

Ender Corruption (The Articles 235 and 236 of the Turkish Penal Code)

İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları ve Unsurları (Tck Md. 235, 236)

ABSTRACT

The Turkish Penal Code regulates tender corruption (bid rigging) as buying, selling services on the behalf of public institutions and organizations or tenders related to leasings or the tender of construction as well as transactions in the tender process. Moreover, the law prescribes the act of using fraud as a crime determined in the tender contract after the completion of the tender. The aim of this article is to provide useful information to those concerned in examining the crime set forth in the Articles 235 and 236 of Turkish Penal Code in detail.

KEYWORDS: Tender, Corruption, Fraud or Trickery, Execution, Fulfillment of Execution, the Public Procurement Contracts, the Public Procurement Law, Public Institution

ÖZET

Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine veya ihale sürecindeki işlemlere fesat karıştırma eylemleri ile ihalenin tamamlanmasından sonra yapılan sözleşmede belirlenen edimin ifasına fesat karıştırma eylemi Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenmiştir. Bu makalenin amacı TCK md. 235. ve 236. maddelerde düzenlenen suçları detaylı bir biçimde ele alarak, ilgililere faydalı olacak bir eser ortaya çıkarmaktır.

ANAHTAR KELİMELER: İhale, Fesat, Edim, Edimin İfası, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Kamu İhale Kanunu, Devlet İhale Kanunu, Kamu Kurumu

I. INTRODUCTION

IN THIS ARTICLE, THE COLLUSIVE TENDERING PRESCRIBED in Article 235 of Turkish Penal Code numbered 5237 (TPC) and fraud during the discharge of contractual obligations set forth in Article 236 are to be analyzed. In this context, the crime prescribed in law, the preamble of the law, the elements of crime, and the approach of the Court of Appeal and literature are to be explored. In this article, the Turkish Penal Code numbered 5237 is examined with the relevant articles of The Public Procurement Law numbered 4724 (PPL), Governmental Procurement Law numbered 2886 and The Public Procurement Contracts numbered 4735 (PPC) are defined to reveal the context comprehensively.

II. THE CONCEPT OF TENDER PROCUREMENT AND THE APPLICABLE LAW

A. The Concept of Tender Procurement

According to the Turkish Linguistic Association, the notion of “tender” is described as “giving the goods, business, and etc. to the participant among all the participants providing the most admissible conditions in auction”, “giving the business, goods and services to the participant that offers the best bid on an open and competitive ground.”¹

According to Article 4 of Governmental Procurement Law numbered 2886, the tender procurement prescribed as “tender procurement means the proceedings which involve award of a biz contract to the tenderer selected in accordance with the procedures and conditions laid down in this Law and, which is completed with the approval of a tender authority.” However, according to the Article 4 of Public Procurement Law numbered 4734 it is prescribed as “procurement means the proceedings which involve the award of a goods, services or works contract to the tenderer selected in accordance with the procedures and conditions laid down in this Law, and which is terminated by signing of the contract following the approval of the contracting officer.”

The Government serves to the public by spending its financial resources, selling goods or services or leasing actions. In doing so, the public authorities promote a method called “tender” within the legal context. This process of procurement continues even after buying and

I. GİRİŞ

Ş BU MAKALEDE 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NUN (TCK) 235. maddesinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma ve 236. maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçları ele alınacaktır. Bu kapsamda bahse konu suçların kanunda nasıl düzenlendiği, kanunun gerekçesi, suçların oluşabilmesi için hangi şartların gerçekleşmesi gerektiği, Yargıtay içtihatlarında ve doktrinde bu suçların nasıl değerlendirildiği hususlarına değinilecektir. İşbu makale hazırlanırken 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) ilgili maddeleri dışında, 4724 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK), 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (DİK) ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun (KİSK) ilgili maddeleri de dikkate alınmıştır.

II. İHALE KAVRAMI VE İLGİLİ MEVZUAT

A. İhale Kavramı

İhale kavramı, Türk Dil Kurumu sözlüğünde, “iş, mal vb.ni birçok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene verme, eksiltme veya artırma”, “iş, mal ve hizmetlerin, açık ve rekabetçi bir ortamda eksiltme veya artırma yöntemleriyle en uygun teklifte bulunana verilmesi”¹ olarak tanımlanmaktadır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 4. maddesine göre ihale, “Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemleri” ifade eder. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 4. maddesine göre ise “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 işlemleri” ifade eder.

Devlet elinde tuttuğu ekonomik kaynaklarla harcamalar yaparak ya da hizmet veya mal satarak veya kiralamarada bulunarak, kamuya hizmet etmekte ve bunu yaparken “ihale” adı verilen içeriği kanunlarla belirlenmiş yöntemlere başvurmaktadır. Bir malın veya hizmetin ihale ile alınması veya satılmasından sonra da ihale süreci devam etmektedir. Zira ihaleyi alan, hizmetin yapılması ya da malın teslimi görevini üstlenen gerçek ya da tüzel kişilere bazı yükümlülükler yüklenmiştir. Bunlardan yükümlülüklerini hukuka uygun olarak yerine getirmeleri beklenmektedir.²



selling the good or services by the tender purchasing so legal obligations are provided for successful tenderers. It is required that those persons are to fulfill their obligations de jure.²

B. Applicable Legislation

The Public Procurement Law numbered 4724 (PPL) establishes the principles and procedures to be applied in any procurement held by public authorities and institutions governed by public law or under public control or using public funds. (Article 1 of PPL).

As another legislation, the Public Procurement Contracts numbered 4735 (PPC) establishes the principles and procedures that pertain to making and implementing public procurement contracts under Public Procurement Law. (Article 1 of PPC).

B. İlgili Mevzuat

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK); kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veya hut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirleyen kanundur (KİK, md. 1).

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK) ; Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirleyen kanundur (KİKS, md. 1).

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (DİK); genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri aynı hak tesisi ve taşıma işlerini düzenleyen kanundur (DİK, md. 1).



Governmental Procurement Law numbered 2886 (GPL) regulates buying, selling, service, construction, leasing, barratry, establishment of incorporeal rights on property and carrying bizes of the general budget institutions, annexed budget administrations, private administrations and municipals. (Article 1 of GPL).

In related to these regulations, the sanctions are provided by Turkish Penal Code numbered 5237, which is the principal legislation prescribing the offences and the penalties. The offences of bid rigging and using fraud or trickery in the fulfillment of execution are regulated under the Articles 235 and 236 of the TPC.

III. COLLUSIVE TENDERING

The collusive tendering is regulated under the TPC No.5237 with the head of "Offences Against the Economy, Industry and Trade", Article 235. Following the first paragraph of the Article, indicating persons who acts fraudulently during a tender shall be punished.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise suçlar ve cezalarını düzenleyen temel kanundur. İhaleye ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları TCK'nın 235. ve 236. maddelerinde düzenlenmiştir.

III. İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

İhaleye fesat karıştırma suçu 5237 sayılı TCK'nın Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar başlıklı 9. bölümünde, madde 235'te düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, ihaleye fesat karıştırma suçunu işleyen kimsenin cezalandırılacağı belirtildikten sonra, ikinci fıkrada hangi eylemlerin ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut vereceği tek tek sayılmıştır. Üçüncü fıkra ile ihaleye fesat karıştırma eylemi sonucu ihaleyi yapan kuruluşun ekonomik bakımdan zarara uğraması hususu artırım nedeni olarak öngörülmüş, dördüncü fıkra ile ihaleye fesat karıştıran kimsenin aynı zamanda menfaat temin etmesi durumunda her iki suçtan da cezalandırılacağı belirtilmiştir. Son fıkra ile de, bu kanun hükümlerinin kamu kurum ve kuruluşlarından başka hangi kuruluş-

The second paragraph provides which acts explicitly forms a crime of fraud during tender. In the third paragraph, the matter of the fraud act during a tender which caused financially loss of a tender awarded institution is described as penalty increase. Within the fourth paragraph, it is stated that if persons who benefit advantages in fraud during a tender shall be penalized for both offences simultaneously. According to the last paragraph, this code is applicable to purchasing, selling and leasing actions of which institutions other than public institutions and organizations. According to first paragraph of the Article 235, any person who acts fraudulently on behalf of a public institution or corporation, in the course of a tender that relates to construction, rent, purchase or sale of goods or services, shall be sentenced to a penalty of imprisonment for a term of three to seven years.

According to the preamble of the Article, the purpose of the offence, the judicial value protected by the regulation of this offence and the conditions which constitute the offence are explored below. In line with that, the juridical value aims is the reliance placed to the public officials based on the procurement of public operations and in particular the tender transactions held on behalf of public authorities such as buying or selling the good or service in accordance with *good faith*.

The subject matter of this crime is the tender act related to buying, selling or leasing. The subject of the tender is irrelevant to this crime. Whether the procurements based on the Public Procurement Law numbered 4734 or Governmental Procurement Law numbered 2886 is not an element of this crime. Instead, the fundamental element is promoted as the activities such as buying, selling and leasing of goods or services done in the behalf of public institutions and organizations. The criminal conduct is basically involving fraud into the tender.

The Court of Appeal evaluates this crime if a legal tender presence in accordance with the regulation. From this view, a invalid tender does not exist from legal sense, thus non-existing tender shall not be the ground for the subject matter. As per mentioned in the relevant judgement of the Court of Appeal, “...**principally the completion of the facility construction and leasing it to the third parties are not possible, the conditions of the tender are not established and there is no real tender due to the illegality of the tender made, there shall not be occurred the offence of bid rigging due to the lack of conditions of the tender...**”³

ların alım, satım ve kiralamalarına uygulanacağı düzenleme altına alınmıştır. TCK md. 235/1’e göre 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.

Maddenin gerekçesinde suçun konusu, suç ile korunan hukuki değer ve suçun oluşmasının şartları gibi hususlar açıklanmıştır. Bu hükümle 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 güvendir.

Suçun konusu, mal veya hizmet alım veya satımına ilişkin ihale ya da kiralama ihalesidir. İhalenin konusunun ne olduğunun, suçun oluşması açısından bir önemi yoktur. İhaleye fesat karıştırmaya suçunun oluşması 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. Söz konusu suç, “ihaleye fesat karıştırmakla” oluşur. Yargıtay bu suçun oluşması için, mevzuata uygun olarak yapılan bir ihalenin varlığını aramaktadır. İhaleye fesat karıştırmaya suçu, ancak bir ihalenin mevcudiyetiyle mümkün olduğundan, yoklukla malul bir ihalenin maddi alemde varlığının olmaması dolayısıyla bu suçun konusunu teşkil edemeyeceği yargı kararlarıyla da ortaya konulmaktadır. Şöyle ki, Yargıtay’ın konu ile ilgili kararında “...**esasen tesisin inşaatının tamamlanmasının ve üçüncü kişilerle kiralanmasının mümkün olmadığı, ihaleye çıkarma şartlarının oluşmaması ve yapılan ihalenin hukuka aykırılığı nedeniyle ortada gerçek bir ihalenin bulunmadığı, ihale koşulları oluşmadığı için ihaleye fesat karıştırmaya suçunun oluşmayacağı...**”³ ifadesine yer verilmiştir.

Türk Ceza Kanunu’nun ilgili maddesinin ikinci fıkrasında hangi eylemlerin ihaleye fesat karıştırmaya niteliğinde olduğu tek tek sayılmış olup bu suç seçimlik hareketli bir suçtur. Fıkranın (a) bendinde hileli davranışlarla ihaleye fesat karıştırmaya halleri belirtilmiş olup aşağıda sayılan bu eylemlerin suç olarak kabul edilebilmesi için “hileli davranışla işlenmiş olması” gerekir.

In the second paragraph of Turkish Penal Code's relevant article, it is prescribed that which actions are evaluated as the offence of bid rigging on the one by one basis and this is an offense that may be committed with alternative acts. In the first sentence of the paragraph, it is prescribed the situations counted as bid rigging by executing fraudulent acts and it is necessary for the acts mentioned below to "have been committed with fraudulent behavior" in order to be considered as a crime.

1. Preventing a person from participating in the process of the tender or the tenderer itself, who may participate in such process by meeting all criteria.
2. Securing the participation of a person in the tender who lacks the capability to participate or who fails to meet the criteria required.
3. Eliminating from consideration such offered goods which conform to the tender specifications by stating that such goods do not conform so,
4. Placing in the evaluation, goods which do not conform to the tender specifications by stating that such goods do so conform.

There are several decisions of the Court of Appeal related to these actions. For instance, the Court of Appeal stated as "...*the act of ensuring that a person who does not have the qualifications and conditions of the participation in the tender can constitute the offence of bid rigging which is prescribed in the Article 235 of TPC for the defendants who are employee of the Bolu Directorate of National Education and the head and member of the commission in the distribution of the free course book distribution,*..."⁴ with regard to the act which is provided in the sentence a of the second paragraph of the Article 235 of the TPC.

According to the sentence (b) of the paragraph, facilitating access of third parties to the information which is to be kept confidential according to tender legislation or bid specifications during the tender, constitutes the offence of bid rigging. In this case, despite the fact that it is not a matter of fraud, the fact that the information that should be kept confidential is presented to others, has been criminalized because it prevents the tender from being carried out under objective and free competition conditions.

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 almak.

Yargıtay'ın bu fiillerle ilgili birçok kararı bulunmaktadır. Sözgelimi, Yargıtay'ın "...*Bolu Milli Eğitim Müdürlüğü'nde görevli olup ücretsiz ders kitabı dağıtım ihalesinde komisyon başkan ve üyesi olan sanıkların, ihaleye katılma yeterliliğine ve koşullarına sahip olmayan kişinin ihaleye katılmasını sağlama eylemlerinin 5237 sayılı TCK'nun 235. Maddesinde öngörülen ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturabileceği,...* eylemi nitelendirme ve kanıtları değerlendirme görevinin ağır ceza mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yargılamaya devamla yazılı biçimde hüküm kurulması..."⁴ şeklindeki kararı TCK md. 235/2-a'nın 2. sıradaki fiil ile ilgilidir.

Fıkranın (b) bendine göre, ihale sürecinde, tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak, ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturur. Bu durumda hile söz konusu olmamasına rağmen, gizli kalması gereken bilgilerin başkalarının bilgisine sunulması, ihalenin objektif ve serbest rekabet şartlarında yapılmasını engellediği için bu fiil suç olarak düzenlenmiştir.

Fıkranın (c) bendinde cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek, ihaleye fesat karıştırma olarak kabul edilmiştir. İsteeklilerin ihalenin gün veya saatinde, ihalenin yapılacağı yer konusunda yanıtılması ve bu suretle teklif veya pazarlık için öngörülen süreyi geçirmesi, bu fiillere ilişkin örnek oluşturmaktadır. Yargıtay'ın "...*sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde hareket etmek suretiyle mağdurlar M.O. ve İ.G.E.'yi söz konusu*



In the (c) sentence of the relevant paragraph, the prevention of persons possessing required qualifications and credentials from participating in the tender by using force or threat or acts contrary to the law has been considered as bid rigging. Acts of deceiving the tenderers regarding the time, date and place of the tender and thus providing them to miss the tender constitute of these acts. The judgment of Court of Appeal as “...**after warning the victims M.O. and İ.G.E. about not attending to the tender of the mentioned vehicle and not presenting an offer even if they attend to the procurement, the defendants in consensus and acting together, threaten the victims by telling “even if they get the tender they would not be able to leave the place, would not get the vehicle from where it is parked and would not leave the province”, as a result of this the victim M. leaves the place where the tender is held and the victim İ. enters to the hall while mentioning s/he won’t attend the tender of the vehicle Due to the H.Y. whom M’s boss report the situation to the authorities via phone, the head of the commission ask to the tenderers whether they have been threatened, on this question the witness A.M**

aracın ihalesine girmemeleri, girseler de pey sürmemeleri hususunda uyardıktan sonra “ihaleyi kazan-salar bile oradan çıkamayacakları, aracı bulunduğu park yerinden alamayacakları, il sınırları dışına çıkamayacakları” şeklinde sözler söyleyerek tehdit ettikleri, bunun sonucunda mağdur M’nin ihale yerini terk ettiği, İ’nin ise bu aracın ihalesine katılmayacağını söyleyerek salona girdiği, M’nin patronu olan H.Y’nin durumu telefonla yetkililere bildirmesi nedeniyle ihale başlamadan önce komisyon başkanının tehdit edilip edilmediklerini sorması üzerine tanık A.M’nin “araç sahibi biziz, baba yadigarı, biz alacağız” denildiğini söylemesi ve mağdur İ’nin de kendini belli etmemek için baş hareketiyle tehdidi doğrulamasının ardından komisyon kararıyla aracın ihale satış listesinden çıkarıldığı, böylelikle sanıkların TCK’nun 235/2-c bendinde düzenlenen tehdit yoluyla ihaleye fesat karıştırma suçunu aynı yasanın 43/2 maddesi kapsamında kalacak şekilde hukuksal anlamda tek bir fiille birden fazla kişiye karşı zincirleme şekilde işledikleri kabul edilmelidir.”⁵ şeklindeki kararı bu bent ile ilgilidir.

says that “we own the vehicle, it is an heritage and we will get it” and after the victim **İ.** confirm the threats was true by just nodding in order to conceal himself, the vehicle has been got off the tender sale list, therefore it must be assessed that the defendants committed the offence of bid rigging by using threats which is provided in the Article 235/2-c of the TPC, within the frame of the Article 43/2 of the same Code’s through a single act against more than one person successively.”⁵ is about the relevant sentence of the Article.

According to the sentence (d) of the Paragraph, bid rigging may raise by persons who are willing to participate or participated in the tender and reaches to an agreement secretly or explicitly to affect the results so these actions prevented the tender from being carried out under objective and free competition conditions. Regarding the act mentioned in this sentence, the Court of Appeal states that: “...without regarding the acts of defendants as making fraud during the tender by concluding an agreement in order to affect the price, constitute the offense stated in the article 225 of TPC numbered 5237...”⁶

In the event of any or several of these acts being carried out, offense of bid rigging is deemed to have been committed.

Committing the offense of bid rigging by use of force and threat is prescribed as the *aggravated circumstance* in the first (a) sentence of third paragraph of the same article and in this case minimum limit of the main punishment cannot be less than five years. However, if it occurs aggravated circumstances of the offence of intentional wounding or threat which require more severe punishment, an additional punishment shall be imposed on account of these offences.

The offense of bid rigging is regulated as *offense of endangerment, not as offense of encroachment*. As follows,

Fıkranın (d) bendine göre, ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları, ihaleye fesat karıştırma suçlarını oluşturmaktadır. Çünkü bu fiiller, ihalenin objektif ve serbest rekabet şartlarında yapılmasını engeller. Bu fıkrada düzenlenen fiil ile ilgili bir Yargıtay kararı şöyledir: “...sanıkların il özel idaresine ait dükkanların kiralanması amacıyla suç tarihinde gerçekleştirilen ihaleye, aralarında, fiyatı etkilemek için anlaşma yaparak fesat karıştırma biçimindeki eylemlerinin, 5237 sayılı TCK’nun 235. maddesine uyabileceği... gözetilmeden...”⁶

Bütün bu hareketlerden herhangi birinin veya birkaçının gerçekleştirilmesi durumunda, ihaleye fesat karıştırma suçu işlenmiş sayılır.

İhaleye fesat karıştırma suçunun cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi hâli maddenin üçüncü fıkrasının (a) bendinde *nitelikli hal* olarak düzenlenmiş olup, bu durumda temel cezanın alt sınırının beş yıldan az olmayacağı öngörülmüştür. Yine aynı bende göre, kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunur.

İhaleye fesat karıştırma suçu, kanunkoyucu tarafından zarar suçu olarak değil, *tehlike suçu* olarak düzenlenmiştir. Şöyle ki, söz konusu suçun temel şeklinin oluşabilmesi için, ilgili kurum veya kuruluşun *herhangi bir zarar görmesi gerekmemektedir*. Bu bakımdan, ihaleye fesat karıştırma sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmiş olması, maddenin üçüncü fıkrasının (b) bendinde bu suçun *nitelikli hali* olarak kabul edilmiştir. Ancak, bu nitelikli hal dolayısıyla cezanın artırılabilmesi için, zararın meydana gelmiş olması yeterlidir, meydana gelen zararın miktarının tam olarak belirlenmesine gerek bulunmamaktadır.

Dördüncü fıkraya göre, ihaleye fesat karıştırma suçu-

FOOTNOTE

¹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ae0bd17723c52.97528407

² Altuparmak, Türk Ceza Kanununda İhaleye İlişkin Suçlar, s. 6

³ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 30.,04.2007 T., 2006/10848 E., 2007/3041 K.

⁴ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 16.05.2007 T., 2007/13471 E., 2007/4710 K.

⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 11.06.2014 T., 2012/14689 E., 2014/6538 K.

⁶ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 27.02.2008 T., 2008/8634 E., 2008/1939 K.

⁷ Hasan Gerçekler, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 2, Madde 121-345, 3. Baskı, s. 2132

it is not necessary for the relevant public institution or organization to be suffered losses, to constitute the basic form of the offense. In this regard, it is considered as an aggravated circumstance in the second (b) sentence of the third paragraph of the Article that the relevant state institution or organization shall get damaged as a result of the fraudulent tender. However, in order to increase the punishment due to this aggravated circumstance, it is sufficient for the loss to be occurred and there is no need to determine the exact amount of the loss.

According to the fourth paragraph, it is also not designed as an element for public officials and others to gain a benefit. In case the benefit has been obtained due to the mischief of the tender, the criminal responsibility for the relevant crime is also taken into account.

In the fifth paragraph of the Article, the scope of the offense of bid rigging is extended in terms of the application. Accordingly, the provisions of the aforementioned paragraphs shall also be applicable where a public institution, or corporation, act as an intermediary during a competitive tender or where a person acts fraudulently during the process of tender in respect of rent, purchase or sale of goods or services while acting on behalf of an institution (presumed in law to be public institution); a company (incorporated by the aforementioned institution, or a public institution or a public corporation or a foundation operating within the framework of such institutions or corporation); or an association acting in the public interest; or a co-operative.⁷

A. THE ELEMENTS OF THE OFFENSE

1. Material Elements

a. The Act

The act that is prohibited within the frame of analyzed offense; “involving the fraud on behalf of a public in-

nun oluşabilmesi için aynı şekilde kamu görevlilerinin ve sair kişilerin bir menfaat temin etmiş olmaları da gerekli değildir. Aksi takdirde, yani ihaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin edilmiş olması halinde, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre de ceza sorumluluğu cihetine gidilir.

Maddenin beşinci fıkrasında ihaleye fesat karıştırma suçunun uygulama alanı genişletilmiştir. Buna göre; 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 önceki fıkraların bu ihaleler hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir.⁷

A. SUÇUN UNSURLARI

1) Maddi Unsurlar

a. Fiil

İnceleme konusu suç bakımından yasaklanan fiil; “kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştırma”dır. Fesat sözlükte; “sakatlık, iradeyi sakatlayan haller, yapılan bir işin hukuki bakımdan sakatlık taşıması” anlamlarına gelmektedir.⁸ İhale süreci, ihale yetkilisi kamu görevlisinin onayı ile başlayıp uygun teklifi veren istekli ile idare arasında sözleşme imzalanana kadar geçen süreci ifade etmektedir. Fesat karıştırma; failin kendisine veya başkasına haksız menfaat sağlamak amacıyla devlet alım, satım, kiralama veya yapımına ilişkin ihale sürecinde başvurduğu her çeşit hile ve desise yahut kullandığı cebir, şiddet veya tehdit şeklinde anlaşılmalıdır.⁹ 4734 sa-

DİPNOT

¹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ae0bd17723c52.97528407

² Altıparmak, Türk Ceza Kanununda İhaleye İlişkin Suçlar, s. 6

³ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 30.,04.2007 T., 2006/10848 E., 2007/3041 K.

⁴ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 16.05.2007 T., 2007/13471 E., 2007/4710 K.

⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 11.06.2014 T., 2012/14689 E., 2014/6538 K.

⁶ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 27.02.2008 T., 2008/8634 E., 2008/1939 K.

⁷ Hasan Gerçekler, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 2, Madde 121-345, 3. Baskı, s. 2132



stitution or corporation, in the course of a tender that relates to construction, rent, purchase or sale of goods or services”. The fraud described literally as “invalidity, the states of invalidate the will, containing an invalidity in a transaction on the legal basis”.⁸ The process of the tender refers to the period starts with the approval of the public official and ends with signing of the contract between the tenderer and the public administration. Bid rigging refers to any kind of trickery or wile, or use of force, violence or threat carried out by the perpetrator in the tender regarding selling, purchasing, leasing or constructing in order to gain benefit for himself/herself or others.⁹ Also in the 17th Article of The Procurement Law numbered 4734, the acts and behaviors that are prohibited during the tender is prescribed. Accordingly, the following acts or conducts are prohibited in tender proceedings to conduct or attempt to conduct procurement fraud by means of fraudulent and corrupt acts, promises, threats, unlawful influence, undue interest, agreement,

yılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde de kamu ihalelerinde yasaklanan fiil ve davranışlar gösterilmiştir. Bunlar; “hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırma veya buna teşebbüs etme, isteklileri tereddüde düşürme, katılımı engelleme, isteklilere anlaşma teklifinde bulunma veya teşvik etme, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunma, sahte belge veya sahte teminat düzenleme, kullanma veya bunlara teşebbüs etme” gibi hareketlerdir.¹⁰

İhaleye fesat karıştırma suçu, seçimlik ve bağlı hareketli bir suçtur. Bu nedenle ihale süreçlerindeki her usule veya hukuka aykırı davranış ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmaz.¹¹ Bu esasında suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak, kanunkoyucunun suç olabilecek eylemleri açıkça ve belirli olarak ifade etmesi gerektiğinin bir sonucudur. 4734 sayılı Kamu

malversation, bribery or other actions, to cause confusion among tenderers, to prevent participation, to offer agreement to tenderers or to encourage tenderers to accept such offers, to conduct actions which may influence competition or tender decision, to forge documents or securities, to use forged documents or securities or to attempt these.¹⁰

The offense of bid rigging is an offense that can be committed with elective and ancillary acts. For this reason, any procedural or illegal behavior in the procurement process does not constitute a criminal offense.¹¹ This actually is the consequences of the principle of the legality of crime and punishment, the legislator shall express the criminal acts clearly and unambiguously. Despite the similarity between prohibited acts and conducts prescribed in the Procurement Law numbered 4734 and the elements of the offense stated in the article 235 of TPC, not any prohibited act and conduct constitute the offense mentioned. The offense of bid rigging occurs when conducting one or several of alternative acts considered as fraud during the tender in the Article 235/2 of the TPC.

In a precedent judgement of the Court of Appeal that every defective action in the procurement proceedings may not be considered as a crime of "bid rigging"; ***"...according to the court of the trial court, because of not announcing of the amendments made on the public specification with the addendum leads to the prevention of the attendance and competence of the tender and providing with the amendment of the public specification that the cleaning firm T... attend the tender although it is not qualified for the attendance, the defendants shall be convicted for the alleged crimes. Regarding the tender that is subject to the case and the conviction of the defendants, without regarding that; the specification have been purchased by the firms on 15-17-23 and 24.02.2006 after the amendments with the addendum so they were aware of the amendments, there were sufficient participation for the tender and that, when taking account together that the provision of "in this tender cleaning services as a similar service" stated both in the article 4.4. of announcement of tender and article 7.3. of administrative specification and the denial plea of defendants, not announcing the amendments and not making the same amendments for the article 7.2.2. of administrative specification as for the articles 7.2.1. and 7.2.3. have been caused by whether the lack***

İhale Kanunu'nda sayılan yasak fiil ve davranışlar TCK md. 235'de yer alan suçun unsurlarıyla benzerlik göstermesine rağmen, her yasak fiil ve davranış, bu suça vücut vermez. İhaleye fesat karıştırma suçu, TCK md.235/2'de fesat karıştırma niteliğinde olduğu kabul edilen seçimlik hareketlerden birinin veya birkaçının gerçekleştirilmesi ile oluşur.

İhale işlemlerinde her kusurlu eylemin "ihaleye fesat karıştırma" suçu kapsamında değerlendirilemeyeceğine ilişkin bir emsal Yargıtay kararında; ***"... Mahkemede zeyilname ile idari şartnamede yapılan değişikliğin ilan edilmeksizin ihale yapılarak rekabet ve katılımın engellendiği, T... temizlik firmasının ihaleye katılma koşullarını taşımadığı halde şartnamede değişiklik yapılarak bu firmanın ihaleye katılımının sağlandığı gerekçesiyle sanıkların atılı suçtan mahkûmiyetlerine karar verilmiş, Yargıtay ise davaya ve sanıkların mahkûmiyetine konu olan ihale ile ilgili şartnamenin firmalarca zeyilname ile yapılan değişiklikten sonra 15-17-23 ve 24.02.2006 tarihlerinde satın alınması, dolayısıyla idari şartnamede zeyilname ile yapılan değişiklikten, şartname satın alan tüm firmaların haberdar olması, ihaleye yeterli katılımın bulunması, ihale ilanının 4.4., idari şartnamenin 7.3. maddelerinde 'bu ihalede benzer iş olarak temizlik hizmetleri' ibaresinin bulunması ile inkâra yönelik sanık savunmaları birlikte gözetilerek, idari şartnamenin 7.2.1 ve 7.2.3. maddelerinde zeyilname ile yapılan değişikliğin ilan edilmemesi ile bu maddelerde yapılan değişikliğin, şartnamenin 7.2.2. maddesinde yapılmamasının idari bir işlem eksikliğinden mi kaynaklandığı yoksa bunun suçun kurucu unsurlarından olan hileli hareketlerden mi olduğu hususları sanıkların suç kastlarıyla birlikte tartışılıp değerlendirilmeden, yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulduğu gerekçesi ile mahkeme kararı bozulmuştur."***¹²

b. Fail, Mağdur, Konu

İhaleye fesat karıştırma suçunun faili kamu görevlisi olabileceği gibi, sivil kişiler de olabilir. Suçun mağduru ise toplumu oluşturan herkeştir. Suçun konusu somut olayda yapılmakta olan ihaledir. Suçun oluşması için haksız menfaat temin edilmesi veya bir zararın ya da neticenin meydana gelmesi aranmamıştır. Ancak fesat karıştırma sonucunda bir zarar meydana gelmişse, bu halde md. 235/3'e göre ceza artırılabacaktır.¹³

*of an administrative act or this is one of the fraudulent acts of the constituent elements of the crime and without discussing and evaluating these facts with the intent of defendants, the Court of Appeal have been reversed the decision of the court of first degree on the grounds of bringing a verdict with inadequate justification.*⁷¹²

b. The Offender, The Victim and The Subject-Matter

The defendant of the offense of bid rigging may be either a public official or any individuals. On the other hand, the victim of this offense is any individual in the society. The subject-matter of the offense is the tender held in the concrete case. It is not sought any damage or resultant for the crime to occur. However, if the bid rigging brings a loss, then in this case, the penalty will be increased according to the article 235/3.¹³

2. The Moral Element

The offense of the bid rigging can only be committed intentionally. As it is known, the offenses occasioned by negligent act are punished as expressly defined in the laws. Therefore offense of bid rigging cannot be committed with negligent due to the fact that it is not expressly prescribed to do so in the laws. According to the Article 21 of the TPC, intent is defined as “knowingly and willingly conducting the elements in the legal definition of an offence”. There may be eventual intent when the individual conducts an act in foreseeing that the elements of an offence may occur. Since there is not any statements such as “consciously” or “being conscious of” in the legal definition of the offense of bid rigging, this offense shall be committed with direct or eventual intent within the frame of the TPC numbered 5237.

B. SPECIAL APPLICATIONS OF THE OFFENSE

Attempt-Accompliceship-Aggregation:

The attempt of the offense of bid rigging is only possible under the circumstances that if the executive acts of the offense can be divided into parts. On the other hand, in terms of accompliceship, general provisions are to be applied. According to the Article 235/4 of the TPC “any authorized person who gains unjust benefit by involving in mischief during a tender is additionally convicted from this offense.” Accordingly, for instance the public

2) Manevi Unsur

İhaleye fesat karıştırma suçu ancak kasten işlenebilir. Bilindiği gibi taksirle cezalandırma ancak kanunkoyucunun açıkça işlenebileceğini belirttiği hallerde mümkün olduğundan ve suç sistematığında taksire yer verilmediğinden suçun taksirli şekli cezalandırılmamıştır. TCK md. 21’e göre kast, “suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi”dir. Kişinin, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların gerçekleşeceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemi halinde ise olası kast vardır. İhaleye fesat karıştırma suçunun kanuni tanımında “bilerek”, “bildiği halde” vb. ifadeler yer verilmediğinden, 5237 sayılı TCK’nın genel mantığı bakımından bu suç kural olarak hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilecektir.

B. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

Teşebbüs-İştirak-İçtima:

İcra hareketleri kısımlara bölünebildiği takdirde bu suça teşebbüs mümkündür. İştirak bakımından genel hükümler uygulanır. TCK md. 235/4 “İhaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar.” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre sözelimi kamu görevlileri, ihaleye fesat karıştırılması neticesinde herhangi bir menfaat temin etmişlerse gerçek içtima kuralları uygulanacak olup, irtikap veya rüşvet suçundan ayrıca cezalandırılacaktır.

IV. EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇU (TCK 236)

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar başlıklı 9. bölümünde, madde 236’da düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, önce hangi tüzel kişilerle ilgili, 235. maddenin bir ve beşinci fıkrasındaki tüzel kişilerin tamamını kapsayacak şekilde, bu madde hükümlerinin uygulanacağı teker teker saymak suretiyle gösterilip, daha sonra bu tüzel kişilere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırma eyleminin cezalandırılacağı belirtilmiştir. İkinci fıkra ile hangi eylemlerin edimin ifasına fesat karıştırma suçuna vücut vereceği ayrıntılı olarak ancak sınırlı bir şekilde belirlenmiş, üçüncü fıkra ile bir içtima hükmüne yer verilmiştir.



officials may gain a benefit as a result the involvement of mischief during the tender, the aggregation principals shall be applied and they shall be penalized separately pursuant to provisions regulating the extortion and the bribery.

IV. FRAUD DURING THE DISCHARGE OF CONTRACTUAL OBLIGATIONS (TPC 236)

The offence of fraud during the discharge of contractual obligations is regulated under the TPC numbered 5237 with the ninth head of “Offences Against the Economy, Industry and Trade”, Article 236. In the first paragraph of the Article, firstly which legal persons shall be subjected to the article have been counted one by one, including all legal entities stated in the paragraph 1 and 4 of the Article 235, then it is stated in the second paragraph that involving fraud to the discharge of obligations under-

TCK md. 236/1'e göre 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.

TCK md. 236'nın gerekçesine göre; sözleşmenin imzalanmasıyla ihale süreci sona ermekte ve edimin ifası süreci başlamaktadır. Bu süreçte edimin ifasına fesat karıştırılması bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır. Söz konusu suç, 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 karıştırmak suretiyle işlenebilir. Bu bakımdan söz



taken against the legal entities is to be penalised accordingly. In the second paragraph, it is determined only in a limited manner in detail, which actions shall constitute the offense of fraud during the discharge of contractual obligations and in the third paragraph, it is prescribed an aggregation provision.

According to first paragraph of the Article 236, any person who acts fraudulently during the discharge of contractual obligations with a public institution, public corporation, professional institution (presumed in law, to be public institution), a company (incorporated by the aforementioned professional institution, or a public institution or a public corporations or a foundation operating within the framework of such institutions or corporation), an association acting in the public interest; or a co-operative shall be sentenced to a penalty of imprisonment for a term of three to seven years.

konusu suçun uygulama alanı sadece kamu kurum veya kuruluşlarına karşı girişilen taahhütlerin yerine getirilmesiyle sınırlı tutulmamıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında, edimin ifasına fesat karıştırma niteliğindeki hareketler sayılmıştır. Sayılan bütün bu hareketlerin ortak özelliği hileli davranışlar olmasıdır.

Maddenin üçüncü fıkrasına göre, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, kamu görevlilerinin ve sair kişilerin bir menfaat temin etmiş olmaları gerekli değildir. Ancak bu suç dolayısıyla menfaat temin ettikleri takdirde bu kişiler ayrıca ilgili suç hükmüne göre de cezalandırılacaklardır.

According to the legislative preamble of the Article 236 of TPC, the tender process ends with signing of the contract then the discharge of the obligations of the contract is to be begun. In this process, an independent crime is defined as committing fraud to the discharge of the contractual obligations. This offense can be committed by involving in a fraudulent act during the discharge of the obligations undertaken against the public institutions or corporations, or professional organizations in the statute of public institution, companies incorporated with the participation of public institutions or corporations, or foundations operating within this frame, associations or cooperatives serving for public interest. In this regard, the scope of the offense is not limited only to fulfillment of commitments against public institutions or organizations.

In the second paragraph of the Article, the acts of fraud during the discharge of the contractual obligations are listed. All of these acts are considered as fraudulent behaviors.

According to the third paragraph of the Article, in order to constitute the offense of fraud during the discharge of contractual obligations, it is not necessary that a person who is under the official duty or other people gain a benefit. However, if they do so, they shall be sentenced more pursuant to the relevant provisions.

According to the third paragraph, it is also not necessary for public officials and others to gain a benefit so that the offense of fraud during the discharge of contractual obligations can occur. In case the benefit has been obtained due to this offense, the criminal responsibility for the relevant crime is also taken into account.

A. THE ELEMENTS OF THE OFFENSE

1. Material Elements

a. The Act

The material element which constitutes the offense is prescribed in the Article 236 alternatively and on an individual basis. If one of these acts is committed with fraudulent behavior, it is assumed that the material element of the crime is realized. There is no need for any damage to the crime to occur. In accordance with the second paragraph of the Article, the following acts are presumed to constitute fraud during the discharge of a contractual obligations:

A. SUÇUN UNSURLARI

1) Maddi Unsurlar

a. Fiil

Suçun maddi unsurunu oluşturan eylemler 236. maddede ayrı ayrı ve seçimlik olarak sayılmıştır. Bu hareketlerden birinin hileli davranışlarla işlenmesi halinde suçun maddi unsurunun gerçekleştiği kabul edilir. Suçun oluşması için herhangi bir zarar meydana gelmesi aranmaz. Maddenin 2. fıkrası uyarınca 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 edilmesi,
2. İhale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi,
3. Edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi,
4. Yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi,
5. Hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi.

Konu ile ilgili olarak Yargıtay en güncel kararlarından biri "*Dairemizin 01/10/2013 tarihli bozma kararında da belirtildiği üzere; 5237 Sayılı TCK'nun 236/2-b maddesinde ihale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi eyleminin suç olarak düzenlendiği, somut olayda da doğrudan temin yöntemiyle satın alınan bir adet kameriye teslim edilmediği halde edilmiş gibi Belediye Fen İşleri Müdür vekili olan sanık tarafından belge düzenlendiği ve 16/08/2006 tarihinde ödeme yapıldığının anlaşılması karşısında TCK'nun 212. maddesi hükmü de dikkate alındığında, yüklenen suçun tüm unsurlarıyla oluştuğu gözetilmeden...*"¹⁴ şeklindeki kararıdır. Yine Yargıtay'ın 2014 yılında verdiği "... sanık Cüneyt'in, ihale konusu işe

1. Delivery, or accepting delivery, of goods other than those described within the contract;
2. Delivery, or accepting delivery, of fewer goods than described within the contract;
3. Accepting goods outside the time limit specified in the contract, or the conclusion of the tender, for their delivery;
4. In construction tenders, accepting the completed construction, or material used in such, which does not comply with the conditions, quantity or quality as described within the contract or in the detailed specification of tender;
5. Accepting an obligation of service as having been completely discharged although the service rendered was deficient or contrary to the terms described within the contract or in the detailed specification of tender.

The Court of Appeal's one of the recent judgements relevant to the subject is that. Accordingly, *"as indicated in the reversing decision of our Chamber dated 01/10/2013; without pursuing that, in the Article 236/2 of the TPC numbered 5237 it is stated that the act of delivery, or accepting delivery, of fewer goods than described within the contract are regulated as an crime and in the concrete case, even though a pergola which purchased by the method of direct procurement was not delivered, it was drafted a document by the defendant who is attorney of Council Technical Department, which made the pergola looks like already delivered and the payment have been made on the 16/08/2006, so that the imputed offense, when taking account the article 212 of TPC, have been constituted with all its aspects..."*¹⁴

It is stated in another judgement of the Court of Appeal that: *"...in the criminal case prosecuted pursuant to*

*ait teknik şartnamede belirlenen niteliklere sahip olmayan araçlara ait ruhsat fotokopilerini gerçeğe aykırı olarak değiştirip katılan kuruma verdikleri iddiasıyla açılan kamu davasında; ihale sürecinin 27.12.2007 tarihinde sözleşmenin imzalanmasıyla sona erdiği, ihale sonucunda imzalanmış sözleşmede araçların model ve plakalarına yer verilmediği gibi, ihale sürecinde de bu yönde gerçeğe aykırı bir belge sunulmadığı, sanıklara isnat edilen, sözleşmeyle üstlenilen işin yerine getirilmesi sırasında ihale konusu işe ait teknik şartname ve sözleşmede nitelikleri belirtilen araçlardan başka araçların kullanılması ve bu amaçla araçların ruhsat fotokopilerinde araç modelleri ve plakalarının değiştirilmesi şeklindeki eylemin, TCK'nun 236/2. maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturduğu ve maddede tahdidi olarak sayılan hallerden (e) bendindeki "Hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi" kapsamında kaldığı, söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce yani edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerince işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulünün gerektiği, ..."*¹⁵ şeklindeki karar da emsal niteliğindeki önemli kararlarından biridir.

b. Fail, Mağdur, Konu

Suçun faili herkes olabilir. Madde metninde "malın teslim veya kabul edilmesinden" söz edilmektedir. Malın kabulü bakımından özellik arz eden husus, failin kabule yetkili olmasıdır. Malın teslim edilmesi halinde, suçun faili malı bizzat teslim eden kişi değildir. İhale sözleşmesinde, kendisine ihale yapılmış olan kişi suçun failidir. Ancak malı teslim eden kişi ile kendisine ihale yapılmış kimse arasında iştirak varsa, iştirake ilişkin hükümler uygulanır.

Suçun mağduru toplumu oluşturan herkeştir. Suçun konusu somut olayda ihale ile belirlenen edimdir.

FOOTNOTE

⁸ Şafak, Ali, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Ankara, s. 138; Şener, Esat, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001, s.221.

⁹ Erman-Özek, s. 58. , Dönmezer, s. 91. , Erem-Toroslu, s. 164

¹⁰ Balcı, s. 113 vd.

¹¹ <https://barandogan.av.tr/blog/ceza-hukuku/ihaleye-fesat-karistirma-sucu-cezasi.html>

¹² Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 26.09.2012 T., 2012/3921 E. , 2012/9472 K.

¹³ Yaşar-Gökcan-Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 5, Madde 205-256, s. 6651-6652. ,

Ankara 2010

¹⁴ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 06.03.2017 T. , 2017/660 E. , 2017/822 K.

¹⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 22.10.2014 T., 2013/5481 E., 2014/10031 K.

the claim that the defendant Cüneyt who revised the photocopy of the licenses, contrary to reality, that belong to the vehicles which do not have the qualifications specified in the tender contract. It should be accepted that; the tender process terminated on 21.12.2007; as a result of the tender, neither there was any model name or license plate of the vehicles in the signed contract, nor it is presented a document which is contrary to the facts in this manner during the tender process; The act of defendants as using the vehicles other than those have the qualifications specified in both the technical specifications of the tender and the tender contract and revising the models and license plates of the vehicles on the photocopies of the vehicle licenses for this purpose, constitutes the offense of fraud during the discharge of the contractual obligations prescribed in the Article 236/2-e as “Accepting an obligation of service as having been completely discharged although the service rendered was deficient or contrary to the terms described within the contract or in the detailed specification of tender”, there is no hesitation that the offense mentioned can be committed by the persons qualifies as public officials who are under an official duty of tender process...”¹⁵

b. The Defendant, The Victim, The Subject-Matter:

Any individual shall be defendant of this offense. In the context of the Article, it is mentioned the “delivery, or accepting delivery” of the goods. Regarding the acceptance the delivery of the goods it is important that the defendant should be authorized to accept the goods. In the event delivering the good, the defendant of the offense is the tenderer who the tender contract is signed with, not the person who delivered the good. However, if the acts jointly committed by the person who delivered the good and the tenderer, the relevant provisions of the accompliceship shall be applied.

2) Manevi Unsur

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu kasten işlenebilir. Failin seçimlik olarak öngörülen hallerden birini *hileli davranışlarla* gerçekleştirerek edime fesat karıştırma bilinç ve iradesi ile hareket etmesi gereklidir. Suçun tak-sirli şekli düzenlenmemiştir. TCK'nın düzenlenmesine göre kasten işlenebilen suçlar, kural olarak hem doğrudan kastla hem de olası kastla işlenebilir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilir.

B. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

Teşebbüs-İştirak-İçtima:

5237 sayılı TCK'nın 236. maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma, sırf hareket suçudur. Bu bakımdan suçun icra hareketleri kısımlara bölünebildiği takdirde teşebbüs mümkündür.

İştirak bakımından genel hükümler uygulanır.

İçtima ile ilgili özel bir düzenleme md. 236/3'te yer almaktadır. Bu fıkra gereği edimin ifasına fesat karıştırılması suretiyle herhangi bir menfaat temin eden kamu görevlisi, bu sırada işlediği irtikap, rüşvet, vs. gibi suçlarından ayrıca cezalandırılacaklardır.

V. SONUÇ

Türk Ceza Kanunu sistematığı dikkate alındığında suçların düzenlendiği yerin toplumdaki ekonomik hayatın adil ve serbest rekabet esaslarına uygun olarak yürütülebilmesinin korunması amacının yanı sıra, bu suçlar diğerlerinden farklı olarak özellik arz eden suçlardır ve çift taraflıdır. Bu suçlarla bir taraftan ekonomik düzenin korunması amacı güdülürken, diğer taraftan idarenin de bu düzenin sağlanmasında şeffaflığını ve açıklığını sağlama amacı bulunmaktadır. Bu suçlar, idareye görev olarak

DİPNOT

8 Şafak, Ali, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Ankara, s. 138; Sener, Esat, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001, s.221.

9 Erman-Özek, s. 58., Dönmezer, s. 91., Erem-Toroslu, s. 164

10 Balcı, s. 113 vd.

11 <https://barandogan.av.tr/blog/ceza-hukuku/ihaleye-fesat-karistirma-sucu-cezasi.html>

12 Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 26.09.2012 T., 2012/3921 E., 2012/9472 K.

13 Yaşar-Gökcan-Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 5, Madde 205-256, s. 6651-6652.,

Ankara 2010

14 Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 06.03.2017 T., 2017/660 E., 2017/822 K.

15 Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 22.10.2014 T., 2013/5481 E., 2014/10031 K.



The victim of the offense is every individual who constitute society. The subject matter of the offense is the discharge of the contractual obligations in the relevant case.

2. The Moral Element

The offense of the fraud during the discharge of contractual obligations shall be committed *intentionally*. It is necessary that the defendant should act with the consciousness and willingness to involve the fraud to the discharge of contractual obligations by performing one of the fraudulent acts which are provided alternatively. The reckless state of the offense is not regulated. According to the TPC, as a general rule, the offenses committed intentionally can be committed with both direct and probable intent. The offense of fraud during the discharge of contractual obligations can be committed with both direct and probable intent as well.

verilen bir düzenleme aracının, aynı zamanda idarenin elinde kötüye kullanımını engellemek amacıyla getirilen emniyet subaplarından biri olarak kurgulanmıştır. Zira gerek ihale süreci gerek ihaleden sonra edimin ifası sürecinde taraflardan birinin kamu, diğerinin ise gerçek ve tüzel kişiler olduğu göz önünde bulundurulduğunda, kamunun ihtiyacını serbest rekabet ortamı sağlamak suretiyle ve adil bir şekilde temin etmesi önemli olduğu kadar, kamuda görev yapan kişilerin kendilerine haksız menfaat sağlaması gibi hallerin de önüne geçilmesi, yaptırımlarla caydırıcı hale getirilebilmesi son derece önemlidir. Aksi takdirde bazı gerçek ve tüzel kişiler ekonomik anlamda sürekli olarak kazanç sağlarken, geriye kalanların ticari hayatta tutunabilmeleri zorlaşacak ve böylece ekonomik hayatta da bazı dengesizlikler ortaya çıkacaktır.

Kanun koyucunun bu suçla ilişkin olarak sistematığı sağ-



B. SPECIAL APPLICATIONS OF THE OFFENSE

Attempt-Accompliceship-Aggregation:

The fraud during the discharge of contractual obligations which is regulated under the Article 236 of TPC numbered 5237 is an inchoate offense. In this respect, if the acts of the offense can be disintegrated, the attempt is possible. In terms of accompliceship, the general provisions are to be applied.

There is a specific regulation in the Article 236/3 regarding the aggregation. According to the paragraph, the person who is under an official duty and gains a benefit through his involvement in fraud during the discharge of contractual obligations shall be additionally sentenced pursuant to the offenses such as bribery and extortion.

lıklı bir şekilde kurduğunu kabul etmekle beraber, kanaatimce ihaleye fesat karıştırma suçunda öngörülen bazı seçimlik hareketlerin ifadesinde muğlaklık söz konusu olduğundan, uygulamada tereddüde mahal verecek mahiyettedir. Bu seçimlik hareketlerdeki bazı muğlaklıklar Yargıtay kararlarıyla giderilebilmişken, bazıları hakkında ise öğretide ve uygulamada tartışmalar hala devam etmektedir.

Bu nedenle gerek suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve gerekse kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı ilkesi göz önünde bulundurulduğunda, müeyyide öngörülen eylemlerin sınırlarının nelerden ibaret olduğunun da kanunda açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, soruşturma, kovuşturma ve kanun yolu aşamalarında sağlıklı kararlar verilmesi mümkün olmayacağı gibi, doğal olarak verilen kararlarla adalet ve hakkaniyet kavramlarından da uzaklaşılacaktır. ■

V. CONCLUSION

In the light of the Turkish Penal Code, the offenses explained above aim to protect the economic relations under fair and free competition and differentiate from the others based on their special and bilateral nature. Accordingly, the abovementioned provisions aim to protect economic public order and to provide transparency and clarity of administration in order to ensure this order. These offenses are foreseen as one of the security tools due to the aim of preventing public administration to abuse the power within the context of their public duties. Considering the fact that the one of the parties of the tender process and during the discharging the contractual obligations is the public authority and the other party is persons or legal entities, it is essential to provide free competition for the use of public funding fairly and appropriately, to prevent the situations such as for public officers from gaining unjust benefit and foreseen serious sanctions in order to deterrence of the offenses.

Otherwise, while some persons or legal entities shall continue to earn unjustly, it may be more difficult for the persons to survive in economic life, and thus some imbalances shall emerge at the end of the day.

Although it is accepted that the laws are a systematically regulated related to this offense, it may raises somehow hesitations in practice due to the fact that there is vagueness within the context of alternative acts of the offense of bid rigging. While some may be eliminated by the judgements of Court of Appeal, there are still in progress and may have contradictious situations with regard to some according to the literature and practice.

Hence, in considering of the principle of legality and the principle of “ignorance of the law is no excuse”, it shall be stated the scope of the acts as a crime clearly. Otherwise, it shall not be possible to reach a reasonable apprehension in the prosecution of the crime and during the appeal. ■

BIBLIOGRAPHY

- Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 5, Adalet, Ankara 2010
- Mustafa Artuç, Cemil Gedikli, Çetin Akkaya**, 2006-2007-2008 İctihatları İle Türk Ceza Kanunu, 2. nd ed. Adalet, Ankara 2008
- Hasan Gerçekler**, Yorumlu Ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 2, 3rd ed., Seçkin, 2017
- Cüneyt Altıparmak**, Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye İlişkin Suçlar, 3rd ed.
- Baran Doğan**, <https://Barandogan.Av.Tr/Blog/Ceza-Hukuku/Ihaleye-Fesat-Karistirma-Sucu-Cezasi.Html>, (08.01.2018-21.01.2018)
- Tuğsan Yılmaz**, <http://Www.Tugsanyilmaz.Av.Tr/Ceza-Hukuku/Ihaleye-Fesat-Karistirma-Sucu>, (08.01.2018-21.01.2018)
- Rahmi Ofluoğlu**, https://Www.Google.Com.Tr/Search?Q=Ihaleye+Fesat+Kar%C4%B1%C5%9Ft%C4%B1rma+Su%C3%A7u&Rlz=1C1NHXL_Trtr735tr735&Oq=Ihaleye+Fesat+Kar%C4%B1%C5%9Ft%C4%B1rma+Su%C3%A7u&Aqs=Chrome..69157j015.15143j0j4&Sourceid=Chrome&le=UTF-8, (08.01.2018-21.01.2018)
- Çetin Arslan**, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Yetkin, Ankara 2017
- Ersan Sen**, Ertekin Aksüt, Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları, Seçkin, Ankara 2014
- Necati Meran**, İhaleye Fesat Karıştırma Ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Seçkin, 2nd ed., Ankara 2011

KAYNAKÇA

- Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 5, Madde 205-256, Sayfa 6583-6671, Adalet Yayınevi, Ankara-2010
- Mustafa Artuç, Cemil Gedikli, Çetin Akkaya**, 2006-2007-2008 İctihatları İle Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Sayfa 1197-1204, Adalet Yayınevi, Ankara-2008
- Hasan Gerçekler**, Yorumlu Ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 2, Madde 121-345, 3. Baskı, Sayfa 2115-2149, Seçkin Yayınevi, 2017
- Cüneyt Altıparmak**, Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye İlişkin Suçlar, 3. Baskı
- Baran Doğan**, <https://Barandogan.Av.Tr/Blog/Ceza-Hukuku/Ihaleye-Fesat-Karistirma-Sucu-Cezasi.Html>, (08.01.2018-21.01.2018)
- Tuğsan Yılmaz**, <http://Www.Tugsanyilmaz.Av.Tr/Ceza-Hukuku/Ihaleye-Fesat-Karistirma-Sucu>, (08.01.2018-21.01.2018)
- Rahmi Ofluoğlu**, https://Www.Google.Com.Tr/Search?Q=Ihaleye+Fesat+Kar%C4%B1%C5%9Ft%C4%B1rma+Su%C3%A7u&Rlz=1C1NHXL_Trtr735tr735&Oq=Ihaleye+Fesat+Kar%C4%B1%C5%9Ft%C4%B1rma+Su%C3%A7u&Aqs=Chrome..69157j015.15143j0j4&Sourceid=Chrome&le=UTF-8, (08.01.2018-21.01.2018)
- Çetin Arslan**, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Yetkin Yayınevi, Ankara-2017
- Ersan Sen**, Ertekin Aksüt, Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara-2014
- Necati Meran**, İhaleye Fesat Karıştırma Ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara-2011