



**İSTANBUL MEDENİYET  
ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ**

Sünneti Kasten Yaralama Suçu Olarak Kabul Eden Köln Eyalet  
Mahkemesi Kararı ve Alman Kanun Koyucunun Karara Tepkisi

**Yrd. Doç. Dr. Erdal YERDELEN**

Elektronik İhale (E-İhale)

**Arş. Gör. Selman Sacit BOZ**

Recklessness: the Dichotomy between Subjective and Objective  
Interpretation in English Criminal Law

(İngiliz Ceza Hukuku Taksir Müessesinde Sübjektif ve  
Objektif Yorum İkilemi)

**Arş. Gör. Ahmet Emrah GEÇER**

KAMU HUKUKU ARŞİVİ (KHUKA) 1998'DEN BERİ  
YAYIMLANAN VE YÖK KRİTERLERİNİ YERİNE GETİRMİŞ,  
ULUSAL HAKEMLİ BİR KAMU HUKUKU DERGİSİDİR.

---

**KHUKA**

**Kamu Hukuku Arşivi- 2013-1**

Archiv des öffentlichen Rechts – 2013-1

**L'Archive du droit Public – 2013-1**

Archive of Public Law – 2013-1

---

**Altı ayda bir yayımlanır.**

Die Zeitschrift erscheint halbjährlich.

Cette revue se publie deux fois par ans.

Bi-annual.

**Cilt XIII, Sayı 1**

Band XIII, Nummer 1

Volume XIII, Numéro:1

Volume XIII, Number:1

**Editör** : Yrd. Doç. Dr. Halid ÖZKAN

**Sahibi** : İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Sorumlu** : Yrd. Doç. Dr. Mehmet Maden

**Adres** : D100 Karayolu 6/1, Kadıköy- İSTANBUL

**Tel** : +90332 2233280

**E-posta** : halidozkan@yahoo.com

**YAYIN KURULU / SCHRIFTLLEITUNG / COMITÉ DE L'ÉDITION / ASSOCIATED EDITORS**

Prof. Dr. Mustafa Avcı

Yrd. Doç. Dr. Murat Tumay

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Maden

Yrd. Doç. Dr. Murat Aydın

Kamu Hukuku Arşivi (KHUKA) 1998'den Beri Yayımlanan ve YÖK Kriterlerini Yerine Getirmiş,

**Ulusal Hakemli Bir Kamu Hukuku Dergisidir.**

E-MAIL: [kamuhukukuarsivi@gmail.com](mailto:kamuhukukuarsivi@gmail.com)

(ATIF İÇİN ÖNERİ: yazar, makale adı, KHUKA, 2013-1, s.)

**YAYINCI / VERLAG / PUBLISHER**

---

**A D A L E T Y A Y I N E V İ**

Cihan Sokak 16/B Sıhhiye / Ankara

Tel: (0 312) 231 17 94 - 229 92 07 / Faks: (0 312) 231 77 04

web: [adaletyayinevi.com](http://adaletyayinevi.com) / e-mail: [adalety@adaletyayinevi.com](mailto:adalety@adaletyayinevi.com)

---

**Baskı:**

Salmat Basım Yayım San. Tic. Ltd. Şti.

Sertifika No: 26062 Tel: (0312) 341 10 24 – ANKARA

## **AÇIKLAMALAR:**

1-Dergide yayımlanması istenen çalışmalar **Halid Özkan** adına yukarıdaki elektronik posta adresine gönderilmelidir. Gelen çalışmalar yayın kurulu tarafından değerlendirilerek ilgili hakem kurulu üyesine gönderilir. Çalışmanın, hakemlerin incelemesi ve düzeltmelere olanak tanınması amacıyla yayın tarihinden en az üç ay önce gönderilmesi tavsiye edilir. Hakem kurulu üyesine gönderilecek çıktıda yazarın adı yer almaz (Kör hakemlik).

2- Yayınlanan çalışmadaki dil, üslup, görüş ve sorumluluk yazara aittir.

3- Gönderilen çalışma yayınlandığı takdirde telif haklarının İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne devredilmesine rıza gösterildiği anlamına gelir. Yazar bu çalışmasını başka bir süreli yayında yayınlamama taahhüdünde bulunmuş sayılır.

4- Başka yerde yayınlanmış çalışmalar kabul edilmez.

5-Yayınlanmak üzere gönderilen çalışmalar Word programının 6.0 veya daha yeni versiyonlarıyla yazılmış olarak CD ve çıktısı ile gönderilmelidir. İnternet yoluyla gönderilmesi de mümkündür. Ana metin **Arial-9**, dipnotlar **Arial-8** biçim ve ölçülerinde yazılmalıdır. Editör çalışmanın özüne dokunmaksızın ifade ve biçimle ilgili değişiklikler yapabilir.

**6. ÇALIŞMANIN BAŞLIĞI TÜRKÇE'NİN YANINDA İNGİLİZCE OLARAK DA İFADE EDİLMELİDİR. MAKALENİN BAŞLANGICINA 150-200 KELİMELİK İNGİLİZCE ÖZET VE AYNI ÖZETİN TÜRKÇESİ; İNGİLİZCE VE TÜRKÇE ANAHTAR KELİMELER EKLENMELİDİR.**

## **AUTORENHINWEISE**

1. Manuskripte sind an die Adresse der Schriftleitung mindestens 3 Monate vor der Veröffentlichung der KHUKA einzureichen. Eingereichte Manuskripte werden von der Schriftleitung an zuständiges Mitglied des Beirats weitergeleitet.

2. Für den Inhalt der Manuskripte sind Autoren verantwortlich.

3. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor der juristischen Fakultät der Universität Medeniyet das Verlagsrecht und verpflichtet sich, das Manuskript nicht in einer anderen Zeitschrift zu veröffentlichen.

4. Bereits veröffentlichte Manuskripte werden nicht angenommen.

5. Manuskripte sind mit dem Textverarbeitungsprogramm WORD in der 6.0 oder höheren Version zu verfassen. Eine den Inhalt des Manuskripts enthaltende CD ist unbedingt mit einzureichen. Es kann auch per E-Mail senden. Redaktionelle Änderungen dürfen im Text vorgenommen werden.

## **EXPLACATIONS POUR PRESENTATION DES ARTICLES**

L'indication de la rubrique souhaitée pour l'insertion de l'article dans la revue.

1-La revue Public des articles originaux

2-Le titre complet et un titre court pour insertion en tête des pages.

3-les initiales et les noms les auteurs avec leurs adresses en notes de bas page.

4-numerotation des paragraphes, I, II, III etc.

5-Les articles sont adressés à la direction de la revue en deux exemplaires avec une CD. On propose de profiter la programme word ( pour le texte Arial-9 et pour la référence de bas page Arial-8)

6-Chaque article soumis à un expert de comité de consultant.

7-Les articles sont adressés à la direction avant de date de publication (au moins trois mois)

8-Editeur peut faire des changements rédactionnels sur le texte.

9-Un article soumis à la revue ne doit être, ni publié, ni soumis par ailleurs, Lorsqu'il est accepté, la revue se réserve l'exclusivité de sa publication

10-En cas de l'acceptation d'un article pour publication, l'auteur accepte de transférer droit d'auteur à IMUHF.

11-Les auteurs ont la responsabilité de leurs écrits.

## **INFORMATION TO COTRIBUTERS**

1.The manuscripts is send to the address of the editorial board. The received work is send to peer related reviewers after a brief check by editorial board. The manuscripts should be sent as early as there months before publication for the completion of referees' suggestions and required corrections. The manuscripts send to referees will not include the identities of the authors.

2.The editorial board finds itself abstained from all legal responsibilities that the ideas, style and format disclosed in the manuscript after publication.

3.By submitting the manuscript, the Authors is accepting that copyright of the manuscript will be transferred to IMUHF after publication in KHUKA, and will not be published in any journal.

4.The published manuscript in any journal is not accepted for consideration.

5.The submission should have an IBM compatible CD including a copy written by MS Word 6.0 or above, the body text with Arial-8. the editorial committee reserves all the right for any change in the manuscript.

## **Hakem Kurulu / Beirat / Comité de Consultant / Consulting Board \***

Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan HAKERİ, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi*

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ, *Gazi Üniversitesi*

Prof. Dr. Gül AKYILMAZ, *Gazi Üniversitesi*

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK, *Marmara Üniversitesi*

Prof. Dr. Mustafa AVCI, *Selçuk Üniversitesi*

Prof. Dr. Meltem Dikmen CANIKLIOĞLU, *Dokuz Eylül Üniversitesi*

Prof. Dr. Ahmet CİHAN, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi*

Prof. Dr. M. Emin ÇAĞIRAN, *Gazi Üniversitesi*

Prof. Dr. Fevzi DEMİR, *Dokuz Eylül Üniversitesi*

Prof. Dr. İlyas DOĞAN, *Gazi Üniversitesi*

Prof. Dr. Recep GÜLŞEN, *Zirve Üniversitesi*

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ, *Dokuz Eylül Üniversitesi*

Prof. Dr. Osman KAŞIKÇI, *Fatih Üniversitesi*

Prof. Dr. Bernhard KEMPEN, *Köln Üniversitesi / ALMANYA*

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ, *Mevlana Üniversitesi*

Prof. Dr. Hayrettin ÖKÇESİZ, *Akdeniz Üniversitesi*

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ, *Gazi Üniversitesi*

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK, *İstanbul Kültür Üniversitesi*

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN, *Çankaya Üniversitesi*

Prof. Dr. Makoto TADAKI, *Chuo Üniv. Tokyo/ JAPONYA*

Prof. Dr. A. Mete TUNÇOKU, *Onsekiz Mart Üniversitesi*

Prof. Dr. Feridun YENİSEY, *Bahçeşehir Üniversitesi*

Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM, *Selçuk Üniversitesi*

---

\* Hakem Kurulu üyelerinin isimleri akademik unvan ve alfabetik soyadı sıralamasına göre düzenlenmiştir.



## İÇİNDEKİLER

Sünneti Kasten Yaralama Suçu Olarak Kabul Eden Köln Eyalet  
Mahkemesi Kararı ve Alman Kanun Koyucunun Karara Tepkisi..... (1-8)

***Yrd. Doç. Dr. Erdal YERDELEN***

Elektronik İhale (E-İhale) ..... (9-26)

***Arş. Gör. Selman Sacit BOZ***

Recklessness: the Dichotomy between Subjective and Objective  
Interpretation in English Criminal Law  
(İngiliz Ceza Hukuku Taksir Müessesinde Sübjektif ve  
Objektif Yorum İkilemi)..... (27-32)

***Arş. Gör. Ahmet Emrah GEÇER***





## SÜNNETİ KASTEN YARALAMA SUÇU OLARAK KABUL EDEN KÖLN EYALET MAHKEMESİ KARARI VE ALMAN KANUN KOYUCUNUN KARARA TEPKİSİ

Entscheidung des LG Köln über die  
Beschneidung und die Reaktion des  
deutschen Gesetzgebers auf diese  
Entscheidung

Erdal YERDELEN<sup>1</sup>

### Özet

Köln Eyalet Mahkemesi, 7.5.2012 tarihli kararı ile ailenin rızasıyla küçük çocuğu sünnet eden Müslüman-Türk doktorun kasten yaralama suçunu işlediğine hükmetti. Tatil dönemi olmasına rağmen bu karar kamuoyunda yeterli ilgiyi gördü. Putzke gibi yazarlar sünnet aleyhine içtihat oluştuğunu dahi savundular. Alman kanun koyucu, buna tepki olarak 28.12.2012 tarihinde Alman Medeni Kanunu'na 1631d maddesini ekledi. Sünnet fiilini, kanun emrini icra hukuka uygunluk nedenine kavuşturdu. Bu çalışmada Köln Eyalet Mahkemesi'nin kararı ve Alman Medeni Kanunu'ndaki değişiklik hakkında değerlendirmeler yapılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Mahkeme Kararı, Sünnet, Kasten Yaralama, Tehlikeli Araç, Hukuka Uygunluk Nedeni

### Zusammenfassung

Köln Landgericht hat am 7.5.2012 die Entscheidung getroffen, in der ein Muslim und türkische Ärzte wegen Körperverletzung beurteilt wurde, weil er über einem türkischen Sohn, Beschneidung geführt hat. Obwohl es Urlaubzeit war, hat es in der öffentlichen Meinung genügendes Interesse gefunden. Einige Autoren wie Putzke haben es verteidigt, dass diese Entscheidung, ab jetzt der aktuelle Fall ist. Deutscher Gesetzgeber hat dagegen als Reaktion, am 28.12.2012 im BGB Artikel 1631d eingefügt. Mit dieser Gesetz Änderung hat die Beschneidung einen Rechtsfertigungsgrund erlangt. In dieser Studie wird die Entscheidung von Köln Landgericht und Gesetz Änderung im BGB bearbeitet.

**Schlüsselwörter (Keywords):** Landgerichtsentscheidung, Beschneidung, Körperverletzung, gefährliches Werkzeug, Rechtsfertigungsgründe

<sup>1</sup> Yrd. Doç. Dr. Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi

### I. Giriş

Dini inanç ya da gelenek nedeniyle küçük çocuğun vücuduna müdahalede bulunma konusunda; sünnet dışında değişik uygulamalar (Örneğin, vaftiz nedeniyle çocuğun suya daldırılması) vardır. Ancak kanamalı bir işlemin gerçekleştirildiği, tıbbi müdahale denilebilecek başka bir eylem Avrupa çevresinde bu kadar gündeme gelmemiştir. Bu durum, sünnetin hukuki açıdan değerlendirilmesini, en azından belli Avrupa ülkeleri için, zorlaştırmaktadır. Şüphesiz bu zorluk nüfusunun büyük bir çoğunluğunun sünnet işlemini dini sebeplerle yapmak durumunda olan ülkeler açısından geçerli değildir. Almanya gibi nüfusunun belli kesimi yabancı olan ve dini gerekçelerle sünneti uygulayan grupların yaşadığı ülkeler bakımından ise sünnet, her zaman sorun olmaya adaydır, hatta son dönemde bu tartışma iyice ateşlenmiştir<sup>2</sup>.

Almanya'da bugüne kadar öğretilde yazılıp çizilse, daha önce hatalı tıbbi uygulama (malpraktis) nedeniyle mahkeme kararına konu olsa da bizzat sünnetin (kusursuz tıbbi müdahaleye rağmen) bir ceza davasına konu olduğu görülmemiştir. Köln Eyalet Mahkemesi (Landgericht), Müslüman anne ve babanın arzusu uyarınca dört yaşındaki çocuklarını sünnet eden bir doktorun, çocuğun bedensel bütünlüğünü ihlal ettiğine hükmetti. Almanya'da bölge mahkemelerinin kararları o bölge dışında pek fazla dikkat çekmez. 2012 Mayıs'ında Köln Mahkemesi'nin verdiği karar ise, bu kurala istisna oluşturdu. Bu karar, Almanya'da ve diğer ülkelerde bir tartışmayı da başlatmış oldu. Müslümanların ve Yahudilerin temel bir dini geleneğinin Alman Anayasası'na uygun olmadığı görüşüne dayanan bu karar, doğal olarak eleştirilerin odağına oturdu. Kararda, çocuğun bedensel bütünlük hakkı, ebeveynin çocuklarına dini eğitim verme hakları ve dinsel özgürlük haklarının birbiriyle çatışma halinde olduğu ve bu çatışmada mutlaka çocuğun beden bütünlüğüne öncelik tanınması gereği vurgulandı. Mahkeme, anne babanın, çocuğun sünnet olmak isteyip istemediğine kendi kendine karar verebilecek yaşa gelene kadar bekleyebileceklerini dahi kararına dayanak noktası olarak seçti.

### II. Köln Mahkeme Kararının Değerlendirilmesi

Köln Eyalet Mahkemesi (LG) 1. Ceza Dairesi'nin (Strafkammer) 151 Ns 169/11 sayı ve 7.5.2012 tarihli kararıyla<sup>3</sup>, ailesinin rızasıyla tıbbi

<sup>2</sup> Köln Eyalet Mahkemesi'nin 7.5.2012 tarihli kararı ve bu kararın Almanya'da meydana getirdiği tartışmalar ile akabinde 28.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren BGB 1631d maddesi Alman kamuoyunda da geniş yankı bulmuştur.

<sup>3</sup> Kararın orijinal metni için bkz. [1](http://www.juris.de/jportal/portal/t/nbr/page/jurisw.psm1?action; Kararın tam metni şu şekildedir:</a></p></div><div data-bbox=)

Köln Eyalet Mahkemesi 1. Ceza Dairesi 7.5.2012 tarih ve 151 Ns 169/11 sayılı Kararı, Köln ilk derece mahkemesinin kararına karşı savcılığın 21.9.2012 tarihli yazısıyla itiraz edilmiştir.

#### Gerekeçe

1. Köln Savcılığı, şüphelinin 4.11.2010 tarihinde tehlikeli bir araç ile başkasının vücut bütünlüğüne müdahalede bulunmak ve sağlığını bozmak suçundan (StGB m. 223/1, 224/1-2) cezalandırılması için kamu davası açmıştır.
2. Şüpheli, 4.11.2010 günü Köln'deki kendi muayenehanesinde lokal anestezi yöntemi ve bistüri yardımıyla, ebeveynin rızasına dayanarak, herhangi bir tıbbi endikasyon olmadığı halde dört yaşındaki J... 'yi sünnet etmiştir. Şüpheli, çocuğun yarasını dört dikiş ile dikmiş ve o gün akşamı için istirahat önererek göndermiştir. 6.11.2010 tarihinde çocuk, annesi tarafından kanama şikâyetiyle, Köln Üniversite Kliniği Çocuk Acil Servisine getirilmiş ve burada kanaması durdurulmuştur.
3. Köln İlk Derece Mahkemesi 21.9.2011 (528 Ds 30/11) tarihli kararıyla, sanığın beraatine karar vermiştir. Bu karara karşı, Köln savcılığı usulüne uygun şekil ve sürede kanun yoluna başvurmuştur.
4. Savcılığın itirazı kabul edilmiştir. Şüpheli savunmasını geniş çerçevede yapmıştır. Mahkeme, bu savunmaya istinaden, kararına destek olarak ailenin İslam dini inancına tabi olmasını göstermiştir. Sanık, sünneti dini sebeplerden dolayı ailenin isteği üzerine gerçekleştirmiştir. Mahkemenin yaptırıldığı bilirkişi incelemesine göre, sanık, sünneti yaparken kusursuz çalışmıştır. Herhangi bir tedavi hatası (malpraktis) söz konusu değildir. Ayrıca orta Avrupa'da sünnetin sağlık açısından önleyici gerekliliği (tıbbi zorunluluğu-endikasyon) söz konusu değildir.
5. Sanık hakkında hukuka uygunluk nedenine dayanılarak beraat kararı verilmiştir.
6. Ceza Kanunu (StGB) m. 223/1'deki suçun (kasten yaralama) unsurları oluşmuştur. Ceza Kanunu m. 224/1-2'deki (tehlikeli araç kullanmak suretiyle yaralama-kasten yaralamanın nitelikli şekli) şartlar oluşmamıştır. Bistüri, bir doktor tarafından usulüne uygun kullanıldığı takdirde, tehlikeli bir araç değildir. (karşl. BGH NJW 1978, 1206; NSTZ 1987, 174)
7. Dini sebeplerden dolayı, ailenin vermiş olduğu rızaya dayanılarak bir hekim tarafından, usulüne uygun olarak gerçekleştirilmiş olan küçüğün sünneti, fiilin sosyal meşruiyeti (kabul edilebilirliği) açısından bakıldığında mazur görülemez. Ebeveyn ve sünnetçi bu açıdan StGB m. 17'ye göre kusursuz sayılamazlar. Ebeveynin, çocuklarına dini eğitim verme hakkı ile çocuğun vücut dokunulmazlığı ve kendi kaderini belirleme hakkı karşılaştırıldığında, dini eğitim verme daha öncelikli olarak değerlendirilemez, hatta ailenin sünnet konusunda rıza göstermesi, çocuğun refahına (rahatına) aykırılık teşkil etmektedir. Çocuğun refahına aykırı ve kusurlu davranış, sosyal olarak dikkat çekmeyen (önemsiz-göze çarpmayan), genel olarak onaylanmış, tarihi olarak da alışılmış ve bunlardan dolayı da cezalandırılabilirliği kaldırılan bir eylem değildir.
8. Doğru bulunan bir başka fikre göre, sosyal meşruiyete, davranışın onaylanmasının gerekliliği yanında başka anlam yüklenmemektedir. Bir davranışın sosyal gerekliliği, çoğu zaman onaylamama yargısının diğer yüzünü oluşturmaktadır. Buna, onaylamama kararının kaldırılması fonksiyonu yüklenemez. (karşl. Freund in: MünchenerKommentar zum StGB, 2. Aufl. Vor 13 vd. Rn. 159, aynı sonuç için;

Fischer, StGB, 59. Aufl. Rn. 6 c, daha fazlası için 55. Aufl. 223 Rnr. 6 b)

9. Sanığın davranışı, rıza sebebiyle de hukuka uygun hale gelmemektedir. Dört yaşındaki çocuk açısından verilmiş bir rıza söz konusu değildir ve çocuk yeterli anlama olgunluğuna erişmemiş olması nedeniyle bu rıza geçerli bir rıza sayılamaz. Ebeveynin vermiş olduğu rıza eylemi hukuka uygun hale getirmemektedir.
10. Alman Medeni Kanunu (BGB) 1627. maddesine göre, çocukların gözetimine dair hak, sadece eğitime yönelik ve çocuğun rahatına hizmet eden tedbirleri kapsamaktadır. Öğretide baskın olan görüşe göre (Schlehofer, MünchenerKommentar zum StGB 2. Aufl. Vor §§ 32 ff. Rn. 43; Lenckner/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. Vor §§ 32 ff. Rn. 41; JerouschekNSTZ 2008, 313, 319), rıza açıklama yeteneği olmayan küçüğün sünnet edilmesi ne dini içtimai çerçeveye ne de çocuğun eğitiminin çocuğun refahına uygun olması kuralına uymamaktadır. Anayasa'nın 4/1 ve 6/2. maddelerinden doğan ebeveynin temel hakları, çocuğun vücut dokunulmazlığıyla ilgili Anayasa'nın 2/1. maddesi ile sınırlanmıştır. Sonuç itibarıyla, Anayasa'nın 140 ve 136. maddelerine göre, kişilerin sahip oldukları temel haklar bir dini vecibenin yerine getirilmesi suretiyle kısıtlanamazlar, kuralı geçerli olacaktır (Herzberg JZ 2009, 332, 337; Herzberg, Medizinrecht 2012, 169-173). Anayasa'nın 2/2. Maddesi, anayasal hakların doğasında olan bir sınırı göstermektedir. Burada, mağdurun temel hürriyetleri konusundaki seçim hakkı, orantılılık ilkesi dikkate alındığında mutlaka gözetilmesi gerekir. Sünnet vakasında, dini sebeplere dayanan yaralama, buna göre zorunlu olsa dahi, vücutun dokunulmazlığı hakkını ihlal eden bir davranıştır. Bu durum, Medeni Kanun'un (BGB) 1631/2-1. maddesi hükmünden de anlaşılmaktadır. Ayrıca, sünnet sebebiyle çocuğun vücutunda sürekli ve onarılamaz bir değişiklik meydana gelmektedir. Bu değişiklik, çocuğun hangi dine mensup olacağı hususundaki gelecekte karar verme yönündeki menfaatini de ihlal etmektedir. Tam aksi düşünüldüğünde, ileride ayırtım gücüne sahip (reşit) olduktan sonra, çocuğun, sünnet olmanın İslam dinini seçmesinin bir işareti olduğuna karar vermesi durumunda ailenin şu anki dini eğitim verme hakkı ihlal edilmiş olmamaktadır (Fischer, 59. Aufl. § 223 Rn. 6 c; OLG Frankfurt NJW 2007, 3580; OVG Lüneberg NJW 2003, 3290; LG FrankenthalMedizinrecht 2005, 243, 244; Rohe JZ 2007 801-802). Schwarz (JZ 2008, 1125-1128) ise ebeveynin rızasını anayasal haklarının değerlendirilmesini dikkate alarak haklı görmektedir. Bu durumda Anayasa'nın (GG) 4 ve 6. maddelerinden doğan ebeveyn haklarına dayanmaktadır. Buna karşılık, çocuğun Anayasa'nın 2. maddesinden doğan haklarını ise göz ardı etmektedir. Bu sebeple Schwarz'ın düşüncesi ikna edici değildir.
11. Sanık, kaçınılmaz bir yasak (kural-yorum) hatasına düşmüştür ve bu nedenle olayda sanığın kusursuzluğu söz konusudur (StGB m. 17/1).
12. Sanık, olayda tamamen iyi niyetle hareket etmiş ve bu durum kovuşturma aşamasında ortaya konulmuştur. Sanık, tamamen İslam inancına bağlı uzman hekim olup, çocuğun sünnetini dini sebeplere dayalı olarak, ailesinin vermiş olduğu rızaya binaen yapmıştır. Bu şekilde, eyleminin tamamen meşru olduğu incisiyle hareket etmiştir.

## SÜNNETİ KASTEN YARALAMA SUÇU OLARAK KABUL EDEN KÖLN EYALET MAHKEMESİ KARARI VE ALMAN KANUN KOYUCUNUN KARARA TEPKİSİ

gereklere de uygun olarak sünnet işlemini yapan Türk doktorun, kasten yaralama suçunu (StGB m. 223/1) işlediğine hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre, Alman Ceza Kanunu m. 224/1-2'deki (tehlikeli araç kullanmak suretiyle yaralama-kasten yaralamanın nitelikli şekli) şartlar oluşmamıştır. Bisturi, bir doktor tarafından usulüne uygun kullanıldığı takdirde tehlikeli bir araç değildir. Mahkeme, saniğin, kaçınılmaz bir yasak hatasına düştüğüne ve bu nedenle olayda saniğin kusurunun bulunmadığına hükmetmiştir (StGB m. 17/1)<sup>4</sup>.

Mahkeme kararında, sünnet eyleminin cezalandırılması gerektiği konusunda fikir beyan eden yazarların tamamının görüşleri paylaşılmış, cezalandırma aleyhine duruş sergileyen yazarların fikirlerinin ise mesnetsiz bulunduğu belirtilmiştir<sup>5</sup>. Dini sebeplerden dolayı ailenin vermiş olduğu rızaya dayanılarak bir hekim tarafından usulüne uygun olarak gerçekleştirilmiş olan, küçükün vücut dokunulmazlığına müdahale eden sünnet fiilinin sosyal meşruiyet (toplumsal uygunluğu) ile

13. Saniğin düştüğü yasak hatası kaçınılmazdır. Kaçınılmaz hata sorunu tartışmalıdır, özellikle durum çok açık değilse, öğretilerde bu konuda fikir birliği bulunmamaktadır (Joecks, in MünchenerKommentar zum StGB, 2. Aufl. § 17 Rn. 58; Vogel, in LeipzigerKommentar zum StGB, 12. Aufl. § 17 Rn. 75; BGH NJW 1976, 1949, 1950). Olay şu şekilde izah edilmiştir: Küçük çocuğun ailesinin rızasıyla sünnet ettirilmesi olayının hukuka uygunluğu üzerinde yargı kararlarında ve öğretilerde değişik fikirler söz konusudur. Daha önce izah edildiği gibi verilen mahkeme kararlarında da ortaya konulan şekilde, doktorun uzmanlık alanına uygun olarak sünneti gerçekleştirilmesi halinde, hukuka uygunluğunun ailenin rızasıyla sağlanacağını savunan görüş yanında, yerel mahkemenin kararına aykırı olan bir kısım görüş sahipleri de aksini savunmakta, bu şekilde bir hukuka uygunluk nedenini kabul etmemektedirler.

14. Yargılama giderleri StPO m. 473 e göre sanıktan tahsil edilecektir.

<sup>4</sup> Karşı. BGH NJW 1978, 1206; NSTz 1987, 174; www.juris.de/jportal/portal/t/nbr/page/jurisw.psm1?action

<sup>5</sup> "Köln Eyalet Mahkemesi'nin (LG) hâkimi, Putzke'nin görüşünü benimseyen ilk hâkimdi. Mahkemenin alt düzey olmasından dolayı dava sadece bir profesyonel hâkim ve hukukçu olmayan iki asistan tarafından görülmüştü. Hâkim, açık bir şekilde Putzke'ye atıfta bulunmuş ama hukuk doktrininde farklı fikirler olduğunu da kabul etmişti. Putzke, mahkemenin en sonunda "yasal kesinlik" yarattığını ileri sürüyordu, bu da sünnetin artık Almanya'da yasadışı olduğu anlamına geliyordu. Bu ise, küçük bir mahkemenin kararıyla ilgili şaşırtıcı bir yorumdu. Tartışmanın tonunu belirleyen, alt düzey bir kararın öneminin kasıtlı olarak abartılması olduğu açıktı. Putzke, kendi görüşünün hukuk uzmanları arasındaki yaygın görüş olduğu izlenimini başarılı bir şekilde yaratabildi. Bu kadar büyük bir kolaylıkla böyle bir iddiada bulunabilmesinin nedeni, tartışmaya çok az sayıda akademisyenin katılmasıydı." Dr. Peter Widmann "Bir Mahkeme Kararının Siyasal ve Sosyal Etkileri: Almanya'da çocuk hakları, dinsel özgürlük ve sünnet tartışmaları" http://www.bilgi.edu.tr/docs/Peter-Widmann-Almanya-Notlari-3.pdf 8.1.2013

açıklanamayacağına karar verilmiştir. Ebeveynin çocuklarını yetiştirme ve kendi dini özgürlüklerine göre çocuğa eğitim verme hakkı ile çocuğun vücut dokunulmazlığı ve kendi kaderini belirleme hakkı karşılaştırıldığında, çocuğun vücut dokunulmazlığının gözetilmesi gerekir<sup>6</sup>. Ailenin sünnet konusunda rıza göstermesi çocuğun refahına (rahatına) aykırılık teşkil etmektedir. Çocuğun refahına aykırı ve kusurlu davranış, sosyal olarak dikkat çekmeyen (önemsiz-göze çarpmayan), genel olarak onaylanmış, tarihi olarak da alışılmış ve bunlardan dolayı da cezalandırılabilirliği kaldırılan bir eylem değildir<sup>7</sup>.

Mahkeme kararında en can alıcı nokta; sünnet eyleminin sosyal meşruiyet ile açıklanamayacağı ve suç olmaktan çıkamayacağı değerlendirilmesi yapılmasına rağmen, sanık Türk doktor hakkında kaçınılmazı mümkün olmayan bir kural hatasına düştüğü ve kusurlu sayılmayacağına dair sonuca ulaşılmış olmasıdır. Sosyal meşruiyet, ceza hukukunda hukuka uygunluk nedeni olmasa da Mahkeme'nin bu iki değerlendirmeyi aynı kararda yapmış olması karar verme sürecindeki çelişkili yaklaşımı ve meseleyi çözmek konusundaki cesaret yetersizliğini ya da bilinçli bir şekilde kararının Federal Mahkeme'ye götürülmemesi amacını taşıdığını göstermektedir<sup>8</sup>.

Mahkeme kararında eylemin suç oluşturduğu meselesinden daha dikkat çekici olan, eylemin suç sayılmasına rağmen, doktorun kullandığı bisturinin "tehlikeli araç" olarak nitelendirilmemesi ve suçun temel şeklinin oluşup, nitelikli halinin oluşmadığı konusundaki değerlendirmedir. Mahkeme kararında belirtildiği gibi, bir bisturi, tıp eğitimi almış bir kişi

<sup>6</sup> "Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin eski Başkanı Hans-Jürgen Papier ve kamu hukuku ve Kilise hukuku profesörü ve Almanya Protestan Kilisesi, Kilise Hukuku Enstitüsü Başkanı olan Hans Michael Heinig, mahkeme kararının yanlış bir hüküm olduğunu söyledi ve hâkimi "dikkatsizlik" ile suçladılar. Papier ve Heinig, mahkemenin dinsel özgürlük ile anne-babalık haklarını, bedensel bütünlük hakkıyla dengeleyemediğini öne sürdüler. Her ikisi de Yahudiler ve Müslümanlar için sünnetin temel inançları ilgilendirdiğini, sünnetin ise küçük bir cerrahi müdahale olduğunu ifade ettiler. Başka uzmanlar da Köln kararının, Alman parlamentosunun yapması beklenen hukuki açıklığa kavuşturma olmasa bile, aslında münferit bir olay olarak kalabileceğini belirttiler." Dr. Peter Widmann, "Bir Mahkeme Kararının Siyasal ve Sosyal Etkileri: Almanya'da çocuk hakları, dinsel özgürlük ve sünnet tartışmaları", http://www.bilgi.edu.tr/docs/Peter-Widmann-Almanya-Notlari-3.pdf 8.1.2013

<sup>7</sup> www.juris.de/jportal/portal/t/nbr/page/jurisw.psm1?action

<sup>8</sup> Lilie, Hans, "Vom Flügelschlageines Schmetterlings zum Sturm – vom Landgericht Köln zu der Debatte um die Beschneidung", Tagung, Halle (Saale) 26.10.2012, http://www.jura.uni-halle.de/lehrtstuehle\_dozenten/lehrtstuhl\_germann/aktuelles/tagung\_beschneidung/ (Stand: 16.01.2013)

tarafından kullanıldığında tehlikeli hal almaz. Ancak tıp eğitimi almış kişinin bizzat bisturi ile tıbbi gereklere uygun olarak yaptığı sünneti suç sayıp, bunu gerçekleştirmek için kullanılması zorunlu olan aracı tehlikeli araç saymamak, kararın kendi içerisinde çeliştiğini göstermektedir.

Mahkeme kararında eleştirilmesi gereken bir başka konu ise, sünnet eylemini "kaçınılması mümkün olmayan kural hatası" şeklinde yorumlayarak kusurun bulunmadığına karar vermesi ve netice itibarıyla temyiz mahkemesine gitmesinin önünü tıkamasıdır<sup>9</sup>. Oysa böyle bir kararın Federal Mahkeme tarafından da değerlendirilmesi ve kamuoyunun karar sürecine dâhil olması, uzun ve kapsamlı değerlendirmeler yapılması, meselenin yüksek yargıçlar tarafından çözülmesi bu şekilde içtihat oluşturulması sağlanabilir, Almanya'nın dini özgürlüklere verdiği değeri gösterme açısından daha saygın bir sonuç ortaya çıkabilirdi.

Köln Mahkemesi'nin sünnet konusundaki kararına kadar var olan tartışmalara rağmen, Alman ceza doktrini, kararda yer alan soruları problemli alan olarak görmemiştir. Sünnetin aleyhine fikir beyan ederek cezalandırılması gerektiğini savunanlar dahi bunun neticesinin ağır olması karşısında geri adım atmıştır. Halen de öğretinin büyük bir kesimi bu konuda sessiz kalmayı tercih etmektedir<sup>10</sup>.

**Lilie<sup>11</sup>**, Halle (Saale)'de yapılan sünnet konusundaki toplantıdaki sunumunda başlık olarak "*Kelebeğin Fırtınaya Doğru Kanat Çırpması-Köln Eyalet Mahkemesi'nden Tartışmaların Ortasına Sünnet*" şeklinde seçmiştir. Lilie, bu toplantıda ironik bir yaklaşımla, Mahkeme'nin iki piskopos ve bir meslekten hâkimden oluştuğunu ifade etmektedir.

**Lilie, kararla ilgili şu değerlendirmelerde bulunmaktadırlar<sup>12</sup>**: Mahkeme, ailenin din özgürlüğü, eğitim hakkı ile çocuğun vücut dokunulmazlığı arasında oranlama yaparken ve çocuğun vücut dokunulmazlığına öncelik tanırken tamamen kendi görüşünü empoze eder bir tavırla; sünnetin dini eğitimin parçası olmadığına sadece dini aidiyetle ilgili bir

konu olduğu varsayımıyla hareket etmiştir. Mahkeme, dini aidiyetlikle ilgili sünnetin, çocuğun ileriki yaşlarına bırakılabileceği değerlendirilmesini yaparken de hukuk terminolojisini alt üst ederek, burada söz konusu olan küçüğün anlayabilme yeteneği olduğu halde, "reşitlik" terimini kullanmıştır.

"Sünnet eylemini cezalandırılabilir sayan Mahkeme'nin, Müslüman doktorun meşru görülecek kural hatasının varlığını ve kusurunun bulunmadığını kabul etmesi, hâkimlerin son anda deyim yerindeyse çark ettiklerini (cesaretlerini kaybettiklerini) ya da bilinçli bir şekilde davayı Federal Mahkeme'ye taşımamak için "el çabukluğu" yaptıkları izlenimini vermektedir<sup>13</sup>."

Mahkeme kararı, diğer mahkemeler açısından asla bağlayıcı olmasa da Alman hukukunda zararlı etkisinin hiç olmayacağı da söylenemez. Örneğin, böyle bir karardan sonra şüpheli bir durumun ortaya çıkması savcılıkların sünnet konusunda artık olayı iddianame ile sonuçlandırmaları yönünde etkileyebilecektir. Ayrıca başka bir mahkeme tarafından aksine karar verilmiş olması halini de düşündüğümüzde hukuki belirlilik açısından sakıncalı durumların önü alınamayabilecektir. Nitekim Alman Hükümeti de hukuki belirliliği ve kesinliği sağlama adına kanun değişikliği sinyallerini vermiştir<sup>14</sup>.

"Mahkeme kararı, kandırma, el çabukluğu içermektedir. Meslekten olan hâkimin deyim yerindeyse hukuki görüşünü çimentolama arzusunu gerçekleştirdiği bir manevra mahiyetindedir<sup>15</sup>." Bu şekilde yüksek eyalet mahkemesinin olaya dâhil olmasının önüne geçilmiştir. Mahkeme, kasten yaralama konusundaki tıp hukukundaki klasik doktrini dikkate alarak hareket etmiş; m. 223'ü tamamen şekli anlamda krokisini alarak lâfzî uygulamaya gitmiştir. İyileştirme amacıyla ilgili hiçbir değerlendirmede dahi bulunmamıştır. Hâlbuki tıbbi müdahale sonucunda iyileştirme maksadının bir tarafa bırakılması eylemin suçun unsurlarını oluşturması değerlendirmesinde m. 223 ile korunan hukuki değer de ihmal edilmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle Mahkeme'nin olayda kullanılan bisturiyi tehlikeli araç saymamasını da anlamak mümkün değildir. Bir taraftan iyileştirme amacını göz ardı etmekte, diğer taraftan bisturinin doktor tarafından amacına uygun kullanılması halinde nitelikli halin uygulanmaya çağına karar vermektedir. Mahkeme, bu noktada mantiki nedensellik bağına tüketmektedir<sup>16</sup>.

<sup>9</sup> "Kürtaj ile ilgili tartışmaların 1993 yılında Alman Anayasa Mahkemesi tarafından çözüldüğü düşünüldüğünde bu eleştiri çok yerindedir. Bugün ise tamamen farklı bir durum ortaya çıkmıştır. Mesele nin çözümüne hizmet etmek yerine tartışmaların alevlenmesine neden olan bir karar olarak anılacaktır". BVerfGE 88, 203; Lilie, 2012, [http://www.jura.uni-halle.de/lehrstuehle\\_dozenten/lehrstuhl\\_germann/aktuelles/tagung\\_beschneidung/](http://www.jura.uni-halle.de/lehrstuehle_dozenten/lehrstuhl_germann/aktuelles/tagung_beschneidung/) (Stand: 16.01.2013)

<sup>10</sup> Beulke/Diessner, 2012: 339 (Beulke/Werner/Diessner/Annika, "Einkleiner Schnitt für einen Menschen, abereingrosses Thema für die Menschheit" ZIS 7/2012, 338 (346)

<sup>11</sup> Martin Luther Üniversitesi (Halle Saale) Ceza ve Ceza Usul Hukuku ve Tıp Hukuku Kürsüsü Başkanı Prof.Dr. Hans Lilie.

<sup>12</sup> Lilie, 2012, [http://www.jura.uni-halle.de/lehrstuehle\\_dozenten/lehrstuhl\\_germann/aktuelles/tagung\\_beschneidung/](http://www.jura.uni-halle.de/lehrstuehle_dozenten/lehrstuhl_germann/aktuelles/tagung_beschneidung/) (Stand: 16.01.2013)

<sup>13</sup> Lilie, 2012, [http://www.jura.uni-halle.de/lehrstuehle\\_dozenten/lehrstuhl\\_germann/aktuelles/tagung\\_beschneidung/](http://www.jura.uni-halle.de/lehrstuehle_dozenten/lehrstuhl_germann/aktuelles/tagung_beschneidung/) (Stand: 16.01.2013)

<sup>14</sup> Lilie, 2012, [http://www.jura.uni-halle.de/lehrstuehle\\_dozenten/lehrstuhl\\_germann/aktuelles/tagung\\_beschneidung/](http://www.jura.uni-halle.de/lehrstuehle_dozenten/lehrstuhl_germann/aktuelles/tagung_beschneidung/) (Stand: 16.01.2013)

<sup>15</sup> Lilie, 2012, [http://www.jura.uni-halle.de/lehrstuehle\\_dozenten/lehrstuhl\\_germann/aktuelles/tagung\\_beschneidung/](http://www.jura.uni-halle.de/lehrstuehle_dozenten/lehrstuhl_germann/aktuelles/tagung_beschneidung/) (Stand: 16.01.2013)

<sup>16</sup> Lilie, 2012, [http://www.jura.uni-halle.de/lehrstuehle\\_dozenten/lehrstuhl\\_germann/aktuelles/tagung\\_beschneidung/](http://www.jura.uni-halle.de/lehrstuehle_dozenten/lehrstuhl_germann/aktuelles/tagung_beschneidung/) (Stand: 16.01.2013)

## SÜNNETİ KASTEN YARALAMA SUÇU OLARAK KABUL EDEN KÖLN EYALET MAHKEMESİ KARARI VE ALMAN KANUN KOYUCUNUN KARARA TEPKİSİ

### III. Alman BGB 1631d Maddesi'nin Değerlendirilmesi

Alman Ceza Hukuku'nda sünnet eylemi ile ilgili olarak süregelen tartışmaları ve Köln Mahkemesi'nin bu konuda verdiği kararı izale edecek bir kanun değişikliği sinyalleri Haziran 2012'de hükümet çevreleri tarafından dile getirilmiştir<sup>17</sup>. Bu süreç içerisinde 28.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren BGB 1631d maddesiyle de sünnet artık kanun hükmünün yerine getirilmesi şeklinde bir hukuka uygunluk nedenine kavuşmuştur.

Ceza hukukunda genel hukuka uygunluk nedenlerinden olan kanun hükmünü icra, kişiye kanunla tanınmış görev ve yetkiyi yerine getirmesi halinde söz konusu olur. Örneğin; hâkimin verdiği tutuklama kararının hürriyetten yoksun bırakma suçunu oluşturmaması gibi. Kamu görevlisi olmayan biri açısından ise, kanunla verilmiş silah satma yetkisine dayanarak silah satan kişi ve kurumların durumu örnek gösterilebilir. TCK'nın 24/1. maddesinde "kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmaz" düzenlemesi yer almaktadır. Bu hukuka uygunluk nedeni hukukun kendisiyle çelişmemesi şeklinde özetlenebilir. Bir taraftan yapılması için izin verdiği bir davranışa, diğer taraftan yaptırım uygulamak, hukukun kendisiyle çelişmesidir ve hukuk devletinde buna yer yoktur<sup>18</sup>.

Sünnetin dini vecibenin yerine getirilmesi nedeniyle geçerli sayılan ebeveynin rızasından başka, Türk toplumu açısından sosyal meşruiyeti yanında Türk hukukunda cezalandırılabilen bir eylem olmamasının gerekçesi, 1928 tarihli Tababet ve Şuabatın Tarz-ı İcrasına Dair Kanun'un dördüncü faslında yer alan "Sünnetçiler" başlıklı düzenlemesidir<sup>19</sup>. Bu kısımda 58 ile 62 maddeleri

arasında sünnetçilerin nasıl görev yapacakları beş madde halinde açıklanmıştır.

Alman hukuk doktrininde var olan tartışmalara rağmen, Köln Eyalet Mahkemesi'nin 7.5.2012 tarihli (Az. 151 Ns 169/11)<sup>20</sup>, dini gerekçelerle ailesinin rıza göstermesi sonucu erkek çocuğun sünnet edilmesi konusunda verdiği karar<sup>21</sup>, bu konuda verilmiş ilk karardır, sessiz bir ortamda süren tartışmaları alevlendirmiş ve yaz tatiline rağmen siyasi ortamı hareketlendirmiştir. Bu karara karşı birlik halinde<sup>22</sup> büyük bir reaksiyon verilmiştir<sup>23</sup>. Alman hükümeti, sünnet eyleminin cezalandırılmasının önüne geçecek yasal düzenleme yapılacağını açıklayarak tepkisini dile getir-

*leri müddet zarfında bu gibilerin ibate ve işeleri hastane idarelerince temin olunur.*

*Bir mahalde sünnetçilik etmek üzere yerleşmek isteyen kimse bir hafta zarfında isim ve hüviyetini ve vesaikrâzimesini havi bir ihbarnameyi mahallin en büyük sıhhiye memuruna vermeğe ve başka bir yere nakil vukuunda keyfiyeti nakli ihbar etmeğe mecburdur. Bu hükmüne riayet etmeyen sünnetçilere yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ruhsatsız ve izinsiz sünnetçilik edenler altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

<sup>20</sup> NJW 2012, 2128

<sup>21</sup> Daha önce sünnetin gerekli hijyen ve tıbbi açıdan uygun şartlarda yapılmamış olması Düsseldorf Mahkemesi'nin(Amtsgericht) 7.11.1004-411 sayılı kararına konu olmuştur. Putzke, NJW 2008, 1568; Jerouschek, NStZ 2008, 313-316

<sup>22</sup> Örneğin; Kaube, FrankfurterAllgemeineSonntagszeitung v. 1.7.2012, S. 10; Putzke, Legal Tribune Online (unter www.lto.de/recht/hintergruende/h/wegweisendes-urteilreligioese-beschneidungen-von-jungen-verboten [17.7.2012]); „Doğru ve Cesur Bir Karar“. Tillig, Tıp direktörü Vivantes MVZ Çocuk ve Yenidoğan Cerrahisi ve Ürolojisi Klinik Şefi ve Başhekim VivantesKlinikumNeukölln, in einerStellungnahme (https://www.kinderhilfe.de/fileadmin/files/Presse/ PM\_Anhaenge/ 12\_06\_28\_ Stellungnahme\_Beschneidung\_Prof.Tillig.pdf [17.7.2012]); „Bu problem karşısında kararla ortaya konan düzenli ve açıklayıcı formu selamlıyoruz.“

<sup>23</sup> Örneğin; "Yahudi Merkez Senato Başkanı ile internet söyleşisi", Graumann, mit der FAZ http://www.faz.net /aktuell/politik/ urteil-zu-beschneidungvon-jungen-graumann-ein-unerhoerter-und-unsensibler-akt-11799759.html (17.7.2012); Zielcke'nin Gazete Makalesi; SüddeutschenZeitung v. 6.7.2012 („Vahşi Bir Açıklama“;http://www.sueddeutsche.de/wissen/diskussion -um-dasbeschneidungs-urteil-brachiale- aufklaerung-1.1404230[17.7.2012]), Walter' in Gazete Makalesi, FAZ v.12.7.2012, S. 6 („[...] dini güvence dinin savunulmasına dönüştürülemez.“), HeinerBielefeldt ile Söyleşi (SonderberichterstatterfürReligions- undWeltanschauungsfreiheitdes UN-Menschenrechtsrats) am 28.6.2012 im Deutschlandradio (Manuskript mit dem Titel„Tarihçiler sünnet kararını deli saçması olarak nitelendirmektedirler“, dradio.de/dkultur/sendungen/ thema/1796986[17.7.2012]) benzer bir ifade Kerma-ni,SüddeutschenZeitung v. 30.6/1.7.2012, S. 13 „Bayağı (kaba) Rasyonalizmin Zaferi“. (Beulke, 2012: 338)

<sup>17</sup> Bununla ilgili Gazete yazısı, ZEIT v. 13.7.2012, S. 2, Hükümet Sözcüsü Seiberl'in açıklamaları, için bkz. (http://www.zeit.de/politik/deutschland/2012-07/forde runggesetz-beschneidung/seite-2 [17.7.2012]

<sup>18</sup> Hakeri, 2012: 251; Özgenç, 2012: 284; Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 294;

<sup>19</sup> Bu Kanun'un 58 vd maddelerine göre; "Tabiplerden ve Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekâleti tarafından küşat ve idare edilen küçük sıhhiye memur mekteplerinden mezun küçük sıhhiye memurlarından veya işbu mekteplere muadil tedrisat yapan mekteplerden mezun olup şahadetnameleri Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekâletince tasdik ve tescil edilenlerden başka hiç kimse müsaadesiz sünnetçilik edemez. Ancak lâakal on seneden beri bu işle iş-tigal ettiğini resmi vesikalarla ispat eden ve ehliyet ve liyakati bilimtihan tebeyyün eyliyen kimselerin kemafissabık icrayı sanatlarına müsaade ve ellerine Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekâletince bir ruhsatname verilir. On seneden az bir müddetten beri sünnetçilik eden veya on seneden ziyade bir zamandan beri bu işle iş-tigal ettiğini vesaik ile ispat edemeyen kimselerin mütehasıs bir operatörün bulunduğu bir hastanede iki ay müddetle ameliyat gördükten sonra bil imtihan ehliyeti tebeyyün ettiği takdirde yedlerine Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekâletince bir ruhsatname verilir. Ameliyat gördük-

miştir<sup>24</sup>. Alman kanun koyucu, 20.12.2012 tarihinde kabul edilen ve 28.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren kanun ile Medeni Kanun'a 1631d maddesini eklemiştir<sup>25</sup>.

**“Erkek Çocukların Sünnet Edilmesi”** başlıklı bu maddeye<sup>26</sup> göre;

*“Bir kişinin gözetimi ödevi, tıbbi olarak zorunlu olmasa da anlama ve karar verme yeteneği bulunmayan çocukların sünnet ettirilmesini de kapsar, ancak bu iradenin geçerliliği için işlemin doktorluk sanatının gerektirdiği şartlar altında yapılması gerekir. Bu hüküm, sünnet sebebiyle çocuğun korunması tehlikeye girecekse uygulanmaz. Doğumdan itibaren altı ay içerisinde yapılacak sünnetleri, dini olarak bu işi yapmaya ehil görülmüş kişilerin de gerçekleştirilmesi mümkündür, bu kişilerin bu iş için gerekli eğitimi almış olmaları, doktor bulunmadan sünnet işlemini yapabileme ehliyetlerinin bulunması şarttır”.*

Mahkeme kararı nedeniyle başlayan duygusal kamuoyu tartışması, Almanya'nın siyasi elitleri arasında büyük rahatsızlık yaratmıştır. Almanya'nın Nazi geçmişi nedeniyle, Yahudi topluluklarının, kendi dinlerinin temel bir gereğini yerine getirmelerine izin verilmemesi ihtimali siyasi temsilcileri oldukça rahatsız etti. Böyle bir uygulamanın, Almanya'nın Yahudi Soykırımı'ndan sonra dersini alıp almadığı ile ilgili şüpheler doğmasına neden olacaktı. Temmuz ayı ortasında Başbakan Angela Merkel, Hıristiyan Demokratlar Yönetim Kurulu Toplantısı'nda; *“Almanya'nın, Yahudilerin kendi ritüellerini uygulayamadığı tek ülke olmasını istemediğini”*, söyledi. Toplantıya katılanların belirttiğine göre Merkel: *“Aksi takdirde ülkeler arasında alay konusu oluruz”*, dedi. 19 Temmuz'da Almanya Parlamentosu, Hıristiyan Demokratların, Liberallerin ve muhalefetteki Sosyal Demokratların verdiği bir önerge uyarınca, Federal Hükümet'in 2012 sonbaharında, Yahudiler ve Müslümanlar için sünnetin yasallığını garanti altına alacak bir kanun taslağı hazırlamasını öngören bir karar aldı<sup>27</sup>.

Kamuoyundaki bu tartışmalar, Navid Kermani'nin 2009 yılında yayınlanan *“Biz Kimdir?”* kitabının adındaki soruyu tekrar gündeme getirmiştir. *“Anayasal bir düzen ancak, toplumun olabildiğince*

çok sayıda bölümü bu düzeni benimserse ve kendilerini demokratik toplumların ihtiyaç duyduğu çoğulcu bir *“Biz”* içerisinde bulabilirse istikrarlı olabilir.” Almanya parlamentosu sadece hukuki bir meseleyle ilgili bir karar vermedi; aynı zamanda Alman Müslümanların ve Yahudilerin Almanya Anayasası'nı kendi anayasaları olarak görüp göremeyeceklerine ve buna dayalı yasaları da kendi yasaları olarak kabul edip edemeyeceklerine karar verdi<sup>28</sup>.

Bu durumda Alman hükümeti ve parlamentosu, hem Müslüman hem de Yahudi toplumların dinlerini özgürce uygulamaları için ellerinden gelen her şeyi yapmıştır. Bununla beraber hukuki teknik meselelerden daha büyük güçlüklerle karşılaşıldığı da kesindir. Zira milliyetçiler ve popülistler, Yahudi karşıtları ve İslamofobikler *“Yahudi lobisinin”*, *“İslam dünyasının”* veya *“çok kültürcü solcu elitistlerin”* sözde baskıları ve Almanya yasalarını sulandırmaya zorlayan yabancı güçler ile ilgili her türlü komplo teorisini yaymaya çalışmışlardır. Alman partilerinin temsilcileri, kendilerine oy veren kesimlerin bazılarında, çoğulcu anayasal devletin temellerinin ne olduğu ile ilgili düşüncelerini açıklamak zorunda kalmışlardır<sup>29</sup>.

Alman Medeni Kanunu (BGB) 1631d maddesinin gerekçesinde; ebeveynin, tıbbi açıdan zorunlu olmayan sünneti *“değişik sebeplerden ancak çocuğun refahı için yapılabileceğini”* belirtmiştir. Ebeveyn bu yetkilerini, kendi eğitim ve dini inanç hürriyetleri ya da dünya görüşleri nedenlerine dayanarak kullanabilecektir. Bu kanun hükmüyle Medeni Kanun'un (BGB) çocuklarla ilgili hak ve yetkileri düzenleyen bölümü tamamlanmıştır. İlk bakışta kanun koyucunun içeriğe uygun olmayan bir şekilde, Ceza Kanunu (StGB) dışında meseleyi çözmüş olduğu görünmektedir. Bu düzenlemeye rağmen, sünnet eylemi ile çocuğun refahına uygun hareket edilip edilmediği meselesi ortada kalmaktadır<sup>30</sup>.

Kanun'un bir başka yumuşak karnı; sünnetin *“doktorluk sanatının gereklerine uygun”* yapılması şeklindeki düzenlemesidir. Tıpta bir sanat değil, aksine her vaka için geçerli olan bilimin standardı söz konusudur ve bu standarda uymamak tıbbi müdahale hatası (malpraktis) olarak değerlendirilir. Bu standart, bilimin ulaştığı düzey ve tıbbi müdahaleden beklenen amaca uygun doktorluk deneyimini gerektirir. Sanat teriminin kullanılmış olması tehlikelidir, çünkü sanat ifadesi ceza hukuku açısından değerlendirildiğinde kişiden kişiye değişen takdir ve keyfe bağlı, içeriği belli olmayan bir terimdir. Sanattan bahsedildiğinde kişilerin tarzı, üslubu, tat ve duyguları ön plana çıkmakta-

<sup>24</sup> Bununla ilgili Gazete yazısı, ZEIT v. 13.7.2012, S. 2, Hükümet Sözcüsü *Seibert*'in açıklamaları, için bkz. (<http://www.zeit.de/politik/deutschland/2012-07/forderungsgesetz-beschneidung/seite-2>) [17.7.2012]

<sup>25</sup> Bu kanunun gerekçesinde, doktor dışında dini olarak bu işi yapmaya ehil görülmüş kişileri izah ederken ve hangi süre içerisinde sünnetin yapılacağını açıklarken Yahudi inancına atıfta bulunmuş, İslam gerekleriyle ilgili bir açıklama yer almamıştır. <http://www.buzer.de/gesetz/6597/al36082-0.htm> 17.1.2012

<sup>26</sup> <http://www.buzer.de/gesetz/6597/al36082-0.htm> 17.1.2012

<sup>27</sup> <http://www.buzer.de/gesetz/6597/al36082-0.htm> 17.1.2012

<sup>28</sup> <http://www.buzer.de/gesetz/6597/al36082-0.htm> 17.1.2012

<sup>29</sup> <http://www.buzer.de/gesetz/6597/al36082-0.htm> 17.1.2012

<sup>28</sup> <http://www.buzer.de/gesetz/6597/al36082-0.htm> 17.1.2012

<sup>29</sup> <http://www.buzer.de/gesetz/6597/al36082-0.htm> 17.1.2012

<sup>30</sup> Lilie, 2012, [http://www.jura.uni-halle.de/lehrstuehle/dozenten/lehrstuhl\\_germann/aktuelles/tagung\\_beschneidung/\(Stand:16.01.2013\)](http://www.jura.uni-halle.de/lehrstuehle/dozenten/lehrstuhl_germann/aktuelles/tagung_beschneidung/(Stand:16.01.2013))

## SÜNNETİ KASTEN YARALAMA SUÇU OLARAK KABUL EDEN KÖLN EYALET MAHKEMESİ KARARI VE ALMAN KANUN KOYUCUNUN KARARA TEPKİSİ

dır. Bu yaklaşım tıp hukuku tartışmalarında üstesinden gelinmesi ve çerçevesinin belirlenmesi gereken bir konudur. Her kim sünnet yapmaya kalkışır ise bunu standartlara uygun yapmak zorundadır ve bu standartların belirlenmesi tıp biliminin işidir. Standardın altında işlemin yapılmış olması cezai sorumluluğu gerektirecektir. Örneğin; sünnet işlemi için düzenli ağı kesicinin ve hijyenik koşulların sağlanması vazgeçilmezdir<sup>31</sup>.

Kanun'un taslak metninde "çocuğun sünneti kabul etmediğine dair bir açıklamada bulunmuş olması" yer almaktaydı. Ancak kanunlaşan metinde bu ifadeye yer verilmemiştir. Taslaktaki bu ifade, ağlayan bir çocuğun iradesinin hangi yönde olacağı, çocuk ve ailenin ayrı beyanlarda bulunması, ailenin çocuğun sünneti istemediğini doktordan saklaması halinde doktorun hukuki durumu gibi sorunları beraberinde getirmeye adaydı<sup>32</sup>.

Kanunun eleştirisi götürebilecek bir hükmü de; çocuğun doğumundan itibaren altı aylık süre içerisinde sünnetin yapılması halinde bunun doktor tarafından yapılmasının zorunlu olmaması, dini inançlarına göre görevlendirilmiş kimseler tarafından da bu işlemin yapılmasına müsaade edilmesidir. Kanun koyucu bu ifade ile dini topluluklara (cemaatlere) büyük bir adım atarak kendi örflerine göre sünneti dini çerçevede icra edebilmelerinin önünü açmıştır. Kanun bu kişilerin gerekli eğitim almış olmalarını ve sünneti yapabilmek konusunda yeteneklerinin tescil edilmiş olmasını aramıştır<sup>33</sup>.

Sünnet aleyhine fikir beyan edip cezalandırılması gerektiğini savunan bir kısım görüş sahiplerine göre, bu kanunun çocuğun vücut dokunulmazlığı ve dini tercihinin belirleme hakkı açısından, anayasaya uygunluğu sorunu ortaya çıkmıştır. Burada, Köln Mahkemesi'nin yapmadığı ya da yapmaya cesaret edemediği bir eylemin, başka mahkeme tarafından yapılarak, bu konunun Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilmesi yolunun açılması ümidi dile getirilebilir<sup>34</sup>.

### IV. Sonuç

Basit bir kıyas yaparak, sünnet bir kasten yaralama eylemidir, çocuk bu konuda rıza göstere-

cek ehliyete sahip değildir, ailenin rızası çocuğun vücuduna müdahale nedeniyle geçersizdir, geçerli rıza olmadığından eylemi gerçekleştiren cezalandırılır, ancak kaçınılamaz bir hata sebebiyle bunu yapan doktora ceza verilmez, şeklinde çözülecek sorun değildir. Bu anlamda Köln Mahkemesi'ne belki sünnetin cezalandırılması gerektiğini ortaya koyması davranışından çok, eylemi "kaçınılması mümkün olmayan kural hatası" şeklinde yorumlayarak kusurun bulunmadığına karar vermesi ve netice itibarıyla temyiz mahkemesine gitmesinin önünü tıkaması nedeniyle en büyük eleştirinin getirilmesi gerekir.

Böyle bir kararın Federal Mahkeme tarafından da değerlendirilmesi, kamuoyunun karar sürecine dâhil olması, uzun ve kapsamlı değerlendirmeler yapılması, meselenin yüksek yargıçlar tarafından çözümlenmesi sağlanabilir, Medeni Kanun'a (BGB) m. 1631d'nin eklenmesine gerek olmadan süreç tamamlanabilirdi. Böyle bir sonuç, Almanya'nın dini özgürlüklere verdiği değeri gösterme açısından da daha saygın bir karar olarak tarihe geçebilirdi. Türk hukukunda sıkça yaptığımız bir eleştiriye Almanya'dan esirgemek adilane olmayacaktır; "somut olayı kanun koyucuya çözdürmek, yargının cesaretliliği atamaması geleneğinin sonucudur".

Almanya'da var olan sünnet tartışmalarının, Alman Medeni Kanunu'nun çocuğun eğitimi ile ilgili ebeveynin haklarını düzenleyen bölümüne 1631d maddesinin eklenerek çözülmüş olması<sup>35</sup>, sünnetin, ailenin dini eğitim verme ve dini inanç hürriyetinin bir tür kullanımı olduğunun kanun koyucu tarafından kabul edildiği anlamına gelmektedir.

BGB 1631d maddesinin metni, gerekçesi ve bu kanunun kabulü sürecindeki kamuoyu tartışmaları dikkate alındığında, Almanya'da sünnet konusunun sadece Yahudilerin bir meselesi olarak görüldüğü izlenimi doğmaktadır. Almanya'da yaşayan Türk<sup>36</sup> ve Yahudi<sup>37</sup> nüfus karşılaştırıldığında ortaya

<sup>31</sup> Lilie, 2012, [http://www.jura.uni-halle.de/lehrstuehle\\_dozenten/lehrstuhl\\_germann/aktuelles/tagung\\_beschneidung/](http://www.jura.uni-halle.de/lehrstuehle_dozenten/lehrstuhl_germann/aktuelles/tagung_beschneidung/)(Stand: 16.01.2013)

<sup>32</sup> Lilie, 2012, [http://www.jura.uni-halle.de/lehrstuehle\\_dozenten/lehrstuhl\\_germann/aktuelles/tagung\\_beschneidung/](http://www.jura.uni-halle.de/lehrstuehle_dozenten/lehrstuhl_germann/aktuelles/tagung_beschneidung/)(Stand: 16.01.2013)

<sup>33</sup> İsveç'te geçerli olan kanuna göre; erkeklerin sünnetinin ya bir doktor tarafından bizzat ya da doktor gözetiminde yapılması zorunludur. Ancak İsveç'te Müslüman aileler tarafından yapılan sünnetlerin 2/3'ünde bu kurala uyulmamaktadır. Fateh-Moghadam, Rechtswissenschaft, S. 115 (140)

<sup>34</sup> Lilie, 2012, [http://www.jura.uni-halle.de/lehrstuehle\\_dozenten/lehrstuhl\\_germann/aktuelles/tagung\\_beschneidung/](http://www.jura.uni-halle.de/lehrstuehle_dozenten/lehrstuhl_germann/aktuelles/tagung_beschneidung/)(Stand: 16.01.2013)

<sup>35</sup> Kanun koyucu Köln mahkemesi kararının ardından öğretide yapılan tahminlerin aksine meseleyi hasta hakları, tıp hukuku, ceza hukuku ile ilgili bir kanunda değil Medeni Kanunda yaptığı bir ekleme ile çözmüştür.

<sup>36</sup> Almanya'daki Türk sayısı ile ilgili ise; 2011 yılı sonu itibarıyla Almanya'da yaşayan ve bir yabancı ülkenin vatandaşı olan kişilerin sayısı 6 milyon 930 bini buluyor. Bunların yaklaşık yarısının Türk olduğu söylenebilir. <http://www.dw.de/almanyan%C4%B1nt%C3%BCrk-n%C3%BCfusu-azal%C4%B1yor/a-15859910>

<sup>37</sup> 1982 yılında eski Federal Almanya Cumhuriyeti'ndeki Yahudi nüfusunun 66 yerel cemaate bağlı 28,374 üyesi bulunuyordu. Bunlardan en kalabalığı olan Berlin'de 6 bin 5 yüz, Frankfurt'ta 5 bin ve Münih'te 4 bin Yahudi yaşıyordu. 1980'lerin sonlarına doğru azalan cemaat üyelerinin sayısı, 1989'da 27,552 iken, yaklaşık sekiz cemaatin varlığı sona erdi. Sovyetler Birliği'nin dağılmasıyla birlikte yaklaşık 170.000 Yahudi 1990'ların başında Almanya'ya göç etmiştir. <http://arsiv.salom.com.tr/news/detail/4509-Almanyadaki-Yahudilerin-zaferi.aspx>

çıkan duruma, Alman parlamentosunda (her dönem yaklaşık 25 milletvekili) hatta Avrupa Parlamentosunda Türk asıllı milletvekillerinin sayısına, bizzat mahkeme kararına konu olan olayda sanık (!) (aslında mağdur) doktorun Türk olmasına rağmen, Yahudilerin bu kanunun kabulü sürecindeki etkileri adeta başrol mahiyetindedir. Zira BGB 1631d maddesinin genel ve ikinci fıkra gerekçelerinde, doğumdan itibaren altı aylık süre içerisinde sünnetin yapılması halinde, doktor dışında din görevlisi tarafından da icra edilebileceğini izah ederken; "Yahudi inancına göre zaten çocukların doğumdan itibaren sekiz gün içerisinde sünnet ettirilmesi gereğine" vurgu yapılmaktadır<sup>38</sup>. Bu eleştiriyi de; Alman doktrin, uygulamacı ve kanun koyucusundan çok Almanya'da yaşayan ve en azından bu süreçte yeterince lobi ve kamuoyu faaliyetinde bulunamamış olan Almanya'da yaşayan Türk topluluğuna yapmak gerekir.

#### KAYNAKÇA

- BeulkeWerner/DiessnerAnnika**, "EinkleinerSchnittfür einenMenschen, abereingrossesThemafür dieMenschheit" ZIS 7/2012, 338 (346)
- Centel/Zafer/Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınları, İstanbul, 2011
- Fateh-Moghadam**, "ReligiöseRechtfertigung? DieBeschneidungvonKnabenzwischenStrafrecht, ReligionsfreiheitundelterlichemSorge-recht", RechtswissenschaftHeft 2/2010, s. 115–142, 122
- Freund**, MünchenerKommentar zum StGB, 2. Aufl. Vor 13 vd. Rn. 159,
- Fischer**, Strafgesetzbuch (StGB), 59. Aufl., München, 2011
- Hakeri, Hakan**, Tıp Hukuku, Seçkin Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2012
- Herzberg**, JuristischeZeitschrift, 2009, s. 332,337
- Herzberg**, MedizinrechtZeitschrift, 2012, s.169-173
- Jerouschek**, NeuStrafrechtZeitschrift, 2008, s. 313, 319
- Joecks**, in MünchenerKommentar zum StGB, 2. Aufl. § 17 Rn. 58;
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian**, Strafgesetzbuch, 24.B.,München 2001
- Lenckner/Sternberg-Lieben** in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. Humblodt Berlin
- Lilie, Hans**, "VomFlügelschlageinesSchmetterlings zum Sturm – vomLandgericht Köln zu der Debatte um dieBeschneidung", Tagung, Halle (Saale) 26.10.2012,
- Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükmüler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012
- Putzke, Holm**, MonatschriftKinderheilkunde 2008, 783 (787);
- Putzke, Holm**, "RituelleBeschneidung", MedR 2008, 268 (270).
- Rohe**, JuristischeZeitschrift 2007 801-802
- Schlechofer**, MünchenerKommentar/StGB, Bd. 1, 2. Aufl. 2011
- Schwarz**, JuristischeZeitschrift 2008, 1125-1128
- Vogel**, LeipzigerKommentar zum StGB, 12. Aufl. § 17 Rn. 75;
- Widmann** "Bir Mahkeme Kararının Siyasal ve Sosyal Etkileri: Almanya'da çocuk hakları, dinsel özgürlük ve sünnet tartışmaları" <http://eu.bilgi.edu.tr/docs/Peter-Widmann-Almanya-Notlari-3.pdf> 8.1.2013
- [www.arsiv.salom.com.tr/news/detail/4509-Almanyadaki-Yahudilerin-zaferi.aspx](http://www.arsiv.salom.com.tr/news/detail/4509-Almanyadaki-Yahudilerin-zaferi.aspx) (3.2.2013)
- [www.buzer.de/gesetz/6597/al36082-0.htm](http://www.buzer.de/gesetz/6597/al36082-0.htm) (17.1.2012)
- [www.buzer.de/gesetz/6597/al36082-0.htm](http://www.buzer.de/gesetz/6597/al36082-0.htm) (17.1.2012)
- [www.dw.de/almanyan%C4%B1n-t%C3%BCrk-n%C3%BCfusu-azal%C4%1yor/a-15859910](http://www.dw.de/almanyan%C4%B1n-t%C3%BCrk-n%C3%BCfusu-azal%C4%1yor/a-15859910) (3.2.2013)
- [www.dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/118/1711816.pdf](http://www.dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/118/1711816.pdf) (3.2.2013)
- [www.dradio.de/dkultur/sendungen/thema/1796986](http://www.dradio.de/dkultur/sendungen/thema/1796986) (17.7.2012)
- [www.eu.bilgi.edu.tr/docs/Peter-Widmann-Almanya-Notlari-3.pdf](http://www.eu.bilgi.edu.tr/docs/Peter-Widmann-Almanya-Notlari-3.pdf) (16.1.2013)
- [www.faz.net/aktuell/politik/urteil-zu-beschneidungvon-jungen-graumann-ein-unerhoerter-und-unsensibler-akt-11799759.html](http://www.faz.net/aktuell/politik/urteil-zu-beschneidungvon-jungen-graumann-ein-unerhoerter-und-unsensibler-akt-11799759.html) (17.7.2012)
- [www.jura.uni-halle.de/lehrstuehle\\_dozenten/lehrstuhl\\_germann/aktuelles/tagung\\_beschneidung/](http://www.jura.uni-halle.de/lehrstuehle_dozenten/lehrstuhl_germann/aktuelles/tagung_beschneidung/) (16.01.2013)
- [www.juris.de/jportal/portal/t/nbr/page/jurisw.psm1?action](http://www.juris.de/jportal/portal/t/nbr/page/jurisw.psm1?action) (17.1.2013)
- [www.juris.de/jportal/portal/t/nbr/page/jurisw.psm1?action](http://www.juris.de/jportal/portal/t/nbr/page/jurisw.psm1?action); (3.2.2013)
- [www.kinderhilfe.de/fileadmin/files/Presse/PM\\_Anhaenge/12\\_06\\_28\\_Stellungnahme\\_Beschneidung\\_Prof.Tillig.pdf](http://www.kinderhilfe.de/fileadmin/files/Presse/PM_Anhaenge/12_06_28_Stellungnahme_Beschneidung_Prof.Tillig.pdf) (17.7.2012)
- [www.lto.de/recht/hintergruende/h/wegweisendes-urteilreligioese-beschneidungen-von-jungen-verboten](http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/wegweisendes-urteilreligioese-beschneidungen-von-jungen-verboten) (17.7.2012);
- [www.sueddeutsche.de/wissen/diskussion-um-das-beschneidungs-urteil-brachiale-aufklaerung-1.1404230](http://www.sueddeutsche.de/wissen/diskussion-um-das-beschneidungs-urteil-brachiale-aufklaerung-1.1404230) (17.7.2012)
- [www.zeit.de/politik/deutschland/2012-07/forderungsgesetz-beschneidung/seite-2](http://www.zeit.de/politik/deutschland/2012-07/forderungsgesetz-beschneidung/seite-2) (17.7.2012)

<sup>38</sup> <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/118/1711816.pdf>



**ELEKTRONİK İHALE  
(E-İHALE)  
ELECTRONIC PROCUREMENT  
(E-PROCUREMENT)**

**Selman Sacit BOZ\***

**ÖZET**

Elektronik devlet bileşenlerinden biri olan elektronik (e-ihale), son dönemlerde idarelerin ihale yöntemi olarak başvurduğu bir usul olarak karşımıza çıkmaktadır. 20 Kasım 2008 günü kabul edilen 5812 sayılı “Kamu İhale Kanunu İle Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”la birlikte kamu alımlarının elektronik ortamda gerçekleştirilmesinin yasal altyapısı oluşturulmuş oldu. 25.02.2011 tarihli ve 27857 sayılı “Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği”nin yürürlüğe girmesiyle birlikte kamu ihalelerinin elektronik ortamda yapılabilme usul ve esasları da belirlenmiş oldu.

E-ihalenin uygulanmaya başlamasıyla birlikte kamu kurum ve kuruluşlarının mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin internet üzerinden ihaleye sunulması ve isteklilerinin bu ihalelere yine internet üzerinden katılımı sağlanmıştır. Böylelikle ihalelerin kamuoyu denetimiyle birlikte daha açık, saydam ve şeffaf olması sağlanırken eşitlik ilkesi daha da güçlendirilip ihale sürecinde de önemli tasarruflar yapılması hedeflenmektedir.

**ANAHTAR KELİMELER:** Kamu İhalesi, Elektronik İhale, Elektronik Kamu Alımları Platformu, Kamu İhale Kanunu İle Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği

**ABSTRACT**

Electronic procurement which is a government component fronts us a form that government refers as a procurement form. Accepted on 20<sup>th</sup> of November 2008 the law no 5812 with the law about amendment on “Public Procurement Law” and “Public Procurement Contracts Law” legal background of public procurement on electronic media is established. With going into operation of the law no 27857 and dated 25<sup>th</sup> of February 2011 “Electronic Procurement Implementation Regulation” forms and basics of the Public Procurements that can be done on electronic media are designated.

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi  
E-posta: selmansacitboz@gmail.com

With the beginning of the e-procurement, purchase of goods and services and construction works of the public institutions and organizations and those concerned attendance on internet are provided. So with the public auditing of the procurements, they are more open and transparent. Principle of equality is braced for more and it is targeted important disposals during procurement.

**KEYWORDS:** Public Procurement, Electronic Procurement, Electronic Public Procurement Platform, Public Procurement Law and the Amendment Law on Public Procurement Contracts Law, Electronic Procurement Implementation Regulation.

**GİRİŞ**

Gelişen teknoloji ve bu sürece ilişkin olarak öngörülen e-devlet modeli, kamu hizmetlerinin hemen hemen her noktasında kendini göstermektedir. E-devlet bileşenleri bilgiye ulaşmada şeffaflık ve kolaylık sağlaması, kamu hizmetlerindeki etkinliğin ve verimliliğin gerçekleşmesi, hizmetin aksamadan en güvenilir ve en hızlı yoldan ilgililerine ulaşması noktasında vazgeçilemez bir yapı olarak karşımıza çıkmaktadır.

E-devlet uygulamalarından biri ise elektronik ihale (e-ihale)’dir. 20 Kasım 2008 günü kabul edilen 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu İle Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’la kamu alımlarının elektronik ortamda gerçekleştirilmesinin yasal altyapısı oluşturulmuştur. 25.02.2011 tarihli ve 27857 sayılı Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği’nin yürürlüğe girmesiyle birlikte kamu ihalelerinin elektronik ortamda yapılabilme usul ve esasları belirlenmiştir.

E-ihalenin devreye alınmasıyla birlikte kamu kurum ve kuruluşlarının mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin internet üzerinden ihaleye çıkarılması ve isteklilerinin bu ihalelere yine internet üzerinden katılımı sağlanmıştır.

Çalışmamızın amacı, e-ihale ile getirilen yeni düzenlemelerle mevcut düzenlemelerin bilişim altyapısıyla nasıl entegre olduğunu gösterebilmektir.

Çalışmamızda kamu ihalesine ilişkin olarak çıkarılan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu düzenlemelere değiştirilmiştir. Kamu ihalesinde uygulanacak kurallar genel hatlarıyla gösterildikten sonra e-ihalenin bu düzenlemeler arasındaki yeri, fonksiyonu, uygulamaya aşamaları, kamu ihalesine hâkim olan ilkelere üzerindeki etkisi, getirdiği yenilikler, faydaları ele alınmaya çalışılmıştır.

**I. KAMU İHALESİ KAVRAMI**

İhale kavramı, 2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 4. maddesinde, “Bu Kanunda

yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemler”, 1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun aynı maddesinde ise “Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemler” olarak tanımlanmıştır.

Doktrin de ise kamu ihale kavramı en geniş haliyle, “*idarenin görev alanına giren hizmetlerin yürütülmesi amacıyla, karşılığı idare tarafından ödenmek üzere gerekli mal ve hizmetlerin alınmasına veya bir işin yasada öngörülen usul kurallarına uymak suretiyle oluşturulan rekabet ortamı içerisinde katılan adaylardan en uygun teklifi sunan özel bir kişiye yaptırılmasına yönelik olan sözleşmelerin oluşum süreci*” olarak ifade edilmiştir<sup>1</sup>.

İdare yaptıracağı ya da bir başkasına göreceği işlerde kural olarak bir sözleşme yapmak zorundadır. İdare tarafından yerine getirilen tüm faaliyetlerde olduğu gibi, idare sözleşme yaparken de özel kişilerden farklı olarak bir takım sınırlamalara tabi tutulmuştur. Bu sınırlamalar ise idarenin yapacağı hem özel hukuk işlemlerinde hem de idari sözleşmelerde geçerlidir. Kamu yararını gerçekleştirmek idarenin amacı olmasından dolayı kamu ihalelerinde de belirli kurallara idarenin tabi olması gerekmektedir<sup>2</sup>. İşte idare, hangi türden sözleşme yaparsa yapsın bir gerçek kişi ya da özel hukuk tüzel kişisi gibi serbestçe hareket edemeyecek ve yukarıda tanımlanan kamu ihalesinin tabi olduğu hukuki düzenlemelere uymak zorunda kalacaktır<sup>3</sup>.

#### A. Kamu İhalesine İlişkin Yasal Düzenlemeler

Kamu ihalesine ilişkin düzenlemeler 1934 tarih ve 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu ile hüküm altına alınmıştır. Daha sonra bu kanun mülga edilerek 1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu yürürlüğe girmiştir<sup>4</sup>.

Devlet İhale Kanunu özerk bütçeli kuruluşları (örn: KİT, Sosyal Kamu Kurumu) ve köyleri kapsam dışı bırakmasından, pek çok özel kanunda bazı kamu kurum ve kuruluşlarının bu kanundan istisna tutulmasından, yeterince açıklık ve tam rekabetin sağlayamamasından dolayı çeşitli eleş-

tirilere maruz kalıyordu. İşte bu eksiklikleri gidermek amacıyla 2003 tarihinde yürürlüğe girmesi kaydıyla 2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu yürürlüğe girmiştir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu yürürlükten kaldırmamıştır. Bu sebeptir ki her iki kanunda belirli şartlarda kamu ihaleleri için uygulanabilmektedir<sup>5</sup>.

Türkiye’de kamu ihalesini düzenleyen sadece bu iki yasal düzenleme dışında çeşitli düzenleyici hükümler de bulunmaktadır. Şöyle ki, bilindiği üzere Kamu İhale Kanunu’na göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlemek amacıyla çıkarılan 2002 tarih ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda da ihaleye ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

Ayrıca hem gelir getirici ihalelerde hem de kamu harcaması yapılmasını gerektiren ihalelerde bazı kurum ve kuruluşlar açısından istisnai düzenlemelerde mevcuttur. Şöyle ki, Toplu Konut İdaresi Başkanlığı’nın yapacağı arsa satışları 2886 sayılı kanuna tabi değildir. TOKİ arsa satış ihalelerini 5272 sayılı Kanun’la değişik 1164 sayılı Arsa Üretimi ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanun’un 6/1 hükmü gereği kendi mevzuatı çerçevesinde yapmaktadır. Bu kapsamda TOKİ İhale Yönetmeliği<sup>6</sup> ve bu yönetmeliğe bağlı olarak düzenlenen satış şartnameleri TOKİ arsa satış ihalelerinin hukuki alt yapısını oluşturmaktadır<sup>7</sup>.

Kamu ihalesine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı yapım ve hizmet alımına ilişkin bir başka örnek ise Köylere Hizmet Götürme Birlikleri’dir. Bu kapsamda yapılan ihaleler de 4734 sayılı Kanun’a tabi değildir. Bu ihaleler de 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu’nu dayanak alınarak çıkarılan 28.04.2007 tarihli Köylere Hizmet Götürme Birliği İhale Yönetmeliği’ne göre yapılmaktadır<sup>8</sup>.

Bu istisnai düzenlemelerin yanı sıra Kamu İhale Kurumu tarafından 25.02.2011 tarih ve 27857 sayılı Resmi Gazete ile çıkarılan Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği’nde de ihale mevzuatına ilişkin radikal hükümler getiren düzenlemeler mevcuttur.

Çalışmamızın amacının Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği’nin getirdiği yenilik ve düzenlemeleri ortaya koyabilmek olmasından dolayı, çalışmamızın bu kısmında kamu ihalelerini düzenleyen iki temel kanun ve bunların kapsamı belirtilmeye çalışılacaktır.

<sup>1</sup> KUTLU, Meltem, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, İzmir, 1997, s. 76; GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, 11. Bakıdan Tıpkı Ek Baskı, Bursa, 2011, s. 468; YILDIRIM, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri I*, Konya, 2012, s. 363

<sup>2</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Ankara, 2009, s. 432.

<sup>3</sup> YILDIRIM, s. 363.

<sup>4</sup> GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, 2002, s. 181.

<sup>5</sup> GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel, *İdare Hukukuna Giriş*, 16. Baskı, Bursa, 2012, s. 210.

<sup>6</sup> 03.05.2006 tarih ve 26157 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Toplu Konut İdaresi Başkanlığı Satış, Devir, İntikal, Kiraya Verme, Trampa, Sınırlı Aynı Hak Tesisi ve Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı İhale Yönetmeliği

<sup>7</sup> AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 433.

<sup>8</sup> AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 433-434.

## 1. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve Kapsamı

2886 sayılı Kanun'un kapsamı 1. maddede "Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri aynı hak tesisi ve taşıma işleri bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütülür" olarak düzenlenmiştir.

Bu kanunun kapsamına giren kurumlar genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idareler<sup>9</sup>, özel idare ve belediyeler olarak belirlenmiştir. Yani KİT'ler, sosyal kamu kurumları ve köylere ilişkin düzenlemeler kanun kapsamı dışına çıkarılmıştır. Yine aynı hükümdede sadece alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri aynı hak tesisi ve taşıma işlerinin bu kanuna tabi olacağı belirtilmiştir<sup>10</sup>. Daha önceden 2886 sayılı kanununun kapsamına giren mal ve hizmet alımları ile yapım işleri bu Kanun kapsamından çıkarılmıştır<sup>11</sup>. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle 2886 sayılı Kanun yürürlükten kalkmasa da kapsamı önemli derecede azaltılmıştır<sup>12</sup>. Bir başka deyişle 2886 sayılı Kanun'un uygulama alanına giren kurumlar 4734 sayılı Kanun'a göre oldukça azdır<sup>13</sup>.

## 2. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve Kapsamı

4734 sayılı Kanun'un tatbik edileceği kamu kurumları genel olarak Kanun'un 1. maddesinde amaç başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir. "Bu Kanunun amacı, kamu hukukuna tâbi olan veya kanunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektir".

Kanun'un 2. maddesinde ise daha da ayrıntıya girerek kapsama dahil olan kamu kurum ve kuruluşları açıkça şu şekilde belirtmiştir.

"a) Genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, özel idareler ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler, tüzel kişiler.

b) Enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösterenler dahil, kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri.

<sup>9</sup> 5018 sayılı Kanun ile katma bütçeli idarelerin bir kısmı genel bütçe, bir kısmı özel bütçeli idareler arasında sayılmıştır.

<sup>10</sup> GÖZLER / KAPLAN, **Giriş**, s. 210.

<sup>11</sup> GIRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun, **İdare Hukuku Dersleri**, İstanbul, 2006, s. 476.

<sup>12</sup> ATAY, Ender, Ethem, **İdare Hukuku**, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2009, s. 562.

<sup>13</sup> YILDIRIM, s. 364.

c) Sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (mesleki kuruluşlar hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar.

d) (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin ortak oldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler.

e) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların yapım ihaleleri".

Yukarıda belirtilen kamu kurum ve kuruluşlarının tüm ihalelerinde 4734 sayılı Kanun'un uygulanması söz konusu değildir. Sadece bu kurum ve kuruluşların "mal ve hizmet alımları" ile "yapım işlerine" ve diğer kişilerden yapılacak "taşınmaz mal kiralalmalarına" bu Kanun'un uygulanması gerekmektedir<sup>14</sup>.

## B. Genel Olarak Kamu İhalesine Hâkim Olan İlkeler

Çalışmamızın bu aşamasında, kamu ihalesine hâkim olan ilkelerin yer aldığı yasal düzenlemelere değinilip, e-ihale sisteminin faydaları başlığı altında Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği'nin getirdiği yeniliklerle birlikte bu ilkelerin ayrıntıları belirtmeye çalışılmıştır.

2886 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre, "Bu kanunun yürütülmesinde, ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır". Benzer şekilde 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesine göre "İdareler, bu kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur".

Yukarıda sözü geçen kanun maddeleri "ilkeler" başlığını taşımaktadır. Şayet bir kamu kurum ya da kuruluşu ihale yapmaya karar verirse bu ilkelere azami ölçüde uymak zorundadır.

## II. E-İHALE KAVRAMI

"Bilgi toplumunun oluşumuyla bireylerin devletle ilişkilerinin saydamlaştırılması, kolaylaştırılması ve daha verimli hale getirilmesi gereksinimi iletişim teknolojilerinin de gelişmesiyle "e-devlet", elektronik devlet kavramı ortaya çıkmıştır. Elektronik devlet; hizmetlerin aksaksız, hızlı yapılabilmesini, kaliteli yürütülebilmesini, işletme giderlerinin azaltılmasını, gerçek bilgiye ulaşım avantajlarının sağlanmasını, düşük performanslı devlet modelinden yüksek performanslı şeffaf devlet sistemine geçişin gerçekleştirilmesi, bilgi ve ulaşım teknolojileriyle desteklenen güçlü bir olgu

<sup>14</sup> GÖZLER/ KAPLAN, **Dersleri**, s. 473.

olarak ortaya çıkmaktadır. Elektronik devlet çalışmalarının en güçlü bileşenlerinden biri ise, elektronik ihaledir<sup>15</sup>.

Elektronik ihale, e-ticaretin kamudaki alımlarda başvurulan özel bir şekli olarak nitelendirilmekte ve halen gelişmesini sürdürmektedir<sup>16</sup>.

Bir başka ifadeyle e-ihale; kamu alımlarının elektronik ortamda gerçekleştirildiği elektronik dönüşüm süreci olarak tanımlanabilir<sup>17</sup>.

Elektronik ihalenin çalışmamız kapsamında tanımını şu şekilde yapılması mümkündür. Elektronik ihale, Kamu İhale Kanunu kapsamındaki idarelerin, yapacağı mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin web-tabanlı teknoloji vasıtasıyla, çevrimiçi olarak istekliler arasından en avantajlı teklifi veren özel hukuk kişisine bırakılması işlemidir.

Kamu İhale Kurumu kapsamında oluşturulan Elektronik İhale Proje Geliştirme Grubunun 2006 yılında hazırladığı rapora göre e-ihaleden beklenen temel faydalar şunlardır.

*\*Talep toplulaştırması ve artan rekabet sonucu kamu alımlarında fiyat düşüşü sağlanacaktır. Dünya örneklerine bakıldığında e-ihale uygulamalarının satın alımlarda %10-20 arasında tasarruf sağlayabildiği görülmektedir.*

*\*İhaleler daha hızlı sonuçlandırılabilir, kâğıt ortamda yürüyen süreçlerin elektronik ortama aktarımı verimliliği artıracaktır.*

*\*İhale katılımcılarının benzer belgeleri tekrar sağlamalarına gerek kalmayacak, işletmelere ciddi zaman tasarrufu sağlanacaktır.*

*\*İhalelere daha çok sayıda işletmenin katılması sağlanacak, bu da rekabeti artırmanın yanı sıra KOBİ sektörüne de ivme kazandıracaktır.*

*\*Kamu alımlarında eşitlik, şeffaflık ve hesap sorulabilirlik artacaktır.*

*\*BİT alımlarının etkinlik kazanması e-dönüşüm sürecini kolaylaştıracaktır.*

*\*Çerçeve anlaşmaları ile kamu satın alımında minimum standartlar sağlanacak, kurumlar arası farklılıklar ortadan kalkacak, tedarikçilerin kamu kurumlarına mal ve hizmetleri asgari kalite ve fiyatlarla sunması temin edilecektir.*

*\*Kamu özel sektör ortaklıklarının daha yaygın ve etkin kullanımı ile kamu projelerinin finansman sıkıntılarının çözüm getirilmesi ve projelerin özel*

*sektör desteği ile daha hızlı ve kaliteli şekilde yürütülmesi beklenmektedir<sup>18</sup>.*

Ayrıca Elektronik ihale ile geleneksel ihale karşılaştırıldığında elektronik ihalenin önemli avantajlarını şu şekilde sıralamak da mümkündür.

*\*\*Sorgu Sihirbazının mevcut olması,*

*\* İhaleye katılması yasaklı olanların elenmesi,*

*\* Alınacak nakit teminatların elektronik bankacılık ile transferi ve ihale katılım koşullarının incelenmesinde bu ödemelerin kontrolündeki performans farkı,*

*\* Diğer türdeki teminatların adrese gönderilmesi ve daha sonra yapılan incelemeden sonra onay verilmişse bulup sisteme aktarılması ve yine kontrolde hızlilik,*

*\* Kapalı teklif usulünde herkes kendi fiyatını belirleyip, sunar. Verilen en iyi fiyat elektronik ortamda yayınlanır ve böylece şeffaflık sağlanır.*

*\* Açık teklif usulünde katılımcılar diğer katılımcılardan etkilenmeden tekliflerini sunabilir ve böylece malın bedelini değiştirebilirler.*

*\* Alınan teminatlar elektronik ortam kullanılarak serbest bırakılır. Geri transferler geleneksel düzene göre daha hatasız ve hızlı gerçekleşir.*

*\* Telefon, fax, ulaşım gibi diğer ihale masraflarından tasarruf edilmiş olur.*

*\* Elektronik ihalelerin neticelenmesi geleneksel yöntemlere göre çok daha hızlı gerçekleşir.*

*\* İhalelerin duyurulması daha pratik ve hızlı olabilir. Bu da yine zaman açısından büyük bir avantajdır<sup>19</sup>.*

Elektronik kamu satın alma sistemleri ile kamu satın alma sürecindeki ilkeler korunarak, süreçte uyulması gereken esas ve usullerin bilgi ve iletişim teknolojileri ile desteklenmesi, istekliler ve idarelerin en az iş yükü ve maliyetle işlemlerini gerçekleştirmesi amaçlandığı belirtilmektedir<sup>20</sup>.

*"Elektronik ihale uygulamalarının geliştirilmesinin altında yatan en önemli neden kamu alımlarında şeffaflık, rekabet, etkinlik, verimlilik ve tasarruf sağlanmasıdır<sup>21</sup>.*

Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği'nin beklenen faydalar da göz önüne alındığında kamu ihalesine hakim olan ilkelere katkıları şu şekilde sıralanabilir.

<sup>15</sup> AKKAYNAK, O. Sener, Kamu İhale Kurumu Başkanı Açılış Konuşması, **E-İhale Zirvesi**, İstanbul, 16.11.2005, s. 8.

<sup>16</sup> ALP, Ali, Globalleşme Sürecinde E-İhalenin Türkiye Ekonomisine Etkileri, **E-İhale Zirvesi**, ppt sunumu, İstanbul, 16.11.2005, s. 9.

<sup>17</sup> Kamu Alımları sistemi, Kamu İhale Kurumu, 11 Ekim 2010, www.ebrd.com, ppt sunumu, e.t.18.10.2012, s. 21.

<sup>18</sup> Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Program Tanımlama Dokümanı, Temmuz, 2006, s. 325.

<sup>19</sup> BALOĞLU, Arzu, "Elektronik İhale Sistemi: Bir İş Akış Modeli", **Türkiye'de İnternet Konferansı**, Ankara, 8-10 Kasım 2007, s. 308.

<sup>20</sup> Kamu İhale Kurumu, **2007 Yılı Faaliyet Raporu**, Yayın No: 24, Mayıs 2008, s. 194.

<sup>21</sup> SOLAK, Ferruh / KOÇBERBER, Güler, "Elektronik Kamu Alımları Platformu", **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık, 2010, s. 138.

## A. E-İhalenin Katkıları

AB Direktifinde yer alan ve Roma Anlaşması-na dayanan Tam Rekabet (Effective Competition), Şeffaflık (Transparency), Ayrımcılık Yapmama (Non-discrimination), Tarafsızlık (Objectivity), Eşit muamele (Equal treatment), Orantılılık (Proportionality) gibi temel ilkeler<sup>22</sup> elektronik ihaleyle birlikte kamu ihalelerinde uygulanabilecektir. Elektronik ihaleden beklenen katkılar genel olarak şu şekilde ifade edilebilir.

### 1. Tasarrufa Katkısı

Elektronik ihale ile birlikte ilan, tebligat, tarafların buluşturulması gibi tüm ihale işlemleri internet üzerinden gerçekleştirilecektir. Bu yöntemle hem ekonomik açıdan hem de zaman açısından çok büyük bir oranda tasarruf edilmesi mümkündür olacaktır.

Elektronik kamu satın alma sistemlerinin dünyadaki uygulamaları incelendiğinde, ülke koşullarına ve ihtiyaçlarına uygun olarak tasarlanıp uygulamaya konulan elektronik kamu satın alma sistemlerinin, istekliler ve idarelerin satın alma süreçlerini zaman, emek ve ekonomik açıdan üçte iki oranında düşürdüğü ve kamu satın alma harcamalarında beşte bir oranında tasarruf sağladığı görülmektedir<sup>23</sup>.

Dünyada bu sistemi uygulayan ülkelerin deneyimlerine bakıldığında, kamu elektronik satın alma sistemleri aracılığıyla toplam satın alma maliyetlerinde %20 oranında iyileşme daha doğru bir söyleyişle tasarruf edildiği görülmektedir<sup>24</sup>. Yıllık kamu alımlarının 40 milyar dolar olduğu farz edilirse, bu oranın her yıl için 8 milyar dolar tasarrufa denk gelmesi söz konusu olacaktır<sup>25</sup>. Elektronik ihale ile birlikte sadece idare değil özel kişiler de tasarruf etmektedir. Bu tasarrufa bir örnek vermek gerekirse, sadece ihale dokümanı bedeli dikkate alındığında istekliler 2011 yılında 27,75 milyon TL tasarruf etmişlerdir<sup>26</sup>.

Elektronik ihaleyle birlikte yukarıda belirtildiği üzere ihalenin aktörleri olan hem idareler hem de istekli özel kişilerin elde edebileceği tasarrufları şu şekilde özetlemek mümkündür.

*“İdare ve katılımcılar için yılda 5 milyar TL’lik tasarruf sağlanması beklenmektedir. 150 milyon sayfa kâğıttan tasarruf edilecektir.*

*İdareler, ihale dokümanı basım maliyetinden 11 milyon TL, tebligatların elektronik ortamda yapılmasından 3 milyon TL, ihale işlemlerinin daha kısa sürede tamamlanmasından 99 milyon TL, artan rekabet ve fiyat düşüşlerinden de 4,6 milyon TL tasarruf elde edecek.*

*İhaleye katılacak olan istekliler ise, ihale dokümanı satın alma maliyetinden 46 milyon TL, ihale dokümanı satın alma amaçlı idareye gidip gelme maliyetinden 3 milyon TL, oda kayıt belgesi sunma zorunluluğunun kalkmasıyla 9 milyon TL, teklif hazırlama işlemlerinin daha kısa sürede tamamlanmasıyla 87 milyon TL, imza beyannamesi-sirküleri sunma zorunluluğunun kalkmasıyla da 55 milyon TL tasarruf elde edecektir. Toplam tasarruf miktarı da 5 milyar TL’yi bulacaktır<sup>27</sup>.*

Ayrıca elektronik ihalenin hayata geçirilmesi çok masraf gerektirmeyen bir süreçtir ve çoğu zaman kurumlar bu sistemi kendi bütçelerinden finanse edebileceklerdir<sup>28</sup>.

### 2. Açıklık ve Saydamlık İlkesine Katkısı

Kamu ihaleleri kamu kaynaklarından yani vergilerden kaynaklandığı için kamu satın alma sistemlerinde şeffaflık olması gerekmektedir<sup>29</sup>.

Yapılacak ihaleye ilişkin olarak hazırlanan tüm evraklar, idare tarafından yayınlanacak tüm belgeler hatta yapılan tüm değişiklikler, taraflara yapılan bildirim ve tebligatlar, verilen teklifler dâhil olmak üzere tüm verilerin sisteme en kısa sürede girişi yapılacaktır. İlgili herkesin bu verilere ulaşımı sağlanacaktır.

Teklif ileri sürme, teklif kabul, teklif güvenilirliğinin sağlanması ve tekliflerin açılması işlemleri güvenli, zamanında, itiraza yer vermeyecek şekilde gerçekleştirilecektir<sup>30</sup>.

Elektronik ihale, ihale sürecindeki şeffaflığı arttıracak, yolsuzluk ve usulsüzlükle mücadele aracı olarak kullanılacaktır<sup>31</sup>. Elektronik ihaleyle birlikte yolsuzluk üreten birçok faktör ortadan kaldırılmış olacaktır<sup>32</sup>.

<sup>22</sup> AĞARI, M. Bülent / ÖZKAN, Nilhan / SEZGİN, Canan / İSHAKOĞLU, B. Ülkü / BAYLAN, İbrahim, “Kamu Satın Alımlarında AB Direktifleri ve İngiltere Uygulamaları”, **Kamu Alımlarında AB ve İngiltere’deki Düzenleme ve Uygulamalar**, Ankara, Nisan-2005, s. 11-12.

<sup>23</sup> Kamu İhale Kurumu, **2007 Yılı Faaliyet Raporu**, s. 194.

<sup>24</sup> AKKAYNAK, s. 8.

<sup>25</sup> OĞUZ, Gökhan, Kamu İhale Kurumu Başkan Yardımcısı Konuşması, **E-İhale Zirvesi**, İstanbul, 16.11.2005, s. 31.

<sup>26</sup> Kamu İhale Kurumu, Elektronik İhale, **Bilişim Destek ve Etkileşim Merkezi Hizmetleri 2011 Yılı Faaliyet Raporu**, 01 Ocak-31 Aralık 2011, s. 7.

<sup>27</sup> GÜL, Hasan, E-İhalede Geline Aşama ve Hedefler, **Telekom Dünyası Dergisi**, ([http://www.telekomdunyasi.com.tr/?action=haber\\_detay&id=78](http://www.telekomdunyasi.com.tr/?action=haber_detay&id=78), e.t. 23.10.2012)

<sup>28</sup> AKKAYNAK, s. 9.

<sup>29</sup> ÖZGEN, İhsan, Kamu İhale Kurumu Bilgi İşlem Daire Başkanı Konuşması, **E-İhale Zirvesi**, İstanbul, 16.11.2005, s. 45.

<sup>30</sup> AKKAYNAK, s. 9.

<sup>31</sup> AKKAYNAK, s. 9.

<sup>32</sup> OĞUZ, s. 31.

### 3. Rekabet İlkesine Katkısı

Kamu ihalesinde ihaleye çıkan işin olabildiğince en uygun bedelle en ehil kişiye verilebilmesi rekabetin sağlanmasıyla mümkün olabilecektir<sup>33</sup>.

Rekabetten söz edebilmek içinse olabildiğince fazla kişinin en azından birden fazla kişinin ihaleye katılması gerekmektedir<sup>34</sup>. Katılım fazlalığı rekabetle doğru orantılı olarak kabul edilmektedir. Katılım arttıkça rekabet de ona göre artacaktır. Elektronik ihalenin devreye girmesiyle birlikte ihalelere katılım ve ona bağlı rekabette artmıştır. Şöyle ki; Kamu İhaleleri Kurumu tarafından yayımlanan istatistiklere göre 2011 yılı ve 2012 yılının ilk çeyreğinde toplam 122.532 ihaleye 470.77 farklı firma katılmış ve teklif vermiştir<sup>35</sup>. Bu sayı idare ve kişilerin elektronik ihale sisteme dâhil olmasıyla her geçen gün çoğalacak ve ihalelerdeki rekabet de artacaktır.

Kamu ihalesine hâkim olan ilkelerden rekabet ilkesine doktrinde “yarışma ilkesi<sup>36</sup>” de denilmektedir. Aslında “yarışma” ifadesi elektronik ihale ile daha da belirgin hale gelmiştir. Şöyle ki, istekliler çevrimiçi olarak ihalelerde teklif verirken adeta ihaleyi bir an unutup bir nevi yapılan yarışmayı kazanmak için birbirleri ile rekabete başlayacaklardır. Böylece idarenin o ihaleden kazancı daha yüksek olacaktır.

### 4. Kamuoyu Denetimi İlkesine Katkısı

Kamu ihalelerinde şeffaflık ve saydamlık ilkesi tam anlamıyla sağlanabilirse kamuoyu denetimi de gerçekleşmiş olur. Başka bir ifadeyle kamu ihalelerindeki şeffaflık ve saydamlık ne kadar artarsa kamuoyu denetimi de o kadar artar. Şöyle ki, kamu ihale ilan ve sonuçları Resmi Gazete’de yayımlanmasının yanı sıra yurt içi ve yurt dışı yayın araçları internet ağı ve elektronik haberleşme vasıtalarıyla yayınlanması da öngörülmüştür<sup>37</sup>.

Elektronik ihale yöntemiyle ihale sürecine ilişkin bilgilere vatandaşların erişebilmesi, ihale istatistiklerini analiz etme imkânının olması, ihale aşamalarını idare, istekliler ve vatandaşların görebilmesi için elektronik ortamda kolay erişebilir ve sorgulanabilir bir kayıt sistemi oluşturulmasıyla birlikte denetim de sağlanmış olacaktır<sup>38</sup>.

### 5. Eşit Muamele İlkesine Katkısı

İhalede dikkat edilmesi gereken temel ilkelerden biri de eşit muamele ilkesidir. İhaleye katılan

kişilere karşı, ihaleye çıkan idare adalet ve hak-kaniyeti sağlamak zorundadır. Aksi takdirde ihale beklenen fayda sağlanamayacaktır.

Elektronik ihaleyle isteklilerin katılmasındaki işlevsel farklılıklar ortadan kalkmakta ve katılım maliyetleri azalmaktadır. İhalelere doğrudan erişebilme ve katılım, coğrafi yer ve zaman bakımından bağımsız olarak yapılmaktadır. İhaleye erişim sistematik hale gelmekte bu da eşit muameleyi kesin olarak sağlamaktadır<sup>39</sup>.

Bir başka açıdan bakacak olursak elektronik ihalenin bu ilkeye zarar verebileceği savunulabilir. Şöyle ki, tüm işlemler internet üzerinden gerçekleştirilmektedir. İnternet ve bilgisayar kullanımı zayıf olan insanlar için dezavantaj gibi gözükebilir.

## B. Türkiye’de E-İhale Uygulaması

“Kamu İhale Kurumu, 4 Aralık 2003 tarihli Resmi Gazete yayımlanan Başbakanlık Genelgesiyle elektronik ihale projesi için sorumlu kuruluş olarak belirlenmiştir. Yüksek Planlama Kurulu, E-Dönüşüm Türkiye Projesi 2005 yılı eylem planında da “Kamu E- Satın Alma Platformu” kurulmasının sorumluluğunu Kamu İhale Kurumu’na vererek, bu alanda milli bir politikanın oluşumunda ilk adımlar atılmıştır<sup>40</sup>.”

### 1. Yasal Dayanak

20 Kasım 2008 günü kabul edilen 5812 sayılı Kanun<sup>41</sup>’la kamu alımlarının elektronik ortamda gerçekleştirilmesinin yasal altyapısı oluşturulmuştur<sup>42</sup>.

17.12.2010 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Elektronik Kamu Alımları Platformunun Kullanılmasına İlişkin 1 Nolu Tebliğ, 01.09.2010 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlüğe girmiştir.

25.02.2011 tarihli ve 27857 sayılı Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği’nin yürürlüğe girmesiyle birlikte kamu ihalelerinin elektronik ortamda yapılabilmesine olanak sağlandı. Fakat bu Yönetmeliğin kapsamı 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun uygulandığı kamu ihaleleri olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu kapsamındaki ihaleler için şimdilik e-ihale yolu kapalıdır.

<sup>33</sup> ATAY, s. 566.

<sup>34</sup> KUTLU, s. 199.

<sup>35</sup> Kamu İhale Kurumu-Kamu Alımlarını İzleme ve Bilgi Hizmetleri Dairesi Başkanlığı, **Kamu Alımları İzleme Raporu**, Ankara, Haziran 2012, s. 17.

<sup>36</sup> YILDIRIM, s. 365.

<sup>37</sup> YILDIRIM, s. 368.

<sup>38</sup> AKKAYNAK, s. 9.

<sup>39</sup> AKKAYNAK, s. 9.

<sup>40</sup> BANKUR, Mutlu, **Sağlık Bakanlığı Hastaneleri Satın Alma Birimlerinde Çalışanların E-ihale Konusundaki Görüşlerinin Değerlendirilmesi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2008, s. 49.

<sup>41</sup> Kamu İhale Kanunu İle Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No. 5812, Kabul Tarihi: 20/11/2008.

<sup>42</sup> Kamu İhale Kurumu, ppt sunumu, s. 23.

Bu Yönetmelik, 4734 sayılı Kanununun 53. maddesi<sup>43</sup> ile Ek 1. maddesine<sup>44</sup> dayanılarak hazırlanmıştır.

## 2. EKAP ve Aşamaları

EKAP; Elektronik Kamu Alımları Platformu'nun kısaltmasıdır. Kamu ihalelerin internet üzerinden online (çevrimiçi) olarak yapılmasını sağlayacak olan bir yazılımdır<sup>45</sup>.

Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği'nin yürürlüğe girmesi sonucunda 4734 sayılı Kanun kapsamındaki kamu ihalelerinin internet aracılığıyla yapılabilmesi amacıyla Kamu İhale Kurumu bünyesinde oluşturulmuş bir internet çevrimiçi programıdır.

17.12.2010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Elektronik Kamu Alımları Platformunun Kullanılmasına İlişkin 1 Nolu Tebliğ'de ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun tanımlar başlıklı 4. maddesinde EKAP; "İdareler ile kamu alımları sürecine taraf olanların bu süreçle ilişkin işlemleri internet üzerinden gerçekleştirebilecekleri, Kurum tarafından yönetilen elektronik ortam" olarak tanımlanmıştır.

### <sup>43</sup> Kamu İhale Kurumu

**Madde 53-**...Kurum, Kurul kararıyla bu Kanunun ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun uygulanmasına ilişkin standart ihale dokümanı, tip sözleşme, yönetmelik ve tebliğler çıkarmaya yetkilidir. Kurul ve Kurum yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar alarak kullanır. Standart ihale dokümanları, tip sözleşmeler, yönetmelik ve tebliğler Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulur...

### <sup>44</sup> Elektronik Kamu Alımları Platformu

**Ek Madde 1 -** (Değişik madde ve başlığı: 5812 - 20.11.2008 / m.26 / Yürürlük / m.35) Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerde; bu Kanunun 13 üncü maddesi hükümleri saklı kalmak üzere, ilan, ihale dokümanının hazırlanması ve verilmesi, katılım ve yeterliğe ilişkin belgelerin sunulması, tekliflerin hazırlanması, sunulması ve değerlendirilmesi, ihalenin karara bağlanması ve onaylanması, kesinleşen ihale kararlarının bildirilmesi ve sözleşmenin imzalanması gibi ihale süreciyle ilgili aşamalar ile her türlü bildirimler kısmen veya tamamen, Kurum tarafından oluşturulan Elektronik Kamu Alımları Platformu üzerinden gerçekleştirilebilir. Elektronik Kamu Alımları Platformunun kurulması ve işletilmesi ile ihale sürecinde elektronik araçların kullanımına ilişkin esas ve usuller Kurum tarafından belirlenir.

Bu Kanunun 13 üncü maddesi uyarınca yapılacak bütün ilanlar aynı zamanda Elektronik Kamu Alımları Platformunda da yayımlanır.

Bu Kanun kapsamındaki alımlarda aday veya isteklilerin yeterliğinin tespitine ilişkin olarak Elektronik Kamu Alımları Platformu üzerinden sistemler kurulabilir. Bu sistemlerin kurulması, kurdurulması, denetlenmesi, yetkilendirilen kuruluşların yetkilerinin iptal edilmesi veya tedbir niteliğinde kararlar alınması hususlarında Kurum yetkilidir

<sup>45</sup> hubak.harran.edu.tr/dosyalar/mevzuatlar/11\_EKAP.ppt, e.t. 20.10.2012, s. 1.

"4734 sayılı Kanundaki temel ilkeler gözetilerek, ihale sürecindeki uyulması gereken esas ve usullerin bilgi ve iletişim teknolojileri ile desteklenmesi ve satın alma işlemlerinin en az iş yükü ve maliyetle yapılmasına imkan tanınması için kurulan bilişim altyapısı<sup>46</sup>" olarak da ifade edilmektedir.

"Kamu İhale Kurumu 4 Aralık 2003 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Başbakanlık Genelgesi'yle, elektronik ihale projesi için sorumlu kuruluş olarak belirlenmiştir"<sup>47</sup>.

"E-İhale çalışmaları, 2004 yılından itibaren KİK tarafından aktif bir biçimde sürdürülmektedir. E-ihale, öncelikli 11 e-devlet projesi içerisinde yer almaktadır. 2004 yılı başı itibariyle tüm kamu ihale ilanları elektronik ortamda hazırlanarak yayınlanmaya başlanmıştır. Kamu İhale Kurumu tarafından oluşturulan Elektronik Kamu Alımları Platformu (EKAP) 1 Eylül 2010 itibariyle devreye alınmıştır"<sup>48</sup>.

7 Mart 2011 tarihinde tüm aşamaların EKAP üzerinden yürütüldüğü ilk elektronik ihale gerçekleştirilmiştir. İhaleyi yapan idare tarafından ihale dokümanı EKAP üzerinden hazırlanmış, ilan EKAP'ta yayımlanmış, istekliler ihale dokümanını elektronik imza kullanarak EKAP'tan indirmiş, bankalar geçici teminat mektubunu elektronik ortamda hazırlayıp EKAP'a göndermiş, istekliler tekliflerini EKAP üzerinden imza yetkililerinin e-imzalarıyla iletmış, teklifler EKAP'ta şifrelenerek saklanmış ve ihale komisyonu ihale tarih ve saatinden sonra teklifleri EKAP'ta elektronik ortamda açıp değerlendirmişlerdir<sup>49</sup>.

"Kamu satın alımları platformu oluşturulması kapsamında;

- Yaklaşık 40 bin kamu satınalma birimine ilişkin profil bilgileri,

- 2003 yılından itibaren kamu ihalelerine katılan yaklaşık 92 bin istekli firmaya ilişkin profil bilgileri,

- 2004 yılından itibaren yapılan yaklaşık 457 bin kamu ihalesine ilişkin kritik bilgiler veritabanı ortamında derlenmiştir.

Eylem kapsamında 13.06.2005 tarihinde, işbirliği yapılacak kurumlardan ve diğer sivil toplum örgütlerinden yaklaşık 200 kişinin katılımı ile e-İhale Forumu düzenlenmiştir. Forumda kamu satın alımları platformu ile ilgili projeksiyon sunularak katılımcıların görüş ve önerileri alınmıştır"<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> <http://www.marmara.gov.tr/document/news/1150/EKAP.ppt> sunumu, e.t. 20.10.2012, s. 1.

<sup>47</sup> AKKAYNAK, s. 11.

<sup>48</sup> Kamu İhale Kurumu, ppt sunumu, s. 23.

<sup>49</sup> Kamu İhale Kurumu, 2011 Yılı Faaliyet Raporu, s. 7.

<sup>50</sup> Devlet Planlama Teşkilatı, E-Dönüşüm Türkiye Projesi, 2005 Eylem Planı Sonuç Raporu, Mayıs 2006, s. 47.

### a. Gelişim Süreci

*“İdare ve istekli sayısının fazlalığı ve gerçekleştirilecek işlem sayısının büyüklüğü nedeniyle projenin kademeli bir şekilde uygulamaya konulması planlanmıştır”<sup>51</sup>.*

Kamu İhale Kurumu'nun kuruluşundan itibaren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesiyle ilk önce yasaklı sicil tutma ve ihale istatistikleri oluşturma görevlerinin yerine getirilebilmesi amacıyla ihale kayıt sistemi, ardından 2006 yılından itibaren de Kamu Satınalma Platformu oluşturulmuştur. Bu ihale aşamalarıyla ihale verileri kısmen elektronik ortama aktarılmıştır. Bu aşamalar genel olarak ihale ilanlarının elektronik ortamda iletilmesi ve yayınlanması, ihale sonuç formlarının internet üzerinden gönderilmesi, ihale üzerinde bırakılan isteklilerin yasaklı olup olmadığının teyidinin elektronik ortamda yapılması olarak söylenebilir.<sup>52</sup>

Ayrıca elektronik ihalede alıcılar ile satıcılar arasındaki ihtiyacın ilanından ihtiyacın karşılanmasına kadar olan tüm işlemler sağlıklı kayıt altına alınabilir şekilde tasarlanması gerekmektedir. Buna ilaveten çıkabilecek sorunlara çözüm arayışında iş kuralları uygulamaya zorlanmalı ve en iyi ticari uygulamaları cesaretleştirilip desteklemesi gerektiği savunulmaktadır.<sup>53</sup>

Kamu İhale Kurumu bünyesinde 2004 yılından günümüze kadar çeşitli uygulamalar geliştirilmiştir. İlk olarak İhale Bilgi Sistemi, ardından İhale Kontrol Sistemi ve en son olarak da Kamu Satın Alma Platformu(EKAP)'dur.<sup>54</sup>

EKAP ilk kurulduğu günden bugüne kadar çeşitli aşamalardan geçerek son halini almıştır. Sürümler halinde yapılan çalışmalarla EKAP geliştirilmeye çalışılmıştır.

(Sürüm 1.0)'ün 1 Eylül 2010 da devreye alınmasından sonra (sürüm 1.1) 1 Aralık 2010'da, (sürüm 1.2) ise 1 Mart 2011 de devreye alınmıştır.<sup>55</sup>

### b. Pilot Sektör

2005 yılında “Kamu İhale Kurumu ile Sağlık Bakanlığı arasında İlaç Alımlarının Elektronik Satın Alma Yoluyla Gerçekleştirilmesine Yönelik İşbirliği Yapılmasına Dair Protokol” imzalanmıştır.

<sup>51</sup> www.euas.gov.tr, ppt sunumu, e.t. 20.10.2012, s. 7.

<sup>52</sup> SOLAK / KOÇBERBER, s. 139.

<sup>53</sup> ULUÇ, N.Mert / SARPAY, Alp / DÖNMEZ, Aytekin / BITRAK, Oğuzhan / DURAKOĞLU, A. Samet, “Elektronik Satın Alma Sistemleri (İngiltere)”, **Kamu Alımlarında AB ve İngiltere'deki Düzenleme ve Uygulamalar**, Ankara, Nisan-2005, s. 130-131.

<sup>54</sup> İMAMOĞLU, YILDIRIM, Meltem / ÖZBİLGİN, İzzet Gökhan, “Türkiye’de Elektronik Kamu İhale Sisteminde Kurumsal Yönetim ve Birlikte Çalışabilirliğin Önemi”, **Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi**, 2012, C: VII, S: I, s. 24.

<sup>55</sup> ÜŞENMEZ, Alattin, Kamu İhale Uzmanı, ppt sunumu, www.yalova.edu.tr, e.t. 20.10.2012, s. 4.

Ayrıca Sosyal Sigortalar Kurumu, BAĞ-KUR, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi ile işbirliği protokolleri imzalanmıştır.<sup>56</sup>

*“İhale süreçlerinin tamamen elektronik ortama geçirilmesiyle ilgili olarak; Aralık 2005’te, EuropeAid/120116/d/sv/tr sayılı Avrupa Birliği hibesi katkısı ile başlanan Kamu İhale Sisteminin Güçlendirilmesi Projesi – Bilgi ve İletişim Teknolojileri Bileşeni kapsamında Elektronik Kamu Satınalma Sistemi-Elektronik İhale Dokümanı Hazırlama Bileşeni de yer almaktadır. 2006 yılı içerisinde tamamlanması planlanan projede; elektronik ihale için analiz, tasarım, kodlama ve test çalışmalarına başlanmıştır. Bu çalışmaların ilk uygulaması olarak ilaç alımlarının elektronik olarak yapılması planlanmış ve Sağlık Bakanlığı İlaç Eczacılık Dairesi ile analiz çalışmalarına başlanmıştır”<sup>57</sup>.*

E-ihale projesinin ilk pilot uygulamasının, sağlık sektöründe ilaç alımlarında gerçekleştirilmesi planlanmıştır. İhale istatistiklerinde en çok ihale yapan kurum sıralamasında Sağlık Bakanlığı ilk sırada yer almaktadır. 2008 yılı üç aylık istatistiklerine bakıldığında, Sağlık Bakanlığı sayısal bazda 1.174 ihale ile ilk sırada, parasal bazda ise ikinci sırada yer almaktadır. Ayrıca bu dönemde, şikâyet başvurularında da 470 şikâyet başvurusu ile birinci sıradadır. Bu veriler dikkate alındığında, sağlık alımlarının kamu alımlarındaki payı, kamuoyu hassasiyeti düşünüldüğünde, e-ihale'nin ilk pilot uygulamasının bu sektöre yönelik yapılmasının önemi daha iyi anlaşılacaktır.<sup>58</sup>

### c. Entegrasyon

Elektronik ihaleden beklenen faydaların sağlanabilmesi için e-devlet kapsamında diğer kuruluşlarla da işbirliği yapılması gerekmektedir. Böylece diğer e-devlet bilişim altyapılarıyla birlikte daha güvenli, saydam, şeffaf ve kesin bir sonuca varılabilecektir.

Şöyle ki, “*elektronik ihale süreci sadece talep, satın alma veya ödeme süreçlerinden oluşmaktadır. İhtiyacın belirlenmesi (stok kontrolü), şartnamelerin hazırlanması (standart şartnameler üzerinden otomatik oluşturmak), ilana çıkılması (istekli ve tedarikçi tarafından kolay bilgi alışverişinin sağlandığı ortak bir platform), yeterli kontrolü (vergi borcu kontrolü, sicil işlemleri, prim borçlarının kontrolü, adli bilgilerin kontrolü), teklif verme/değerlendirme, sözleşme, kabul, fatura ve ödeme gibi birçok kriterden oluşmaktadır. Bu nedenle sadece KİK üzerindeki elektronik ilan,*

<sup>56</sup> AĞARI, Bülent, Kamu İhale Kurumu Eğitim Daire Başkanı Konuşması, **E-İhale Zirvesi**, İstanbul, 16.11.2005, s. 25.

<sup>57</sup> Devlet Planlama Teşkilatı, **2005 Eylem Planı Sonuç Raporu**, s. 48.

<sup>58</sup> BANKUR, s. 3.



*ihale dokümanlarının oluşturulması veya kazananın açıklanması değil, yukarıda belirtilen tüm süreçler kapsamında ilgili kamu kurumlarının entegrasyonu gerekmektedir*<sup>59</sup>.

Bu amaçla;

\* Adalet Bakanlığı aracılığıyla ihaleye katılan tedarikçilerin adli sicil sorgularının yapılması, hileli iflasa ilişkin durumlarının kontrol edilmesi için UYAP (Ulusal Yargı Ağı) ile,

\* İçişleri Bakanlığı aracılığıyla ihaleye katılan tedarikçilerin ayrı ayrı TC Kimlik numaralarına dayalı olarak nüfus bilgilerinin detaylı olarak incelenmesi, hileli ortaklık veya herhangi bir menfaat durumunun olup olmadığının MERNIS ile,

\* Gelir İdaresi Başkanlığı aracılığıyla vergi borçlarının kontrolü için VEDOP ile,

\* Sosyal Güvenlik Kurumu aracılığıyla ihaleye katılacakların sosyal güvenlik prim borcu yoklamlarının yapılabilmesi için E-Bildirge sistemi ile,

\* Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği aracılığıyla ticaret sicil bilgilerinin kontrolü, yerli malı üretim kontrolü ve kapasitesi hakkında Sanayi Bilgi Sistemi ile,

\* Sanayi ve Ticaret Bakanlığı aracılığıyla esnaflık statülerinin ve meslek odalarına kayıtların kontrolü gibi bilgilerin E-Esnaf projesi ile,

\* Türkiye Bankalar Birliği aracılığıyla geçici teminat mektuplarının<sup>60</sup> kontrolü için işbirliği ile,

\* Maliye Bakanlığı aracılığıyla Muhasebat Genel Müdürlüğü'nün SAY2000i sistemi ile entegrasyon sağlanarak, tüm kamu kurumlarının ihale kayıtlarına ulaşılması çok önemlidir<sup>61</sup>. Bu entegrasyon çabaları sonucunda e-devlet kapısı<sup>62</sup> sağlam, güvenilir, hızlı ve etkin bir şekilde gelişimini sürdürecektir.

<sup>59</sup> İMAMOĞLU / ÖZBİLGİN, s. 28.

<sup>60</sup> Geçici teminat mektuplarının EKAP üzerinden gönderilmesi ve geçerliği hakkında bkz: ŞAŞOĞLU, Selçuk / CEBECİ, H.Onur / EZER, Engin, "E-İhale Web Servislerinde Elektronik İmza Kullanılarak Kanuni Geçerliliğin Sağlanması", Fujitsu Technology Solutions, **6. Ulusal Yazılım Mühendisliği Sempozyumu, Ankara, 30 Mayıs-1 Haziran 2012, Bildiriler Kitabı**, s. 201-204.

<sup>61</sup> İMAMOĞLU / ÖZBİLGİN, s. 28.

<sup>62</sup> **E-Devlet Kapısı**; E-devlet uygulamalarının tek bir çatı altında bir araya getirilerek, sunulmasıdır. Böylece devletin ana portalı oluşturulmuş, hizmetlerin tümünün bu kapıda toplanarak tek bir kaynaktan sunulması sağlanmış olacaktır. Bu kapı, vatandaş ihtiyaçları gözetilerek, hızlı, kesintisiz, güvenilir, çevrim içi, birden fazla iletişim kanalından erişilebilir nitelikte olan, entegrasyonu sağlanmış bir şekilde sunumu için oluşturulan, gücünü teknolojiden alan bir yapıdır. (TUTKUN, Ceren, "Devletin Kısa Yolu", **Türkiye'de İnternet Konferansı**, Ankara, 8-10 Kasım 2007, s. 209.)

### 3. EKAP İşlemleri

#### a. EKAP'a Kayıt

EKAP vasıtasıyla kamu ihalesine çıkacak idarelerin ve ihalelere katılacak kişilerin EKAP sistemine kaydolması zorunlu tutulmuştur.

Elektronik ortamda gerçekleştirilen kayıt işleminden sonra Kamu İhale Kurumu ile idare/gerçek ve tüzel kişilerin karşılıklı yükümlülüklerinin düzenlendiği standart bir protokol metni ortaya çıkmaktadır. Bu metnin çıktısı alınarak ıslak imzalı olarak bir sefere özgü olmak üzere Kamu İhale Kurumu'na gönderilmektedir<sup>63</sup>.

İdarelerin EKAP'a kaydı şu şekilde yapılmaktadır:

\*İdarelerin EKAP'a kayıt işlemi sonucunda Kamu İhale Kurumu ile idare arasında bir protokol düzenlenmektedir. Düzenlenen protokolda idare adına EKAP'ta yer alan iş ve işlemleri yürütecek en fazla iki adet platform sorumlusu<sup>64</sup> idare tarafından belirlenecektir. Platform sorumlusu, Kamu İhale Kurumu tarafından kendisine iletilmiş olan etkinleştirme bağlantısını kullanarak şifresini oluşturacaktır.

\*İdarenin adı, kurumsal kodu ve bütçe yapısına ilişkin bilgiler dışında protokolda yer alan bilgilerde değişiklik olması halinde, bu değişiklikler EKAP üzerinden idare kaydı güncellenmek suretiyle Kamu İhale Kurumuna bildirilir. EKAP üzerinden güncellenemeyen bilgilere ilişkin değişiklik talepleri idare tarafından Kamu İhale Kurumu'na yazı ile iletilir.

Gerçek ya da tüzel kişilerin ise EKAP'a kaydı şu şekilde yapılmaktadır:

\*İhalelere katılacak gerçek ve tüzel kişilerin EKAP'a kayıt işlemi sonucunda idarelerin kaydında olduğu gibi Kamu İhale Kurumu ile gerçek ve tüzel kişiler arasında bir protokol düzenlenmektedir. Düzenlenen protokolda, EKAP'ta yer alan iş ve işlemleri gerçek veya tüzel kişi adına yürütecek idareler için öngörüldüğü gibi en fazla iki adet platform sorumlusu belirtilecektir.

\*Platform sorumlusu, Kamu İhale Kurumu tarafından kendisine iletilmiş olan etkinleştirme bağlantısını kullanarak şifresini oluşturur. Platform sorumlusu, kullanıcı adı ve şifresi ile giriş yaparak EKAP üzerinden gerçek veya tüzel kişi adına işlem yapabilecek diğer kullanıcıları belirler, kaydeder ve yetkilendirir.

<sup>63</sup> SOLAK / KOÇBERBER, s. 142.

<sup>64</sup> **Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği 3. Madde: Platform Sorumlusu**: İdareler ve ihalelere katılacak olan gerçek veya tüzel kişiler adına kullanıcı oluşturma, silme, yetki verme işlemlerini ve EKAP'la ilgili diğer işlemleri gerçekleştirebilecek kullanıcıyı ifade eder.

\*EKAP'a kayıt için gerekli bilgi ve belgelerin<sup>65</sup> protokol ekinde Kamu İhale Kurumu'na sunulması zorunludur.

### b. E-İhalede Zorunlu İşlemler

EKAP üzerinden gerçekleştirilecek her ihale için zorunlu olarak bazı işlemlerin<sup>66</sup> EKAP tarafından yapılması gerekmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü, doğrudan temin usulü ve tasarım yarışmaları usulü olmak üzere 5 tür ihale usulü öngörülmüştür. Bu ihale usullerinden de açık ihale usulü ile belli istekliler arasında ihale usulünün temel usuller olduğu Kanun'un 5. maddesinde belirtilmiştir<sup>67</sup>. E-ihale projesi açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü ve doğrudan temin usulü ile yapılan tüm teminleri kapsayan bir projedir. Ayrıca bu projeye birlikte çerçeve anlaşmalar<sup>68</sup>, dinamik alım yöntemleri<sup>69</sup>, elektronik eksiltme<sup>70</sup> gibi usuller de kapsam altına

alınacaktır<sup>71</sup>. Elektronik eksiltme ve dinamik alım yöntemleri olarak isimlendirilen ve Avrupa Birliği direktiflerinde belirtilen elektronik ihaleye ilişkin alım yöntemleri üzerinde Kamu İhale Kurumu yasal düzenlemeler de yapmıştır<sup>72</sup>.

Elektronik eksiltme yöntemi ihaleye çıkan idarelere, isteklilerin yeni teklifleri ileri sürmelerini ve fiyatları aşağı doğru revize etmelerini talep etme, şayet ihale ekonomik açıdan en avantajlı teklife göre verilecekse fiyat dışı unsurlar üzerinde revizeler yapılmasını isteme olanağı sağlanacaktır<sup>73</sup>.

Açık ihale usulünün EKAP vasıtasıyla yapılmasına karar verildikten sonra teklifler elektronik olarak EKAP üzerinden gerçekleştirilmezse bu teklif yapılmamış sayılacak ve işleme alınmayacaktır.

İdareler ile tekliflerin elektronik ortamda alınacağı ihalelere katılmak veya EKAP üzerinden e-imza<sup>74</sup> kullanarak doküman indirmek isteyen gerçek ve tüzel kişilerin EKAP'a kayıt yaptırması gerekmektedir.

İstekli firmalar tarafından EKAP üzerinden doküman indirme uygulaması 2011 yılı başından beri yapılabilmektedir. EKAP'a kayıtlı olan firmaların imza yetkilileri e-imzaları ile EKAP üzerinden doküman indirdikleri takdirde ihale dokümanını satın almış kabul edilmektedir. Başka bir deyişle ücretsiz olarak uygulanan e-imza ile doküman indirme uygulaması sonucunda firmaların tekrar idareden doküman alma zorunlulukları bulunmamaktadır. Bu uygulama özellikle ihalelere katılımın kolaylaşması açısından da önemli bir adımdır. 2011 yılından 2012 yılının ilk çeyreğine kadar EKAP üzerinden toplam 317.451 doküman indirilmiştir. Bu uygulamanın başlatıldığı 2012 yılından bu güne kadar e-imza kullanılarak indirilen doküman sayısında idareden doküman satın alma sayısına oranla artış olduğu da görülmektedir<sup>75</sup>.

EKAP'a kayıt sonrasında kendilerine verilen kullanıcı adı ve kendi oluşturdukları şifrenin muhafaza edilmesi, yetkisiz kişilere kullanılmaması ve kullanıcıların tanımlanması işlemlerinden idare-

<sup>65</sup> Gerekli bilgi ya da belgeler Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliğinin 7. maddesinde kayıt yapılacak kişinin gerçek ya da tüzel kişi olmasına göre ayrıma tutularak belirtilmiştir.

<sup>66</sup> **Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği 4. Madde:** (1)İhale sürecine ilişkin aşağıdaki işlemler EKAP üzerinden gerçekleştirilir: a) İhtiyaç raporunun hazırlanması. b) İhale kaydının yapılması ve İKN alınması. c) İhtiyaç raporunun ihaleyle ilişkilendirilmesi. ç) Teknik şartnamenin yüklenmesi. d) Ön yeterlik ve/veya ihale dokümanının hazırlanması. e) Doküman satın alanların ve indirenlerin kaydı. f) İlan işlemlerinin yapılması. g) Dokümanda açıklama ve değişiklik işlemlerinin yapılması. ğ) İhale komisyonu oluşturma işlemleri. h) Başvuru ve tekliflerin kaydı. ı) Başvuru ve teklif değerlendirme işlemlerinin kaydı. i) Teyit işlemleri. j) Sonuç bildirim işlemleri. k) İhale iptal işleminin kaydı.

<sup>67</sup> GÖZLER / KAPLAN, **Giriş**, s. 213.

<sup>68</sup> **4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu 4. Madde: Çerçeve anlaşma:** Bir veya birden fazla idare ile bir veya birden fazla istekli arasında, belirli bir zaman aralığında gerçekleştirilecek alımların özellikle fiyat ve mümkün olan hallerde öngörülen miktarlarının tespitine ilişkin şartları belirleyen anlaşmayı ifade eder. Çerçeve anlaşmaya ilişkin ayrıntılı hükümler 4734 sayılı Kanuna 5812 sayılı Kanunla ilave edilen ek 2. maddede bulunmaktadır.

<sup>69</sup> **4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu 4. Madde: Dinamik alım sistemi:** İhale dokümanına uygun ön teklif veren ve sistemin geçerlik süresi içerisinde yeterli kriterlerini sağlayan bütün isteklilerin sisteme kabul edildiği, piyasada mamul olarak bulunan malların tedarikine yönelik tamamen elektronik ortamda gerçekleştirilen alım sürecini ifade eder. Dinamik alım sistemine ilişkin ayrıntılı hükümler 4734 sayılı Kanuna 5812 sayılı Kanunla ilave edilen ek 2. maddede bulunmaktadır.

<sup>70</sup> **4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu 4. Madde: Elektronik eksiltme:** Tekliflerin değerlendirilmesinin ardından elektronik ortamda eksiltme şeklinde sunulan yeni fiyatların veya belirli teklif unsurlarına ilişkin yeni değerlerin bir elektronik araç marifetiyle otomatik

değerlendirme metotları kullanılarak yeniden değerlendirilmesi ve sıralandırılması şeklinde tekrar eden işlemleri ifade eder. Elektronik eksiltmeye ilişkin ayrıntılı hükümler 4734 sayılı Kanuna 5812 sayılı Kanunla ilave edilen ek 2. maddede bulunmaktadır.

<sup>71</sup> OĞUZ, s. 32.

<sup>72</sup> SAGUN, Nihal, Kamu İhale Kurumu Mal Alımları İhaleleri Düzenleme ve Denetleme Daire Başkanı Konuşması, **E-İhale Zirvesi**, İstanbul, 16.11.2005, s. 40.

<sup>73</sup> AĞARI / ÖZKAN / SEZGİN / İSHAKOĞLU / BAYLAN, s. 29.

<sup>74</sup> **5070 sayılı ve 15/1/2004 tarihli Elektronik İmza Kanunu 3. Madde: Elektronik imza:** Başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veriyi ifade eder.

<sup>75</sup> Kamu İhale Kurumu, **Kamu Alımları İzleme Raporu**, s. 16.

ler ve EKAP'a kayıtlı gerçek ve tüzel kişiler sorumludur. Şayet yetkili olmayan kişi tarafından yapılan işlem ihalenin tekrar yapılması gibi mali açıdan bir sorumluluk getirecekse yetkili olan kişi ya da kişiler bunu karşılamak zorunda kalabilecektir.

EKAP üzerinden gerçekleştirilecek işlemlerde, idareler ve ihalelere katılan gerçek ve tüzel kişiler ile bunlar adına işlem yapanlar tarafından "kullanıcı adı ve şifresi" ve/veya e-imza kullanılır. EKAP üzerinden doküman indirmek ve e-tekliif<sup>76</sup> sunmak için e-imza kullanılması zorunludur. E-imza sahibinin, Kamu İhale Kurumu ile imzalanan protokolde; gerçek veya tüzel kişi adına münferiden e-imza kullanarak işlem yapmak üzere yetkilendirildiği bildirilen kişi olması gerekir.

EKAP üzerinden yapılan erişimler ve Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenen işlemler EKAP'ta kayıt altına alınır. EKAP üzerinden yapılan ihale işlemlerinde, bu kayıtlar esas alınır. E-imza kullanılarak EKAP üzerinden oluşturulan belgeler ve kayıtlar, aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılır.

İdareler, EKAP'a kayıtlı gerçek ve tüzel kişiler ile Kamu İhale Kurumu arasındaki EKAP üzerinden yürütülen ihale sürecine ilişkin her türlü bilgi ve belge alışverişinin güvenliği, gizliliği ve kişisel verilerin korunması Kamu İhale Kurumu tarafından sağlanır. İhale sürecinde idareler tarafından aday ve isteklilerle ilgili olarak EKAP üzerinden elde edilen bilgiler, sadece sağlanma amacı ile sınırlı olarak kullanılır ve hiçbir şekilde üçüncü kişilere aktarılamaz. İdareler ve EKAP'a kayıtlı gerçek ve tüzel kişiler, kendi bilgisayarlarında EKAP'ta kullanılmak üzere oluşturacakları bilgilerin güvenliğinden ve gizliliğinden sorumludur.

Aday ve isteklilere ait, katılım ve yeterliğe ilişkin bilgiler, ilgili kurum ve kuruluşların sistemlerinin veri paylaşımına imkân vermesi durumunda, idareler tarafından EKAP üzerinden sorgulanır. Yapılan sorgulama sonucunda gerekli bilgiler EKAP'a aktarılır. Hangi bilgilerin sorgulanabileceği Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenerek EKAP üzerinden duyurulur. Bu durumda, aday ve istekliler tarafından bu bilgilere ilişkin belge sunulmaz. Katılım ve yeterlik değerlendirmesi için istenen belgelerden hangilerinin sunulmasının zorunlu olmadığı ilan ve dokümanda belirtilir.

### c. İhale Hazırlık İşlemleri

İhaleye hazırlık işlemi, ihaleye çıkılmadan önce yapılması gereken işlemleri içerir<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> **Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği 3. Madde:** E-tekliif: Elektronik ortamda EKAP üzerinden hazırlanarak istekli veya istekli adına yetkili kişi veya kişilerce e-imza ile imzalanmış teklifi ifade eder.  
<sup>77</sup> GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, C. 2, Bursa, 2003, s. 107.

İhale işleminde diğer aşamalara henüz geçilmeden en başta idare tarafından bir hazırlık yapılması gerekir. Yapılması gereken hazırlık, ihale konusu işin tespiti ve bununla ilişkili olarak ihale dokümanının hazırlanmasıdır. Bu hazırlıklardan sonra ihale ilanı ile birlikte süreç başlamaktadır<sup>78</sup>.

E- ihale devreye girmeden önce de ihtiyacı idare belirlemekteydi. Fakat e-ihalenin uygulanmasıyla birlikte sürekli nitelikteki, idame niteliğindeki veyahut periyodik nitelikteki alımlarda daha başka bir deyişle stok yönetimi yapılması mümkün olan alımlarda, elektronik yöntemlerle stok kontrolü yapılarak, yeni bir alıma ihtiyaç duyulması durumunda sistem idareyi kendiliğinden uyaracaktır. Bu otomatik ikaz sayesinde ihtiyaçların kritik noktaya gelmeden giderilmesi sağlanabilecektir<sup>79</sup>.

### aa. Yaklaşık Maliyet

Yaklaşık maliyetin hesaplanması Kamu İhale Kurumu tarafından çıkarılmış bulunan uygulama yönetmeliklerinde yer alan esas ve usuller gözetilerek, bu düzenlemelerde yer alan formlar kullanılmak suretiyle yapılmaktadır<sup>80</sup>.

EKAP üzerinden yapılan ihalelerde idarece hazırlanan yaklaşık maliyet EKAP'a kaydedilir ve yaklaşık maliyetin açıklanması aşamasına kadar şifreli olarak tutulur. Yaklaşık maliyet görüldüğü üzere şifreli olarak gizli tutulmaktadır.

4734 sayılı Kanun'un getirdiği yeniliklerden biri, "tahmini bedel" uygulamasının sona erdirilmesidir. Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği'nin de 4734 sayılı Kanun dayanak alınarak hazırlandığını daha önce belirtmiştik. İşte e-ihale ile mal ve hizmet alım ile yapım ihalesine çıkılmadan önce idarece her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyetinin tespit edilmesi ve ihale sonuçlanıncaya kadar gizliliğinin korunması gerekmektedir.

Yaklaşık maliyetin açıklanma aşaması ise 4734 sayılı Kanun'un "Tekliflerin değerlendirilmesi ve ihalenin yapılması" başlıklı 52. maddesinde düzenlenmiştir. "Teklif edilen fiyatlar ile yaklaşık maliyet açıklanarak bir tutanakla tespit edilir" ifadesi gereği e-tekliiflerin açıklandığı oturumda, e-tekliif gönderimleri kontrol edilip açıldıktan sonra yaklaşık maliyetin sistem üzerinden açıklanması gerekmektedir.

Maliyetin elbette tam olarak hesaplanabilmesi mümkün gözükmemekle birlikte bazen çok özel durumlarda hizmet alımı yöntemiyle idareler bunu belirleyebiliyorlar. Elektronik süreçte teknik şartname elektronik formatta hazırlanabilir, önceki ihalelere ilişkin fiili bilgilerde sisteme girişi yapıla-

<sup>78</sup> AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 441.

<sup>79</sup> SAGUN, s. 35.

<sup>80</sup> AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 442.

bilirse yaklaşık maliyetin daha gerçekçi ve daha piyasa fiyatlarına yakın şekilde oluşturulabilmesi mümkün olabilecektir<sup>81</sup>.

#### bb. İhtiyaç Raporu

İdare tarafından, ihale sürecindeki diğer işlemler gerçekleştirilmeden önce ihale konusu mal veya hizmet alımı ya da yapım işinin niteliğinin, türünün ve miktarının, ihalede kısmi teklife izin verilmesi halinde kısımlarının, gerekli hallerde iş kalemlerinin tanımlandığı ihtiyaç raporu EKAP üzerinden hazırlanmaktadır.

#### cc. İhale Kaydı ve İKN Alınması

İhale ve/veya ön yeterlik dokümanının hazırlanmasından önce EKAP üzerinden idare tarafından ihale kaydı yapılır. İhale kaydı yapılan her bir ihaleye İKN<sup>82</sup> verilir. İKN her bir ihalenin diğer ihalelerden ayrılması ve o ihaleye ait tüm işlemlerin bu numara üzerinden devamına ilişkin bir koddur. Bu aşamadan sonra EKAP üzerinden yapılacak ihale ile ilgili bütün işlemlerde bu numara kullanılır.

2012 yılı 1.çeyreğinde 7.583 idare KSP ve EKAP'ı kullanarak 41.358 adet İKN almış, bu İKN'lerden 6.686 adedini iptal etmiştir<sup>83</sup>. İKN'lerin iptal edilme sebepleri arasında numara alımının sehven yapılması, idari ve teknik şartnamelerin usulüne uygun olmaması, ihalenin niteliğinin ve miktarının değişmesi, teklif veren isteklinin çıkmaması ve şikayet üzerine iptal gibi durumlar bulunmaktadır<sup>84</sup>.

Ön ilan yapılan ihalelerde ihale kaydı ön ilan hazırlanmadan önce yapılmaktadır.

#### dd. Doküman Hazırlanması

Doküman hazırlama işi ihaleye çıkan idare tarafından yapılmaktadır. İhale ve/veya ön yeterlik dokümanı idare tarafından, EKAP üzerinden hazırlanıp, kayıt altına alınmaktadır.

İhale dokümanı idari şartname, teknik şartname (yapım işlerinde projeler ve diğer teknik belgeler dahil), sözleşme tasarısı, standart formlar, gerekli diğer bilgi ve belgelerden oluşmaktadır. İdare tarafından ihale dokümanının her sayfasının ayrı ayrı onaylanması gerekir. İhale dokümanının hazırlanmasında Kamu İhale Kurumu

tarafından yayımlanmış standart dokümanlar kullanılmaktadır<sup>85</sup>.

Yabancı isteklilere açık olan ihalelerde, Türkçe yanında başka dillerde de doküman hazırlanabileceği düzenlenmiştir. İster yabancı isteklilerin katılacağı ister sadece T.C. vatandaşlarının katılacağı ihalelerde mutlaka dokümanın Türkçesi bulunmalıdır. Yabancı isteklilerin de katılabileceği ihalelerde sadece Türkçe doküman EKAP üzerinden hazırlanacaktır. Yabancı dilde hazırlanan doküman ise idare tarafından EKAP'a yüklenecektir.

#### ee. İdari Şartname

Seçilen ihale usulüne uygun olarak ihale dokümanı<sup>86</sup> hazırlanmaktadır. Seçilen ihale belli istekliler arasında ihale usulüne göre yapılacak işe ön yeterliliğe ilişkin olarak ihale şartnamesinden farklı olarak ön yeterlilik dokümanı hazırlanması gerekmektedir. İhale dokümanı ihale sürecinde hem isteklileri hem de idareyi bağlamaktadır. İhale hazırlanan bu dokümana uygun olarak yapılması gerekmektedir<sup>87</sup>.

İdare tarafından idari şartname ve/veya ön yeterlik şartnamesi, sözleşme tasarısı, alımın türü ve uygulanacak ihale usulüne göre ilgili uygulama yönetmeliği ekinde yer alan tip idari şartname, tip ön yeterlik şartnamesi ve tip sözleşme tasarısı esas alınarak EKAP üzerinden hazırlanır.

EKAP'la birlikte sayısallaştırılacak şartnamelerin belirlenen elektronik formatla idareler tarafından kolayca ulaşılabilmesi yolu açılacaktır. Böylece mevzuata aykırı veya uygun olmayan bir takım düzenlemelerin şartnamelerde yer almasının önüne geçilerek Kamu İhale Kurumu'na yapılan şikayet başvurularının da azaltılması hedeflenmektedir<sup>88</sup>.

Tekliflerin elektronik ortamda alınacağı açık ihale usulü ile ihale edilen mal alımı ihalelerinde tip idari şartname kullanılması zorunludur. Açık ihale usulünün uygulanmayacağı mal alımı ihaleleri ile hizmet alımı ihalelerinde ise Kamu İhale Kurumu'nun uygun görüşü alınmak suretiyle, istekliler tarafından hazırlanması mutad olan sözleşmeler de kullanılabilir. Kamu İhale Kurumu tarafından isteklilerce hazırlanmasına müsaade edilen mutad sözleşme örneği Kamu

<sup>81</sup> SAGUN, s. 36-37.

<sup>82</sup> **Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği 3. Madde:** İKN: EKAP üzerinden kaydı yapılan her bir ihaleye verilen ihale kayıt numarasını ifade eder.

<sup>83</sup> Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımları İzleme Raporu, s. 1.

<sup>84</sup> Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımları İzleme Raporu, s. 30.

<sup>85</sup> GÖK, Yaşar, Başbakanlık Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu, **Kamu İhale Mevzuatı Seminer Ders Notları**, 2001, s. 11.

<sup>86</sup> **4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu 4. Madde: İhale dokümanı:** İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde; isteklilere talimatları da içeren idari şartnameler ile yapılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgileri ifade eder.

<sup>87</sup> AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 442-443.

<sup>88</sup> SAGUN, s. 35.

İhale Kurumu'nca kabul edilen elektronik formata uygun olarak EKAP'a yüklenir ve ihale dokümanı içerisinde yerini alır.

İdare tarafından çerçeve anlaşma ihalesi yapılması durumunda, çerçeve anlaşma tasarısı, ilgili uygulama yönetmeliği ekinde yer alan tip çerçeve anlaşma esas alınarak, ihale türüne uygun tip münferit sözleşme ile EKAP üzerinden hazırlanıp, çerçeve anlaşmaya taraf isteklilere davet yazısıyla gönderilir ya da istekliler tarafından e-imza kullanılarak indirilir.

#### ff. Teknik Şartname

Teknik şartnameler, Kanun ve ilgili uygulama yönetmeliklerinde düzenlenen esaslara göre idareler tarafından hazırlanarak Kamu İhale Kurumu'nun belirlediği elektronik formatta EKAP'a yüklenecektir. Ancak, yüklenecek teknik şartname Kamu İhale Kurumu tarafından izin verilen büyüklükten fazla olamayacaktır.

EKAP'a yüklenmek istenen teknik şartnamenin izin verileden büyük olması halinde, yükleme yapılmadan bu durum belirtilerek EKAP'taki teknik şartname bölümü onaylanacaktır. Teknik şartnamenin EKAP'a yüklenememesi durumunda Kanun'un 13. maddesinde belirtilen beş günlük ilan süresi indiriminden yararlanılamayacaktır. Ayrıca, doküman e-imza kullanılarak da indirilemeyecektir.

Teknik şartnamenin, önceden EKAP üzerinden yüklenmiş olmasına rağmen, zeyilname yapılması nedeniyle izin verilen büyüklüğü aşması durumunda, ön yeterlik son başvuru ve/veya ihale tarihi beş günden az olmamak üzere Kamu İhale Kanunu'nun 29. maddesine göre ertelenecektir. Bu durumda, düzenlenen zeyilname, dokümanı satın alanlara ve e-imza ile indirenlere posta yoluyla gönderilecek veya imza karşılığı elden tebliğ edilecektir.

Teknik şartnamenin izin verilen büyüklüğü aşması veya Kamu İhale Kurumu'nun belirlediği elektronik formata uygun olmaması nedeniyle EKAP üzerinden yüklenememesi durumunda; ihale ilanının EKİB'de<sup>89</sup> yayımlanabilmesi için, ilgili uygulama yönetmelikleri uyarınca CD ortamına aktarılan dokümanın (teknik şartname dahil) Kamu İhale Kurumu'na gönderilmesi veya teknik şartnamenin Kamu İhale Kurumu tarafından duyurulan internet adresi üzerine yüklenmesi gereklidir.

Kamu idarelerinden biri tarafından hazırlanan ve başarılı olan teknik şartnameye, diğer idare-

<sup>89</sup> **Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği 3. Madde:** EKİB: 4734 sayılı Kanunun 53 ve Ek 1 inci maddesi uyarınca ihalelere ilişkin ilanların yayımlandığı Kurum tarafından çıkarılan Elektronik Kamu İhale Bültenini ifade eder.

lerce EKAP üzerinden erişilebilmesi dolayısıyla uygulamada standardizasyon sağlanması da mümkün olacaktır<sup>90</sup>. Bu yöntemle de daha önce aynı nitelikteki bir alım gerçekleştiren idarenin karşılaşmış olduğu zorlukları ve harcamış olduğu eforu başka bir idare yapmayarak her anlamda tasarruf etmiş olacaktır<sup>91</sup>.

#### gg. İhale Komisyonu

İhale yetkilisi<sup>92</sup>, ihaleyi gerçekleştirmek üzere Kanunun 6 ncı maddesi gereğince, ihale ilanı veya ön yeterlik ilanı ya da davet tarihini izleyen en geç üç gün içinde ihale komisyonunu oluşturur.

İhale yetkilisi tarafından yedekleriyle birlikte görevlendirilen ihale komisyonu başkan ve üyeleri, görevlendirildikleri ihaleyle sınırlı olarak birinci fıkrada belirtilen süre içerisinde idare tarafından EKAP'ta tanımlanır. Her bir ihale komisyonu üyesine EKAP üzerinden görevli oldukları ihaleyle ilgili bilgilere ve ihale ve/veya ön yeterlik dokümanına erişim yetkisi verilir.

4734 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre; ihale komisyonu eksiksiz olarak toplanır. Komisyon kararları çoğunlukla alınır. Kararlarda çekimser kalinamaz. Komisyon başkanı ve üyeleri oy ve kararlarından sorumludur. Karşı oy kullanan komisyon üyeleri, gerekçesini komisyon kararına yazmak ve imzalamak zorundadır.

#### 4. E-teklifin Hazırlanması, Açılması ve Değerlendirilmesi

E-teklifler, istekliler tarafından EKAP üzerinden hazırlanır. E-teklifler, istekliler tarafından EKAP üzerinden hazırlandıktan sonra e-imza ile imzalanarak ihale tarih ve saatine kadar EKAP üzerinden gönderilir. Ortak girişimlerde e-teklifin ortak girişim ortaklarının tamamı tarafından e-imza ile imzalanması zorunludur.

Tekliflere ilişkin e-anahtar<sup>93</sup> ihale tarih ve saatinden sonra, tekliflerin açılacağı tarih ve saate kadar EKAP üzerinden gönderilir. Bu tarih ve saate kadar e-anahtarları gönderilmeyen teklifler değerlendirme dışı bırakılır. e-teklifin ve buna ilişkin e-anahtarın EKAP'a alınma zamanı, zaman

<sup>90</sup> OĞURLU, Yücel, **İdare Hukukunda E-Devlet Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti**, İstanbul, 2010, s. 293.

<sup>91</sup> SAGUN, s. 36.

<sup>92</sup> **4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu 4. Madde:** İhale yetkilisi: İdarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlilerini ifade eder.

<sup>93</sup> **Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği 3. Madde:** E-anahtar: Şifreleme ve/veya şifre açma verisini ifade eder.

damgası<sup>94</sup> ile kayıt altına alınır. Bu zamanın tespitinde atom saati<sup>95</sup> kullanılır.

EKAP'tan kaynaklanan teknik problemlerden veya olağanüstü durumlar nedeniyle EKAP'a erişimin uzun süreli sağlanamamasından dolayı ihale tarih ve saatine kadar e-tekliflerin EKAP'a iletilmediğinin ve/veya tekliflerin açılma tarih ve saatinde e-tekliflerin açılmadığının idare tarafından Kamu İhale Kurumu'na bildirilmesi veya durumun Kamu İhale Kurumu tarafından tespit edilmesi durumunda, Kamu İhale Kurumu ihale tarih ve saatini ve/veya tekliflerin açılma tarih ve saatini en fazla beş iş günü erteleyebilir. Erteleme yapılması durumunda ihalenin ertelendiği EKAP üzerinden idare ile isteklilere ve/veya istekli olabileceklere bildirilir ve EKAP üzerinden görülebilir. Bu erteleme süresinde de teknik problemlerin çözülememesi veya EKAP'a erişimin sağlanamaması durumunda idare tarafından ihale iptal edilir.

E-teklifler, ihale dokümanında belirtilen ihale tarihini izleyen ilk iş günü ihale saatiyle aynı saatte istekliler ve hazır bulunanlar önünde ihale komisyonu tarafından EKAP üzerinde açılır. e-anahtarının bozuk olması veya virüs içermesi gibi nedenlerle EKAP tarafından açılmayan e-teklifler tespit edilerek açılmama gerekçeleri belirtilmek suretiyle EKAP üzerinden bir tutanakla belirtilir. İhale komisyonunca ihale dokümanında belirtilen saatte kaç teklif verilmiş olduğu hazır bulunanlara duyurulur. İsteklilerin belgelerinin eksik olup olmadığı ve teklif mektubu ile geçici teminatlarının usulüne uygun olup olmadığı kontrol edilir.

Bu aşamada; hiçbir teklifin reddine veya kabulüne karar verilemez, teklifi oluşturan belgeler düzeltilemez ve tamamlanamaz. Teklifler ihale komisyonunca hemen değerlendirilmek üzere ilk oturum kapatılır.

İhale teklifleri, güvenli internet sistemi üzerinden EKAP'a iletildikten sonra, ihale zamanı geldiğinde klasik ihalede olduğu gibi değerlendirilmek üzere açılır. Sistem üzerinden her teklif için gerekli verilerin bulunup bulunmadığını gösteren bir kontrol listesi oluşturulur ve teklifin bütün unsurları göz önüne alınarak en avantajlı olanı tespit edilir<sup>96</sup>.

Tekliflerin verilmesi ve açılması aşaması bitikten sonra ilk oturum kapatılır ve ihale komisyo-

nu belirleyeceği bir tarih ve saatte tekliflerin değerlendirilmesi aşamasına geçilir. EKAP üzerinde tekliflerin değerlendirmesine başlanır. Teklif değerlendirme işlemleri birden fazla oturumda yapılabilir. Ancak bu durumda her oturum kapatılmadan önce bilgiler EKAP'a kaydedilir.

E-teklifinin açılmadığı veya belgelerinin eksik olduğu ya da geçici teminatının uygun olmadığı tespit edilenlerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılır ve buna ilişkin kayıt yapılır.

Değerlendirme aşamasında EKAP üzerinden sorgulanmasının mümkün olmaması nedeniyle bilgisayarda taratılarak sunulması gereken belgeler ve eklerinden herhangi birinin e-teklif kapsamında sunulmamış olması halinde, bu eksik belgeler ve ekleri idarelerce tamamlanamaz ve bu isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılır. Ancak, bilgisayarda taratılarak e-teklif kapsamında sunulan belgelerde, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, bilgi eksikliği bulunması halinde idare tarafından bilgilerin tamamlanması istenir. Bu çerçevede, bilgi eksikliklerinin tamamlanması için iki iş gününden az olmamak üzere makul bir tamamlama süresi verilir. Bu süre içerisinde istekli tarafından eksik bilgilere ilişkin belgeler idareye sunulur. Belirlenen sürede eksik bilgileri tamamlamayanların teklifleri dördüncü fıkrada belirtildiği şekilde değerlendirme dışı bırakılır.

## 5. İhalenin Sonuçlandırılması

Yapılan değerlendirme sonucu ihale ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılır ve EKAP üzerinden "İhale komisyonu kararı tutanağı" ile hüküm altına alınır. İhale komisyonu kararının bir çıktısı alınarak ihale komisyonu üyeleri tarafından imzalanır ve ihale yetkilisinin onayına sunulur.

İhale kararı ihale yetkilisince onaylanmadan önce, ihale üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığı EKAP üzerinden teyit edilir ve buna ilişkin belge ihale komisyon kararına eklenir. İhale üzerine kalan isteklinin yasaklı olması durumunda ihale ikinci isteklinin üzerinde kalır. Her iki isteklinin de yasaklı olduğunun anlaşılması durumunda ihale yetkilisince ihale kararı onaylanmaz ve ihale iptal edilir.

İhale yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylar veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal eder. İhale; kararın onaylanması halinde geçerli, iptal edilme- si halinde ise hükümsüz sayılır. Onay ve iptal işlemleri, ayrıca EKAP üzerinde kayıt altına alınır.

<sup>94</sup> **Elektronik İmza Kanunu-Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği 3. Madde: Zaman damgası:** Bir elektronik verinin, üretildiği, değiştirildiği, gönderildiği, alındığı ve/veya kaydedildiği zamanın tespit edilmesi amacıyla, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından e-izmayla doğrulanan kaydı, ifade eder.

<sup>95</sup> **Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği 3. Madde: Atom saati:** TÜBİTAK Ulusal Metroloji Enstitüsü tarafından zamanı en az hatayla ölçmek üzere kullanılan saati ifade eder.

<sup>96</sup> OĞURLU, s. 295.

## 6. Sözleşmenin İmzalanması

İhale sonucu, ihale kararının ihale yetkilisi tarafından onaylandığı günü izleyen en geç üç gün içinde, ihale üzerinde bırakılan dahil, ihaleye teklif veren bütün isteklilere bildirilir. İhale sonucunun bildiriminde, tekliflerin değerlendirmeye alınmama veya uygun bulunmama gerekçelerine de yer verilir. İhale kararının ihale yetkilisi tarafından iptal edilmesi durumunda da aynı şekilde bildirim yapılır.

İlgili uygulama yönetmeliklerinde öngörülen sürelerin bitiminden sonra ihale üzerinde kalan istekli sözleşmeye davet edilir. İhale üzerinde kalan isteklinin sözleşmeye davet edildiği halde gerekli<sup>97</sup> belirtilen belgeleri sunmaması veya Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesi kapsamında taahhüt altına alınan durumu tevsik üzere idareye sunulan belgelerin taahhüt edilen duruma aykırı hususlar içermesi halinde ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca Kamu İhale Kanunu'nun 58. maddesi hükümleri uygulanır.

Sözleşmenin imzalanacağı tarihte ihale üzerinde kalan isteklinin yasaklılık teyidi yapılır. İhale üzerinde kalan istekli ile sözleşme imzalanmaması halinde idare, teklif fiyatının ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli ile ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkradaki esas ve usullere göre sözleşme imzalayabilir.

İhale sonucu, sözleşmenin imzalanmasından sonra EKAP'ta kayıt altına alınır ve EKİB'de yayımlanır.

## 7. Bildirim ve Tebligat

Tekliflerin elektronik ortamda alındığı ihalelerde gerçek ve tüzel kişilere yapılacak bildirim ve tebligatlar EKAP üzerinden yapılır ve buna ilişkin teyit aranmaz. EKAP üzerinden yapılan bildirimlerde bildirim tarihi tebliğ tarihi sayılır. Bu yolla yapılan bildirimler, bildirim tarihi ve içeriğini de kapsayacak şekilde EKAP üzerinde kayıt altına alınır.

İstekli olabilecekler ile istekliler tarafından idareyle yapılacak yazışmalarda elektronik posta, faks kullanılmaz ve EKAP üzerinden yazışma yapılamaz. Ancak, idarece dokümanın posta veya kargo yoluyla satılmasının öngörülmesi halinde, dokümanın satın alınmasına ilişkin talepler idareye faksla bildirilebilir.

<sup>97</sup> Kamu İhale Kanunu'nun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen ihale dışı bırakılma durumlarında olmadığını gösteren belgeler ile tekliflerin elektronik ortamda alındığı ihalelerde bunlara ek olarak; 19 uncu maddenin birinci fıkrası, 20 nci maddenin ikinci fıkrası ve 21 inci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca bilgisayarda taratılarak sunulan belgelerdir.

## 8. Yönetmeliğin Uygulanmasına Yönelik Hususlar

EKAP üzerinden gerçekleştirilen ihale sürecine ilişkin işlemlerle ilgili olarak Elektronik İhale Yönetmeliğinde düzenleme yapılmayan hususlarda ilgili uygulama yönetmelikleri<sup>98</sup> esas alınır. EKAP üzerinden gerçekleştirilen ihale sürecine ilişkin işlemlerde uygulama yönetmeliklerinin bu Yönetmeliğe aykırı hükümleri uygulanmaz.

Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği hükümlerini Kamu İhale Kurumu Başkanı yürütür.

## 9. Kamu İhale Uyuşmazlıklarının Giderilmesi (Başvuru Yolları)

Kamu ihale sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesi ve dolayısıyla adli yargıya tabi olmasına karşın, sözleşmenin imzalanmasına kadar meydana gelen uyuşmazlıklar kamu hukukuna tabidir ve bu uyuşmazlıkların çözüm yeri idari yargıdır<sup>99</sup>.

Söz konusu bu uyuşmazlıkların giderilmesi idari denetim ve yargısal denetim olmak üzere ikiye ayrılıp incelenebilir. Bu inceleme aslında Kamu İhale Kanunu dayanak alınarak yapılmıştır.

### a. İdari Denetim (İdari Başvuru Yolları)

İdari denetim sözleşme imzalanmadan önceki evrelerde ortaya çıkan hukuka aykırılıkların giderilmesi için öngörülen bir başvuru yoludur. Sözleşme imzalandıktan sonra idari başvuru imkânı ortadan kalkmakta, hukuki işlem ve eylemlerin denetimi yargısal denetimle yapılabilmektedir<sup>100</sup>.

Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesine göre; İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler, bu Kanunda belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunabilecekleri belirtilmektedir. Bu idari başvurular ihaleyi yapan idareye ve Kamu İhale Kurumuna başvuru kuruma hitaben yazılmış imzalı dilekçelerle gönderilebileceği gibi elektronik imza kullanılarak EKAP üzerinden iletilmesi de mümkün gözükmektedir. Söz konusu düzenlemeden idari denetim aşamasının iki kısımdan meydana geldiği de görülmektedir.

<sup>98</sup> **Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği 3. Madde:** **Uygulama Yönetmeliği:** 4/3/2009 tarihli ve 27159 sayılı mükerrer Resmî Gazete'de yayımlanan Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğini, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğini, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğini, Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğini ve Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliğini ifade eder.

<sup>99</sup> GÖZLER / KAPLAN, **Giriş**, s. 214.

<sup>100</sup> GÖZLER / KAPLAN, **Dersleri**, s. 492.

### aa. İdareye Yapılan Şikâyet

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinde şikâyet, İhale sürecindeki işlem ve eylemlerin hukuka aykırılığı olduğu iddiasıyla aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından idareye yapılan başvuru olarak ifade edilmiştir.

Genel olarak Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesinde idareye şikâyet başvurusu şu şekilde düzenlenmiştir. Şikâyet başvurusu, ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla bu işlem veya eylemlerin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gereken tarihi izleyen günden itibaren 21 inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hallerde ise on gün içinde ve sözleşmenin imzalanmasından önce, ihaleyi yapan idareye yapılır.

İdare, şikâyet başvurusu üzerine gerekli incelemeyi yaparak on gün içinde gerekçeli bir karar alır. Alınan karar, şikâyetçi ile diğer aday veya istekliler ile istekli olabileceklere karar tarihini izleyen üç gün içinde bildirilir. İlan ile ihale veya ön yeterlik dokümanına yönelik başvurular dışında istekli olabileceklere bildirim yapılmaz.

İdareye şikâyet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini izleyen tarihten itibaren on gün geçmeden ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmadığı hususuna ilişkin sorgulama yapılmadan veya itirazın şikâyet başvurusunda bulunulması halinde ise Kurum tarafından nihai karar verilmeden sözleşme imzalanamaz.

### bb. Kamu İhale Kurumuna İtirazen Şikâyet

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinde itirazın şikâyet, a) Şikâyet başvurusu üzerine idare tarafından alınan kararın uygun bulunmaması veya süresi içinde karar alınmaması halinde, b) Şikâyet başvurusu üzerine idare tarafından şikâyet dilekçesinin kayıtlara alındığı tarih veya sonrasında herhangi bir nedenle alınan ihalenin iptali kararına karşı, c) İtirazen şikâyet üzerine Kurul tarafından başvurunun reddine veya düzeltici işlem belirlenmesine karar verildikten sonra idare tarafından verilen ihalenin iptali kararına karşı, Kuruma yapılan başvuru olarak ifade edilmiştir.

İhalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idareye yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırmak Kamu İhale Kurumunun görevleri arasında sayılmıştır.

Genel olarak Kamu İhale Kanunu'nun 55. maddesinde Kamu İhale Kurumuna itirazın şikâyet başvurusu şu şekilde düzenlenmiştir. İdareye

şikâyet başvurusunda bulunan veya idarece alınan kararı uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından 55 inci maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen hallerde ve sürede, sözleşme imzalanmadan önce itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabilir. İhalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikâyet ve itirazın şikâyet üzerine alınanlar itirazın şikâyet konu edilebilir ve bu kararlara karşı beş gün içinde doğrudan Kuruma başvuruda bulunulabilir.

Kurum itirazın şikâyet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açılarından inceler. İdare tarafından şikâyet veya itirazın şikâyet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazın şikâyet başvuruları ise idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı incelenir.

Yukarıda anılan yollara başvurulmadan idarenin ihale kararı veyahut ihale sürecinde yaptığı işlemlere karşı doğrudan doğruya idari yargıda iptal davası açılması mümkün gözükmemektedir<sup>101</sup>.

İngiltere uygulamasında İhale sürecine yönelik olarak istekliler yerel mahkemenin dışında Avrupa komisyonuna gidebilirler. İhaleyi yapan idareye, şikâyet yolu ile başvuruda bulunma hakları bulunmamaktadır. Ayrıca İngiltere Kamu Alımları Ofisinin şikâyet sürecine yönelik bir görevi bulunmadığından, söz konusu Ofis'e başvurulması da mümkün değildir<sup>102</sup>.

### b. Yargısal Denetim (Yargısal Başvuru Yolları)

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 57. maddesinde şikâyetler ile ilgili Kurum tarafından verilen nihai kararların Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinde dava konusu edilebileceği ve bu davaların da öncelikle görüleceği düzenlenmiştir.

İhale isteklisi ve adayları tarafından şikâyet konusu yapılan işlemlere karşı istekli veyahut adaylar doğrudan doğruya iptal davası açamazlar. Şikâyet başvurusu ya da Kamu İhale Kurumuna itirazın şikâyet yapılmadan dava açılması durumunda ilgili mahkeme "idari merci tecavüzü" gerekçesiyle dosyayı idari merciye gönderecektir<sup>103</sup>.

Sözleşme imzalanmadan önceki aşamanın idari aşama olmasından dolayı hukuka aykırılıkların giderilmesi idari yargıda karara bağlanacakken, sözleşme imzalanmasından sonraki aşamadaki hukuka aykırılıklar söz konusu sözleşmenin hukuki niteliğine göre belirlenecektir. Şöyle ki, ihale sonrası akdedilen bu sözleşme idari söz-

<sup>101</sup> GÖZLER/ KAPLAN, **Dersleri**, s. 492.

<sup>102</sup> AĞARI / ÖZKAN / SEZGİN / İŞHAKOĞLU / BAYLAN, s. 39.

<sup>103</sup> GÖZLER/ KAPLAN, **Dersleri**, s. 495.



leşme ise idari yargı, özel hukuk sözleşmesi ise adli yargı görevli olacaktır<sup>104</sup>

## SONUÇ

Türkiye’de e-ihale çalışmaları ile kamu alımları sürecinde saydamlık ve şeffaflığın üst seviyeye çıkarılması, eşit muamele, daha fazla katılım, rekabetin artırılması, kamu alımlarda güvenilirliğin, kamuoyu denetiminin, kaynakların verimli kullanılmasının, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasının sağlanması hedeflenmektedir. Bu amaçla Elektronik Kamu Alımları Platformu devreye alınmıştır. 1 Eylül 2010 da ilk sürümü piyasaya sürülen bu internet altyapılı çalışması, güncelleştirmelerle sürekli olarak gelişimine devam etmektedir.

Elektronik Kamu Alımları Platformu faaliyete geçtiğinden itibaren muazzam derecede hem mali hem de zaman açısından tasarrufta bulunulmuştur. Kamu ihalesine hâkim olan ilkelere de katkısı göz ardı edilmeyecek kadar fazladır. Şöyle ki, EKAP’ın devreye alınmasıyla birlikte; ihaleye katılması yasaklı olanların daha kolay sistem üzerinde tespit edilip elenebilmesi, ihalelere ilişkin arama motorunun olması dolayısıyla ihaleye ulaşmada kolaylık sağlanması, itirazın şikayet başvuru sonuçlarına EKAP üzerinden kolayca ulaşılabilmesi, ihaleden önce alınan teminatların geri transfer yoluyla hatasız bir şekilde iadesinin sağlanması, diğer türdeki teminatların adrese gönderilmesi ve daha sonra yapılan incelemeden sonra onay verilmişse bunun sisteme aktarılmasında hız sağlanması, kapalı teklif usulünde herkesin kendi teklifini belirleyip sunmasının ardından en iyi teklifin sistemden kolayca tespit edilebilmesinin sağlanması, açık teklif usulünde katılımcılar diğer katılımcılardan etkilenmeden tekliflerini sunabilecek olmasının sağlanması, telefon, fax, ulaşım, doküman temini, zaman gibi diğer unsurlarda tasarruf edilebilmesi, geleneksel ihale yöntemlerine nazaran ihalenin daha kısa bir sürede neticelendirilmesi, idarelerin stok durumlarının sistem tarafından idareye bildirmesi sonucunda zaman ve işgücü kazanımının sağlanması, ihalelerin duyurulması daha pratik ve hızlı olmasının sağlanmasının yanı sıra ihalelere daha fazla işletmenin katılabilmesi sağlanarak rekabetin artmasına ve KOBİ sektörüne de ivme kazandıracaktır.

Sistemin bu aşamaya gelmesi elbette ilk etapta mümkün gözükmemektedir. Şöyle ki, her ne kadar gündelik hayatta internetle iç içe olursa da, kamu idareleriyle olan ilişkilerde interneti kullanma noktasında biraz şüpheci yaklaşılmaktadır. Özellikle kamu ihalesi gibi son derece önemli ve hassas olan bir konuda bilişim sistemi üzerinden işlem yapabilmek dikkat ve özen gerektirmektedir.

İhale sırasında gerçekleştirilecek aksaklıkları en aza indirmek için sistemin daha basit anlaşılır bir düzeyde tutulması gerekir. Elektronik ihale ne kadar yaygınlaşırsa yaygınlaşsın sistem üzerinde görsel anlamda yenilemelerin asgari düzeyde yapılması, ihaleye ilk defa katılacak için sistem kullanımının daha kolay olması gerekmektedir. İhaleye katılan kişilerin teklif verme bu teklifi onaylama aşamalarındaki hataları, yanlışlıkla oluşturulan teklifleri tekrar gözden geçirilmesi için ihaleye katılanların sistem tarafından defalarca uyarılması gerekmektedir. Ayrıca ihale sırasında internet altyapısında yaşanan sorunlara karşı da önlemlerin alınması gerekmektedir. Hem ihaleye katılıp teklif veren kişilerin internet sistemlerinde hem de EKAP’ın kendi altyapısında karşılaşılabilecek sorunlara karşı nasıl bir çözüm yolunun uygulanacağı açıkça tespit edilmesi gerekmektedir. Elektronik ihaleden beklenen faydaların sağlanabilmesi için platform sorumlusu olarak tayin edilen kişilerin eğitiminin sağlanması, e-devlet kapsamında diğer kuruluşlarla da işbirliği yapılması gerekmektedir. UYAP, MERNİS VEDOP gibi sistemlerle bilgi alışverişinin kolaylıkla sağlanabilmesi gerekir. Böylece diğer e-devlet bilişim altyapılarıyla birlikte daha güvenli, saydam, şeffaf ve kesin bir sonuca varılabilecektir.

Nihai olarak, bu bilişim altyapısının içeriğini ve etkinliğini arttırabilmek öncelikle yasal mevzuatın bu noktada kamu idarelerini e-ihale yapmaya sevk etmesi ve kamu ihale kurumu çalışanlarının bu sistemi ihale sürecinde daha etkili hale getirmek için yapılacak çalışmalarla mümkün gözükmektedir.

## KAYNAKLAR

**AĞARI, Bülent**, Kamu İhale Kurumu Eğitim Daire Başkanı Konuşması, E-İhale Zirvesi, İstanbul, 16.11.2005.

**AĞARI, M. Bülent / ÖZKAN, Nilhan / SEZGİN, Canan / İSHAKOĞLU, B. Ükü / BAYLAN, İbrahim**, “Kamu Satın Alımlarında AB Direktifleri ve İngiltere Uygulamaları”, Kamu Alımlarında AB ve İngiltere’deki Düzenleme ve Uygulamalar, Ankara, Nisan-2005, s. 9-41.

**AKKAYNAK, O. Sener**, Kamu İhale Kurumu Başkanı Açılış Konuşması, E-İhale Zirvesi, İstanbul, 16.11.2005.

**AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER / Murat, KAYA, Cemil**, Türk İdare Hukuku, Ankara, 2009.

**ALP, Ali**, Globalleşme Sürecinde E-İhalelerin Türkiye Ekonomisine Etkileri, E-İhale Zirvesi, ppt sunumu, İstanbul, 16.11.2005.

**ATAY, Ender, Ethem**, İdare Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2009.

<sup>104</sup> YILDIRIM, s. 380-381.

**BALOĞLU, Arzu**, “*Elektronik İhale Sistemi: Bir İş Akış Modeli*”, Türkiye’de İnternet Konferansı, Ankara, 8-10 Kasım 2007, s. 306-311.

**BANKUR, Mutlu**, Sağlık Bakanlığı Hastaneleri Satın Alma Birimlerinde Çalışanların E-ihale Konusundaki Görüşlerinin Değerlendirilmesi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2008.

**Devlet Planlama Teşkilatı**, E-Dönüşüm Türkiye Projesi, 2005 Eylem Planı Sonuç Raporu, Mayıs 2006.

**Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı**, Program Tanımlama Dokümanı, Temmuz, 2006.

**GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun**, İdare Hukuku Dersleri, İstanbul, 2006.

**GÖK, Yaşar**, Başbakanlık Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu, Kamu İhale Mevzuatı Seminer Ders Notları, 2001.

**GÖZLER, Kemal**, İdare Hukuku, C. 2, Bursa, 2003.

**GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel**, İdare Hukuku Dersleri, Baskı 11, Bursa, 2011.(Dersleri)

**GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel**, İdare Hukukuna Giriş, Baskı 16, Bursa, 2012.(Giriş)

**GÜNDAY, Metin**, İdare Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2002.

**İMAMOĞLU, YILDIRIM, Meltem / ÖZBİLGİN, İzzet Gökhan**, “*Türkiye’de Elektronik Kamu İhale Sisteminde Kurumsal Yönetim ve Birlikte Çalışabilirliğin Önemi*”, Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi, 2012, C: VII, S: I, s. 20-34.

**Kamu İhale Kurumu**, Elektronik İhale, Bilişim Destek ve Etkileşim Merkezi Hizmetleri 2011 Yılı Faaliyet Raporu, 01 Ocak-1 Aralık 2011.(**2011 Yılı Faaliyet Raporu**)

**Kamu İhale Kurumu**, 2007 Yılı Faaliyet Raporu, Yayın No: 24, Mayıs 2008.(**2007 Yılı Faaliyet Raporu**)

**Kamu İhale Kurumu-Kamu Alımlarını İzleme ve Bilgi Hizmetleri Dairesi Başkanlığı**, Kamu Alımları İzleme Raporu Ankara, Haziran 2012.

**KUTLU, Meltem**, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, İzmir, 1997.

**OĞURLU, Yücel**, İdare Hukukunda E-Devlet Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti, İstanbul, 2010.

**OĞUZ, Gökhan**, Kamu İhale Kurumu Başkan Yardımcısı Konuşması, E-İhale Zirvesi, İstanbul, 16.11.2005.

**ÖZGEN, İhsan**, Kamu İhale Kurumu Bilgi İşlem Daire Başkanı Konuşması, E-İhale Zirvesi, İstanbul, 16.11.2005.

**SAGUN, Nihal**, Kamu İhale Kurumu Mal Alımları İhaleleri Düzenleme ve Denetleme Daire Başkanı Konuşması, E-İhale Zirvesi, İstanbul, 16.11.2005.

**SOLAK, Ferruh / KOÇBERBER, Güler**, “*Elektronik Kamu Alımları Platformu*”, Dış Dene-tim, Ekim-Kasım-Aralık, 2010, s. 138-142.

**ŞAŞOĞLU, Selçuk / CEBECİ, H.Onur / EZER, Engin**, “E-İhale Web Servislerinde Elektronik İmza Kullanılarak Kanuni Geçerliliğin Sağlanması”, Fujitsu Technology Solutions, 6. Ulusal Yazılım Mühendisliği Sempozyumu, Ankara, 30 Mayıs-1 Haziran 2012, Bildiriler Kitabı, s. 201-204.

**TUTKUN, Ceren**, “*Devletin Kısa Yolu*”, Türkiye’de İnternet Konferansı, Ankara, 8-10 Kasım 2007, s. 209-213.

**ULUÇ, N. Mert / SARPAY, Alp / DÖNMEZ, Aytekin / BITRAK, Oğuzhan / DURAKOĞLU, A. Samet**, “Elektronik Satın Alma Sistemleri (İngiltere)”, Kamu Alımlarında AB ve İngiltere’deki Düzenleme ve Uygulamalar, Ankara, Nisan-2005, s. 123-149.

**YILDIRIM, Ramazan**, İdare Hukuku Dersleri I, Konya, 2012.

#### İnternet Kaynakları

**GÜL, Hasan**, E-İhalede Geline Aşama ve Hedefler, Telekom Dünyası Dergisi, ([http://www.telekomdunyasi.com.tr/?action=haber\\_detay&id=78](http://www.telekomdunyasi.com.tr/?action=haber_detay&id=78), e.t. 23.10.2012)

**Kamu İhale Kurumu**, Kamu Alımları sistemi, 11 Ekim 2010, ppt sunumu, e.t.18.10.2012, ([www.ebrd.com](http://www.ebrd.com)).

(<http://www.marmara.gov.tr/document/news/150/EKAP.ppt> sunumu), e.t.20.10.2012.

([http://hukuk.harran.edu.tr/dosyalar/mevzuatlar/11\\_EKAP.ppt](http://hukuk.harran.edu.tr/dosyalar/mevzuatlar/11_EKAP.ppt)), e.t. 20.10.2012.

**ÜŞENMEZ, Alattin**, Kamu İhale Uzmanı, ppt sunumu, e.t. 20.10.2012, ([www.yalova.edu.tr](http://www.yalova.edu.tr)).

([www.euas.gov.tr](http://www.euas.gov.tr)), ppt sunumu, e.t. 20.10.2012.

**RECKLESSNESS: THE DICHOTOMY BETWEEN SUBJECTIVE AND OBJECTIVE INTERPRETATION IN ENGLISH CRIMINAL LAW**

**İNGİLİZ CEZA HUKUKU TAKSİR<sup>1</sup> MÜESSESİNDE SÜBJEKTİF VE OBJEKTİF YORUM İKİLEMİ**

**Ahmet Emrah GEÇER<sup>2</sup>**

**ABSTRACT**

Latin dictum, “actus non facit reum nisi mens sit rea” meaning an act only does not lead to criminal liability unless it was done with a guilty state of mind, which forms a robust basis for modern criminal law. Whereas the concept of “actus reus” can be comfortably understood and applied by practitioners, the “mens rea”, particularly “recklessness” has produced fierce discussions in English penal law. The Courts have vacillated between the subjective and objective interpretation of recklessness over the years. As a result, the dichotomy between the two concepts of recklessness was perplexing and had given rise to heated debate amongst jurists. Eventually, the Lords held that the principle of subjectivism prevails against Caldwell (objective) recklessness. Nonetheless, the quarrel is continuing in question whether decision of the Lords in the case of R v G is the last word on the notion of recklessness. The paper will critically examine the belief of recklessness in English law in consideration of the English courts judgments and the leading arguments.

**Key Words:** *English Criminal Law- Actus Reus- Mens Rea- Hart’s Principle- Recklessness-*

<sup>1</sup> Türkçe kelime anlamı umursamazlık, düşüncesizlik ve dikkatsizlik olan “recklessness” kavramının, Türk ceza hukukunda tam karşılığı bulunmamaktadır. İngiliz hukukunda Yüksek Mahkeme’nin verdiği kararlar incelendiğinde, “recklessness” düzenlemesi içerisinde; Türk ceza hukukunda yer alan “olası kast” ve “bilinçli taksir” kavramlarının birlikte ele alındığı görülmektedir. Bununla birlikte Türk ceza hukukunda “recklessness”, “taksir” adı altında tercüme edildiği için, makalede bu terim kullanılacaktır.

<sup>2</sup> İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi King’s College University of London’da Yüksek Lisans Öğrencisi İstanbul Medeniyet University, Law Faculty, Department of Fiscal Law Research Assistant King’s College University of London, LL.M. candidate E-mail: [ahmetemrah1985@hotmail.com](mailto:ahmetemrah1985@hotmail.com) Makalede Oxford atf sistemi kullanılmıştır.

*Cunningham Case- Subjective Interpretation- Caldwell Test- Awareness a Danger- Taking an Unjustifiable Risk- The Offences against the Person Act 1861- The Criminal Damage Act 1971*

**ÖZET**

Latince özdeyiş, “actus non facit reum nisi mens sit rea”, “Bir fiil kusurlu bir irade ile işlenmediği sürece cezai sorumluluğa yol açmaz”, çağdaş ceza hukukuna sağlam bir temel oluşturmaktadır. İngiliz ceza hukukunda, “actus reus”, “maddi unsur” hukuku uygulayanlar için kolayca anlaşılıp uygulanabilmesine karşılık, “mens rea”, “manevi unsur” özellikle “taksir müessesesi” şiddetli tartışmalara sebebiyet vermiştir. İngiliz mahkemeleri “taksir” teriminin yorumu konusunda yıllar boyunca sübjektif ve objektif yorumlama arasında kalmıştır. Bunun sonucunda bu ikilem, anlam karmaşası çıkarmış ve doktrinde derin izler bırakmıştır. Nihayetinde, İngiliz Yüksek Mahkemesi sübjektif yorumu tercih etmiştir. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme’nin bu tercihinin, taksir teriminin yorumlanmasında son söz olup olmadığı konusunda tartışma hala devam etmektedir. Bu makalede, İngiliz hukukunda “taksir” kurumu İngiliz mahkeme kararları ve ileri gelen görüşler ışığında incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** *İngiliz Ceza Hukuku- Maddi Unsur- Manevi Unsur- Hart Prensipleri- Cunningham Davası- Sübjektif yorum- Caldwell Testi- Tehlikenin Farkında Olma- Savunulamaz Derecede Risk Alma- Kişi Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun 1861- Mala Karşı İşlenen Suçlar Hakkında Kanun 1971*

**INTRODUCTION**

Liberal philosophy, which involves the conception of individual as an abstract, universal subject endowed with rational action and autonomy, has affected considerably contemporary criminal law over the centuries.<sup>3</sup> For instance, Hart’s principle, which is one of the most influential liberal approaches, advocates that only people who have the capacity and fair opportunity to avoid offending should be punishable.<sup>4</sup> Indeed, the dictum originates from Latin expression “actus non facit reum nisi mens sit rea”, which denotes that an act solely will not result in criminal liability unless it was done with a guilty state of mind.<sup>5</sup> Even if jurists reached a broad consensus on the meaning of the “actus reus”, the internal element of criminal liability, the “mens rea”, nota-

<sup>3</sup> **Norrie,A**(1992),Subjectivism, Objectivism and the Limits of Criminal Recklessness, Oxford Journal of Legal Studies,Vol.12(1),p.45-46

<sup>4</sup> **Lacey,N**(2008),H.L.A. Hart’s Rule of Law: the Limits of Philosophy in Historical Perspective, NYUL Review vol.89,p.1065

<sup>5</sup> **Finch,E.;Fafinski,S.**(2011),Criminal Law, 3rd Edition, Pearson Education Limited, Essex, p.3

bly recklessness, are continuing one of the problematic issues in modern criminal law.<sup>6</sup> The legal meaning of recklessness has oscillated over the years between subjective and objective forms.<sup>7</sup> The subjective approach to recklessness had been established by virtue of the case of *Cunningham*[1957]. The courts, however, had created the second definition of recklessness, which was called objective form, in *MPC v Caldwell*[1982].<sup>8</sup> Nevertheless, the dichotomy between the two concepts of recklessness was confusing and had produced heated discussion amongst practitioners and commentators. Ultimately, the Lords reaffirmed its fidelity to the principles of subjectivism by overruling the *Caldwell* recklessness.<sup>9</sup> Lord Rodger stated that “historically different views have been adopted by English judges at different times over the centuries, so it remains to be seen if the decision in *G and R* will be the last word on this area”.<sup>10</sup> In contrast, several writers<sup>11</sup> argue that the modification of the *Caldwell* for the benefit of children should have been taken into account. This article will provide a brief historical background of recklessness from the field and then scrutinize the above contention.

#### THE HISTORICAL CONTEXT OF RECKLESSNESS

Despite the fact that recklessness, fundamentally, conveys is that of taking an unjustifiable risk<sup>12</sup>, it has been a battleground upon which counter interpretations of criminal fault have been waged.<sup>13</sup> The subjective test of recklessness, the first time, was adopted by the judiciary in *Cunningham*. The defendant broke a gas meter from an empty house so as to steal money from it. The gas seeped into the neighbouring house. The defendant’s prospective mother-in-law was sleeping there, and became so ill that her life endangered. He was found guilty of “maliciously administering a noxious thing so as to endanger life”

<sup>6</sup> **Cunningham,S.**(2010),*Recklessness: Being Reckless and Acting Recklessly*, King’s Law Journal, Vol. 21,p. 445

<sup>7</sup> **Wilson,W.** (2011),*Criminal Law*, 4<sup>th</sup> Edition, Pearson Education Limited, Essex,p.145

<sup>8</sup> **Ashworth,A.**(2009), *Principles of Criminal Law*, 6th Edition , Oxford University Press, United States,p.177-178

<sup>9</sup> **Wilson,W.** (2011),*Criminal Law*, 4<sup>th</sup> Edition, Pearson Education Limited, Essex,p.150

<sup>10</sup> **Crosby,C.**(2008),*Recklessness-the Continuing Search for a Definition*, The Journal of Criminal Law, Vol. 72, p. 332

<sup>11</sup> Such as **Amirthalingam,K.**(2004),*Caldwell Recklessness is Dead, Long Live Mens Rea’s Recklessness*, The Modern Law Review, Vol. 67(3), p. 491-500.

<sup>12</sup> **Allen,M.**(2011),*Textbook on Criminal Law*, 11th Edition, Oxford University Press, New York,p.79

<sup>13</sup> See footnote 7,p.145

under s.23 of the Offences against the Person Act 1861.<sup>14</sup> The Court of Appeal, however, quashing the conviction, held that malice requires no “ill-will” towards the person injured but simply an intention to do the harm done or recklessness, in the sense that “the accused foresees the particular harm that might be done, and yet has gone on to take the risk of it.”<sup>15</sup> The *Cunningham* recklessness was approved by the Criminal Damage Act 1971 and had largely been applied by the courts. On the other hand, it is asserted that the subjective test has too narrow liability is based on whether the defendant foresees the possibility of harm.<sup>16</sup> In 1981, the House of Lords created an objective test of recklessness in the case of *Caldwell*. The defendant set fire to a hotel in drunken anger after quarrelling with the owner of the hotel. He was charged with intentionally or recklessly damaging property to another and damaging property with intent to endanger life or being reckless whether life would be endangered contrary to s.1(2) of the Criminal Damage Act 1971.<sup>17</sup> The defendant claimed that he was so drunk at the time he had never thought the act resulted in endangering life, whereas he was convicted.<sup>18</sup> Even though the House of Lords had already affirmed that self-induced intoxication is not defence in a crime of recklessness before the *Caldwell* case, Lord Diplock stressed that the *Cunningham* recklessness was too narrow for the Criminal Damage Act 1971.<sup>19</sup> As a result, The Lordships redefined a test of recklessness, which penalized defendants for failing to foresee a risk which would have been obvious to a reasonable individual.<sup>20</sup> The decision resulted in an outcry amongst authors. *Wilson*<sup>21</sup> states that *Caldwell* obviously ran contrary to Hart’s principle, which is one of the authoritative notions to impose criminal liability in modern criminal law. Moreover, *Elliott*<sup>22</sup> notes that *Caldwell* meant that a potentially objective approach was being applied to determine mens rea, whilst most commentators and practitioners thought that a mens rea requirement should always be subjective in recklessness case for several reasons. Firstly, it blurred the distinction between recklessness and negligence. The concept of *Caldwell*, also, was notorious for being difficult for juries to understand. Furthermore, the most convincing argument was that it caused the punishment of a defendant who fails to appreciate a risk that the defendant was incapable of

<sup>14</sup> **Elliott,C.;Quinn,F.**(2010),*Criminal Law*, eighth Edition, Pearson Education Limited, Essex,p.18

<sup>15</sup> See footnote 7,p.146

<sup>16</sup> See footnote 8,p.314

<sup>17</sup> See footnote 10,p.82

<sup>18</sup> **Herring,J.**(2010),*Criminal Law*, 4<sup>th</sup> Edition, Oxford University Press, United States,p.74

<sup>19</sup> See footnote 10,p.82-83

<sup>20</sup> See footnote 16,p.149

<sup>21</sup> See footnote 7,p.149

<sup>22</sup> See footnote 12,p.23

foreseeing; as a result of unfairness.<sup>23</sup> The harshness of the Caldwell recklessness, particularly, was highlighted by the case of *Elliott v C*. The defendant, who was 14-years-old and mentally deficient, set fire to a neighbour's shed which was destroyed.<sup>24</sup> The magistrates acquitted her because of the fact that she could not be capable of appreciating the risk of harm.<sup>25</sup> The Divisional Court, however, overturned the decision on the grounds that the Caldwell was purely objective and the fact that the condition of defendant was not relevant to the issue of recklessness. In the next years, the Lordships accepted that defendant's capacity could be relevant such as a heart attack while driving or situation where there was a sudden loss of capacity in *R v Reid*[1994] but they had followed strictly the *Elliott* case until the landmark case of *R v G* and another[2003].<sup>26</sup>

#### IS THE LAST WORD IN THE FIELD OF RECKLESSNESS "A SUBJECTIVE FORM"?

The House of Lords reconsidered the subjective doctrine of mens rea by overruling the Caldwell test as a salutary principle of criminal law in the case of *G* after that the Caldwell had been criticized by academics due to the fact that it had created injustice.<sup>27</sup> In this case, two boys, aged 11 and 12, set fire to newspapers under a plastic wheelie-bin in the back yard of a shop and caused one-million pound damage.<sup>28</sup> The defendants were convicted of arson under the Criminal Damage Act 1971, while the Lords unanimously overruled Caldwell by reaffirming a subjective form of recklessness provided by Criminal Code Bill in 1989; with regard to (i) a circumstance when he is aware of a risk that it exists or will exist; (ii) a result when he is aware of a risk that it will occur; and it is, in the circumstances known to him, unreasonable to take the risk.<sup>29</sup>

Various compelling grounds were indicated by the Lords in this case. First of all, Lord Bingham argued that the meaning of "reckless" in the Criminal Damage Act 1971 retained to replace the old-fashioned expression "maliciously" as defined in the case of *Cunningham*.<sup>30</sup> In contrast, Diplock considered that "reckless" should be given its literal meaning of "careless, regardless or heed-

less of the possible harmful consequences of one's conduct."<sup>31</sup> It would seem that the latter notion might be outdated since today the literal interpretation of statute is rarely applied by the courts.<sup>32</sup>

Another argument was provided by Bingham, it is a vital principle that a conviction of serious offence requires not only proof of causation by the defendant of the injurious result but also proof that he so acted the defendant's state of mind was culpable.<sup>33</sup> Crosby's contention<sup>34</sup>, however, states that the new definition of recklessness excludes serious "indifference" from criminal liability. Moreover, Amirthalingam<sup>35</sup> considers that the case of *G* was wrong step in the right direction as the concept of recklessness encompasses beyond the purely subjectivist approach. In contrast, according to Lord Bingham, the new subjective test, which includes deliberate closing of the mind to an appreciated and unacceptable risk, was clearly culpable states of mind.<sup>36</sup> The subsequent case, *Booth v CPS* in 2006 affirmed the interpretation of Bingham. The court held that the defendant was aware of the risks of running into road but put them out of his mind; as a result, he was convicted of criminal damage.<sup>37</sup> It can be argued that the latest concept of recklessness covers indifference to the possibility of harm. Therefore, it is submitted that the counter arguments against Bingham's statement are unsatisfactory.

Further argument was that Caldwell gave rise to manifest unfairness. He, also, argued that Caldwell direction offended the jury's sense of fairness. This notion had reflected strong criticism against the application of Caldwell in the cases such as *Elliott*.<sup>38</sup> It appears that the disapproval was reasonable since it revealed the public conscience opposed to the injustice. Moreover, he expressed that Caldwell had been criticized by leading academics.<sup>39</sup> For instance, Williams<sup>40</sup> states that the Caldwell decision was indefensible and the most serious injury inflicting on the developing criminal law in twentieth century. Similarly, Lord Edmund-Davies dissented from the majority of Caldwell and referred to *Cunningham*

<sup>23</sup> See footnote 16, p.150

<sup>24</sup> See footnote 10, p.85

<sup>25</sup> **Jefferson, M.** (2011), *Criminal Law*, 10<sup>th</sup> Edition, Pearson Education Limited, Essex, p.118

<sup>26</sup> See footnote 12, p.24

<sup>27</sup> **Amirthalingam, K.** (2004), *Caldwell Recklessness is Dead, Long Live Mens Rea's Recklessness*, *The Modern Law Review*, Vol. 67(3), p. 491

<sup>28</sup> See footnote 7, p.149

<sup>29</sup> See footnote 12, p.18

<sup>30</sup> **Ormerod, D.** (2011), *Smith and Hogan's Criminal Law*, 12<sup>th</sup> Edition, Oxford University Press, United States, p.118

<sup>31</sup> See footnote 10, p.88

<sup>32</sup> **Elliott, C.; Quinn, F.** (2011), *English Legal System*, twelfth Edition, Pearson Education Limited, Essex, p.53

<sup>33</sup> See footnote 16, p.151

<sup>34</sup> See footnote 8, p.313-330

<sup>35</sup> **Amirthalingam, K.** (2004), *Caldwell Recklessness is Dead, Long Live Mens Rea's Recklessness*, *The Modern Law Review*, Vol. 67(3), p. 492

<sup>36</sup> Footnote 10, p.88

<sup>37</sup> **Elliott, C.; Quinn, F.** (2010), *Criminal Law*, eighth Edition, Pearson Education Limited, Essex, p.18

<sup>38</sup> See footnote 16, p.151-152

<sup>39</sup> See footnote 33, p.491

<sup>40</sup> **Williams, G.** (1981), *Recklessness Redefined*, *Cambridge Law Journal*, vol.40(2), p.283

recklessness which was contemporary definition of recklessness taken into the defendant's state of mind consideration.<sup>41</sup>

On the other hand, the critical issue in this case was whether the Caldwell recklessness would have been modified in favour of children in terms of their maturity.<sup>42</sup> The modification, which covers the consideration of age or the other relevant characteristics of the defendant, was assessed by the Lords but rejected. Bingham put forward compelling objections to the suggested proposal. The first contention was that it offends the primary principle that conviction should depend upon proving a culpable of mind.<sup>43</sup> In contrast, some authors such as Robinson and Crosby argue that the pure adherence to the subjective interpretation might create a widening gap between the moral sense of community and the legal application. Secondly, if the formula was modified on the basis that immaturity, it would lead to be anomalous unless also modified to take account of the mentally deficient person. However, it would be reasonable if mentally handicapped defendants are exempt from the test since the concept of recklessness is not a "one size fits all".<sup>44</sup> Thirdly, any modification would create further contentious arguments regarding the qualities and characteristics to be taken into account for purposes of the comparison. Kimel<sup>45</sup>, nonetheless, argues that the modification could be sophisticated issue for a jury but it already counter similar formidable task. The final objection was that the adoption of this modification would be contrary to the Criminal Damage Act 1971 since there was no endorsement of this modification in the Act and its working paper which preceded it for such an interpretation. Moreover, Lord Steyn referred to the Convention on the Rights of the Child and stated that The Caldwell recklessness violated the convention because the Convention requires a child's age to be taken into consideration in criminal matters. The argument is convincing as it is highly likely to eliminate unfairness situations such as the case of Elliott.<sup>46</sup> Nevertheless, Amirthalingam<sup>47</sup> emphasizes that the modification in the case of R v G does not preclude the child's age being taken

into in an objective sense. All things considered, the current subjective test would be extended in terms of defendant's age to be assessed by objective approach because recklessness has a slippery scope, which might create injustice if the judiciary is loyal to only subjective or objective test. As stated Ashworth and Metcalfe<sup>48</sup>; "the moral and social arguments concerning recklessness are not all stacked on one side".

## CONCLUSION

The subjective-objective dichotomy has brought heated arguments in criminal law. The courts of England, initially, applied the subjective recklessness in Cunningham case. The House of Lords, however, created an objective definition of recklessness on the grounds that Cunningham recklessness was inadequate to balance between moral blame and legal culpability. The objective form, nonetheless, had never been accepted by scholars and practitioners.<sup>49</sup> Ultimately, the House of Lords overturned the Caldwell on the basis that compelling arguments as above mentioned that but the debate over the interpretation of recklessness has produced further contentions. In particular, one of the main issues derives from whether the Caldwell would be modified benefit for child offenders. Taking everything into account, it is concluded that the subjective approach to recklessness would appear reasonable interpretation in the sense that not simply persuasive arguments were provided in G and R but it is apposite to the spirit of the modern criminal law as it take into the defendant's state of mind account. On the other hand, more convincingly, the proposition of modification in Caldwell case in favour of children could have been considered since it is unlikely to damage the principles of criminal law and succeed in catching morally blameworthy conducts, even if it would have created a great challenge in practice.

## REFERENCES

**Allen, M.** (2011), *Textbook on Criminal Law*, 11th Edition, Oxford University Press, New York.

**Amirthalingam, K.** (2004), *Caldwell Recklessness is Dead, Long Live Mens Rea's Recklessness*, *The Modern Law Review*, Vol. 67(3), p. 491-500.

**Ashworth, A.** (2009), *Principles of Criminal Law*, 6th Edition, Oxford University Press, United States.

**Melcalfe, N.P.; Ashworth, A.J.** (2004), *Arson: Mens Rea-Recklessness Whether Property is Destroyed or Damaged*, *Criminal L.R.*, p.371

**Ashworth, A.** (2009), *Principles of Criminal Law*, 6th Edition, Oxford University Press, United States, p.181

<sup>41</sup> **Molan, M.; Blay, D.; Lanser, D.** (2003), *Modern Criminal Law*, 5<sup>th</sup> Edition, Cavendish Publishing Limited, Australia, p.71 **Jefferson, M.** (1999), *Recklessness: The Objectivity of Caldwell Test*, *The Journal of Criminal Law*, Vol. 63, p.60

<sup>42</sup> See footnote 10, p.89

<sup>43</sup> **Herring, J.** (2011), *Criminal Law*, 3rd Edition, Palgrave Macmillan, London, p.149

<sup>44</sup> **Cunningham, S.** (2010), *Recklessness: Being Reckless and Acting Recklessly*, *King's Law Journal*, Vol. 21, pp. 446

<sup>45</sup> **Kimel, D.** (2004), *Inadvertent Recklessness in Criminal Law*, *120 Law Quarterly Review*, p.548-549

<sup>46</sup> See footnote 16, p.154

<sup>47</sup> See footnote 33, p.494

RECKLESSNESS: THE DICHOTOMY BETWEEN SUBJECTIVE AND OBJECTIVE INTERPRETATION IN ENGLISH CRIMINAL LAW

**Crosby,C.**(2008),Recklessness-the Continuing Search for a Definition, *The Journal of Criminal Law*, Vol. 72, p. 313-334.

**Cunningham,S.**(2010),Recklessness: Being Reckless and Acting Recklessly, *King's Law Journal*, Vol. 21, pp. 445-467.

**Duff,R.A.**(1980),Recklessness, *Criminal Law Review*,p.290-1

**Elliott,C.;Quinn,F.**(2010),*Criminal Law*, eighth Edition, Pearson Education Limited, Essex-the UK

**Elliott,C.;Quinn,F.**(2011),*English Legal System*, twelfth Edition, Pearson Education Limited, Essex-the UK

**Finch,E.;Fafinski,S.**(2011),*Criminal Law*, 3rd Edition, Pearson Education Limited, Essex-the UK

**Herring,J.**(2010),*Criminal Law*, 4<sup>th</sup> Edition, Oxford University Press, United States.

**Herring,J.**(2011),*Criminal Law*,3rd Edition, Palgrave Macmillan, London-the UK

**Jefferson,M.**(1999),Recklessness: The Objectivity of Caldwell Test, *The Journal of Criminal Law*, Vol. 63, p. 57-66.

**Jefferson,M.**(2011),*Criminal Law*, 10<sup>th</sup> Edition, Pearson Education Limited, Essex- the UK.

**Kimel,D.**(2004),Inadvertent Recklessness in Criminal Law, *120 Law Quarterly Review* 548.

**Leigh,L.H.,Temkin, J.** (1982),Recklessness Revisited, *The Modern Law Review*, p. 198-206.

**Lacey,N**(2008),H.L.A. Hart's Rule of Law: the Limits of Philosophy in Historical Perspective, *NYUL Review* vol.89,p.1065

**Melcalfe,N.P.;Ashworth,A.J.**(2004),Arson: Mens Rea-Recklessness Whether Property is Destroyed or Damaged, *Criminal L.R.*,p.369

**Molan,M.;Blay,D.;Lanser,D.**(2003),*Modern Criminal Law*,5<sup>th</sup> Edition, Cavendish Publishing Limited, Australia.

**Norrie,A**(1992),Subjectivism, Objectivism and the Limits of Criminal Recklessness, *Oxford Journal of Legal Studies*,Vol.12(1),p.45-58

**Norrie,A**(1996),The Limits of Justice: Finding Fault in the Criminal Law, *The Modern Law Review*(MLR 59:4,july),p.540-554

**Norrie,A**(2001),*Crime,Reason and History*,2nd edition, Butterworths, London-the UK

**Norrie,A**(2005),*Law and the Beautiful Soul*, Glasshouse Press, London-the UK

**Ormerod,D.**(2011),*Smith and Hogan's Criminal Law*, 12<sup>th</sup> Edition, Oxford University Press, United States.

**Robinson,P.**(1996),The Criminal-Civil Distinction and the Utility of Desert, *Boston University Law Review*,vol.76p.201-223.

**Smith,J.C.** (1981),Commentary on Caldwell', *Criminal Law Review*,392.

**Williams,G.** (1988),The Unresolved Problem of Recklessness, *Legal Studies*, Vol. 8, p.74-91.

**Williams,G.** (1981),Recklessness Redefined, *Cambridge Law Journal*,vol.40(2),p.252-283

**Wilson,W.** (2011),*Criminal Law*, 4<sup>th</sup> Edition, Pearson Education Limited, Essex-the UK.