

765 sayılı mülga TCK'da ihaleye fesat karıştırma suçları

devlet nam ve hesabına yapılan ve hükümet nam ve hesabına yapılan ihalelere fesat karıştırma ayrımı ile düzenlenmiştir. Bu ayrım da 765 sayılı Kanunun uygulanmasında bir takım sıkıntılara sebep olmuştur. Örneğin, devlet adına yapılan ihaleler ile hükümet adına yapılan ihaleler farklı düzenlemelere tabi tutulmuştur. Bir ihalenin devlet hesabına mı hükümet hesabına mı yapıldığı ile ilgili tespit her hangi bir kıstas bulunmamaktadır. Bu açıdan 765 sayılı Kanundaki düzenlemeler hukuk güvenliği ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmamakla eleştirilmiştir.⁵⁰

Yine 765 sayılı mülga TCK'nın uygulandığı dönemde ihale sürecine veya edimin ifasına fesat karıştırmadan da ihaleye fesat karıştırma suçunun hangi fiillerle işlenebileceği, yani fesat karıştırmının tezahür şekilleri gösterilmemişti.

Gerek Devlet İhale Kanunu gerek uygulama alanının daralması ve ihtiyaçlara cevap vermemesi ve en önemlisi de Avrupa Birliği uyum sürecinin etkisi ile kamu ihalelerinde

bir takım ilkeleri hâkim kılmak için 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kabul edilmiştir.⁵¹

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenleme

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 235'inci maddesinde ihaleye fesat karıştırma konusuna yer verilmektedir.

"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;*

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

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

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

4. *Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen*

niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye

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

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

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

▪ İhaleye fesat karıştırma suçunun;

1. 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.

2. 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.”*

KİK kapsamına dâhil olan tüm kurum ve kuruluşlar, BİT, KİT, dernek ve kooperatifler nam ve hesabına yapılan mal veya hizmet alım-satımı ile kiralamalarında gerçekleştirebilecek fesat karıştırma hallerinde de bu madde hükmü uygulanır.

TCK 236'ıncı maddesinde ise “Edimin İfasına Fesat Karıştırma” suçu düzenlenmiştir.

“Kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar

hapis cezası ile cezalandırılır.

- *Aşağıdaki fiillerin hileli olarak yapılması halinde, edimin ifasına fesat karıştırılmış sayılır:*

1. İhale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul

1. İhale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi.

1. Edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifa edilmiş gibi kabul

1. Yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi.

1. Hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi.

- *Edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre*

cezalandırılırlar.”

İhaleye fesat karıştırma suçu ile edimin ifasına fesat karıştırma suçu bazı durumlarda iç içe geçerek tamamlayıcı nitelikteki suçlardandır. İhaleye fesat karıştırma suçu düzenlemesi ile idarelerce ihtiyaç duyulan en kaliteli mal ve hizmetin veya yapım işinin en uygun bedelle alınmasına veya yapılmasına ilişkin kamu yararı gözetilmektedir. Edimin

ifasına fesat karıştırma suç düzenlemesinde de idare tarafından serbest rekabet koşullarında düzenlenmiş ihale neticesinde imzalanan sözleşmenin konusunun yerine getirilmesinde kamunun yararı gözetilmektedir