve zarar kendisine ödettirilir”* şeklinde tanımlanmıştır.

Öğretide bu suç tipinin yasadaki düzenleniş biçimin ceza hukukunun ilkeleriyle bağdaşmadığı, madde metninin dil bakımından da düzgün ifade edilmediği ve bu nedenle suçun unsurlarının yeterli açıklıkta olmadığı belirtilmiştir³². Ayrıca bu maddede kullanılan “Türkiye Devleti hesabına” ifadesiyle neyin kastedildiğinin anlaşılmadığı, özellikle 765 sayılı TCK’nın 366. maddesinde yer alan “hükümet hesabına” ifadesinin karşısında bu ifadenin tamamen anlamsız hale geldiği belirtilmektedir³³.

Kamu ihalelerine ilişkin olarak 765 sayılı TCK’da düzenlenen ikinci suç tipi 208. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen “Devlet İçin Yapılan Eşya Alım veya Satımında Ticaret Yapma Suçu”dur. Bu suç tipi de yasanın “Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler” başlıklı üçüncü babının “Basit ve Nitelikli Zimmet ile Devlet Alım ve Satımlarında Menfaat Sağlamak” başlıklı birinci faslında düzenlenmiştir. Bu maddeye göre *“Devlet memurlarından her kim, idaresine ve nezaretine memur oldukları işlerde devlet için az veya çok eşya veya malzeme alım veya satımında gizli veya aşikar, gerek doğrudan doğruya kendisi, gerek başkası vasıtasıyla veya ortaklık suretiyle kendi kazancı için ticaret eder veya imalât yahut inşaatı götürü şekilde deruhte edenlere ortak olursa üç seneden az olmamak üzere ağır hapis cezasıyla cezalandırılır.”*

³² İzzet Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s.236.

³³ Özgenç, a.g.e., s.237.

Bu suç tipi 765 sayılı TCK'nın mehazı olan 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nda bulunmayıp, yasaya 1274 Ceza Kanunname-i Hümayun'undan alınmıştır. Öğretide haklı olarak söz konusu suç tipinin uygulanmasına örnek oluşturacak bir karara bugüne kadar rastlanılmadığı belirtilmektedir³⁴; gerçekten bu maddenin uygulaması bulunmamaktadır.

765 sayılı TCK'nın 208. maddesinin 2. fıkrasında ise “Devlet İçin Yapılan Eşya Alım veya Satımında Komisyon Alma Suçu” düzenlenmiştir. Buna göre maddenin birinci fıkrasına yapılan yollamayla “Eğer bu gibi alışverişte komisyon alınır yahut nakid veya meskukat mübadelesinde kazanç sağlanırsa ağır hapis cezası beş seneden az olmaz” denilmektedir.

Öğretide bu maddenin birinci fıkrada düzenlenen suç tipinin ağırlatıcı nedeni olduğu³⁵ ve bunun bağımsız bir suç tipi olduğu yönünde iki farklı görüş bulunmaktadır. Ancak her ne kadar “komisyonculuk” da bir çeşit ticaret olsa da burada belirtilen ile birinci fıkrada belirtilen eylemler birbirinden farklıdır. Failin aynı işte bir yandan ticaret yaparken diğer yandan komisyonculuk yapması beklenemez. Fail ya devlet hesabına eşya ve malzeme alım ve satımında ticaret yapmakta ya da bu işin yapılması için aracılık yani komisyonculuk yapmaktadır, dolayısıyla bunlar farklı suç tipleri olarak değerlendirilmelidir.

765 sayılı TCK'da kamu ihalelerine ilişkin düzenlemelerin yapıldığı ikinci bölüm ise, yasanın “Cürümler” başlıklı ikinci kitabının “Ammenin İtimadı Aleyhinde Cürümler” başlıklı altıncı babıdır. Bu babda ihale süreci ile ilgili olarak “Ticaret ve Sanayi ve Müzayedeye Hile ve Fesat Karıştırmak” başlıklı beşinci faslında 361, 362, 364, 365, 366, 367 ve 368. maddelerinde düzenlemeler yapılmıştır.

Bu babda düzenlenen suç tipleri içerisinde uygulaması en fazla olanı ve öğretide en çok konu edileni yasanın 366. maddesinde düzenlenen “Hükümet Hesabına Yapılan Artırma veya Eksiltmeye Fesat Karıştırmak” suçudur. Bu suç tipi yasada “Her kim Hükümet hesabına olarak icra kılınan müzayedeye ve münakasada şiddet veya tehdit ile veya hediye vait ve itasiyle, veya sair menfaatler teminiyle veya gizli ittifak yahut sair hileli vasıtalar ile rekabeti men veya ihlal yahut müzayedeye ve münakasada pey sürenleri çekilmeye sevk ederse, üç aydan bir seneye kadar hapse ve otuz liradan iki yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur ” şeklinde tanımlanmıştır.

Bu suç tipinin tanımında 205. maddedeki “devlet hesabına” ifadesinden farklı olarak “hükümet hesabına” ifadesinin kullanılmasının neyi kastettiğinin belirlenmesinin hukuken mümkün olmadığı öğretide haklı olarak eleştiri konusu yapılmış ayrıca “hükümet hesabına” ifadesinden hareketle, “yerel yönetimler” ve “kamu iktisadi teşebbüsleri” gibi diğer kamu kuruluşları adına yapılan ihalelerde ortaya çıkan hukuka aykırı eylemlere bu suç tipinin uygulanamayacağı belirtilmiştir³⁶. Yasa koyucu tarafından öğretide bu konuda yer alan eleştiriler ve uygulamada ortaya çıkan sorunlar dikkate alınarak 5237 sayılı TCK'nın “ihaleye fesat karıştırmak suçu” tanımlanırken tüm kamu kurum ve kuruluşları aleyhine gerçekleşen eylemleri kapsaması için suç tanımı yapılmıştır.

Bu bölümde yer alan diğer suç tiplerinde de kamu ihale hukuku ile ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Buna göre 367. maddede “Kamu Marifetiyle Yapılan veya Özel Kişinin

³⁴ Özgenç, a.g.e., s.245,246.

³⁵ Sahir Erman, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 202-281), İstanbul, Dünya Yayıncılık, 1992, s.65; Ayhan Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s.135.

³⁶ Özgenç, a.g.e., s.251.

Gerçekleştirdiği Müzayedeye Fesat Karıştırma Suçu”, 368. maddede “Para ve Sair Menfaat Karşılığında İhaleden Çekilme Suçu”, 361. maddede “Kamuya Karşı Taahhüdün Yerine Getirilmemesi Suçu”, 362. maddede ise “Kamuya Karşı Taahhüdün Yerine Getirilmesinde Hile Yapma Suçu” düzenlenmiştir. Bu çalışmanın konusu ve boyutları anılan suç tiplerinin tek tek açıklanmasına yetmeyeceği için, söz konusu suç tipleri ile ilgili olarak, yukarıda belirtilen eserlere yollama yapmakla yetiniyoruz.

IV. 5237 sayılı TCK’da İhale Sürecine İlişkin Suçlar

A. Genel Olarak

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’da kamu ihale hukukuna ilişkin suç tipleri 765 sayılı TCK’da eleştiri konusu olan yasanın çeşitli bölümlerinde birbirine benzer çok sayıda suç tipi olarak ve dağınık halde değil, bir bölümde ve iki ayrı suç tipi halinde gayet açık bir biçimde düzenlenmiş ve tanımlanmıştır³⁷. Buna göre, kamu ihale hukukuna ilişkin suçlar, TCK’nın “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabında, “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısımda, “Ekonomi, Sanayi ve Ticaret Aleyhine Suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümde, “İhaleye Fesat Karıştırma” başlığıyla 235. maddede ve “Edimin İfasına Fesat Karıştırma” başlığıyla 236. maddede düzenlenmiştir.

5237 sayılı yasanın 235 ve 236. maddelerinde düzenlenen ihale sürecine ilişkin suçlar, 765 sayılı yasanın düzenlemesinden farklı olarak kamunun idaresi aleyhine suçlar ya da kamunun güvenine karşı suçların 5237 sayılı yasadaki karşılıkları olan kamunun güvenine karşı suçlar veya kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar içersinde değil, bundan tamamen farklı olarak ekonomi, sanayi ve ticaret aleyhine suçlar arasında düzenlenmiştir. Ceza yasasında suç tiplerinin korudukları hukuksal değer ölçüt alınarak sınıflandırıldıkları ve düzenlendikleri göz önüne alındığında bu düzenleme tarzı inceleme konusu suç tipleriyle korunması amaçlanan hukuksal değerlerin de artık daha farklı amaçlandığını göstermektedir. Bu konu aşağıda suç tipiyle korunan hukuksal değer konusunda ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

İhaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları 5237 sayılı TCK’da düzenlenirken yasa koyucu tarafından bu konudaki temel yasalar olan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu göz önünde bulundurulmuş ve suç tipleriyle bu yasaların düzenlemesi arasında paralellik sağlanmıştır. Gerçekten 5237 sayılı yasanın 235 ve 236. maddeleri incelendiğinde 2886, 4734 ve 4735 sayılı yasaların sistemine ve bu yasaların ihale yöntemine paralel düzenlemeler içerdiği görülmektedir. Ceza hukuku diğer hukuk disiplinlerine göre ikincil nitelikte bir disiplindir. Herhangi bir hukuk disiplinin örneğin borçlar hukukunun ya da idare hukukunun kendine ait kuralları ve yaptırımlarıyla sorunlar çözülemediğinde devreye girmektedir. İşte TCK’nın 235 ve 236. maddelerinde yapılan düzenleme ile 2886, 4734 ve 4735 sayılı yasalarda bulunan kurallar yeterli olmadığında ve ağır ihlaller olduğunda devreye girmek üzere düzenlenmişlerdir, böylelikle kamu ihale hukukuna ilişkin bazı hukuka aykırı eylemlerin suç tipi olarak düzenlenmesiyle cezaların genel önleme fonksiyonundan yararlanılarak, söz konusu hukuka aykırı eylemlerin azaltılması amaçlanmaktadır³⁸.

³⁷ Behiye Eker Kazancı, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.109,110.

³⁸ Eker Kazancı, a.g.e., s.20.

Burada belirtilmesi gereken bir başka önemli konu da 5237 sayılı TCK'nın 235 ve 236. maddelerinde yer alan suç tiplerinin uygulama alanı ile ilgilidir. Öncelikle belirtilmelidir ki, 235. maddenin uygulanabilmesi için bulunması gereken ilk şart ihalenin "kamu kurum veya kuruluşları" adına yapılmasıdır, dolayısıyla yapılan ihale 2886 ya da 4737 sayılı yasalara göre yapılmayıp örneğin 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunu'nun hükümlerine göre yapılırsa da, ihaleye fesat karıştırılması halinde 235. madde uygulanacaktır³⁹, çünkü 4046 sayılı yasaya göre yapılan ihale "kamu kurum veya kuruluşları" adına yapılmaktadır⁴⁰.

Suç tipinin uygulanabileceği alan açısından belirtilmesi gereken bir başka konu da 235. maddenin 5. fıkrasıyla suç tipinin uygulama alanının oldukça genişletilmiş olmasıdır. Buna göre, kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının katılımıyla kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet gösteren vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alımları ya da satımları ile kiralamalara da fesat karıştırılması halinde de söz konusu suç tipi uygulanacaktır.

Bunun yanı sıra yapılan ihale mal veya hizmet alımı, mal veya hizmet satımı, kiralama ya da yapım işlerine ilişkin olduğu takdirde 235. madde uygulanabilecektir. Oysaki kamu adına yapılan ihaleler bunlarla sınırlı değildir. Söz konusu ihale kalemlerinden başka trampa, aynı hak tesisi ve taşıma ileri ile ilgili ihaleler de bulunmaktadır, ancak suçta ve cezada yasallık ilkesi ve bunun alt ilkesi olan belirginlik ilkesi gereğince suç tanımında yer almayan bu ihale türleri için 235. maddenin uygulanması mümkün görünmemektedir. Yasa koyucu suç tipini düzenlerken ihale türlerini hiç saymamış olsaydı ya da yukarıda eksik kaldığı belirtilen ihale türlerini de belirtmiş olsaydı böyle bir eksikliğe yol açmamış olacaktı. Suç tipiyle ilgili olarak yapılan tüm olumlu düzenlemelerin yanında bu husus bir eksiklik olarak bulunmaktadır⁴¹.

Ayrıca 235. maddenin 5. fıkrasıyla hesabına ihale yapılan kamu kurum ve kuruluşları açısından suç tipinin uygulanışı genişletilirken, "mal veya hizmet alım veya satımları ya da kiralamalara" fesat karıştırılması hali belirtilmiş yapım işlerine fesat karıştırılması hali ise düzenlenmemiştir. Buna bağlı olarak suçta ve cezada yasallık ilkesi gereğince 5. fıkrada sayılan kurum ya da kuruluşlar adına yapım işlerine ilişkin ihale yapılması halinde 235. madde uygulanamayacaktır. Örneğin kamu yararına çalışan bir dernek olan Türkiye Kızılay Derneği'nin kan merkezi olarak kullanılmak amacıyla gerçekleştirdiği bir yapım ihalesine fesat karıştırılması halinde, 235. madde uygulanamayacak ve sonuçta bu hukuka aykırı eylem yaptırımsız kalacaktır. Bu durum da suç tipinin düzenlenişindeki bir başka eksiklik olarak görülmektedir.

B. İhaleye Fesat Karıştırma Suçu

765 sayılı TCK'nın 205, 208, 366, 367 ve 368. maddelerinde düzenlenen ve birbirlerine benzer şekilde yasada yer alan suç tiplerinin yerine geçmek üzere 5237 sayılı TCK'nın 235. maddesinde "ihaleye fesat karıştırma suçu", düzenlenmiştir. Yukarıda da

³⁹ Önder Öztürel, 5237 Sayılı TCK'daki Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar, Kazancı Hukuk İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi, S.5, Ocak 2005, s.132; Eker Kazancı, a.g.e., s.28.

⁴⁰ Özgenç, a.g.e., s.252, dn.46; Eker Kazancı, a.g.e., s.28.

⁴¹ Eker Kazancı, a.g.e., s.29.

belirtildiği üzere, bu suç tipi düzenlenirken yasa koyucu tarafından 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile uyum sağlanmaya çalışılmış ve bu büyük oranda gerçekleştirilmiştir.

1. Suçla Korunan Hukuksal Değer

Bu suçla korunan hukuksal değer ne olduğu konusunda öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Buna göre bazı yazarlar bu suçla korunan hukuksal değer kamu görevlisine karşı duyulan güven olduğunu belirtmektedirler⁴². Maddenin gerekçesinde de bu suçla korunan hukuksal değer “kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne dair ve özellikle, kamu adına yapılan mal veya hizmet alım veya satım gibi ihale işlemlerinin yapılmasıyla ilgili olarak, kamu görevlilerine duyulan güven” olduğu ifade edilmektedir. Nitekim öğretilerde 765 sayılı TCK’nın 205. maddesinde düzenlenen benzer suç olan “devlet hesabına yapılan alım, satım ve yapım ihalesine fesat karıştırma” suçuyla korunan hukuksal değer de kamu görevlisine duyulan güven olduğu⁴³ hatta bunun memuriyet görevinin kötüye kullanılmasının özel bir şekli olduğu bu nedenle karma nitelikte olduğu⁴⁴ belirtilmektedir. Dolayısıyla 5237 sayılı yasada düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçuyla korunan hukuksal değer kamu görevlisine duyulan güven olduğunu ileri süren yazarların 765 sayılı yasanın benzer suç tipinde korunan hukuksal değer ile paralel bir görüşte oldukları görülmektedir.

Bir kısım yazarlar ise bu suçla korunan hukuksal değer karma nitelikte olduğunu ancak özellikle ve baskın olarak korunan değer genel olarak ekonomik kuralların işleyişinin olduğu özel olarak ise serbest rekabet ortamının korunduğunu ifade etmektedirler⁴⁵.

Yukarıda açıklandığı üzere, kamu alımları, devlet giderleri içerisindeki en önemli kalemlerden birini oluşturmakta ayrıca yapılan kamu harcamalarıyla sosyal devletin bir gereği olarak ülkenin kaynaklarının dengeli dağıtımıyla kalkınması ve halktan toplanan vergilerin yerinde ve düzgün kullanılması sağlanmaya çalışılmaktadır. Nitekim kitlelerin ve kamu yönetimlerinin demokratikleşmesiyle vatandaşlar, hükümetlerin ve idarenin neyi nasıl yaptığı konusunda daha fazla bilgi ve söz sahibi olmayı, ödedikleri vergilerin yerinde ve verimli şekilde harcanmasını istemekte, ancak buna karşıt olarak da daha fazla vergi vermeyi de istememektedirler. Bu nedenle hükümetler ve idareler kendilerini kamu hizmetlerinin maliyeti yönünden daha etkin kılmak, daha az maliyetle daha kaliteli hizmet sunmak zorunda hissetmektedirler⁴⁶. İşte bu maliyetlerin artmasında ve hizmetin yeterli kalitede olmamasının önemli nedenlerinden biri ihaleye ve edimin ifasına fesat karıştırılmasıdır. Ayrıca bu suçu işleyenlerin yargılanmasıyla kamu adına, vatandaşın verdiği vergilerin nereye ve nasıl harcadığının da bir açıdan sorulması mümkün olmaktadır.

Aynı zamanda kamunun yaptığı satım ta da kiralamar da özelleştirme ihalelerinde olduğu gibi doğrudan kamu sektörünü ve özel sektörü etkilemektedir. İşte inceleme konusu suç tipiyle bu işleyişi bozacak nitelikteki eylemler suç tipi haline getirilmektedir. Aslında bu

⁴² **Necati Meran**, Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik Malvarlığı Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s.310.

⁴³ **Erman**, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s.55; **Balcı**, a.g.e., s.30.

⁴⁴ **Önder**, a.g.e., s.132.

⁴⁵ **Eker Kazancı**, a.g.e., s.114.

⁴⁶ **Nevzat Saygılıoğlu/Selçuk Arı**, Etkin Devlet: Kurumsal Bir Tasarı ve Politika Önerisi, İstanbul, Sabancı Üniversitesi Yayını, 2002, s.10.

tür eylemlere karşı yaptırımlar, 2886, 4734 ve 4735 sayılı yasalarda da bulunmaktadır, ancak bunlar idari nitelikte yaptırımlardır. Söz konusu eylemlerin suç tipi haline getirilmesiyle ise ceza hukukunun genel ve özel önleme işlevlerinden yararlanılarak bu eylemlerin engellenmesine çalışılmaktadır. Dolayısıyla bu suç tipiyle korunması istenen öncelikli değer “genelde ülkenin ekonomik işleyişi ve dengesi ile sınırlı kaynaklarının korunması; özelde ise bunları sağlamak için rekabet ortamının” korunmasıdır⁴⁷.

Ayrıca bu suç tipi 765 sayılı TCK’da olduğu gibi kamu güvenine karşı suçlar ya da kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar içerisinde değil, ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar içerisinde düzenlenmiştir. Suç tipleri, ceza yasalarında korudukları hukuksal değer esas alınarak benzer suç tipleriyle bir arada düzenlendiklerine göre bu suç tipinin ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar bölümünde düzenlenmesinin özel bir anlamı bulunmaktadır. Bu nedenle ihaleye fesat karıştırma suçuyla korunan hukuksal değer öncelikle ülkenin ekonomik düzenin işleyişi, ekonomik istikrarın ve dengelerin korunması olduğunun suç tipinin düzenlendiği yerden hareketle söylenebilmesi de mümkündür.

Bunun yanı sıra ve buna bağlı olarak bu suç tipiyle, özel sektör arasındaki serbest rekabet ortamı da korunmaya çalışılmaktadır. Kamu alım, satım ya da kiralamalarının veya özelleştirmelerin ihale yoluyla yapılmasında güdülen bir başka amaç da nitelik ve nicelik açısından en fazla faydanın elde edilmesi için serbest rekabet ortamının oluşturulması ve bu rekabeti engelleyecek eylemlerin önlenmesidir. İşte bu suç tipiyle söz konusu amaç gerçekleştirilmeye çalışılmakta dolayısıyla bu da suçla korunan hukuksal değerlerden birini oluşturmaktadır.

İhaleye fesat karıştırma suçuyla korunan hukuksal değer öncelikle ülkenin ekonomik işleyişi ve dengesi olmakla birlikte bunun yanı sıra kamu görevlisine duyulan güven ve kamu idaresinin doğruluğuna duyulan güven de korunmaktadır. Dolayısıyla aslında bu suç tipiyle korunan hukuksal değer karma niteliktedir. Ancak yasa koyucu tarafından doğru olarak suç tipine koruduğu baskın hukuksal değer dikkate alınarak “ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar” bölümünde yer verilmiştir.

2. Fail ve Mağdur

Bu suçun faili herkes olabilecektir, nitekim maddede “fesat karıştıran kişi” denilerek bu durum açıkça ifade edilmiştir⁴⁸. 765 sayılı TCK’da bulunan benzer suç tiplerinden 205. madde yer alan “Devlet Hesabına Yapılan Alım ve Satımlara Fesat Karıştırma” suçunda da “bir kimse” ifadesi kullanılmış olmasına rağmen, bu suçun failinin ancak 765 sayılı TCK’nın 279. maddesinde tanımlı yapılan “ceza hukuku uygulamasında memur” sayılan kişilerce işlenebileceği dolayısıyla bunun bir özgü suç olduğu belirtilmekteydi⁴⁹. Bir diğer benzer suç tipi olan 765 sayılı TCK’nın 366. maddesinde düzenlenen “Hükümet Hesabına Yapılan Artırma veya Eksiltmeye Fesat Karıştırma” suçunun ise herkes tarafından işlenebileceği, bunun bir özgü suç olmadığı belirtilmekteydi⁵⁰. 5237 sayılı yasada ihaleye fesat karıştırma suçu düzenlenirken 765 sayılı TCK’daki benzer suç tiplerinde bulunan bu karışık duruma bir son verilmek istenmiş ve suç tipi olması gerektiği gibi herkes tarafından işlenebilecek bir biçimde düzenlenmiştir.

⁴⁷ Eker Kazancı, a.g.e., s.114,115.

⁴⁸ Meran, a.g.e., s.310.

⁴⁹ Erman, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s.56; Özgenc, a.g.e., s.242.

⁵⁰ Özgenc, a.g.e., s.255.

Her ne kadar kamu adına yapılan ihaleler, kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilse de bu ihalelere suçun maddi unsurunda belirtildiği şekilde etki edilmesi kamu görevlileri tarafından olduğu kadar kamu görevlisi olmayan kişiler tarafından da gerçekleştirilebilecektir. Bu durumda kamu görevlisinin durumu özellik arz etmektedir. İhaleye fesat karıştırma eylemi sonucunda kamu görevlisinin haksız bir yarar elde etmesi durumunda 235. maddenin 4. fıkrası gereğince bunun ayrıca başka suçlara da sebebiyet vermesi halinde fikri içtima hükümleri değil, gerçek içtima hükümleri uygulanacak ve söz konusu kamu görevlisi bu suçlardan da ayrıca yargılanacaktır.

Bu suçun mağduru, failin gerçekleştirdiği suç tipinde tanımlı eylem sonucu, ihale sürecindeki işlemlere katılmaları engellen kişi ya da kişilerdir⁵¹. İhaleye katılımın bir tüzel kişilik adına olması da mümkün olduğu için, söz konusu eylemlerin tüzel kişinin temsilcilerine yapılması halinde mağdur hem bu temsilciler hem de tüzel kişinin kendisi olmaktadır. Ayrıca adına ihale yapılan kurum ya da kuruluşlar da suçtan zarar gören olmaktadır.

Yukarıda belirtildiği üzere bu suç tipiyle korunan hukuksal değer öncelikle “genelde ülkenin ekonomik işleyişi ve dengesi ile sınırlı kaynaklarının korunması; özelde ise bunları sağlamak için rekabet ortamının korunması veya kamu görevlisine duyulan güven” olduğu için, kamunun yani toplumun bu suçta genellikle zarar gören konumunda olduğu görülmektedir. Çünkü kamu alımına ilişkin bir ihaleye fesat karıştırılması halinde bütçesi haktan toplanan vergilerlerden oluşan kamu kurum ya da kuruluşundan haksız olarak fazla para çıkmakta, kamu adına satım ya da kiralama yapılmasına ilişkin ihaleye fesat karıştırılması halinde ise bu kez de aslında halka ait olan halkın yararı için çalışan kamu kurum ya da kuruluşuna olması gerekenden az ödeme yapılmış olmaktadır. Görülüğü üzere her iki halde de kamunun zararı oluşmakta ve dolayısıyla kamu bu eylem neticesinde suçtan zarar gören konumunda bulunmaktadır.

3. Maddi Unsur

İhaleye Fesat Karıştırma suçunun düzenlendiği TCK'nın 235. maddesinin 1. fıkrasında suç tipi “kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi...cezalandırılır” şeklinde genel olarak tanımlandıktan sonra maddenin 2. fıkrasında suçun maddi unsurunu oluşturan eylemler tek tek sayılarak “ihaleye fesat karıştırma” eylemi tanımlanmıştır.

Ancak belirtilmelidir ki bu suçun oluşabilmesi için öncelikle mal veya hizmet alımına, ya da mal veya hizmet satımına ya da kiralamaya ya da yapım işlerine ilişkin bir ihalenin bulunması ve bunun kamu kurum veya kuruluşları adına yapılması gerekmektedir. Bunlar suçun ön şartı olarak aranmaktadır. Bunların dışındaki işlere ya da kamu kurum veya kuruluşları adına yapılmayan ihalelere, maddede sayılan eylemlerle fesat karıştırılması halinde bu suç oluşmayacaktır.

Suçun maddi unsuru ikinci fıkrada dört bent halinde tek tek gösterilmiştir. Bu dört bendin ilkinde ihaleye fesat karıştırılması eyleminin hileli davranışlarla işlenmesi, ikincisinde gizli tutulması gereken belgelerin ifşa edilmesiyle ihaleye fesat karıştırılması, üçüncüsünde suçun cebir, tehdit ya da diğer hukuka aykırı davranışlarla işlenmesi ve fıkranın son bendinde

⁵¹ Meran, a.g.e., s.310.

de ihaleye katılanların aralarında anlaşma yaparak ihaleye fesat karıştırması halleri düzenlenmiştir.

Bu suç tipi seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu hareketlerden birinin ya da bir kaçının yapılması halinde suç gerçekleşmiş olacak, bunlar dışındaki bir hareketle ihaleye fesat karıştırılması durumunda ise bu suç oluşmayacaktır. Ancak belirtmelidir ki, yasa koyucu ayrıntılı bir düzenlemeyle ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturabilecek tüm suç işleme modellerini bu yasa maddesinde düzenlemeye çalışmıştır.

Birinci bende göre, hileli davranışlarla ihaleye fesat karıştırılması halleri şunlardır:

1. İhaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,
2. İhaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak,
3. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,
4. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak.

Bu hareketlerin hileli davranışlarla meydana getirilmesi durumunda ihaleye fesat karıştırılmış olmaktadır. Bu hareketlerin hileli olmayan davranışlarla gerçekleştirilmesi halinde bu fıkra göre suç oluşması mümkün değildir. Örneğin cebir veya tehdit kullanılarak ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan bir isteklinin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarının engellenmesi halinde fail bu beden dolayı değil ancak aynı eylem 235. maddenin 2. fıkrasının c) bendinde düzenlendiği için bu bende göre cezalandırılacaktır. Artık burada araştırılması gereken hilenin değil, cebir ve tehdidin varlığıdır.

235. maddenin 2. fıkrasının b) bendinde ise bir diğer seçimlik hareket olan, “tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak” tanımlanmıştır. Gerçekten de özellikle rekabetin ve kaynakların en iyi şekilde kullanılmasının sağlanması için ihale sürecindeki bazı bilgilerin özellikle ihale isteklileri tarafından bilinmemesi gerekir. Örneğin ihaleye çıkma sürecinde önemli bir yeri olan “yaklaşık maliyetin” isteklilerden birine ya da bir kaçına bildirilmesi halinde bu bende göre suçun maddi unsuru gerçekleşmiş olacaktır. Nitekim 4734 sayılı KİK’in “yaklaşık maliyet” başlıklı 9. maddesinin son tümcesinde yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlilik ilanlarında yer verilmeyeceği ve isteklilere veya ihale süreci ile resmi ilişkisi olmayan kişilere açıklanmayacağı düzenlenmektedir. Bu düzenlemenin yaptırımını da ceza yasasında inceleme konusu bent ile düzenleme konusu yapılmıştır.

Bu fıkranın c) bendinde ise ihaleye fesat karıştırma suçunun, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye ve ihale sürecindeki işlemlere katılmasının önlenmesi suretiyle işlenmesi hali düzenlenmiştir. Buna göre, örneğin bir ihale isteklisini maddi ya da manevi cebir uygulanarak ya da ihaleye katılması halinde çocuklarına zarar verileceği bildirilerek ihaleye katılmasının engellenmesi halinde bu suç oluşacaktır. Yasanın

gereğesinde bu bende örnek olarak “isteklilerin ihalenin gün veya saatinde, ihalenin yapılacağı yer konusunda yanıltılması ve bu suretle teklif veya pazarlık için öngörülen süreyi geçirmesi” verilmekte ve öğretilen bazı yazarlar bu görüşte olduklarını ifade etmektedirler⁵². Ancak bu örnek 2. fıkranın a) bendinin 1 nolu alt bendinde düzenlenen harekete örnek oluşturabilir, çünkü verilen örnekte ihale açısından aranan yeterliliğe sahip isteklilerin hileli davranışlarla yanıltılması tanımlanmakta, cebir ve tehditle ilgili bir harekete örnek verilmemektedir. Ayrıca c) bendinde belirtilen “hukuka aykırı diğer davranışlar” kavramı 2. fıkranın a bendinin 1 nolu alt bendinde karşısında bu örnek hareket açısından geçerli olmamaktadır.

235. maddenin, suçun maddi unsurunun tanımlandığı 2. fıkrasının d) bendinde suçun oluşturan son hareket olarak, ihaleye katılmak isteyen ve katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları hali düzenlenmiştir. Kamu alım, satım ya da kiralamalarının ihale ile yapılmasındaki amaç, istekliler arasında rekabet sağlanarak, en uygun fiyata en iyi ve verimli getirinin sağlanmasıdır. İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin, önceden aralarında anlaşma yaparak, ihaleyle sağlanmaya çalışılan bu amaçları ve rekabeti engellemesi hali bu suçun oluşturan bir hareket olarak tanımlanmıştır.

Bu suçun oluşması için yukarıda anılan hareketlerin yapılması yeterlidir, ayrıca yapılan hareketlerin sonucunda bir neticenin gerçekleşmesi beklenmemektedir. Bu nedenle ihaleye fesat karıştırma suçu neticesi harekete bitişik bir suç tipidir. Ayrıca bu suçun gerçekleşmesi için ihaleye fesat karıştırmaya yönelik hareketlerin yapılması yeterli olup ayrıca bu hareketler neticesinde ihaleyi yapan kurum ya da kuruluşta bir zararın oluşması aranmamaktadır. Dolayısıyla bu suç tipi bir somut tehlike suçudur; çünkü ihaleye fesat karıştırmaya yönelik olarak yapılan hareketler sonucunda bu suçla korunan hukuksal değerler ihlal edilmektedir.

4. Manevi Unsur

Bu suçun manevi unsuru açısından bir özellik bulunmamaktadır. Suçun işlenmesi için fail ihaleye fesat karıştırma eylemini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmelidir. Kısacası bu suç genel kastla işlenebilir, failin eylemi hangi saikle gerçekleştirdiğinin bir önemi bulunmamaktadır⁵³.

5. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

İhaleye fesat karıştırma suçu, yukarıda suçun maddi unsuru incelenirken belirtildiği üzere, neticesi harekete bitişik bir suç tipi olduğu için kural olarak bunun teşebbüs aşamasında kalması mümkün değildir⁵⁴. Ancak seçimlik hareket olarak belirtilen hareketlerin bölünebilir olduğu durumlarda suça teşebbüsün gerçekleşmesi mümkündür. Bu nedenle her somut olayda hareketin bölünebilir olup olmadığı ve eylemin teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığı yargıç tarafından incelenmelidir.

İnceleme konusu suç tipine suça katılmanın (iştirakin) her şeklinin gerçekleşmesi mümkündür.

⁵² Meran, a.g.e., s.312.

⁵³ Meran, a.g.e., s.315.

⁵⁴ Eker Kazancı, a.g.e., s.190; karşı görüşte bkz: Meran, a.g.e., s.315.

Bu suç açısından bazı suçların birleşmesi (içtima) hallerinin gerçekleşmesi mümkün görünmektedir⁵⁵. Burada özellikle üzerinde durulacak olan inceleme konusu suçun düzenlendiği 235. maddenin 4. fıkrasındaki düzenlemedir. Buna göre ihaleye fesat karıştırma dolayısıyla haksız yarar sağlayan görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılacaktır. Örneğin ihaleye fesat karıştıran bir kamu görevlisi yaptığı eylem karşısında ayrıca para alıyorsa bu eyleminden dolayı rüşvet suçundan da cezalandırılacaktır.

6. Yaptırım ve Kovuşturma

İhaleye fesat karıştırma suçunu işleyen kişiye yasanın 235. maddesinin 1. fıkrasına göre beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezası verilecektir. Görüldüğü üzere cezanın miktarı 765 sayılı TCK'nın benzer maddeleri olan 205 ve 368. maddelere göre oldukça artırılmıştır. Suç politikası açısından çok önemli, uygulaması çok fazla olan ve ülkenin kaynaklarını kullanan ve bu kaynakları oluşturan tüm halkı ilgilendiren bu suç için böyle ağır bir yaptırımın öngörülmesinin eylemin işlenmesi açısından caydırıcı nitelikte olacağı ve bu suç tipine ilişkin genel ve özel önleme amacına uygun olduğu düşünülmektedir.

TCK'nın 235. maddesinin 3. fıkrasına göre, failin gerçekleştirdiği ihaleye fesat karıştırma eylemi neticesinde ihaleyle ilgili kamu kurum ya da kuruluşunun zarar görmesi halinde faile verilecek ceza yarı oranında arttırılacaktır. Ayrıca ihaleye fesat karıştırılması sonucunda zararın meydana gelmiş olduğu sabit olmakla birlikte, bu zararın miktarının belirlenememesi halinde de faile verilecek ceza yine yarı oranında arttırılacaktır.

Bu suç tipi için öngörülen cezanın alt sınırı beş yıl olduğu ve bu da TCK'nın 49/2. maddesi gereğince kısa süreli hapis cezası sayılmadığı için, faile verilen cezanın TCK'nın 50. maddesi gereğince adli para cezasına çevrilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde bu suç için verilen cezanın TCK'nın 51. maddesi gereğince ertelenmesine de olanak yoktur.

Bu suçu işleyen fail hakkında ayrıca 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde düzenlenen idari yaptırımlar da uygulanacaktır.

Bu suç soruşturması şikayete bağlı bir suç tipi değildir, dolayısıyla Cumhuriyet Savcılığı'nın ister suç ihbarı yoluyla ister diğer bir başka yola bu suçun işlendiği haberini alması ile resen soruşturma başlatılacak ve suçun işlendiğine ilişkin yeterli şüphe olması halinde fail hakkında kamu davası açılacaktır. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunu'nun 12. maddesi gereğince bu suça ilişkin yargılamayı yapmakla görevli mahkemeler suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemeleridir.

C. Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu

İhalenin yapılması ve ihale üzerine kalan ile idare arasında sözleşme yapılması ile ihale süreci sona ermektedir. Bundan sonra taraflar arasında karşılıklı edimlerin yerine getirilmesine dayalı ifa süreci başlamaktadır. Dolayısıyla ihale sözleşmesinin imzalanmasından önceki işlemler idare hukukunun alanına girmekteyken, bundan sonra karşılıklı edimlerin ifası süreci borçlar hukukunun alanına girmektedir. Ancak hemen belirtmelidir ki bu aşamada dahi kamu hukukunun emredici niteliğinin izleri görülmektedir. İşte 5237 sayılı TCK'nın 235. maddesiyle ihale sözleşmesinin imzalanmasına kadar olan

⁵⁵ Karşı görüşte bkz: **Meran**, a.g.e., s.315.

aşamadaki bazı eylemler suç olarak düzenlenirken, sözleşmenin imzalanmasından sonraki bazı eylemler de yasanın 236. maddesinde “edimin ifasına fesat karıştırma suçu” adı altında düzenlenmektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere AB mevzuatına uyum ve kamu yönetimi reformu çerçevesinde kamu ihale alımları için 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çıkartılmıştır. Bunun tamamlayıcısı olarak da kamu ihalesine ilişkin sözleşmenin yapılması ve bunun sonrasındaki edimlerin ifa yöntemini düzenlemek üzere 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu çıkartılmıştır. Ancak bu yasada yalnızca 4734 sayılı yasada düzenlenen ihale yöntemlerine ilişkin sözleşmelerin yapılması ve edimlerin ifası düzenlenmiştir. 4734 sayılı yasanın kapsamı dışında kalan ihaleler açısından uygulanacak 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, bu kanuna göre yapılacak ihale sözleşmeleri ve edimlerin ifa yöntemi için de geçerli olacaktır. Dolayısıyla 5237 sayılı TCK’nın 236. maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçunun uygulanabilirliği açısından bunun hangi yasaya göre yapıldığı değil, yapılan ihalenin kamu adına yapılıp yapılmadığı konusu belirleyici olmaktadır.

1. Suçla Korunan Hukuksal Değer

Bu suç tipiyle korunan hukuksal değer konusunda da öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Buna göre bazı yazarlar bu suçla korunan hukuksal değerın ticari hayattaki işlerlik ve güven kurumu olduğunu belirtmektedirler⁵⁶. Bir kısım yazarlar ise bu suçla korunan hukuksal değerın kamuya ve kamu görevlilerine duyulan güveni sağlamak ve dürüstlüğü temin etmek olduğunu, dolaylı olarak ekonominin de korunduğunu ifade etmektedirler⁵⁷.

İhaleye fesat karıştırma suçunda da açıklandığı üzere, kamu alımları, devlet giderleri içerisindeki en önemli kalemlerden birini oluşturmakta ayrıca yapılan kamu harcamalarıyla sosyal devletin bir gereği olarak ülkenin kaynaklarının dengeli dağıtımıyla kalkınması ve halktan toplanan vergilerin yerinde ve düzgün kullanılması sağlanmaya çalışılmaktadır. Aynı zamanda kamunun yaptığı satım ya da kiralamalar da özelleştirme ihalelerinde olduğu gibi doğrudan kamu sektörünü ve özel sektörü etkilemektedir. Bu suç tipiyle ihalenin yapılmasından sonra tarafların karşılıklı edimlerini yerine getirme aşamasında bu işleyişi bozacak eylemler suç olarak düzenlenmiştir. Bu suçta yer alan eylemlere ilişkin yaptırımlar 2886 sayılı DİK ve 4735 sayılı KİK’de de bulunmaktadır, ancak bunlar idari nitelikte yaptırımlardır. Söz konusu eylemlerin suç tipi haline getirilmesiyle ceza hukukunun genel ve özel önleme işlevlerinden yararlanılarak bu eylemlerin engellenmesine çalışılmaktadır. Dolayısıyla bu suç tipiyle korunması istenen öncelikli değer “ülkenin ekonomik işleyişi ve dengesi ile sınırlı kaynaklarının korunmasıdır”.

Ayrıca bu suç tipi 765 sayılı TCK’da olduğu gibi kamu güvenine karşı suçlar ya da kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar içerisinde değil, ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar içerisinde düzenlenmiştir. Suç tipleri, ceza yasalarında korudukları hukuksal değer esas alınarak benzer suç tipleriyle bir arada düzenlendiklerine göre bu suç tipinin ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar bölümünde düzenlenmesinin özel bir anlamı bulunmaktadır. Bu nedenle edimin ifasına fesat karıştırma suçuyla korunan hukuksal değerın öncelikle ekonomik işleyişin ve dengelerin korunması olduğunun, suç tipinin düzenlendiği yerden hareketle de söylenebilmesi de mümkündür.

⁵⁶ Meran, a.g.e., s.310.

⁵⁷ Eker Kazancı, a.g.e., s.114.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçuyla korunan hukuksal değer öncelikle ülkenin ekonomik işleyişi ve dengesi olmakla birlikte bunun yanı sıra kamu görevlisine duyulan güven ve kamu idaresinin doğruluğuna duyulan güven de korunmaktadır. Dolayısıyla aslında bu suç tipiyle korunan hukuksal değer karma niteliktedir. Ancak yasa koyucu tarafından doğru olarak suç tipine koruduğu baskın hukuksal değer dikkate alınarak “ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar” bölümünde yer verilmiştir.

2. Fail ve Mağdur

Bu suçun faili herkes olabilecektir, yasada bu konuda herhangi bir özellik aranmamıştır. 765 sayılı TCK'nın benzer suç tiplerinden olan 205. maddede fail için her ne kadar “bir kimse” sözcükleri kullanılmış olsa da uygulamada ve öğretide bu suçun ancak bir memur tarafından işlenebileceği ve dolayısıyla bunun bir özgü suç olduğu belirtilmekteydi. Yeni yasayla getirilen yeniliklerden biri de bu suç tipinin bir özgü suç olmaktan çıkarılması olmuştur.

Bu suçun faili açısından aranılan şart, kişinin maddede metninde belirtilen kurum ya da kuruluşlarına karşı, bunlar için yapılan bir ihale sonucunda, taahhüt altına girmiş olmasıdır, aksi takdirde herhangi bir kişinin bu suçun faili olması mümkün değildir⁵⁸.

Bu suçun mağduru ve/veya suçtan zarar göreni, adına ihale yapıp, ihale üzerine kalan kişi tarafından yapılması beklentisi içinde olduğu edime fesat karıştırılan, kurum ya da kuruluşlardır.

3. Maddi Unsur

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu 5237 sayılı TCK'nın 236. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasında suç tipi “kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakliyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştıran kişi...cezalandırılır” şeklinde genel olarak tanımlandıktan sonra maddenin 2. fıkrasında suçun maddi unsurunu oluşturan eylemler tek tek sayılarak “edimin ifasına fesat karıştırma” eylemi tanımlanmıştır.

Bu suçun oluşabilmesi için öncelikle maddenin birinci fıkrasında belirtilen kurum ya da kuruluşlarına karşı taahhüt altına girilmiş olunan bir ihalenin olması gerekmektedir. Bu husus suçun ön şartı olarak aranmaktadır, mantıksal olarak da bu kurum ya da kuruluşlara karşı taahhüt altına girilmiş bir ihale olmaksızın, ihale sonucu yüklenilen edimin ifasına fesat karıştırılması mümkün değildir. Dolayısıyla ihale süreci sonucunda imzalanan sözleşme dışında, örneğin pazarlık yöntemi sonucu bir kamu kurum ya da kuruluşu ile imzalanan sözleşmeden kaynaklanan edimin ifasına fesat karıştırılması halinde bu suç oluşmayacaktır. Bu halde duruma göre kamu kurum ya da kuruluşlarına karşı nitelikli dolandırıcılık suçunun oluşması söz konusu olabilecektir.

Suçun maddi unsuru 2. fıkrada beş bent halinde tek tek gösterilmiştir. Bu suç tipi seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu hareketlerden birinin ya da bir kaçının yapılması halinde suç gerçekleşmiş olacak, bunlar dışındaki bir hareketle edimin ifasına fesat karıştırılması durumunda ise bu suç oluşmayacaktır. Ancak belirtmelidir ki, yasa koyucu

⁵⁸ Eker Kazancı, a.g.e., s.218.

ayrıntılı bir düzenlemeyle edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturabilecek tüm suç işleme modellerini bu yasa maddesinde düzenlemeye çalışmıştır.

Ayrıca belirtilmelidir ki 235. maddede düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçun farklı olarak, bu suç tipindeki eylemlerin tamamının hileli davranışlarla yapılması gerekmektedir, suçun işlenme şekilleri şunlardır:

1. İhale kararında veya sözleşmede evsafı (niteliği) belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi,
2. İhale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi,
3. Edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi,
4. Yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlene şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi,
5. Hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi.

Bu suçun oluşması için ihaleye fesat karıştırma suçunda olduğu gibi 2. fıkrada tanımlanan hareketlerin yapılması yeterlidir, ayrıca yapılan hareketlerin sonucunda bir neticenin gerçekleşmesi beklenmemektedir. Bu nedenle edimin ifasına fesat karıştırma suçu da neticesi harekete bitişik bir suç tipidir.

İnceleme konusu suçun gerçekleşmesi için edimin ifasına fesat karıştırmaya yönelik hareketlerin yapılması yeterli olup ayrıca bu hareketler neticesinde ihaleye ilişkin sözleşme yapılan kurum ya da kuruluşta bir zararın oluşması aranmamaktadır. Dolayısıyla bu suç tipi de ihaleye fesat karıştırma suçunda olduğu gibi bir somut tehlike suçudur; çünkü edimin ifasına fesat karıştırmaya yönelik olarak yapılan hareketler sonucunda bu suçla korunan hukuksal değerler ihlal edilmektedir.

4. Manevi Unsur

Bu suçun manevi unsuru açısından bir özellik bulunmamaktadır. Suçun işlenmesi için fail edimin ifasına fesat karıştırma eylemini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmelidir. Kısacası bu suç genel kastla işlenebilir, failin eylemi hangi saikle gerçekleştirdiğinin bir önemi bulunmamaktadır⁵⁹.

5. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, yukarıda suçun maddi unsuru incelenirken belirtildiği üzere, neticesi harekete bitişik bir suç tipi olduğu için kural olarak bunun teşebbüs aşamasında kalması mümkün değildir⁶⁰. Ancak seçimlik hareket olarak belirtilen hareketlerin bölünebilir olduğu durumlarda suça teşebbüsün gerçekleşmesi mümkündür. Bu nedenle her

⁵⁹ Meran, a.g.e., s.323.

⁶⁰ Eker Kazancı, a.g.e., s.230; karşı görüşte bkz: Meran, a.g.e., s.323.

somut olayda hareketin bölünebilir olup olmadığı ve eylemin teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığı yargıç tarafından incelenmelidir.

İnceleme konusu suç tipine suça katılmanın (iştirakin) her şeklinin gerçekleşmesi mümkündür. Suç tipinde belirtildiği üzere, edimi hileli olarak yapan kişi, kabulü için inceleme yapan kişi ve kabul eden kişi bunu suç işleme kastıyla birlikte yaptıkları takdirde her biri ayrı ayrı TCK m.37/1 gereğince fail olarak sorumlu tutulup cezalandırılacaklardır.

Bu suç açısından bazı suçların birleşmesi (içtima) hallerinin gerçekleşmesi mümkündür. Edimin ifasına fesat karıştırılması esnasında 238. maddede düzenlenen kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunun da gerçekleşmiş olması mümkündür. Bu durumda failin tek bir eylemiyle yasanın birden fazla maddesi ihlal edilmiş olacağı için fikri içtima kuralı uygulanacak faile cezası daha ağır olan edimin ifasına fesat karıştırma suçundan ceza verilecektir. Bunun yanı sıra failin edimin ifasına fesat karıştırma eylemini belgede sahtecilik yapmak suretiyle gerçekleştirmesi de mümkündür. Bu durumda TCK'nın 212. maddesi gereğince gerçek içtima kuralları uygulanarak faile her iki suçun cezası verilecektir.

Burada değinilecek bir başka konu da 236. maddenin 3. fıkrasındaki düzenlemedir. Buna göre edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla haksız yarar sağlayan görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılacaktır. Örneğin edimin ifasına fesat karıştıran bir kamu görevlisi yaptığı eylem karşısında ayrıca para alıyorsa bu eyleminden dolayı rüşvet suçundan da cezalandırılacaktır⁶¹.

6. Yaptırım ve Kovuşturma

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun karşılığı olarak yasanın 236. maddesinin 1. fıkrasında üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası verilmesi öngörülmüştür. Görüldüğü üzere cezanın miktarı 765 sayılı TCK'nın benzer maddeleri olan 205 ve 368. maddelere göre oldukça artırılmıştır. Suç politikası açısından çok önemli, uygulaması çok fazla olan ve ülkenin kaynaklarını kullanan ve bu kaynakları oluşturan tüm halkı ilgilendiren bu suç için böyle ağır bir yaptırımın öngörülmesinin eylemin işlenmesi açısından caydırıcı nitelikte olacağı ve bu suç tipine ilişkin genel ve özel önleme amacına uygun olduğu düşünülmektedir.

TCK'nın 235. maddesinin 3. fıkrasından farklı olarak, 236. maddede düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırılması neticesinde ilgili kamu kurum ya da kuruluşunun zarar görmesi halinde faile verilecek ceza arttırılmayacaktır. Bu durumun 235. maddede cezayı ağırlatıcı hal olarak düzenlenmişken, bu suç tipinin tamamlayıcısı niteliğinde 236. madde için aynı ağırlatıcı nedenin öngörülmemesi yasada bir eksiklik olarak bulunmaktadır.

Bu suç tipi için öngörülen cezanın alt sınırı üç yıl olduğu ve bu da TCK'nın 49/2. maddesi gereğince kısa süreli hapis cezası sayılmadığı için, faile verilen cezanın TCK'nın 50. maddesi gereğince adli para cezasına çevrilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde bu suç için verilen cezanın TCK'nın 51. maddesi gereğince ertelenmesine de olanak yoktur.

Bu suçu işleyen fail hakkında ayrıca 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 28. maddesinde düzenlenen idari yaptırımlar da uygulanacaktır.

⁶¹ Eker Kazancı, a.g.e., s.232.233.

Bu suç tipi soruşturması şikayete bağılı bir suç tipi değıldir, dolayısıyla Cumhuriyet Savcılığı'nın ister suç ihbarı yoluyla ister diğer bir başka yola bu suçun işlendiğı haberini alması ile resen soruşturma başlatılacak ve suçun işlendiğine ilişkin yeterli şüphe olması halinde failer hakkında kamu davası açılacaktır. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunu'nun 10. 11. ve 12. maddesi gereğince bu suça ilişkin yargılamayı yapmakla görevli mahkemeler suçun işlendiğı yer asliye ceza mahkemeleridir.

SONUÇ

İhaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçlarının kamu maliyesi ve dolayısıyla ülke ekonomisiyle olan yakın ilişkisi çalışmanın giriş bölümünde de belirtildiği üzere çok açıktır. Bu suçların işlenmesiyle, hem ülkenin ekonomik istikrarı ve dengesi, hem kamu maliyesi ve dolayısıyla ülkenin sınırlı kaynakları hem de kamu görevlilerine duyulan güven olumsuz yönde etkilenmektedir. İhale sürecine ilişkin bu suçlar ülkemiz açısından olduğu kadar, diğer ülke hukukları ve bizim tarafı olduğumuz ya da olmaya çalıştığımız ulusal üstü oluşumlar tarafından düzenleme konusu yapılmakta ve bunların önemi vurgulanmaktadır.

İhale sürecine ilişkin suçlar, bu derecede önemli olmasına karşın 765 sayılı TCK'da yer alan 205 vb. gibi diğer benzer suç tiplerinde, hem suçlar karmaşık bir şekilde düzenlenmemekte hem de suçlar olması gereken yerde belli bir düzen içinde yer almamaktaydılar. İşte yukarıda incelenen ve açıklamaya çalışılan 5237 sayılı TCK'nın 235 ve 236. maddeleri ile ihale sürecine ilişkin suç tipleri hem belli bir düzen içinde hem de bu sürecin tamamını kapsamak amacıyla ayrıntılı ve geniş bir biçimde düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK'nın 235. maddesinde "ihaleye fesat karıştırma suçu", 236. maddesinde ise "edimin ifasına fesat karıştırma suçu" düzenlenerek kamu adına ihale yapıma sürecine ve de ihale sonrası ihaleyle yüklenilen edimin ifası sürecine ilişkin suç olarak kabul edilen eylemler düzenlenmiştir. Buna göre edimin ifasına fesat karıştırmaya yönelik eylemlerin suç olarak kabul edilmesi 5237 sayılı yasa ile getirilmiş olumlu bir yeniliktir.

Yukarıda da açıklandığı üzere bugün için kamu ihale hukukunun düzenlendiği üç adet temel yasa bulunmaktadır. Bunlar 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'dur. 235. ve 236. maddenin uygulanması için yapılan ihalenin ve/veya ihale sonucunda yapılan sözleşmenin ve yerine getirilen edimin bu yasalara göre yapılmış bir ihale olmasına gerek yoktur. Bunlar dışındaki bir yasaya dayanılarak da olsa kamu adına ihale yapılması durumunda bu maddeler uygulanacaktır. Dolayısıyla burada belirleyici olan unsur yapılan ihalenin kamu adına yapılmasıdır. Ancak belirtilmelidir ki suç tipleri düzenlenirken 4734 ve 4735 sayılı yasaların düzenlemesine paralellik sağlanmıştır.

İhaleye fesat karıştırma suçu açısından bulunan en önemli eksiklik trampa, aynı hak tesisi ve taşıma işleri ile ilgili ihaleler açısından bu suçun uygulanmasının mümkün olmamasıdır. Suç ve cezada yasallık ilkesi gereğince bu işlere ilişkin ihaleler yasada açıkça belirtilmediği için 235. maddenin bunlara uygulanmaması gerekir. Bu ise suç tipinde eksiklik yaratmaktadır.

İhaleye fesat karıştırma suçunun düzenlendiği 5237 sayılı TCK'nın 235. maddesinde yer alan bir diğer yenilik ise, bu maddenin kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet gösteren vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara fesat

karıştırılması halinde de uygulanacağı belirtilmesidir. Bu düzenlemeyle 235. maddeyle 4734 sayılı KİK arasında uyum sağlanmış olmaktadır.

Değnilmesi gereken bir diğer önemli konu ise, 235. maddedeki suç tanımlanırken, eylemin rüşvet verme ya da alma şeklinde işlenmesinin de madde metnine dahil edilmesi gerektiğidir, zira ihaleye fesat karıştırma suçu genellikle ihalede görevli kamu görevlilerine rüşvet verilmesi suretiyle gerçekleştirilmektedir. Bu eylemin suç işleme modeli olarak tanımlanmaması önemli bir eksiklik oluşturmaktadır.

Belirtilmesi gereken son husus ise 235. maddenin 2. fıkrasının c) bendinde suçun işleniş modeli olarak düzenlenen “hukuka aykırı diğer hareketler” kavramının, suçta ve cezada yasallık ilkesine aykırılık oluşturabilecek nitelikte geniş olmasıdır. Yasa koyucu aslında burada cebir ve tehdit dışında benzer eylemlerle de suçun işlenişini yaptırımla karşılamaya çalışıp ihaleye fesat karıştırmaya yönelik hiçbir eylemin cezasız kalmamasına çalışmıştır. Ancak suçta ve cezada yasallık ilkesinin önemli bir alt ilkesini “belirlilik” ilkesi oluşturmaktadır. Buna göre düzenleme konusu yapılan ceza normu içeren maddeler belirgin, açık ve anlaşılabilir olmalıdır. Maddede geçen “hukuka aykırı diğer hareketler” kavramı ise içi doldurulması gereken bu nedenle belirlilik ilkesine aykırı düşen bir düzenleme olarak yasa maddesinde yer almalıdır.

Son olarak ifade edilmelidir ki, yukarıda sayılan bazı önemli eksiklikler dışında genel olarak ihale suçları açısından 5237 sayılı yasada yapılan düzenleme son derece açık, anlaşılır, ulusal ve ulusal üstü mevzuata uyumlu ve getirdiği yaptırımlar ve tüm suç işleniş modellerini kapsamaya çalışması açısından da ceza normunun hem genel önleme hem de özel önleme amaçlarına hizmet edebilecek niteliktedir.

KAYNAKÇA

- Balcı**, Murat, Devlet Hesabına Yapılan Alım, Satım ve Yapıma Fesat Karıştırma Suçu (TCK m.205), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul, 2004.
- Başsoy**, Ahmet, “Kamu İhale Kanunu”, Dünya Gazetesi, (Çevrimiçi) http://www.dunyagazetesi.com.tr/news_display.asp?upsale_id=111420, 21.01.2003.
- Boulton**, Leyla, “Delay Castas Doubt on Ankara’s Reformist Zeal”, Financial Times, (Çevrimiçi) <http://search.ft.com/ftArticle?queryText=%E2%80%9CDelay+Castas+Doubt+on+Ankara%E2%80%99s+Reformist+Zeal%E2%80%9D&y=8&aje=true&x=12&id=030103000574>, 03.01.2003.
- Çorbacıoğlu**, Şevket, “Beşinci (12.11.2001) Kamu İhale Kanunu Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, Türkiye Mühendislik Haberleri, Y.46, S.414, 2001/4, s.27-29.
- Demirbaş**, Timur, Kriminoloji, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Dursun**, Selman, Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Eker Kazancı**, Behiye, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Emek**, Uğur, Kamu Alımlarında Etkin İhale Tasarımı, İstanbul, TÜSİAD Yayını, 2001.
- Erman**, Sahir, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 316-368), İstanbul, Dünya Yayıncılık, 1996.
- Erman**, Sahir, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 202-281), İstanbul, Dünya Yayıncılık, 1992.
- Gökçen**, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul, Fazilet Neşriyat, 1989.
- Hastürk**, Mesut, “Kamu İhale Kanunu İle İhale Sisteminde Yapılan Değişiklikler”, (çevrimiçi) www.mukder.org.tr/17mh.htm, 25.02.2007.
- Karahasan**, Mustafa Reşit, İnşaat İmar İhale Hukuku, C.III, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1997.
- Kutlu**, Meltem, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1997.
- Majno**, Ceza Kanunu Şerhi: Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C.II, Ankara, Yargıtay Yayını, 1978.
- Meran**, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik Malvarlığı Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.

- Mutluer**, M. Kamil, Vergi Genel Hukuku, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006.
- Mutluer**, M. Kamil/Erdoğan Öner/Ahmet Kesik, Bütçe Hukuku, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006.
- Onar**, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966.
- Önder**, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994.
- Özgenç**, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Özgüven**, Ali, İktisat Bilimine Giriş, 8. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005.
- Özön**, Mustafa Nihat, Osmanlıca – Türkçe Sözlük, Ankara, Bilgi Yayınevi, 1971.
- Öztürel**, Önder, 5237 Sayılı TCK'daki Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar, Kazancı Hukuk İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi, S.5, Ocak 2005, s.131 – 136.
- Parlar**, Muammer, “Kamu İhale Kanunu”, (Çevrimiçi) [www. huder.org/dergi.htm](http://www.huder.org/dergi.htm), 27.02.2007.
- Saygılıoğlu**, Nevzat/Selçuk Arı, Etkin Devlet: Kurumsal Bir Tasarı ve Politika Önerisi, İstanbul, Sabancı Üniversitesi Yayını, 2002.
- Sutherland**, Edwin H., “Is ‘White Collar Crime’ Crime”, The Sociology of Crime and Delinquency, Ed. Marwin E. Wolfgang/Leonard Savitz/Norman Johnston, New York - London, John Wiley and Sons Inc., 1962, s.20-27.
- Sutherland**, Edwin H./Donald R. Cressey, Principles of Criminology, Fifth Edition, Chicago, Philadelphia, New York, J.B. Lippincott, 1955.
- Sutherland**, Edwin H., “Crime and Business”, Annals of the American Academy of Political and Social Science, CCXVII, 1941, s.122-118.
- Sutherland**, Edwin H., “White Collar Criminality”, American Sociology Review, V.5, 1940, s.1-12
- Uz**, Abdullah, Kamu İhale Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005.
- Yılmaz**, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 5. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.
- World Bank Report**, Turkey Draft County Procurement Assesment Report, Volume I, 6 March 2001.