

5. Ceza Dairesi 2012/3588 E. , 2013/1487 K.

- **İHALEYE FESAT KARIŞTIRMAK**
- **AZMETTİREN YA DA YARDIM EDEN OLARAK SUÇA İŞTİRAK**
- **GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMAK**
- **DOĞRUDAN TEMİN USULÜ**
- **ÖZGÜ SUÇ**

- o KAMU İHALE KANUNU (4734) Madde 17
- o KAMU İHALE KANUNU (4734) Madde 18
- o KAMU İHALE KANUNU (4734) Madde 22
- o KAMU İHALE KANUNU (4734) Madde 59
- o CEZA MUHAKEMESİ KANUNU (CMK) (5271) Madde 232
- o CEZA MUHAKEMESİ KANUNU (CMK) (5271) Madde 237
- o CEZA MUHAKEMESİ KANUNU (CMK) (5271) Madde 238
- o TÜRK CEZA KANUNU (TCK) (5237) Madde 2
- o TÜRK CEZA KANUNU (TCK) (5237) Madde 40
- o TÜRK CEZA KANUNU (TCK) (5237) Madde 53
- o TÜRK CEZA KANUNU (TCK) (5237) Madde 235
- o TÜRK CEZA KANUNU (TCK) (5237) Madde 257

"İçtihat Metni"

Mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle dosya incelendi;

Şikayetçi Hazine ile Belediye vekillerinin özel belgede sahtecilik suçuyla ilgili olarak CMK'nın 237 ve 238. maddelerine göre usulüne uygun şekilde başvurarak katılan sıfatını kazanmamaları nedeniyle bu hükümleri temyiz etmeye hakları bulunmadığından, sanık Aziz müdafinin bu sanık yönünden yüzüne karşı verilen hükmü süresinden sonra 26/01/2010 tarihinde temyiz ettiği anlaşıldığından belirtilen temyiz istemlerinin açıklanan nedenlerle CMUK'nın 317. maddesi uyarınca REDDİNE, suçtan zarar gören ve kovuşturma aşamasında duruşmadan haberdar edilmeyen şikayetçi Hazine vekili ile şikayetçi N.. B.. vekilinin katılma taleplerinin ihaleye fesat karıştırma suçundan kurulan hükümlerle sınırlı olarak 3628 sayılı Kanunun 17 ve 18. maddeleri ile CMK'nın 237/2, 260. maddelerinin verdiği yetkiye dayanılarak kabulü ile dosyanın esastan incelenmesine, hükmolunan ceza miktarı itibarıyla koşulları bulunmadığı gibi sanık Okyay müdafinin isteminin süresinden de sonra olduğu anlaşılmakla sanıklar Okyay ve Fevzi müdafilerinin duruşma istemlerinin CMUK'nın 318. maddesi uyarınca reddi ile incelemenin duruşmasız ve dilekçesinin içeriğine göre O yer C.Savcısının temyiz isteminin sanık K.. D.. hakkında kurulan hükme yönelik olduğu gözetilerek yapılmasına karar verildikten sonra gereği düşünüldü:

Sanıklar K.. D., C.. D. ve S.. A.'nın beraetlerine, sanıklar O.. A., M.. O., F.. A., B.. K. ve A.. S.'nin atılı zincirleme biçimde ihaleye fesat karıştırmak suçundan mahkûmiyetlerine dair hükümlere yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Dairemizin istikrar kazanan uygulamalarına göre ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için kanunlarda öngörülmuş ihale usullerinden biri ile usulüne uygun yapılmış ya da yapılacak bir ihale ve iş olmasının zorunlu olduğu, doğrudan temin yönteminin 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 18. maddesinin (d) bendinde bir ihale usulü olarak öngörülmuş iken, 15/08/2003 gün ve 25200 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4964 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun İle Kamu İhale Kanunu Ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 12. maddesi ile "4734 sayılı Kanunun 18 nci maddesinin (d) bendi madde metninden çıkarıldı", anılan Kanunun 15. maddesi ile de 4734 sayılı Kanunun 22 nci maddesi değiştirilerek doğrudan temin usulünün düzenlendiği, 4964 sayılı Kanunun 12 ve 15. maddelerinin gerekçelerinde de "esasen bir ihale usulü olmayan "doğrudan temin"in ihale usulleri arasından çıkarıldığı ve buna ilişkin esas ve usullerin Kanunun 22 nci maddesinde düzenlendiği" ifade edilmiş olup, değişiklik gerekçesi ile birlikte söz konusu madde metni incelendiğinde; doğrudan temin yönteminin bir ihale usulü olmadığı, sadece madde metninde belirtilen durumlarda idarelerce kullanılabilecek bir satın alma yöntemi olduğu anlaşılmakla; sanıklara atılı ihaleye fesat karıştırma suçunun unsurları

itibariyle oluşmayacağı, sanık Fevzi'nin sübutu kabul olunan eylemlerinin zincirleme biçimde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı, kamu görevlisi tarafından işlenebilen bu suça iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alınarak, suç tarihinde kamu görevlisi olmayan diğer sanıkların eylemlerinin bunlardan hangisine temas ettiğine ilişkin gerekçeleri açıklanıp, sanık Fevzi hakkında görevi kötüye kullanmak suçundan tefrik kararı verilen evrak akıbeti de araştırılarak hüküm kurulması yerine yazılı şekilde suç vasfında hataya düşülerek, sanıklar K.. D., C.. D. ve S.. A.. haklarında ise gerekçeden yoksun biçimde hükümler kurulması,

Kabule göre de;

Sanıkların eylemleri sabit görülerek mahkûmiyetlerine karar verilmesine rağmen hükümde 5237 sayılı TCK'nın 235/2-d maddesi delaletiyle ibaresine yer verilmeyerek CMK'nın 232/6. maddesine muhalefet edilmesi,

TCK'nın 235. maddesinde ihaleye 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 bulunmadığı, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın "a" ve "b" bentlerinde sayılan hallerde ihale sürecinde görev alan ilgili görevlileri, "d" bendinde belirtilen halde ise ihaleye katılan ya da katılmak isteyen kişilerin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, bu itibarla 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK'nın 235/2-d maddesi uyarınca ihaleye katılan ya da katılmak isteyen kişiler tarafından işlenebilen ihaleye fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alındığında sanık Fevzi'nin iştirak durumunun buna göre değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

Sanıklar Fevzi, Okyay ve Bülent haklarında olayın oluş şekli, sanıkların kişiliği ve suçu sürdürmedeki ısrarlı tutumları ve suçun işlenme süresi gözönüne alınarak temel cezanın ve zincirleme suç nedeniyle yapılacak artırımın hak ve nesafete uygun bir şekilde alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi gerekirken yazılı şekilde uygulama yapılması,

Suçun 5237 sayılı Yasanın 53/1-a maddesindeki yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlendiğinin kabul edilmesi karşısında sanık Fevzi hakkında aynı Yasanın 53/5. maddesinin uygulanması gerektiğinin nazara alınmaması,

Fevzi dışındaki mahkûmiyetine karar verilen sanıklar hakkında 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 17/a-c maddesi yollamasıyla anılan Yasanın 59/1. maddesi uyarınca yasaklama kararına hükmedilmemesi,

Kanuna aykırı, katılanlar vekillerinin, O yer C.Savcısının ve sanıklar Okyay, Mehmet, Fevzi ve Bülent müdafilerin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülüş olduğundan, hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 28/02/2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.