

Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye Fesat Karıştırma Suçu

5237 sayılı TCK'nın 2'nci Kitabının 3'üncü kısmında yer alan "Topluma Karşı Suçlar" başlığı altında "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete Karşı Suçlar" isimli dokuzuncu bölümünde 235'inci madde ile "İhaleye Fesat Karıştırma" suçu düzenlenmiştir;

"Madde 235- (1) (Değişik: 11/4/2013-6459/12 md.) Kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da

kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

• Aşağıdaki hallerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır:

1. Hileli davranışlarla;
2. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,
3. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak,
4. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,
5. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye
6. Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak.
7. Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını

8. İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları.

- (Değişik: 11/4/2013-6459/12 md.) İhaleye fesat karıştırma suçunun;

a) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi hâlinde temel cezanın alt sınırı beş yıldan az olamaz. Ancak, kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunur

1. b) İşlenmesi sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemiş ise, bu fıkranın (a) bendinde belirtilen hâller hariç olmak üzere, fail hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

- İhaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar.
- Yukarıdaki fıkralar hükümleri, kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara fesat karıştırılması halinde de uygulanır.”

Mülga olan 765 sayılı TCK'da ise ihaleye fesat karıştırma suçunun düzenlendiği 205-208'inci maddeleri “Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar” bölümünde, 366-368'inci maddeler ise “Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar” bölümünde yer almıştır. Oysa ihaleye fesat karıştırma suçu hem hukuki konusu itibariyle hem de kriminolojik yönüyle “ekonomik suç” olarak

karşımıza çıkmaktadır. Çünkü ihaleler üzerinde yapılan fesat eylemleri ile ekonomi dinamikleri ve sisteminin doğal işleyişi bozulmaktadır. Ayrıca serbest rekabet mekanizması ortadan kalkmaktadır. Ekonomi üzerindeki etkisi nedeniyle ihaleye fesat karıştırma suçunun “*Ekonomi, Sanayi ve Ticarete Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlenmesi isabetlidir

İhaleye fesat karıştırma suçlarına ilişkin 765 sayılı TCK’da yer alan dağınık ve karmaşık düzenleme, 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesiyle son bulmuştur. Öncelikle suç tipleri tek bir fıkra altında toplanmıştır. Ayrıca hükümet ihalesi ve devlet ihalesi kavramlarının yarattığı karmaşaya 5237 sayılı TCK döneminde son verilmiştir. İhale kavramı daha net olarak ortaya konulmuş ve gereksiz bir tartışmaya mahal verilmemiştir. Ayrıca eylemler arasındaki hakkaniyetsiz ceza farkı da büyük oranda ortadan kaldırılmıştır.

İhaleye fesat karıştırma suçu bazı suç tipleri bakımından “özgü suç” niteliğindedir. 5237 sayılı TCK’nın 235’inci maddesinin birinci fıkrasında fail “fesat karıştıran kişi” biçiminde ifade edilmişse de, ikinci fıkroda düzenlenen seçimlik suçların her birinde farklı fail profili karşımıza çıkmaktadır. Mesela 235/2-a bendinde düzenlenen hileli hareketlerle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçu yalnızca ihale komisyonu başkan ve üyeleri tarafından işlenebilmektedir. Bu fıkra yönünden bakıldığında üçüncü kişilerin tipik eylemi gerçekleştirmeleri mümkün değildir.

Kapsadığı ihaleler yönüyle 235’inci madde, yalnızca belirtilen nitelikteki ihalelere fesat karıştırma eylemlerini cezalandırmaktadır. Bu fıkroda ihaleler, hem ihaleyi yapan kurum bakımından hem de ihalenin konusu bakımından sınırlandırılmıştır. Burada kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan ihalelerden bahsedilmiştir. Bu kurum ve kuruluşlar, genel bütçeye dahil merkezi ve taşra idareleri ile belediyeler ve özel idareleri kapsamaktadır. Bu idarelerin kamusal ihtiyaçları karşılamak üzere bizzat yaptıkları ihaleler birinci fıkra içerisinde değerlendirilmektedir. İhalenin

konusu, yalnızca mal veya hizmet alım satımları yada kiralamaları, ayrıca yapım işlerine ilişkin ihaleler ile sınırlandırılmıştır.

Kamu kurum ve kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler, aslında bir kamu hizmetinin görülmesi amacı taşımayan fakat ilgili kanunlar tarafından kamu kurumu tarafından yapılması zorunlu görülen ihaleler anlamına gelmektedir. Bunun en bilinen örneği 2004 sayılı İcra İflas Kanunu gereği icra ve iflas daireleri tarafından haciz işlemi yapılan taşınır, taşınmaz malların ve hakların cebri icra yöntemiyle paraya çevrilmesi işlemidir. Bunun gibi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu uyarınca ortaklığın giderilmesi davaları sonucunda gerçekleşen paraya çevirme işlemleri sebebiyle yapılacak ihaleler de TCK. 235'inci maddesi kapsamındadır.

TCK'nın 235'inci maddesi uyarınca kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan ihaleler mal ve hizmet alım satımı ve kiralamaları ile yapım ihalelerini kapsar