

ihaleye fesat karıştırma olaylarına karışmak

TCK'da düzenlenen hali ile kanunen tek kişi tarafından işlenebilmesi mümkün olan bir suçun, birden fazla failin önceden işbirliği yapmaları sonucunda gerçekleştirilmesi olarak açıklanmakta, suça katılma şeklinde de adlandırılmaktadır.

İştirak TCK md. 37 ile md. 41 arasında düzenlenmektedir. Suça iştirak esas olarak faillik ve şeriklik şeklinde ikiye ayrılmakta olup; TCK md. 37'de faillik; doğrudan faillik, müşterek faillik, dolaylı faillik ve yan faillik olarak belirtilmekte; TCK md. 38 ve TCK md. 39 'da şeriklik kavramı açıklanmakta; şeriklik de azmettiren (TCK md. 38) ve maddi veya manevi yardım eden (TCK md. 39) olarak kendi içinde ayrılmaktadır. Burada fiilin işlenişi üzerinde kurulan hâkimiyete göre faillik ve şeriklik belirlenmektedir. Suçun işlenişine katkı harekete ve iradeye olan hâkimiyet şeklinde ise faillikten, değilse şeriklikten bahsedilmektedir. Bu bağlamda şerikler, haksızlığın gerçekleştirilmesine azmettiren veya yardım eden olarak katılmakta, sorumlulukları da TCK md. 40' da düzenlenen bağlılık kuralı gerekleri çerçevesinde belirlenmektedir. Yargıtay bu konuda açıklayıcı kararlar vermektedir.

Emsal Karar ; Yargıtay 5. C.D, 14.4.2016 T, 2016/1210 E, 2016/3912 K: *"Dairemizin istikrar kazanan*

..uygulamalarına göre; 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 9. maddesinde, "Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyet belirlenir ve dayanaklarıyla birlikte bir hesap cetvelinde gösterilir. Yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilanlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile

resmi ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz” ve aynı Kanunun 61. maddesinde, “Bu Kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar; ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve mali yönlerine dair olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar.” şeklinde hükümlerin bulunması karşısında yaklaşık maliyete ve sair gizli tutulması gereken bilgilerin “ihale sürecinde görevli olan kamu görevlileri” tarafından yetkisiz kişilere verilmesiyle veya bu bilgilerin ifşa edilmesiyle **ihaleye fesat karıştırma** suçunun tamamlanmış olacağı,

5237 Sayılı TCK’nın 235. maddesinde **ihaleye fesat karıştırma** halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Kanun’un 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığı, her ne kadar bir kısım öğretilerde özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın “a” ve “b” bentlerinde sayılan hallerde ihale sürecinde görev alan ilgili kamu görevlileri, “d” bendinde belirtilen halde ise ihaleye katılan ya da katılmak isteyen kişilerin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, bu itibarla 5237 Sayılı TCK’nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan anılan bentlerde sayılan **ihaleye fesat karıştırma** suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri, yine **ihaleye fesat karıştırma** suçunun oluşabilmesi için kanunlarda öngörülmüş ihale usullerinden biriyle usulüne uygun yapılmış ya da yapılacak bir ihale ve iş olmasının zorunlu olduğu, ihalenin şeklen yapıp ihaleye konu işin daha önceden icra edildiğinin anlaşılması halinde, ihale komisyonu kararı öncesinde alım işlemlerini yapan daha sonra buna dair olarak mevzuata aykırı belge düzenleyerek fiili durumu

hukukileştirmeye çalışan kamu görevlilerinin görev gereklerine aykırı hareket ederek alımın gerçekleştirildiği kişiye yarar sağladığını,

Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 72.2006 tarih ve 2005/11 MD-119 Esas ve 2006/15 Karar sayılı ilamında belirtildiği üzere, ihale kurallarına uyulmaksızın şifahi talimatlarla yaptırılan işlerde, ihaleye girme olanağı bulunan kişilerin bu olanaktan yoksun bırakılmaları suretiyle de onların mağduriyetine neden olduklarının bu suretle görevi kötüye kullanma suçunu işlediklerinin kabul edilmesi gerekeceği, TCK'nın 40/2. maddesi uyarınca da kendisinden alım gerçekleştirilen kişinin de ihale görevlilerini azmettirip azmettirmedeği veya

yardım eden konumunda olup olmadığı üzerinde durularak hukuki durumlarının tayin ve takdirinin gerektiği nazara alındığında; iddianame içeriğine göre 12 ihaleye fesat karıştırıldığı iddiasıyla kamu davası açılmış olup, iddianamede 1-8 arasında belirtilen ihalelerin mal alımına, 9-12 arasında sayılan ihalelerin ise araç kiralama işine dair olduğu, sanıkların aksi kanıtlanamayan ve tanık beyanları ile de doğrulanan savunmalarına göre malzeme alınması zorunluluğu doğduğu durumlarda piyasada araştırma yapıp en düşük teklifi veren kişiden alımın yapıp daha sonra ihale yapılarak fiili durumun resmi hale getirildiğinin anlaşılması karşısında mal alımına dair işlemlerin ihale olarak kabul edilmesinin olanaklı olmadığı, hizmet alımına dair ihalelere dair olarak fesat karıştırma isnatların Kamu İhale Kanununun 10 maddesinin son fıkrası uyarınca katılma yeterliliğine dair belgelerin eksik olması, gizli tutulması gereken bilgilerin ifşa edilmesi, açık veya gizli anlaşma yapılması, eşik değer in altında kalmasını sağlamak amacıyla işin bölünerek ihale edilmesi olduğu,

bozma öncesi alınan bilirkişi kurulu raporunun 49. sayfasında söz konusu belgelerin sözleşme imzalama safhasında firmalardan istenildiğinin belirtildiği, 10.9.2014 tarihli bilirkişi

raporunda da ihalenin esasına ait olmayan 4 734 Sayılı Kanun 'un 10 maddesinin a, b, c, d ve e bentlerinde belirtilen durumlarda olmadığına dair bir takım belgeler eksikse de bu eksikliğin ihale sürecinde tamamlanabileceğinin mütalaa edildiği, hükme esas alınan raporda ise açıklama bulunmadığı, istekli tarafından 4734 Sayılı Kanun'un 10 maddesi son fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde sayılan durumlarda olmadığına dair taahhütname verilmesi halinde ihaleyi kazanan şirketle sözleşme imzalamadan önce ihale tarihi itibarıyla belirtilen durumlarda olmadığına dair belgeleri alarak, inceleme ve uygun gördükten sonra sözleşmeyi imzalama mükellefiyetinin ihale yetkilisine ait olduğu, sanık kamu görevlilerinin bu sıfatlarının bulunmadığı nazara alınarak, maddi gerçeğin şüpheyi yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkarılabilmesi için suç tarihinde yürürlükte bulunan yasa ve yönetmelikler, suça konu ihalelere ait idari ve teknik şartname, sözleşmeler, iddia, savunmalar ve ön inceleme raporu da değerlendirilmek suretiyle, iddianamede 9, 10, 11, 12. bent olarak belirtilen ihalelere dair olarak eksik olduğu iddia edilen belgelerin nelerden ibaret olduğu,

4734 Sayılı Kanun'un 10. maddesinin son fıkrası uyarınca taahhütname olarak sunulabilecek belgelerden olup olmadıkları, eşik değerin altında kalmasını sağlamak amacıyla işin bölünüp bölünmediği bölündü ise sorumluların kimler olduğu, kurumun maddi bir zarara uğrayıp uğramadığı hususlarında bilirkişi raporu alınmasından sonra sonucuna göre, iddianamede 1-8. bentler arasında sayılan isnatlara dair olarak yukarda açıklandığı üzere ihale komisyonunda görev alan sanıklar ile ihaleyi kazanan hakkında görevi kötüye kullanma suçunun, 9-12 bentler arasında sayılan isnatlara dair ihale komisyonunda görev alan sanıklar ile ihaleyi kazanan hakkında **ihaleye fesat karıştırma** ve görevi kötüye suçlarının oluşup oluşmadığı tartışılıp, özgü suç niteliğinde olan bu isnatlara dair delillerin nelerden ibaret olduğu, kimin fail kimin ne surette şerik olduğu hususları gerekçeli olarak tartışılmak suretiyle

tüm sanıkların hukuki durumlarının belirlenmesi gerekirken, varsayımsal olarak zararın varlığını kabul eden dosya içeriğiyle uyumlu olmayan yetersiz ve gerekçesiz bilirkişi raporu esas alınmak suretiyle eksik inceleme ile gerekçeden yoksun biçimde yazılı şekilde sanıklar hakkında hükümler kurulması...” kararı