

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

(Changes Affected in the Crime “Bid rigging”)

Doğan SOYASLAN*

Kamuoyunda 4. paket olarak bilinen İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun tasarısıyla TCK 235. maddesi de değiştirilmiştir.

Görünüşte değişiklik önemsiz gibi gözükse de aslında çok önemlidir. Madde metinde açıkça yer almasa da gerekçe ile de maddenin daha doğru uygulanması yönünde telkinde bulunulmuştur.

a) İhaleye Fesat Karıştırma

“Kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (md. 235/1)

b) Edimin İfasına Fesat Karıştırma

“Kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunları 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.” (md. 236/1)

Bu iki hüküm birbirini tamamlayan hükümlerdir. İhaleye fesat karıştırma suçu ihalenin rekabet içinde yapılarak kaliteli mal ve hizmetin kamu kurumları tarafından en uygun, ucuz fiyata alınmasına ilişkin kamu menfaatini korumaktadır.

Edimin ifasına fesat karıştırma da rekabet şartları içinde yapılmış ihalenin sonucu imzalanmış olan sözleşmenin gereği olarak devlet için en kaliteli en ucuza mal olacak edimi, yükümlülüğü, kamunun menfaatini korumaktadır.

* Prof. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Ancak ikisi de aynı menfaati, korumalarına rağmen hatta belki edimin ifasına fesat karıştırılmasında devlete verilen zarar, ihaleye fesat karıştırılmasından daha ağır olmasına rağmen iki suçun cezaları arasında önemli fark bulunmaktaydı. **Yeni düzenleme iki hüküm arasındaki ceza farkını kaldırmış ve her iki suçun temel şeklinin cezasını eşit hale getirmiştir.**

İhaleye fesat karıştırılması halinde de failin cezası üç yıldan yedi yıla kadar hapis olacaktır.

İhaleye fesat ne zaman karıştırılmış sayılacaktır?

a) Hileli Davranışlarla;

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

2. İhaleye katılma yeterliliğine 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 almak,

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

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

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

3. İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun;

a) “Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi halinde temel cezanın alt sınırı beş yıldan az olamaz. Ancak, kasden yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunur.”

Cebir, şiddet, tehdit kullanarak başkalarını ihaleye sokmamak ağırlatıcı sebep sayılmıştır. Mesela rakip şirketin temsilcisini ölümle tehdit ederek ihale dosyasını idareye vermesini engellemek veya verilen dosyayı geri almaya mecbur etmek halinde olduğu gibi.

Bu durumda verilecek cezanın alt sınırı beş yıldan az, üst sınır yedi yıldan fazla olmayacaktır.

Kanunun cebir şiddeti, tehdidi ağırlatıcı sebep saymasının nedeni, fiilin ihaleye sokmamanın yanında kişinin girişim özgürlüğünü de sınırlamasıdır.

Eğer cebir, şiddet kullanma sonucu yaralamanın temel şeklinden (md. 86/1) daha ağır olan nitelikli halleri (md. 87) (çehrede sabit eser, kol kırılması, hayati tehlike doğması gibi) gerçekleşir ise faile ayrıca yaralamadan dolayı da ceza verilecektir.

Keza tehdit nitelikli (md. 106/2) halleriyle gerçekleştirilir ise (silahla, birden fazla kişi tarafından, örgüt adına) faile hem ihaleye fesat karıştırmaktan ve hem de tehdit suçundan ceza verilecektir.

b) “İşlenmesi sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluş açısından bir zarar meydana gelmemiş ise, bu fıkranın (a) bendinde belirtilen haller hariç olmak üzere, fail hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

İhaleye Fesat karıştırma sonucu kamu zararının olmaması hafifletici sebep sayılmıştır. Bunun anlamı ihaleye fesat karıştırma suçunun temel şeklinin gerçekleşmesi için kamunun zarar görmesinin gerekli olmasıdır.

Başka bir ifadeyle ihaleye fesat da karıştırılmış olsa kamu zararı yoksa ihaleye fesat karıştırma suçu da yok olacaktır.

Değişiklikten önceki düzenlemeye göre rekabetin gerçekleşmemesi zarar görme tehlikesi doğması veya zarar görmesi halinde ihaleye fesat karıştırma suçu gerçekleşmekteydi. Kamunun zarar görmesi ağırlatıcı sebepti. Kamu zararı ağırlatıcı sebep olmaktan çıkarılmıştır.

Kamu zararı 5018 Sayılı Kanunun 71/1-2,d maddesinde tarif edilmiştir. Söz konusu maddeye göre yaklaşık maliyetin üstünde alımlar ile yaklaşık bedelin altında satımlar kamu zararını oluşturur. Ancak bu tarif ihale suçlarında uygulanamamaktadır. Mesela tehdit ile ihale dosyasını geri alan kişinin verdiği teklif yaklaşık maliyetin ve aynı zamanda rakip firmanın verdiği bedelin altında ise kamu zararının varlığını kabul etmek gerekecektir.

Ayrıca kamu zararının varlığı ancak belirlenememesi halinde maddenin temel şeklinin (md. 235/1) uygulanıp uygulanmayacağı bir sorun olarak ortaya çıkacaktır. Çünkü hüküm ortadan kaldırılmış ancak yerine bir şey konmamıştır.

Önceki madde tehlike suçuydu. Yeni hüküm zarar suçu haline getirmiştir.

Ancak ihaleye fesat karıştırma fiili, cebir, şiddet, tehdit, yaralama ile işlenmiş ise kamu zararı olmasa bile failin cezası beş yıldan az yedi yıldan fazla olamayacaktır.

Kanunun böyle bir istisna getirmesinin nedeni cebir şiddet tehditle kişinin maddi ve manevi özgürlüğünün de sınırlanmasıdır.

4) İhaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar.

5) “Yukarıdaki fıkralar hükümleri, kamu kuramı veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kiralamalara fesat karıştırılması halinde de uygulanır.”

Maddenin 4. ve 5. fıkralarında değişiklik yapılmamıştır.

NOT: Madde metnine konulmamış ama değişiklik gerekçesinde uygulayıcılara yol gösterici telkinde bulunulmuştur. Gerçekten gerekçede TCK 43. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin gözönüne alınarak ihaleye fesat karıştırma suçlarında tüm kamu kurumlarının aynı mağdur sayılmasına işaret edilmektedir. Uygulama, devlet kurumlarını bütçelerinin kaynağına göre (Belediyeler, Üniversiteler, Bakanlıklar) farklı mağdurlar saymakta idi.