

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA VE EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇLARI

Hatice SARITAŞ*

I- GİRİŞ

Anayasa ile Devlete eğitim, sağlık, güvenlik gibi birtakım aslî ve sürekli kamu hizmetlerini yürütme görevi verilmiş olup, Devlet bu görevleri yerine getirebilmek için gerçek veya tüzel kişiler ile alım, satım, kiralama ve yapım konularında sözleşmeler yapmaktadır. Ancak bu sözleşmeler, kamu kaynaklarının kullanımını içermesi sebebiyle diğerlerinden farklı usûl ve esaslara tâbi tutulmuştur.

Devlet tarafından gerçekleştirilen alım, satım, kiralama ve yapım işleri daha önce 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda belirlenen usûl ve esaslar çerçevesinde yürütülürken, 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu Sözleşmeleri Kanunu, ihale sistemini yeniden düzenlemiş; Kamu İhale Kanunu'nun 2 nci maddesinde sayılan idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinin, bu Kanun'da yer alan usûller çerçevesinde yapılması öngörülmüştür.

4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile aynı zamanda, ihale ve sözleşmeler için öngörülen usûl ve esaslara riayet etmeyen kamu görevlileri ve diğer kişilerin sorumlulukları ve uygulanacak müeyyideler de belirlenmiştir. Diğer taraftan, 01/06/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kamu harcamaları ile alâkalı suçlar yeniden tanzim olunmuş ve “ihaleye fesat karıştırma” ve “edimin ifasına fesat karıştırma” olmak üzere iki suç tanımlanmıştır.

Bu çalışmada, öncelikle 4734 sayılı Kanunda yer alan ihaleye ilişkin temel ilkelere ve sorumlularla ilgili öngörülen müeyyidelere kısaca değinildikten sonra, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen “ihaleye fesat karıştırma” suçu ve “edimin ifasına fesat karıştırma” suçu ayrı ayrı incelenecektir.

* Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşaviri

II- 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NDA YER ALAN GENEL İLKELER ÇERÇEVESİNDE KONUYA BAKIŞ

4734 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinde ihale, "Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemler" şeklinde tanımlandıktan sonra, "açık ihale usûlü", "belli istekliler arasında ihale usûlü" ve "pazarlık usûlü" olmak üzere üç ihale usûlü öngörülmüş ve Kanunda bu ihale usûlleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Diğer taraftan Kanun'un 5 inci maddesinde ihalelere ilişkin temel ilkeler sayılmış olup, bu ilkeler kısaca şu şekilde tanımlanabilir:

1- Saydamlık: İhalenin isteklilerin yanı sıra hazır bulunan herkes önünde açık olarak yapılması ve ihale dışı kalan veya teklifi uygun görülmeyen isteklilerin talep etmesi hâlinde yazılı olarak gerekçelerinin bildirilmesidir.

2- Rekabet: İdarelerin ihalelerde rekabetin gerçekleşmesine yönelik olarak gerekli ortamı sağlaması, rekabeti engelleyici davranışlardan kaçınması, fiyatların oluşmasında hiçbir müdahale olmaksızın serbestçe belirlenmesi ilkesidir.

3- Eşitlik: İhalelerde adaylara, istekli olabileceklere veya katılan bütün isteklilere ihalenin her aşamasında idarece eşit davranılması, pazarların yurt dışı isteklilere de açık olmasıdır.

4- Güvenirlik: İdareler tarafından, ilan yapıldıktan sonra, ihale katılım kuralları, ihale usûlü, tekliflerin türü, tekliflerin değerlendirilmesi gibi hususlarda değişiklik yapılamaması, aynı şekilde isteklilerinde tekliflerini geri alamaması yani sonradan değişiklik yapılamamasıdır.

5- Gizlilik: İhale gerçekleştirilmeden önce, belgelere dayalı olarak tespit edilen yaklaşık maliyetin ihale neticeleninceye kadar ihale süreci ile resmî ilişkisi olmayan kişilere açıklanmaması ve ayrıca isteklilerin iş ve iş kalemleri ile teknik ve malî yapılarına ilişkin bilgilerin açıklanmamasını kapsar.

6- Kamuoyu denetimi: Kamuoyunun bilgilendirilmesi maksadıyla sadece ihale öncesi değil, ihale sırası ve sonrasında ihalelere ilişkin işlemlerin açık olması ve sonuçların ilan edilmesi ile kamuoyu önünde hesap verilebilmesidir.

7- Kaynakların verimli kullanılması: Kamu kaynaklarının verimli kullanılması maksadıyla ihtiyaç tespitinin doğru yapılması ve ekonomik açıdan

en avantajlı fiyattan alım yapılmasıdır. Aynı zamanda ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması da önemlidir.

4734 sayılı Kanunda gerek kamu kaynaklarının verimli ve etkin kullanımını gerekse vatandaşların Devlete ve devletin ajanlarına karşı olan güvenini temin etmek amacıyla ihdas olunan bu ilkelerin ihlal edilmesi hâlinde birtakım yaptırımlar da öngörülmüştür.

Nitekim, Kanun'un 17 nci maddesinde, ihaleye fesat karıştırmak, rekabeti veya ihale kararını engelleyici davranışlarda bulunmak, belgede sahtecilik, alternatif teklif verebilme hâlleri dışında birden fazla teklif vermek ve 11 inci maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtildiği hâlde ihaleye katılmak yasak fiil veya davranışlar olarak sayılmış olup, bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında aynı Kanunun Dördüncü Kısmında belirtilen hükümlerin uygulanması öngörülmüştür. 58 inci maddede de 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında, fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı hâlde mücbir sebep hâlleri dışında usûlüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği belirtilmiştir.

Kanun'da yasaklama müeyyidesinden başka, isteklilerin ve kamu görevlilerinin cezaî sorumluluğu da ayrıca düzenlenmiştir. İsteklilerin cezaî sorumluluğunun düzenlendiği 59 uncu maddede, taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulacağı ifade edilmiş ve hükmolunacak cezanın yanı sıra, idarece 58 inci maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanacakları belirtilmiştir.

Haklarında bu şekilde ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar

yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz.

Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler ile mahkeme kararı ile yasaklananlar ve ceza hükmolunanlar, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine işlenmek üzere de ilgili meslek odalarına bildirilir. Sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca, bildirim izleyen onbeş gün içinde Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur.

Kamu görevlilerinin sorumluluğunun düzenlendiği 60 ıncı maddede ise, “İhale yetkilisi ile ihale komisyonlarının başkan ve üyeleri ile ihale işlemlerinden sözleşme yapılmasına kadar ihale sürecindeki her aşamada görev alan diğer ilgililerin; 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulduklarının, görevlerini kanuni gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarının, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulduklarının tespiti hâlinde, haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanır. Ayrıca, fiil veya davranışlarının özelliğine göre haklarında ceza kovuşturması da yapılır ve hükmolunacak ceza ile birlikte tarafların uğradıkları zarar ve ziyan genel hükümlere göre kendilerine tazmin ettirilir. Bu Kanuna aykırı fiil veya davranışlardan dolayı hüküm giyen idare görevlileri, bu Kanun kapsamına giren işlerde görevlendirilemezler.” hükmüne yer verilmiş olup, bu durumda kamu görevlilerinin cezaî, disiplin ve tazmin olmak üzere üç açıdan sorumluluğu doğmaktadır.

Keza 5 inci maddede belirtilen ilkelere ve 62 nci maddede belirtilen kurallara aykırı olarak ihaleye çıkılmasına izin verenler ve ihale yapanlar hakkında da yukarıda belirtilen müeyyideler uygulanacaktır.

Görüldüğü üzere, ihale sürecinde Kanunda yer alan usûl ve esaslara uyulmaması hâlinde gerek istekliler gerek kamu görevlileri bakımından birtakım idarî yaptırımlar öngörülmüş, aynı zamanda bu fiillerin Ceza Kanunu’nda suç sayılması hâlinde cezaî sorumluluğun gündeme geleceği vurgulanmıştır. Şimdi Türk Ceza Kanunu’nda suç sayılan bu fiilleri sırasıyla inceleyelim.

III- İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

A- GENEL OLARAK

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nda ihaleye ilişkin suçlar iki farklı bölümde yer almış, öncelikle devlet aleyhine işlenen suçlar başlığı altında 205

ve 208 inci maddelerde devlet namına yapılan alım ve satımlara fesat karıştırma, daha sonra 366, 367 ve 368 inci maddelerde hükümet namına yapılan artırma eksiltmelere fesat karıştırma düzenlenmek suretiyle devlet ve hükümet namına şeklinde ikili bir ayrıma gidilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile bu ayrım ortadan kaldırılmış, ihale süreci ve edimin ifası sürecine fesat karıştırma şeklinde ikili bir ayrıma gidilmiş ve bu iki suç ayrı ayrı düzenlenmiştir.

5237 sayılı Kanun'un "ihaleye fesat karıştırma" başlıklı 235 inci maddesinde, kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihalelere ve yapım ihalelerine fesat karıştıran kişinin, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmış ve hangi hâllerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılacağı tek tek belirtilmiştir.

Bu suç ile korunan hukukî değer konusunda doktrinde farklı görüşler yer almakla birlikte, 235'inci maddenin gerekçesinde "bu hükümle korunmak istenen hukukî değer, kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne dair ve özellikle kamu adına yapılan mal ve hizmet alım ve satımı gibi ihale işlemlerinin yapılmasıyla ilgili olarak, kamu görevlilerine duyulan güvendir." denilerek, kamuoyunda ihalelerde yolsuzluk yapıldığı ve rant sağlandığı yönündeki genel kanaât ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Diğer taraftan, fiilin zarar meydana gelmemiş olsa dahi cezalandırılması ve failin sadece kamu görevlileri değil diğer kişilerin de olabileceği göz önünde bulundurularak hem kamu idaresinin itibarının hem de devletin ekonomik çıkarlarının korunduğu, dolayısıyla korunan hukukî değerın karma nitelikte olduğu şeklinde görüşler bulunmaktadır (Artuk vd.; 2007: 515-516).

B- SUÇUN UNSURLARI

1- Tipiklik: Tipiklik, fiilin kanunda tanımlanan suç tipinin unsurlarını taşımasını ifade eder. Dolayısıyla, kanunda o suçun varlığı için aranılan şartlar taşınmıyorsa suçun varlığından da söz edilemez ve cezalandırma cihetine gidilemez. Zira, bilindiği üzere hukukumuzda "suçların ve cezaların kanuniliği" ilkesi geçerlidir ve ancak kanunda suç sayılan hâllerde ve kanunda öngörülen ceza ile cezalandırılabilir.

5237 sayılı Kanun'un 235 inci maddesinin birinci fıkrasında "Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihalelere ve yapım ihalelerine fesat karıştıran" şeklinde

suçun tanımı yapıldıktan sonra ihaleye fesat sayılma kabul edilecek fiiller tahdidi şekilde sayılmıştır.

Kanunda ihaleler bakımından bir ayrıma gidilmediğinden, kamu kurum veya kuruluşu adına yapılmış ihale olması yeterli olup, ihalenin tâbi olduğu mevzuatın önemi bulunmadığı gibi, fiil sebebiyle bir zarar meydana gelmiş olması zorunluluğu da bulunmamaktadır.

Öte yandan, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları (Türk Tabipler Birliği, Barolar Birliği, Türk Eczacıları Birliği gibi), 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 da madde kapsamına alınmak suretiyle maddenin uygulama alanı genişletilmiştir.

2- Maddî Unsur

Suçun maddî unsuru “fesat karıştırma” fiildir. Arapça bir sözcük olan fesat kavramı, bozukluk, karışıklık, kargaşa, ara bozuculuk, hile gibi muhtelif anlamlar taşımaktadır (Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük). İhaleye fesat karıştırma da değişik şekillerde karşımıza çıkmaktadır.

Doktrinde ise fesat karıştırma, kişinin kendisine menfaat sağlamak maksadıyla devlet adına yapılan alım, satım ve yapım ihalelerinde hile, desise, tehdit, şiddet veya cebir gibi yollara başvurması şeklinde yorumlanmaktadır (Artuk vd.; 2007: 518).

İhaleye fesat karıştırma suçunun maddî unsurunu yani fiilini, “kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihalelere ve yapım ihalelerine fesat karıştırma” oluşturmakla birlikte, 235 inci maddede ihaleye fesat karıştırma sayılacak fiiller tek tek sayılmıştır. Dolayısıyla, bu fiillerden birinin gerçekleşmesi hâlinde suç işlenmiş sayılacağından seçimlik hareketli suç kabul edilmektedir. Bununla birlikte, gerçekleşen fiil fesat karıştırma sayılan hâllerden birine uymamakla birlikte Kanunda tanımlanan başka bir suçu oluşturuyorsa, kişinin o suçtan cezalandırılması mümkündür.

Kanuna göre ihaleye fesat karıştırma sayılan hâller şunlardır:

a) Hileli davranışlarla ihaleye fesat karıştırmak

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

4734 sayılı Kanunda ihalelerde eşitlik ilkesinin geçerli olacağı işaret olunduktan sonra 10 uncu maddede ihaleye katılacak olanlardan “ekonomik ve malî” yeterliliğın ve “meslekî ve teknik” yeterliliğın belirlenmesi maksadıyla birtakım belgelerin istenilebileceğı belirtilmiş, 11 inci maddede de ihaleye katılamayacak olanlar sayılmıştır. Bu durumda, kanunda sayılan yasaklı kişilerden olmayan ve istenilen yeterlilik koşullarını karşılayan herkesin ihaleye katılabileceğı hususunda tereddüt bulunmamaktadır. İşte ihaleye katılma yeterliliğine sahip olan kişilerin birtakım hileli davranışlarla -sahte belge düzenleme, sunulan belgeleri yok etme vs. gibi- ihaleye katılımının engellenmesi hâlinde fesat karıştırma suçu işlenmiş olacaktır.

ab) İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak

Yukarıda izah edilenin aksine Kanun çerçevesinde aranılan yeterlilik koşullarını taşımayanların ihaleye katılımının sağlanması da ihaleye fesat karıştırma kabul edilecektir. Örneğın, ihaleye katılma şartlarını taşımadığı hâlde sahte belge düzenlemek suretiyle ihaleye katılımın sağlanması hâlinde bu suç işlenmiş sayılır. Ayrıca sahte belge düzenleyen kişi, bu suçtan da cezalandırılır.

ac) Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu hâlde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak

4734 sayılı Kanun’un 12 nci maddesinde, “İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin her türlü özelliğini belirten idari ve teknik şartnamelerin idarelerce hazırlanması esastır. Ancak, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özelliğı nedeniyle idarelerce hazırlanmasının mümkün olmadığının ihale yetkilisi tarafından onaylanması kaydıyla, teknik şartnameler bu Kanun hükümlerine göre hazırlatırılabilir.

İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerine ihale dokümanının bir parçası olan teknik şartnamelerde yer verilir. Belirlenecek teknik kriterler, verimliliğı ve fonksiyonelliğı sağlamaya yönelik olacak, rekabeti engelleyici hususlar içermeyecek ve bütün istekliler için fırsat eşitliğı sağlayacaktır.

Teknik şartnamelerde, varsa ulusal ve/veya uluslararası teknik standartlara uygunluğı sağlamaya yönelik düzenlemeler de yapılır. Bu

şartnamelerde teknik özelliklere ve tanımlamalara yer verilir. Belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürün belirtilemez ve belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlamalara yer verilmeyecektir.

Ancak, ulusal ve/veya uluslararası teknik standartların bulunmaması veya teknik özelliklerin belirlenmesinin mümkün olmaması hallerinde "veya dengi" ifadesine yer verilmek şartıyla marka veya model belirtilebilir." hükmüne yer verilerek şartnamelerin hazırlanmasına ilişkin usûl ve esaslar belirlenmiştir.

İdare tarafından hazırlanan teknik şartnamede yer verilen özelliklere uygun mal teklif edildiği hâlde değerlendirme dışı bırakılması ihaleye fesat karıştırma kabul edilmiştir.

a) Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı hâlde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak

Şartnamede yer alan özellikleri taşımayan tekliflerin değerlendirmeye alınması hâlinde de suç oluşur.

b) Gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak

İhale sürecinde gerek rekabetin sağlanması gerek isteklilerin özel bilgilerinin korunması amacıyla bazı bilgilerin gizliliği öngörülmüştür. Gizli kalması öngörülen bilgilerden en önemlisi yaklaşık maliyettir. Yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilânlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmî ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz.

Diğer taraftan 4734 sayılı Kanun'un 61 inci maddesinde, "Bu Kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar; ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve malî yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Aksine hareket edenler hakkında ilgisine göre 58 ve 60 ıncı maddelerde belirtilen müeyyideler uygulanır." denilmektedir.

Böylece, gizliliğin korunması ve rekabetin sağlanması amacıyla ilgililer hakkında cezaî müeyyide öngörülmüştür.

c) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla ihaleye katılmayı engellemek

Cebir fiziki güç kullanılmak suretiyle kişinin davranış ve iradesinin yönlendirilmesi, tehdit ise güvenlik korkusu ve endişesi ile bir davranış veya irade sergilemeye zorlanmasıdır (Artuk vd.; 2007: 524).

Cebir, bizzat iradesi etkilenmek istenilen kişiye uygulanır ve baskı hemen hissedilir. Tehditte ise ileride meydana gelecek bir kötülük ile korkutulmak suretiyle irade etkilenir (Eker Kazancı; 2007:161). Ayrıca tehdit yakınlar ile alâkalı da olabilir.

d) Gizli veya açık anlaşma yapmak

İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları ihaleye fesat karıştırma olarak kabul edilmiştir. Bu tür fiiller aynı zamanda Rekabet Kanunu'na da aykırılık teşkil etmektedir.

Kartel adı verilen bu anlaşmalar ile rakipler arasındaki rekabet azaltılmakta veya tamamen ortadan kaldırılmaktadır (Eker Kazancı; 2007:168). İhale sürecinde ise, ihaleye katılmak isteyen bağımsız firmalar ihale makamına karşı aralarında anlaşarak rekabeti ortadan kaldırmaktadırlar. Bu durum aynı zamanda fiyatların da piyasa şartları üzerinde belirlenmesine yol açmaktadır.

Suçun oluşumu ve cezalandırılma için kişilerin ihale şartlarını etkilemek kastıyla açık veya gizli anlaşma yapmaları yeterlidir.

3- Manevî Unsur

İhaleye fesat karıştırma suçu kasten işlenebilen bir suç olup, taksirle yani dikkatsizlik, tedbirsizlik ve ihmâl suretiyle işlenmesi mümkün değildir. Kast, 5237 sayılı Kanun'un 21 inci maddesinin birinci fıkrasında “suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.” şeklinde tanımlanmıştır.

Failde aranması gereken kast, ihale makamlarını teklifi kabul ettirebilmek amacıyla Kanunda sayılan fiillerin işlenmesine yönelik olmalıdır. 235 inci maddenin 2/a bendinde kastın ihaleye katılma koşullarına sahip isteklilerin ihaleye katılımını engelleme veya ihaleye katılma yeterliliğine sahip olmayan isteklilerin katılımını sağlamaya yönelik olması, 2/b'de gizli kalması gereken bilgileri bilerek ve isteyerek açıklaması, 2/c'de ihaleye katılma yeterliliğine sahip kişilerin ihaleye katılımı engellemek maksadıyla cebir ve tehdit uygulanması, 2/d'de ise ihale şartlarını özellikle de fiyatları etkileme maksadı ile gizli veya açık anlaşma yapılmış olması gerekir.

Öte yandan, kişinin suçun kanunî tanımındaki maddî unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi hâlinde olası kasttan söz edilir. İhaleye fesat karıştırma suçu olası kast ile de işlenebilir.

C- SUÇUN OLUŞUMU VE MÜEYYİDESİ

İhaleye fesat karıştırma suçu sırf hareket suçu olup, yukarıda sayılan maddî unsurlardan birinin kasten yani bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi ile tamamlanır. 5237 sayılı Kanun'da 765 sayılı Kanun'un aksine zarar meydana gelmiş olması şartı aranmamış aksine zarar meydana gelmesi cezayı ağırlaştırıcı unsur olarak kabul edilmiştir. İhaleye fesat karıştırma suçu, hareket suçu olması sebebiyle suçta teşebbüs de mümkündür.

Suçun faili kamu görevlileri olabileceği gibi diğer kişiler de olabilir. Mağduru ise kamudur. Zira, idareler tarafından yapılan ihaleler kamu adına ve kamu kaynakları ile gerçekleştirildiğinden bir zarar meydana gelmesi durumunda da bu kamunun zararındır.

Suçun müeyyidesi olarak 235 inci maddenin birinci fıkrasında, “*beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası*” öngörülmüş, üçüncü fıkrada da ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmiş ise, cezanın yarı oranında artırılacağı hükme bağlanmıştır.

Diğer taraftan dördüncü fıkra gereği, ihaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar¹.

IV- EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

A- GENEL OLARAK

Bilindiği üzere kamu alımlarında ihale süreci 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile, istekli ile sözleşme imzalanması ve sözleşme gereği edimin yerine getirilmesi süreci ise 4735 sayılı Kamu Sözleşmeleri Kanunu ile düzenlenmiş bulunmaktadır. İhale sürecine ilişkin işlemler kamu hukuku ilkelerine tabî iken, sözleşme imzalandıktan sonra artık özel hukuk ilkelerine tâbi hâlde gelir ve ortaya çıkan ihtilaflar özel hukuk hükümleri çerçevesinde çözümlenir.

¹ Yargıtay 5. C.D. 26/12/2006 tarih ve E.2006/12792-K.2006/10667 “Devlet alım ve satımına fesat karıştırmak suçundan yargılanan sanığın, para alma vaadi karşılığında ihaleye katılan kişilerin ihaleden çekilmelerini sağlayıp menfaat temin etmesi şeklindeki eylemi sonucunda, ihaleye fesat karıştırma suçu yanında irtikap suçunu da işlediğinin kabulü gerekir. Devletin bir zararının olmadığı anlaşıldığından, belirlenen ceza 5237 sayılı TCK'nın 235/3. maddesi uyarınca artırılmaz.

Suçun, 5237 sayılı TCK'nın 53/1. maddesindeki hak ve yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi nedeniyle 53/5. madde hükmü uygulanmalıdır.” (kazancı com.tr)

Sözleşme, Borçlar Kanunu'nun 1 inci maddesi gereği bir hukukî sonuç doğurmak üzere iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunması ile kurulur. Hukukumuzda kural olarak sözleşme serbestisi ilkesi geçerli olup, taraflar kanuna ve ahlaka aykırı olmamak kaydıyla diledikleri şekilde sözleşme yapabilirler. Tarafların sözleşmeden doğan bu yükümlülüklerine de "edim" adı verilmektedir. Sözleşmenin yerine getirilmesi aşamasında şayet bir ihtilaf söz konusu olursa öncelikle sözleşme hükümleri çerçevesinde giderilmeye çalışılır, sözleşmede hüküm bulunmaması durumunda genel hükümlere göre çözüme kavuşturulur.

Kamu adına yapılan sözleşmelerde ise durum biraz daha farklıdır. Zira, Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usûller Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile düzenlenmiştir. Kanun'un 4 üncü maddesinde sözleşme yapılırken geçerli olacak temel ilkelere yer verilmiştir. Buna göre; sözleşmede ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemeyecek, Kanunda belirtilen hâller dışında sözleşmede değişiklik veya ek sözleşme yapılamayacak ve sözleşmenin uygulanmasında taraflar eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olacaktır.

Yine Kanun'un 6 ncı maddesinde, Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihaleler sonucunda akdedilecek sözleşme türleri;

1- Yapım işlerinde; uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden anahtar teslimi götürü bedel sözleşme,

2- Mal veya hizmet alımı işlerinde, ayrıntılı özellikleri ve miktarı idarece belirlenen işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden götürü bedel sözleşme,

3- Yapım işlerinde; ön veya kesin projelere ve bunlara ilişkin mahal listeleri ile birim fiyat tariflerine, mal veya hizmet alımı işlerinde ise işin ayrıntılı özelliklerine dayalı olarak; idarece hazırlanmış cetvelde yer alan her bir iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için istekli tarafından teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden birim fiyat sözleşme,

4- Yapım işlerinde; niteliği itibarıyla iş kalemlerinin bir kısmı için anahtar teslimi götürü bedel, bir kısmı için birim fiyat teklifi alma yöntemleri birlikte uygulanmak suretiyle gerçekleştirilen ihaleler sonucunda karma sözleşme,

5- Çerçeve anlaşmaya dayalı olarak idare ile yüklenici arasında imzalanan münferit sözleşme,

Şeklinde sayıldıktan sonra 7 nci maddede sözleşmede yer alması zorunlu hususlar tek tek belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere özel kişiler arasındaki sözleşmeler bakımından bir sınırlama veya şekil şartı getirilmezken, kamu kaynakları kullanılmak suretiyle kamu adına yapılacak sözleşmeler bakımından Kanunla bazı esaslar getirilmiş bulunmaktadır. Sözleşme ile kararlaştırılan edimin ifasında sözleşmeye aykırı davranılması durumunda kamunun hak ve hukukunu korumak maksadıyla ceza hukuku bakımından da birtakım müeyyideler getirilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 236 ncı maddesinde bu suç "edimin ifasına fesat karıştırma" şeklinde tanımlanmıştır. 765 sayılı mülga Kanun'un 205 ve 362 nci maddelerinde de benzer suç tanımına yer verilmiştir.

Diğer taraftan, 4735 sayılı Kanun'un, 25 inci maddesinde sözleşmenin uygulanması aşaması ile alâkalı yasak fiil veya davranışlar;

a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.

b) Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

c) Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak.

d) Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek.

e) Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29 uncu madde hükümlerine aykırı hareket etmek.

f) Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek.

g) Sözleşmenin 16 ncı madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması

şeklinde sayılmış ve 26 ncı madde ile de bu fiil ve davranışlarda bulunanlar hakkında bir idarî yaptırım olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama öngörülmüştür. 25 inci maddede sayılan fiil ve davranışların aynı zamanda Ceza Kanunu'nda suç olarak sayılması durumunda cezaî kovuşturma da yapılacaktır.

B- SUÇUN UNSURLARI

1- Tipiklik

5237 sayılı Kanun'un 236 ncı maddesinin birinci fıkrasında, “*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*” denilmek suretiyle suçun tanımı yapılmış ve maddenin devamında edimin ifasına fesat karıştırma kabul edilen hâller tahdidi şekilde sayılmıştır. Bu itibarla, edimin ifasına fesat karıştırma suçundan söz edilebilmesi için failin davranışının kanun hükmünde sayılan fiillerden birini oluşturması yani Kanundaki suç tanımına uyması gerekmektedir.

2- Maddî Unsur

Suçun maddî unsuru denildiğinden daha evvel de izah edildiği üzere failin fiil ve davranışı anlaşılır. 236 ncı maddede bu fiiller tek tek sayılmış olup, bu fiillerden birinin işlenmesi hâlinde suçun maddî unsuru gerçekleşmiş kabul edilir. Kanunda birden fazla fiil sayılmış olduğundan bu fiillerden birinin işlenmesi suçun oluşumu için yeterlidir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu bu özelliği itibariyle seçimlik hareketli bir suçtur.

Edimin ifasına fesat karıştırma sayılan haller, kanunda hileli davranışlarla olmak şartına bağlı olarak şu şekilde sıralanmıştır:

a) İhale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi

İhale kararında işin tanımı yapıldığı gibi aynı şekilde ihale kararından sonra yapılan sözleşmede de işin adı, türü, niteliği, süresinin belirtilmesi zorunludur. İhale uhdesinde kalan ve idare ile sözleşme imzalayan yüklenici edimini sözleşmede tanımlanan şekilde yerine getirmekle yükümlüdür. Şayet, hileli davranışlarla ihale kararında veya sözleşmede tanımlanan maldan başka bir mal teslim edilirse ya da ihale kararında veya sözleşmede tanımlanan maldan başka bir mal kabul edilirse suç gerçekleşmiş sayılır. Görüldüğü üzere, bu suç yüklenici tarafından işlenebileceği gibi kamu görevlisi tarafından da işlenmesi mümkündür. Ancak, kamu görevlisinin bir menfaat temin etmek suretiyle bu fiili işlemesi durumunda sadece edimin ifasına fesat karıştırmadan değil menfaat sağlamadan da ayrıca cezalandırılır.

b) İhale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi

İhale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik mal teslim edilmesi veya teslim alınması hâlinde de yine suç gerçekleşir.

c) Edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi

Sözleşme imzalandıktan sonra işin sözleşmede belirtilen sürede ifası zorunludur. Kanunda, sözleşmede değişiklik yapılabilecek hâller belirtilmiş olup, sadece sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, “işin yapılma veya teslim yeri, işin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları” hususlarında değişiklik yapılabilir.

Bunun dışında 4735 sayılı Kanun’un 10 uncu maddesinde, doğal afetler, kanunî grev, genel salgın hastalık, kısmî veya genel seferberlik ilânı ve gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer hâller mücbir sebep olarak kabul edilmiş ve yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi şartıyla süre uzatımı verilmesi veya sözleşmenin feshine gidilmesine imkan tanınmıştır.

Ancak, burada edimini süresi içerisinde yerine getirmeyen yüklenici bakımından değil, süresi içinde ifa edilmediği hâlde süresinde ifa edilmiş gibi kabul eden kamu görevlisi bakımından yaptırım öngörülmüştür.

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

Yapım ihalelerinde de şartnamelerde ve sözleşmede yapılacak işin özelliklerinin belirtilmesi zorunludur. Şartname veya sözleşmede belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen işin kabul edilmesi hâlinde suçun gerçekleşeceği kabul edilmiştir.

Ancak, 4735 sayılı Kanun’un 25/c maddesinde sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak yasak

fiil ve davranışlar arasında sayıldığı hâlde 236 ncı madde de yüklenici bakımından suç kabul edilmemiştir.

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

Burada da hizmet alım sözleşmelerinden doğan edimin ihale kararı ve sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesi veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul eden kamu görevlilerinin cezalandırılması söz konusudur.

3- Manevî Unsur

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Failin, kamu ihalesi neticesinde yapılan sözleşmenin ifası esnasında hileli bir takım davranışlar ile bilerek ve isteyerek edimin ifasına fesat karıştırması yeterlidir. Dikkatsizlik, tedbirsizlik veya bilgisizlik sebebiyle fiilin gerçekleşmesi durumunda suç oluşmaz.

C- SUÇUN OLUŞUMU VE MÜEYYİDESİ

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu sırf hareket suçu olup, yukarıda sayılan maddî unsurlardan birinin kasten yani bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi ile tamamlanır. Kanunda suçun tamamlanması için herhangi bir zarar meydana gelmesi şartı aranmamıştır. Edimin ifasına fesat karıştırma suçuna teşebbüs, ancak hareketin bölünebildiği hâllerde mümkündür.

Suçun faili kamu görevlileri olabileceği gibi diğer kişiler de olabilir. Ancak kanunda daha çok kabulden söz edildiğinden fail daha çok kamu görevlileri özellikle muayene ve kabul komisyonu üyeleri olacaktır. Mağduru ise kamudur. Zira, idareler tarafından yapılan harcamalar kamu adına ve kamu kaynakları ile gerçekleştirildiğinden bir zarar meydana gelmesi durumunda da bu kamunun zararındır.

Suçun müeyyidesi olarak 236 ncı maddenin birinci fıkrasında, “*üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası*” öngörülmüştür. Edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar.

V- İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA VE EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇLARINDA KOVUŞTURMA USÛLÜ

İhaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili kamu görevlileri olabileceği gibi diğer kişilerin de olabileceğini belirtmiştik. Kamu görevlilerinin suç işlemesi hâlinde genel kural olarak 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde ön inceleme yapılması ve kanunda belirtilen yetkili merciin soruşturma izni vermesi gerekmektedir. Ancak, söz konusu Kanun'un 2 nci maddesinde "Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usûllerine tâbi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usûllerine ilişkin hükümler saklıdır." denilmek suretiyle istisnai düzenlemeye yer verilmiştir.

3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu da bu istisnai düzenleme kapsamında bulunmakta olup, Kanun'un 17 nci maddesinde "Bu kanunda yazılı suçlarla, irtikap, rüşvet, ihtilas ve zimmete para geçirme, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı" belirtilmiştir. Bu itibarla kamu görevlilerinin gerek ihaleye fesat karıştırma gerek edimin ifasına fesat karıştırma suçunu işlediklerine dair delil elde edilmesi hâlinde Cumhuriyet Savcısı diğer kişilerde olduğu gibi kamu görevlileri hakkında da doğrudan soruşturma yapmak suretiyle kamu davası açabilecektir.

Fesat karıştırma suçlarının takibi şikayete bağlı değildir. Zira, suçun mağduru kamu olması hasebiyle savcı suç işlendiğine dair herhangi bir bilgi edinmesi durumunda soruşturma başlatmak ve yeterli delil bulunması hâlinde de dava açmak zorundadır.

Türk Ceza Kanunu'nun 278 nci maddesinde genel olarak tüm vatandaşlara, 279 uncu maddesi ile de kamu görevlilerine suçu bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Fesat karıştırma suçları uygulamada daha çok yapılan denetimler esnasında ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, denetim görevini yürüten kamu görevlilerinin suç işlendiğini tespit ettikleri anda ilgili

cumhuriyet savcılığına veya savcılığa ihbarda bulunulmak üzere daire amirine bildirimde bulunma yükümlülükleri vardır. Aksi hâlde 279 uncu maddede öngörülen suç işlenmiş olur.

Fesat karıştırma suçlarında görevli mahkeme suç için öngörülen cezaya göre belirlenir. Bu sebeple, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası öngörülen ihaleye fesat karıştırma suçları ağır ceza mahkemesinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası öngörülen edimin ifasına fesat karıştırma suçları ise asliye ceza mahkemesinde görülür. Yetkili mahkeme ise suçun işlendiği yer mahkemesidir.

VI- SONUÇ

Kamu kurumlarının ihtiyaçlarını karşılamak maksadıyla kaynaklarından yapılan harcamalar 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri çerçevesinde yürütülmekte iken, bu Kanun'un ihtiyaçlara cevap verememesi ve yetersiz kalması üzerine 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu Sözleşmeleri Kanunu olmak üzere iki ayrı Kanun hazırlanmış ve 2003 yılında yürürlüğe konulmuştur. Bu iki Kanun ile, bir taraftan kamu kaynaklarından yapılan harcamalarda şeffaflık, saydamlık ve rekabetin sağlanması diğer taraftan kamu kaynaklarının verimli kullanılması maksadıyla birtakım ilkeler ve kurallar ve akabinde müeyyideler getirilmiştir.

01/06/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da yukarıda zikredilen Kanunlara paralel olarak kamu harcamalarına ilişkin suçlar yeniden düzenlenmiş ve ihale aşamasındaki fiiller ile ilgili olarak "ihaleye fesat karıştırma", sözleşmenin uygulanması aşamasındaki fiiller ile ilgili olarak ta "edimin ifasına fesat karıştırma" olmak üzere iki ayrı suç tanzim edilmiş bulunmaktadır. Her iki suçu oluşturan fiiller Kanunda sayılmış olup, bu fiillerden birinin kasıtlı olarak işlenmesi hâlinde suç gerçekleşmiş kabul edilmekte ve Kanunda öngörülen müeyyide ile cezalandırılmaktadır. Yine bu suçlar kamu görevlileri tarafından işlenebileceği gibi diğer kişiler tarafından işlenmesi de mümkündür.

KAYNAKÇA

ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA A. Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2007

EKER KAZANCI Behiye; İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Seçkin, Ankara 2007

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük.

Yargıtay Kararları (kazancı.com.tr.)