

**kasıtlı bir suçun tüzel kişinin organ veya temsilci sıfatını taşıyan kişilerin iştirakiyle işlenmesi ve bu kişiler hakkında işledikleri suç nedeniyle mahkumiyet kararı verilmiş olması, suçun tüzel kişinin faaliyet izninin sağladığı yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi ve bununla tüzel kişinin yararına bir kazanç elde edilmiş olması gerektiği; haklarında mahkumiyet kararı verilen sanıkların ilgili şirketlerin organ veya temsilcisi olup olmadıkları hususunda**

araştırma yapılmadan,  
şirketlerin herhangi bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunup bulunmadığı, yüklenen suçun hangi faaliyet izninin kötüye kullanılması suretiyle işlendiği karar yerinde tartışılıp değerlendirilmeksizin faaliyet izinlerinin iptaline karar verilmesi,

5. Ceza Dairesi 2018/3713 E. , 2018/3209 K.

**“İçtihat Metni”**

MAHKEMESİ :Ağır Ceza Mahkemesi

SUÇ : İhaleye fesat karıştırma, özel belgede sahtecilik

HÜKÜM : Mahkumiyet, beraat, görevi kötüye kullanma olarak kabulüyle mahkumiyet,

Mahalli mahkemece verilen hükümler temyiz edilmekle dosya incelendi;

Malen sorumlu ... Tic. Ltd. şti. vekilinin hak ve yetkisi bulunmayan ayrıca süresinden sonra yaptığı, sanıklar ... ve ... müdafiilerinin ise hükmolunan sonuç ceza miktarı itibarıyla

koşulları bulunmayan duruşmalı inceleme istemlerinin 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK'nın 318. maddesi uyarınca reddiyle, incelemenin duruşmasız ve katılan Hazine vekilinin ..., ..., ... ve ... hakkında verilen beraat, sanıklar müdafiilerinin mahkumiyet hükümlerine ve ... Tic. Ltd. Şti. vekilinin güvenlik tedbiri uygulanmasına ilişkin hükme yönelik temyiz itirazlarıyla sınırlı olarak yapılmasına karar verildikten sonra gereği düşünüldü:

1-Sanıklar ..., ..., ... ve ... haklarında ihaleye fesat karıştırma suçundan verilen beraat hükümlerinin yapılan incelemesinde; Delilleri takdir ve gerekçesi gösterilmek suretiyle verilen beraat hükümleri usul ve kanuna uygun olduğundan yerinde görülmeyen katılan Hazine vekilinin temyiz itirazlarının reddiyle hükümlerin ONANMASINA,

2-Sanıklar ..., ... ve ... haklarında ihaleye fesat karıştırma suçundan verilen mahkumiyet hükümlerinin yapılan incelemesinde;

Ceza yargılaması sonucunda mahkumiyet kararı verilebilmesi için suç oluşturan fiilin sanık tarafından işlendiğinin hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak, herkesi inandıracak biçimde kanıtlanması ve şüphenin masumiyet karinesinin gereği olarak sanık lehine değerlendirilmesi gerektiği (Anayasa m.38/4, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m. 6/2, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 11, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m.14/2), Söz-Yapı İnş. Müh. Tic. Ltd. Şti. çalışanı olan sanık ...'in 2011 yılında yapılan ihaleye ilişkin işlemleri bizzat yapmadığı dosya kapsamında mevcut delillerle sabit ise de, bu sanığın haklarında mahkumiyet kararları verilen diğer sanıkların eylemlerine iştirak ettiğine, sanıklar ... ve ...'ın da yaklaşık maliyet bilgilerini sızdırdıklarına dair mahkumiyetlerine yeterli her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı somut bir delil bulunmadığı gözetilerek beraatlerine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yanılığılı değerlendirmeler sonucu yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi,

3-Sanık ... hakkında ihaleye fesat karıştırma suçundan verilen mahkumiyet hükmünün yapılan incelemesinde;

Sanığın ... Tic. Ltd. Şti.'nin ortağı olduğu, 20/04/2010 tarihinde yapılan 2010/24233 sayılı larva, sivrisinek (uçkun), karasinek ve fare ilaçlamasında kullanılmak üzere ilaç alımı ve kısmi uygulama yapılması ihalesine ilişkin evrakın ilgili şirketin temsile yetkili ortağı ... tarafından hazırlandığı, sanığın ihale işlemlerine katılmadığı, soruşturma aşamasındaki beyanında da ihalenin lehlerine sonuçlandığını yeni öğrendiğini beyan ettiği, resmi işlerin fiilen sanık ... tarafından yürütüldüğü, sırf şirket ortağı olmanın mahkumiyet için yeterli olamayacağı, haklarında mahkumiyet kararları verilen diğer sanıklar ile birlikte hareket ettiğine dair cezalandırılmasına yeterli, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı nazara alınarak beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden mahkumiyetine karar verilmesi, 4-Sanık ... ve ... haklarında ihaleye fesat karıştırma suçundan verilen mahkumiyet hükümlerinin yapılan incelemesinde;

... Tic. Ltd. Şti. çalışanı olan sanıklar ...'nın ihalelerle ilgili hiç bir yetki ve görevinin olmadığı, ihale evrakının hazırlanması ve sunulması hususunda doğrudan bir katkısının bulunmadığı, yapılan işlemlere katılmadığı, sanık ...'ın ise işvereni olan ...'ın talimatı doğrultusunda ihale evrakındaki yazı ve rakamları yazarak ihale komisyonuna

teslim ettiği, ihalenin ayrıntılarını bilmediği, birlikte Tarsus'a geldikleri ...'ın evrakı nereye vereceğini kendisine gösterdiği, sanıkların konumları ile şahsi ve sosyal durumları nazara alındığında suç kastı ile hareket ettiklerine dair cezalandırılmaları için yeterli kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı ve beraatlerine karar verilmesi gerektiği halde mahkumiyetlerine karar verilmesi,

5-Sanık ... hakkında ihaleye fesat karıştırma suçundan açılan davada eylemin görevi kötüye kullanma kabul edilerek verilen mahkumiyet hükmünün incelenmesinde;

Sanığın 2010 yılında yapılan ihalede herhangi bir görevinin bulunmadığı, ihale sürecinde ya da komisyonunda yer almadığı, ihaleye katılan şirketlerin bağlantılı olduklarına dair bilgi sahibi olduğuna ilişkin bir delilin de bulunmadığı nazara alınarak beraatine karar verilmesi gerekirken yanılığılı

değerlendirmeler sonucu bu ihale nedeniyle görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi,

6- Sanık ... hakkında ihaleye fesat karıştırma suçundan açılan davada eylemin görevi kötüye kullanma kabul edilerek verilen mahkumiyet hükmünün incelenmesinde;

Sanığın görevi kötüye kullanma olarak kabul edilen eylemi neticesinde cezalandırılabilmesi için objektif cezalandırma şartları olan "kamu zararı", "kişi mağduriyeti" veya "kişilere haksız menfaat sağlama" unsurlarından birinin oluşması gerektiği nazara alınarak, ihaleye fesat karıştırma suçları yönünden aldırılacak olan rapor sonrasında yaklaşık maliyetin yüksek olarak belirlenip belirlenmediği hususunun açıklığa kavuşturulması ve objektif cezalandırma koşullarının ne şekilde gerçekleştiğinin karar yerinde tartışılıp değerlendirilmesi sonrasında sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,

7-Sanık ... hakkında ihaleye fesat karıştırma suçundan verilen mahkumiyet hükmünün yapılan incelemesinde;

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

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 öğretilerde özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın "a" ve "b" bentlerinde sayılan hallerde ihale sürecinde görev alan ilgili kamu 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 TCK'nın 235/2-d maddelerinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma sularına iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alındığında; ihaleye katılmayan, diğer sanıkları azmettirdiğine dair delil de bulunmayan sanığın TCK'nın 40/2. maddesi kapsamında ihaleye fesat karıştırma suçuna yardım eden sıfatıyla cezalandırılması gerektiği gözetilmeden asli fail olarak kabulüyle yazılı Şekilde ceza tayini,

8-Sanıklar ..., ..., ..., ..., ..., ... ve ... haklarında ihaleye fesat karıştırma suçlarından verilen mahkumiyet hükümlerinin incelenmesinde;

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

a-2011/318 Esas sayılı dosyaya ilişkin soruşturma sırasında alınan 07/10/2011, aynı dosyanın kovuşturma aşamasında alınan 15/05/2012 ve birleşen 2012/242 Esas sayılı dosyanın kovuşturma evresinde alınan 14/05/2013 tarihli bilirkişi raporları arasında çelişki bulunduğu, mevcut raporların hüküm kurmaya yeterli ve elverişli bulunmadığı da nazara alınarak, çelişkilerin giderilmesi amacıyla önceki raporları da irdeler Şekilde yeni bir bilirkişi raporu aldırılarak yüklenen suçun işlenmesiyle kamunun zarara uğrayıp uğramadığı hususunun açıklığa kavuşturulması sonrasında sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ile yazılı Şekilde hükümler kurulması,

b-İhaleye fesat karıştırma suçu ile korunan hukuki yarar ve bu bağlamda suçun topluma karşı suçlar bölümünde düzenlenmesi karşısında bu suçun mağdurunun toplumu oluşturan bireylerin tamamının, diğer bir ifadeyle kamunun olduğu, eylemin belirli bir kişinin zararına olarak işlenmesi halinde bu kişinin mağdur değil, suçtan zarar gören olacağı nazara alınarak sanıklar ... ve ... haklarında TCK'nın 43. maddesi uyarınca

zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekirken suç kastlarının yenilendiğine ilişkin delillerin nelerden ibaret olduğu karar yerinde tartışılıp değerlendirilmeden her bir ihale yönünden ayrı mahkumiyet hükmü kurularak fazla ceza tayini,

9-Sanıklar ... ve ... haklarında özel belgede sahtecilik suçundan kurulan mahkumiyet hükümlerinin temyiz incelemesinde ise;

Olaya ilişkin bilgi ve görgü sahibi oldukları anlaşılan ..., ... ve ...'in beyanlarının tespitiyle sahtecilik suçuna konu evrakın ilgili idareye kim veya kimler tarafından sunulduğunun belirlenmesi, belgede sahtecilik suçlarında aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığının takdirinin hakime ait olduğu da gözetilerek, suça konu belge asılları celp edilip incelenmek suretiyle özelliklerinin duruşma tutanağına yazılması, denetime olanak verecek şekilde asıllarının dosya içine konulması ve iğfal kabiliyetinin ne şekilde oluştuğunun karar yerinde tartışılıp değerlendirilmesi,

birleşen 2012/242 Esas sayılı dosya kapsamında alınan 14/05/2013 tarihli bilirkişi raporundaki sahteciliğe konu ... Zirai İlaç Gübre Bayiine ait teşekkür mektubunun ihalenin sonucunu etkilemediği şeklindeki değerlendirme nazara alınarak sahteciliğe konu evrakın ihale dosyasına etkisi ve sanıkların eylemlerinin faydasız sahtecilik niteliğinde olup olmadığı hususu üzerinde durularak sonucuna göre hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmemesi,

10-Kabule göre de;

a-Sanıklar ... ve ... hakkında 2008 ve 2009 yıllarına ilişkin ihaleler nedeniyle kurulan mahkumiyet hükümlerinde takdiri indirim yapılırken sonuç cezanın 2 yıl 1 ay yerine 1 yıl 13 ay, özel belgede sahtecilik suçundan kurulan mahkumiyet hükümlerinde de aynı şekilde 2 yıl 7 ay 7 gün yerine 1 yıl 19 ay 7 gün hapis cezasına hükmolünmek suretiyle eksik cezalar tayini,

b- İhaleye fesat karıştırma suçundan mahkumiyetlerine karar verilen sanıklar hakkında **4734 sayılı** Kamu İhale Kanununun 17/a maddesi yollamasıyla anılan Yasanın 59/1. maddesi uyarınca yasaklama kararına hükmedilmemesi,

c-Anayasa Mahkemesi'nin 08/10/2015 tarih ve E. 2014/140; K. 2015/85 sayılı kararının hükümden önce Resmi Gazetenin 24/11/2015 tarih ve 29542 sayısında yayımlanarak yürürlüğe girmiş olmasına karşın bu hususun TCK'nın 53. maddesi uygulanırken nazara alınmaması,

d- Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 16/12/2008 gün ve 2008/146-235 sayılı Kararına göre mağdurun belli olması ve maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilebileceği durumlarda suçun maddi konusunu oluşturan değerlerin müsaderesine karar verilemeyeceği nazara alınarak, Tarsus Sulh Ceza Mahkemesi'nin 27/06/2011 tarih ve 2011/865 Değişik iş sayılı kararı ile tedbir konulan alacak miktarının ve suçun işlenmesiyle elde edildiği kabul edilen kısmının ne kadar olduğu, suçun mağduruna iadesinin mümkün olup olmadığı hususlarında herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın TCK'nın 55. maddesi uyarınca müsaderesine karar verilmesi,

e-TCK'nın 60/1. maddesinde düzenlenen güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için, kasıtlı bir suçun tüzel kişinin organ veya temsilci sıfatını taşıyan kişilerin iştirakiyle işlenmesi ve bu kişiler hakkında işledikleri suç nedeniyle mahkumiyet kararı verilmiş olması, suçun tüzel kişinin faaliyet izninin sağladığı yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi ve bununla tüzel kişinin yararına bir kazanç elde edilmiş olması gerektiği; haklarında mahkumiyet kararı verilen sanıkların ilgili şirketlerin organ veya temsilcisi olup olmadıkları hususunda araştırma yapılmadan, şirketlerin herhangi bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunup bulunmadığı, yüklenen suçun hangi faaliyet izninin kötüye kullanılması suretiyle işlendiği karar yerinde tartışılıp değerlendirilmeksizin faaliyet izinlerinin iptaline karar verilmesi,

Kanuna aykırı, haklarında mahkumiyet kararı verilen sanıklar müdafileri ve malen sorumlu ... Tic. Ltd. Şti. vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek kazanılmış hak saklı kalmak kaydıyla CMUK'nın 321 ve 326/son maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 26/04/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.