

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU¹ (TCK md. 235)

KORUNAN HUKUKİ DEĞER

İhaleye fesat karıştırma suçuyla korunmak istenen hukuki değer, kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne dair ve özellikle, kamu adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımı gibi ihale işlemlerinin yapılmasıyla ilgili olarak, kamu görevlilerine duyulan güvenin, kamunun maddi ve mali menfaatlerinin, ihaleye katılan kimselerin ekonomik menfaatlerinin ve serbest rekabet ortamının korunmasıdır.

SUÇUN KONUSU

İhaleye fesat karıştırma suçunun 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.

Kamu adına yapılan satım ve kiraya verme işlemlerinde bedel artırımı esas; buna karşılık mal veya hizmet alımları ve kiralama gibi işlemlerde ise, bedel eksiltme esas kabul edilmiştir. 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 bildirimini 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. Bu suçun oluşabilmesi için ortada mutlaka bir ihalenin var olması gerekir. İhalenin tamamlanmış olması şart değildir, ihale sürecinin başlamış olması yeterlidir.

FAİL

İhaleye fesat karıştırma suçunun faili herkes olabilir. Fail kamu görevlisi olabileceği gibi, kamu görevlisi olmayan bir şahıs da olabilir. Bu suç özgü suç değildir. Failin artırma veya eksiltme işlemine katılmış olması gerekmez, bu işlemlere katılmayan kişi de olabilir. Ancak, suçun nitelikli halinin faili sadece ihale mevzuatı gereğince yetkili olan kimseler veya ihaleye girmek isteyen kişiler olabilir. Failin tek başına bu suçu işlemesi mümkündür. Bu suç çok failli bir suç değildir. Mesela, ihale komisyonundaki bir kişinin gizli tutulması gereken

bilgileri başkasına ulaştırmak suretiyle bu suçtu tek başına işlemedi mümkündür. Bu suçun mağduru, toplumu oluşturan bireylerin tamamıdır. İhaleyi yapmaya yetkili tüzel kişilik ve ihaleye katılan veya katılmak isteyen diğerkimseler de suçun mağduruur.

SUÇUN MADDİ UNSURU

İhaleye fesat karıştırmasuçunun maddi unsuru, ihaleye fesat karıştırmaktır. Hangi hareketlerin ihaleye fesat karıştırmaiteliğindediğü, kanunda tek tek sayılmıştır. İhaleye fesat karıştırmahileli davranışlarla gerçekleştirilebilir. Hileli davranışlarla ihaleye fesat karıştırmahâllerinin neler olduğukanunda açıkça belirlenmiştir. Bu fiillerden herhangi birinin hileli davranışlarla gerçekleşmesi gerekir ki, ihaleye fesat karıştırmadan söz edilebilsin. Bu fiillerden ilki, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemektir. İkincisi, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamaktır. Üçüncüsü, teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğühâlde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmaktır. Dördüncüsü, teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı hâlde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almaktır.

Hilesiz davranışlarla da ihaleye fesat karıştırmagerçekleştirilebilir. İhale sürecinde, tekliflerle ilgili olup da, ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak, ihaleye fesat karıştırmasuçunu oluşturur. Aslında bu durumda hile yoktur. Ancak, gizli kalması gereken bilgilerin başkalarının bilgisine sunulması, ihalenin objektif ve serbest rekabet şartlarında yapılmasını engeller.

Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğerkavranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek, ihaleye fesat karıştırmolarak kabul edilmiştir. İsteklilerin ihalenin gün veya saatinde, ihalenin yapılacağı yer konusunda yanıtılması ve bu suretle teklif veya pazarlık için öngörülen süreyi geçirmesi, bu fiillere ilişkin örnek oluşturmaktadır.

İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları, ihaleye fesat karıştırmasuçunu oluşturmaktadır. Çünkü bu fiiller, ihalenin objektif ve serbest rekabet şartlarında yapılmasını engeller.

Bütün bu seçimlik hareketlerden herhangi birinin veya birkaçının gerçekleştirilmesi durumunda, ihaleye fesat karıştırmasuçtu işlenmiş olur. İhaleye fesat karıştırmasuçunun oluşabilmesi için, ilgili kurum veya kuruluşun herhangi bir zarar görmesi gerekmez. İhaleye fesat karıştırmasuçunun oluşabilmesi için, kamu görevlilerinin ve sair kişilerin bir menfaat temin etmiş olmaları da gerekli değildir.

SUÇUN NİTELİKLİ HALERİ

İhaleye fesat karıştırmasuçunun nitelikli halleri mevcuttur. Bunlardan ilki, ihaleye fesat karıştırmasonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmiş olmasıdır. Ancak, bu nitelikli hâl dolayısıyla cezanın artırılabilmesi için, zararın meydana gelmiş olması yeterlidir, meydana gelen zararın miktarının tam olarak belirlenmesine gerek

Çetin Emeç Bulvarı, 1322. Cadde, No: 62/3 A. Öveçler/Çankaya, Ankara

Tel: 00 90 312 473 39 60 Faks: 00 90 312 473 39 62

www.bicakhukuk.com iletisim@bicakhukuk.com

bulunmamaktadır. Nitelikli hallerden ikincisi, ihaleye fesat karıştırma dolayısıyla kamu görevlilerinin ve sair kişilerin bir menfaat temin etmiş olmalarıdır.

İhaleye fesat karıştırma suçunun uygulama alanı genişletilmiştir. Buna göre; ihaleye fesat karıştırmaya ilişkin izah edilen hükümler, 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 hâlinde de uygulanır.

MANEVİ UNSUR

İhaleye fesat karıştırma suçunun manevi unsuru, kasıttır. Bu suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir. Bu suç doğrudan kasıtlı işlenebileceği gibi, olası kasıtlı da işlenebilir. Bu suçun oluşması açısından genel kasıt yeterlidir, özel kastın varlığına gerek yoktur.

TAKİBİ

İhaleye fesat karıştırma suçunun takibi, şikayete tabi değildir. Bu suç re'sen takip edilen bir suçtur. Bu suçun failinin kamu görevlisi olması durumunda, bu suçtan dolayı memur dokunulmazlığı olmadığından kamu görevlisinin mensubu bulunduğu idareden soruşturma veya kovuşturma izni alınmasına gerek yoktur, kamu görevlisi fail hakkında doğrudan genel hükümler çerçevesinde işlem yapılır. Ancak bu suçun failinin müsteşar, vali veya kaymakam sıfatını taşıması halinde soruşturma izni alınması gerekir.

CEZASI

Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

ⁱ Prof. Dr. Vahit Bıçak tarafından kaleme alınan ve Polis Akademisi Başkanlığı yayınları arasında 2011 yılında yayınlanan Ceza Özel Hukuku kitabından yazarın rızasıyla alınmıştır.