

Bir ihalenin Türk Ceza kanununa konu olabilmesi için hangi mevzuata tabi olduđu önemli değildir

Bir ihalenin TCK m. 235'e konu olabilmesi için hangi mevzuata tabi olduđu önemli değildir.

Buna göre,

Madde gerekçesinde ifade edilen bu hususa ilişkin ilgili kısım şu şekildedir:

“Suçun konusu, mal veya hizmet alım veya satımına ilişkin ihale ya da kiralama ihalesidir. İhalenin konusunun, suçun oluşması açısından bir önemi yoktur. İhaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, yapılan ihalenin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi bir ihale olması şart değildir.

Söz konusu suçun oluşabilmesi için önemli olan, yapılan ihalenin kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihale olmasıdır.”

KİK ya da DİK' e göre yürütülen ihalelerin yanı sıra özel mevzuatları uyarınca yürütülen ihaleler de söz edilen suça konu olabilmektedir. Suça ilişkin düzenlemenin 5. fıkrasında öngörülen düzenleme ile “kamu kurum veya kuruluşları aracılığı

ile yapılan artırma veya eksiltmeler" de hükme dahil edilmiştir.

Bu itibarla, TMK m. 440 ile m. 444 çerçevesinde çıkılan açık artırmalar ve HMK m. 322/2'de bahsedilen satışlara ilişkin ihaleler de TCK m. 235/5 kapsamındaki ihalelerdendir.

TCK m. 235/5 hükmü gereğince, İİK' da öngörülen hükümlere göre gerçekleştirilen ihaleler de anılan suça konu olabilecektir. Fakat burada İİK m. 345/b hükmüne dikkat çekilmelidir.

Hükme göre,

İİK hükümlerine göre yürütülen bir ihaleden kendisi ya da bir başkasına vaat edilen veyahut sağlanan yarar karşılığında çekilmek veya ilgili ihaleye katılmamak yaptırımı tabidir. TCK m. 235'teki düzenleme ile İİK m. 345/b'nin ilga edildiğinden bahsedilememektedir.

Bu itibarla

İİK kapsamındaki bir ihaleden "para karşılığında anlaşarak" çekilen ilgili hakkında İİK m. 345/b'nin uygulanması gerekir. Ancak bu kapsamdaki ihalelere hile, cebir ya da tehdit yoluyla fesat karıştırılmış ise ilgilinin cezai sorumluluğu TCK m. 235 uyarınca belirlenir. Kanaatimizce de TCK m. 235 ancak İİK m. 345/b'de öngörülmemeyen hallerde uygulanabilir.

TCK m. 235 çerçevesinde suçtan bahsedilebilmesi için kanuni tanımda yer verilen hareketlerin yöneldiği bir ihalenin varlığı zorunludur.

İhale usullerine başvurularak yürütülmesi gereken işlerin, ihalesiz olarak gördürüldüğü hallerde "suçun konusunun yokluğu" nedeniyle, m. 235 çerçevesinde değerlendirme yapılamamaktadır.

Bu nedenle, kanun değişikliği neticesinde ihale usulleri arasından çıkarılmış olan "doğrudan temin" yöntemiyle gerçekleştirilen alımlar, bu suça konu olmamaktadır.

Aksinin kabulü, yasa koyucunun iradesinin yok sayılması anlamına geleceği gibi kanunilik ilkesi ile de bağdaşmayacaktır. Dolayısıyla, bu yönteme başvuru alan alımlarda, m. 235'te öngörülen hareketlerden biri gerçekleştirilse dahi "suçun konusunun yokluğu" sebebiyle ilgili madde bağlamında değerlendirme yapılamayacaktır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından incelenen bir uyuşmazlıkta da aynı yönde değerlendirme yapılmış, "suçun unsurları itibarıyla oluşmadığı" sonucuna varılmıştır.

EMSAL KARAR: Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2014/5-500, K: 2018/336, T: 10.07.2018,

"...davaya konu hizmet alım işlerinin suç tarihinden önce ihale yöntemi olma vasfını yitiren ve ihale usul ve hükümlerine tabi bulunmayan bir satın alma yöntemi olan doğrudan temin usulüyle gerçekleştirildiği, dolayısıyla davaya konu olayda sanığın görev aldığı bir ihalenin bulunmadığı hususları birlikte değerlendirildiğinde; sanığa atılı ihaleye fesat karıştırma suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı kabul edilmelidir."

Bu durumda TCK m. 235 uyarınca sorumluluktan bahsedilemese de somut olayın özelliğine göre TCK m. 257'deki suçun577 ya da eylemin niteliği dikkate alınarak farklı suçların578 oluşup oluşmadığı da ayrıca değerlendirilmelidir.