

Türk Ceza Kanununda ihaleye fesat karıştırma suçu

Türk Ceza Kanununda, özel hükümlere ilişkin *İkinci Kitabı*' başlığı ile *"Topluma Karşı Suçlar"* adlı *"Üçüncü Kısım"* ve *"Dokuzuncu Bölüm"* de *"Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar"* düzenlenmektedir. Bu bölümde ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin olarak *"ihaleye fesat karıştırma"*, *"edimin ifasına fesat karıştırma"*, *"fiyatları etkileme"*, *"kamuya gerekli şeylerin yokluğun neden olma"*, *"ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması"*, *"mal veya hizmet satımından kaçınma"* ve *"tefecilik"* suçlarına yer verilmektedir. Bu suçların düzenlenmesi ile amaçlanan ekonomik sistemin yasaların öngördüğü şekilde ve serbest rekabet ortamında işlenmesini engellemek ve yaptırım altına almaktır. Söze konu suçlardan *"ihaleye fesat karıştırma suçu"* çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır. İhaleye fesat karıştırma suçu, TCK md. 235'de düzenlenmektedir.

"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."

(2) Aşağıdaki hallerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır:

1. a) Hileli davranışlarla;

İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,

İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak,

Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,

Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak.

Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak.

Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek.

- 1. d) İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları.*

Maddeye göre, suçun konusunu mal veya hizmet alım veya satımına ilişkin ihale, kiralama ihalesi ya da yapım ihaleleri oluşturmaktadır. İhalenin konusunun, suçun oluşması açısından bir önemi olmamakla beraber, İhaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, yapılan ihalenin KİK veya DİK hükümlerine tabi bir ihale olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Söz konusu suçun oluşabilmesi için esas olarak, yapılan ihalenin kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihale olması gerekmektedir.

Kamu adına yapılan satım ve kiraya verme işlemlerinde bedel artırım esası; buna karşılık mal veya hizmet alımları ve kiralama gibi işlemlerde ise, bedel eksiltme esası kabul edilmektedir. Buna göre, artırımlarda tahmin olunan bedelden aşağı olmamak üzere, teklif olunan bedellerin en yükseği; eksiltmelerde ise, tahmin olunan bedelden fazla olmamak üzere, teklif olunan bedellerden tercihe layık görüleni bulunup; iş,

o teklifi verenin üzerine bırakılmaktadır. En çok artıranın veya eksiltenin icabını kabul mahiyetindeki irade bildirimi ve bu iradenin oluşumunu sağlayan şartlar esas alınmak suretiyle sözleşme imzalanmasına kadarki idari işlemlerin tümü, ihale sürecini oluşturmaktadır. Sözleşmenin imzalanması ile birlikte ihale süreci de sona ermektedir.

Suçu meydana getiren fiil, ihaleye fesat karıştırmaktır. Hangi hareketlerin ihaleye fesat karıştırmaya niteliğinde olduğu, maddenin ikinci fıkrasında tek tek sayılmaktadır. Bu seçimlik hareketlerden herhangi birinin veya birkaçının gerçekleştirilmesi durumunda, ihaleye fesat karıştırmaya suç işlemiş olmaktadır.

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.

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 karıştırmaya 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.” , şeklinde düzenlenmektedir.

Madde gerekçesini incelediğimizde görmektedirki, kanun koyucu burada kamu ihaleleri konusundaki temel olan DİK, KİK ve KİSK'i göz önüne almakta suç tipi ile bu yasaların düzenlenmesi arasında paralelliği sağlamaktadır. Ceza hukuku, borçlar hukuku veya idare hukuku gibi disiplinlerin kendine ait kuralları ve yaptırımları ile sorunlara karşılık bulamadığında devreye giren ikincil nitelikte bir hukuk disiplini. Bu sebeple DİK, KİK ve KİSK'de belirlenen kurallar yeterli olmadığında ve sonucunda ağır ihlaller meydana geldiğinde TCK'ya başvurulmaktadır. Buna uygun olarak cezaların genel önleme fonksiyonundan yararlanılmakta ve kamu ihale hukukuna dair bazı hukuka aykırı eylemlerin suç tipi olarak düzenlenmesi gerekliliği ile bu eylemlerin azaltılması ve yaptırım altına alınması amaçlanmaktadır.

TCK'ya göre suçun oluşabilmesi için ayrıca ihalenin mal veya hizmet alımı, mal veya hizmet satımı, kiralama ya da yapım işlerine ilişkin olması gerekmektedir. Ancak kamu ihalelerinde daha önceden de belirttiğimiz üzere diğer ihale türlerinden olan trampa, aynı hak tesisi ve taşıma işlerine ilişkin ihaleler söz konusu olduğunda ve ihaleye fesat karıştırılması durumunda kanuni tanımda açıkça bunlara yer verilmediğinden bu ihale türleri için TCK md. 235 uygulanamamaktadır. Suçta ve cezada yasallık ilkesi gereği kanun koyucunun ihale türlerini tek tek belirtmesi gerekirken bu şekilde bir düzenlemeye gitmesi yetersiz kalmaktadır. Burada belli başlı ihaleleri saymamış olsa idi kanuni düzenlemeye göre yaptırıma tabi tutulması mümkün olacakken, kanun koyucu bu alanı eksik bırakmış olmaktadır.

Buna ek olarak maddenin son fıkrasına göre suç tipinin uygulama alanı genişletilmiş olmakla beraber, mal veya hizmet alım veya satımları ya da kiralamalara ilişkin fesat karıştırılması hali düzenlenirken, yapım işlerine fesat karıştırılması haline yer verilmemektedir. Bu eksiklik sebebi ile fıkra da sayılan kurum ya da kuruluşlar adına yapım işlerine ilişkin ihaleler yapılması halinde ve ihaleye fesat

karıştırılması ihtimalinde yasada bu durum açıkça belirtilmediğinden, bu hukuka aykırı fiil yaptırımsız kalmaktadır. Kanun maddesinin söz konusu fıkraları bu yönü ile eleştirilmektedir.

Dördüncü yargı paketi kapsamında çıkarılan 6459 sayılı *İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun* md. 12 ile İhaleye Fesat Karıştırma suçunda yapılan düzenlemeler doğrultusunda cezanın alt ve üst sınırlarında değişikliğe gidilmekte, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ihaleye fesat karıştırılması durumunda, kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleşmesi halinde, ayrıca bu suçlar dolayısıyla ceza verileceği hükme bağlanmaktadır.

Bu kanunla yapılan değişiklikle, ilgili kamu kurum ve kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmediği durumda failer hakkında 1 ile 3 yıl, kamu zararının bulunduğu durumlarda ise fail hakkında 3 ile 7 yıl hapis cezası öngörülmektedir. Buna ek olarak, kamu zararı bulunsun veya bulunmasın TCK md. 235/ 2-c uyarınca cebir veya tehditle suçun işlenmesi halinde ceza alt sınırının 5 yıldan az olamayacağını hükme bağlamaktadır.