

**MADALYONUN İKİ KARANLIK YÜZÜ:
İHALELERE KATILMAKTAN YASAKLANMA FİİLLERİ
VE
İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU:**

*Bayram YÜKSEKKAYA*¹

¹ Avukat, Adana Barosu.

Özet:

İhalelere katılmaktan yasaklanma yaptırımını, bir yanıyla idari bir yaptırım olup, nihayetinde bir yanıyla idari işlem niteliğindedir. İhaleye fesat karıştırma suçu ise, ceza hukukuna ait bir norm ihlali niteliğinde olup, hapis cezası öngörmektedir. Her ikisinin de kesiştiği nokta, “ihale” kavramıdır. İki ayrı kurum olarak karşımıza çıkmış olsalar da, ihalelere katılmaktan yasaklanma fiillerinin bazıları, aynı zamanda ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut vermekte olup, biri diğerinin ön şartı niteliğinde değildir. İktisadi politikaların geldiği aşama itibariyle, ihale yapmak suretiyle bir kısım işlerin özel/tüzel kişilere yaptırılmasında güdülen amaçların gerçekleşmesini önlemeye yönelik olan her iki yaptırım türü, maalesef kimi zaman yanlış ve keyfi, kimi zaman da geliş güzel uygulanmakta, bu nedenle özel teşebbüsün ihale işlerine uzak kalmalarına neden olmaktadır. Bu durum neticesinde, iktisadi ve kamusal amaç zedelenmekte, ticari hayat sekteye uğramaktadır.

Biz bu makalemizde, ihalelere katılmaktan yasaklanma fiilleri ile ihaleye fesat karıştırma suçu üzerine incelemelerde bulunup, bu konuda yüksek mahkeme kararlarını irdeleyerek, her iki yaptırımın da keyfi uygulamaların bir aracı haline geldiğinin ispatını, yargı kararları ile göz önüne sermeye çalışacağız.

BÖLÜM – 1

İHALELERE KATILMAKTAN YASAKLANMA

A) KAVRAM:

“İhalelere katılmaktan yasaklanma” kavramı, bir çok kanun ile irtibatlı bir kavramdır. Her ne kadar 4734 Sayılı Kanunun 58. maddesinin kenar başlığı olarak karşımıza çıksa da, aynı zamanda 2886 Sayılı Kanunun 83 vd. maddelerinde, 4734 Sayılı Kanunun 11, 17, 58. ve 59. maddelerinde, 4735 Sayılı Kanunun 25 vd. maddelerinde karşımıza çıkmaktadır. Hemen belirtelim ki, biz burada sadece 4734 Sayılı Kanun bünyesinde “ihalelere katılmaktan yasaklanma” kavramını ele alacağız.

Bu itibarla, ihalelere katılmaktan yasaklanma olarak adlandırılan “idari yaptırım” kararını, kavram ile ilgili tüm maddeleri göz önüne alarak değerlendirmek, aynı zamanda, her ne kadar idari bir işlem mahiyetinde olsa da, idare hukukuna hakim temel ilkeleri de bu değerlendirmeye dahil ederek “hukuki” ve “etkin” bir analize tabi tutmak gerekmektedir. Aksi takdirde, ticari hayat ve ihale süreçleri sekteye uğrayacak, nihayetinde ise “kamusal yarar” zarar görecektir.

İhalelere katılmaktan yasaklama idari yaptırımı ile ilgili verilen kararlara karşı yapılan itirazlar ve başvuru yargı mercilerinden çıkan kararlar bizi şu sonuca itmektedir: İdare, “kanuni” yaptırımı uygularken çok katı davranmakta, ancak “hukuki” değerlendirme yapmamaktadır. En ufak bir fiili dahi yaptırım bünyesine alan/almak isteyen idare, bu istemi nedeniyle bir çok ihalenin sekteye uğramasına ve kamusal yararın hiçe sayılmasına neden olmuştur. Her ne kadar itiraz ve yargıya başvuru hakkı açık olsa da, itirazı inceleyecek olan kurum da neticede bir idari kurum olduğundan, esasında tek etkin başvuru yolu, yargı kalmakta, ancak yargının ağır ve sorunlu işlemesinden dolayı da, geciken kararlar verilmekte ve icrası mümkün olmayan kararlar karşımıza çıkmaktadır.

Her ne kadar KİK verdiği kararlar ile bir külliyat oluşturmuş olsa da, verilen bu kararların, idari yargı kararları ile çelişen bir çok yönü olduğu görülmektedir. KİK'e yapılan itirazlarına ret cevabı alan isteklilerin/yasaklıların, idari yargıya yaptıkları başvurularının haklı görüldüğü yığınla karar bulunması, bizi böyle bir tespiti yapmaya götürmüştür.

Belirtilenler dahilinde, ihaleye katılmaktan yasaklama kavramı, bir çok gri alanı içinde barındıran ve maalesef uygulama ile elastiki bir yapıya dönüşen bir kavram olarak karşımızda durmaktadır. Fakat isteklilere ve hukukçulara düşen, bu kavramın içinde gri alanlar oluşturan, her fiili yasaklılık başlığı altında kapsayacak hale getiren idari uygulamalar hakkında idari ve yargısal başvuruları yaparak, “ihaleye katılmaktan yasaklama” kavramı adı altında oluşturulan yanlış uygulamalarla ortaya çıkan mağduriyetleri azaltmak ve bu yönde idari işlem tesis eden kurum ve kişiler hakkında yasal işlemleri başlatmaktadır. Aksi halde, “ihale” ile ilgili yasak fiil ve suçlar, keyfi uygulamaların esiri haline gelmeye devam edecektir.

B) 4734 SAYILI KANUN:

a) 58. Madde Açısından:

İhalelere katılmaktan yasaklanma yaptırımını, 4734 Sayılı Kanunun 58. maddesinde düzenleme alanı bulmuştur.² İlgili düzenlemede, yasaklama süreleri, hangi fiillerden dolayı yasaklama verilebileceği konusunda atıf yapılarak, hangi idari makamların ve hangi süre içerisinde bu kararı verebilecekleri açık ve net bir şekilde belirtilmiştir.

Yasaklamaya neden olan fiillere geçmeden önce, madde metni üzerinde biraz irdeleme yapmamız gerekmektedir.

Madde metninde, iki farklı süreden bahsedilmiştir. Birinci süre; haklarında yasaklama kararı verilen isteklilerin, ne kadar süre ile yasaklandıkları yönünde belirleyici bir süre, ikinci süre ise; idarenin bu yasaklama kararını, hangi zaman süreci içerisinde ve en geç ne kadarlık bir süre dahilinde verebileceği yönündeki süredir.

Esasen her iki süre hususunda da bir ihtilaf bulunmamakta, madde metni gayet açık bir şekilde konuyu anlatmaktadır.

Ancak; bu kadar açık bir şekilde belirtilmiş olmasına rağmen idare, ikinci süre olarak belirttiğimiz hususa dahi uymamakta, süre sınırlamasına bazen

2 Madde 58 - (Değişik fıkra: 30/07/2003 - 4964 S.K./35. md.)(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 halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir.*

Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir.

İhale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmezler.

*Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur. (**)*

İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür.

riayet etmemektedir. 4. fıkrada, yasaklama kararının, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç 45 gün içerisinde verilebileceğini, verilen bu kararın da en geç 15 gün içerisinde Resmi Gazete'de yayımlanmak için gönderileceğini beyan etmektedir. Madde metni gayet açık ve nettir. İdare, belirtilen bu sürelerle uymakla yükümlü ve zorunludur. Aksi takdirde, idari işlem “usul” yönünden sakat hale gelecek ve geçersiz olacaktır.

Nitekim, Danıştay 13. Daire önüne gelen bir dosyada, bu hususu açıkça ortaya koymuştur.³ İlgili karara konu yargılamada; pazarlık usulü ile yapılan 29.03.2004 günlü ihalede, davacı isteklinin fiilleri, A.. Üniversitesi Rektörlüğü Fen Edebiyat Fakültesi ihale komisyonu tarafından 4734 Sayılı Kanununun 17/b maddesinde belirtilen fiillerden olduğu tespit edilmiş, iş bu tespit 31.03.2004 tarihinde rektörlüğe bildirilmiş, rektörlük 28.04.2004 tarihinde YÖK'ten yasaklama kararı verilmesini istemiş, 09.06.2004 tarihinde YÖK tarafından ilgili Bakanlıktan, davacının ihalelere katılmaktan yasaklanması önerilmiş, yasaklama kararının ilgili Bakan tarafından 23.06.2004 tarihinde onaylandığı görülmüştür. Her ne kadar olayda birden fazla tarih bulunması, kafa karışıklığına neden olsa da, davaya konu ihale hakkında nihai kararı verebilecek makam A... Üniversitesi Rektörlüğü olduğundan, Rektörlüğün YÖK'e başvurusu olan 28.04.2004 tarihi, ilgili maddede geçen 45 günlük sürenin başlama tarihidir. Dolayısıyla, 23.06.2004 tarihinde verilen “yasaklama kararı” süre/usul yönünden sakat olduğundan, iptali gereken bir işlemdir.⁴

Yine ilgili maddede, madde 17'de belirtilen yasak fiiller dışında, herhangi bir mücbir sebep yokken, ihaleyi kazanan yüklenicinin sözleşme imzalamamasını da, yasaklama şartı olarak sayılmıştır. Dolayısıyla, yüklenici aldığı ihale için imzalanan sözleşmeyi, gösterilebilecek mücbir sebep yokken, imzadan imtina edemez. Maddede, mücbir sebep konusunda bir açıklama yahut atıf yapılmamak suretiyle, yine bu mücbir sebep kavramının içinin doldurulması, idarenin takdir hakkına teslim edilmiş durumdadır. Zira, bir yükleniciye mücbir sebep olarak gerçekleşen vaka, idareye göre mücbir sebep sayılmayabilir. Kanaatimizce bu hususta “sınırlı sayı ilkesi”ne dayalı olarak tahdidi olarak sayma sistemine gidilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

58. maddeye dayalı olarak verilecek yasaklama kararı, 4734 sayılı kanunun uygulama alanı olmayan ihaleler için de uygulanabilecektir.

Yine madde metninde, ihale sırasında veya sonrasında, ihalelere katılmaktan yasaklanma fiillerine uygun hareket eden isteklilerin tespit edilmesi halinde, ilgili ihaleye katılımları sağlanmayacağı gibi, aykırı fiil ile ilgili tespit hakkında çıkacak karar yürürlüğe girene kadar, aynı idarenin başka bir ihalesine de giremeyecektir.

³ Danıştay 13. Daire-E:2006/4272-K:2007/1029-T:05.03.2007

⁴ Aynı yönde kararlar için bkz. Danıştay 13. Daire-E: 2005/5992-K: 2005/5404-T: 08.11.2005// Danıştay 13. Daire-E:2005/7380-K:2006/1443-T:20.03.2006

b) 59. Madde Açısından:

59. madde, ihalelere katılmaktan yasaklanma fiili nedeniyle isteklilerin idare hukuku anlamında nasıl cezalandırılacağını düzenlemektedir⁵.

Maddenin birinci fıkrasında, istekliye isnat edilen fiil, aynı zamanda TCK anlamında bir suç oluşturuyor ise, yer yönünden yetkili Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulması emredici olarak düzenlenmekte, ayrıca eğer ilgili istekli hakkında kamu davası açılır ve ceza tertibine gidilir ise, TCK hükümleri dahilinde istekliye verilecek hapis cezası yanında, bir yıldan az olmamak kaydıyla en fazla üç yıl ihalelere katılmaktan yasaklanırlar. Bu madde itibariyle verilecek yasaklama süresinin başlangıcı olarak, 58. maddeye göre verilen ihalelere katılmaktan yasaklanma süresinin bitiş tarihini izleyen günden itibaren başlaması öngörülmüştür.

Dikkat çeken bir diğer nokta da şudur ki, 59. maddeye göre verilecek olan yasaklama kararı bir yargı kararı olup, sadece 4734 Sayılı Kanuna bağlı ihalelere katılmayı yasaklamaktadır. Dolayısıyla, diğer kanunlara tabi ihalelere (örneğin 2886 Sayılı Kanun) katılmayı yasaklayıcı bir hüküm, burada geçmemektedir. Zira 58. maddeye göre verilecek olan yasaklama tüm ihaleleri (istisnalar dahil) kapsamakta iken, 59. maddeye göre verilecek olan yasaklama, sadece 4734 Sayılı Kanuna bağlı ihaleler için geçerlidir. Fakat bunun pratik bir değeri bulunmamaktadır. Zira, 2886 Sayılı Kanununun 85. maddesi, benzer bir hüküm taşımaktadır.

Maddenin ikinci fıkrası, en çok tartışılan düzenlemelerden biridir. Bu düzenleme, haklarında TCK hükümleri dahilinde ve 4734 Sayılı Kanunda yer alan ihalelerden dolayı kamu davası açılanların ve 58. maddenin 2. fıkrasında sayılanların, 4734 Sayılı Kanun kapsamında yer alan ihalelere katılamayacağı belirtilmiştir.

5Madde 59 - 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 bulunulur. Hükmolunacak cezanın yanısıra, 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 yasaklanırlar.

Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince 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, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir.

Bu Kanunda belirtilen yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hükmolunanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır.

Bu madde hükümlerine göre; 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 Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur.

Kanaatimizce, ilgili kanunun en sorunlu maddesi bu maddedir ve eleştiriye çok açık bir madde olarak önümüzde durmaktadır.

Öncelikle, bu fıkra ile, ihaleye katılmaktan yasaklanmaya neden olan bir unsur daha getirilmiştir: 4734 Sayılı Kanuna tabi bir ihalede gerçekleştirilen fiil nedeniyle hakkında kamu davası açılmış bulunmak veya 58. maddenin 2. fıkrası düzenlemesi içerisinde yer almak.

İki açıdan bu hususu incelememiz gerekmektedir.

Birincisi, 58. maddeye göre verilen yasaklama kararının süresinin bittiği günü izleyen günden itibaren, 59. maddenin 1. fıkrasına göre vericecek yasaklama süresi işlemeye başlayacaktır. Örneğin, 2012 yılının 1. ayında yapılan bir ihale nedeniyle 58. maddeye göre 2 yıl yasaklamaya yaptırımına tabi olan bir istekli, 2014 yılının 1. ayına kadar yasaklı kalacaktır. Bu arada, isteklinin fiili TCK md. 235 dahilinde bir suç oluşturması hasebiyle hakkında soruşturma açılmış ve kamu davası ikame edilmiş ise, ayrıca bu istekli kamu davası kesinleşinceye kadar ihalelere katılmaktan yasaklı olarak kalacaktır. Yargılamanın 4 yıl sürdüğünü var sayar isek, istekli 2016 yılında verilen karar ile 1 yıl 59. maddeye göre cezalandırılır ise, isteklinin yasaklılık süresi 2015 yılının 1. ayında son bulmuş olacak ve 2015 yılı ile 2016 yılı arasındaki 1 yıllık sürede “haksız yere yasaklılık” hali ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla madde metninin tekrar ele alınması ve haksızlıklara uğrama ihtimalinin ortadan kaldırılması gerekmektedir. Düzenleme, olması gereken açısından uygundur ve fakat olan ve bir gerçek olarak karşımızda bulunan “yargınını yavaş işlemesi” gerçeği karşısında, bu hususun “olan” a uygun hale getirilmesi gerekmektedir.

İkincisi ise, madde metninde oluşturulan yasaklılık halinin şartı açısından dır. Madde metninde, istekli hakkında 17. maddede yer alan fiil veya davranışlardan TCK bağlamında suç oluşturduğu öne sürülen fiiller nedeniyle kamu davası açılması ön şartı, yasaklılık için kabul edilmiştir. Bu ön şartın, hukukun geldiği nokta itibariyle kabul edilmesi kanaatimizce mümkün olmadığı gibi, genel hukuk prensipleri, Uluslararası Hukuk ve Anayasa başta olmak üzere, normlar hiyerarşisindeki ilgili her bir norma aykırılık oluşturmaktadır.

Bu ön şartın Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi önüne gittiğini belirtmek isteriz. Anayasa Mahkemesi'nin bu konuya ilişkin vermiş olduğu karar, eleştiriye açıktır.⁶

İlgili kararın temelini oluşturan başvuru gerekçesinde, Türkiye'nin bir hukuk devleti olması karşısında, Anayasa'da yer alan eşitlik kuralına tüm devlet kurumlarının uyması gerektiği, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar herkesin masum olduğu, bu kural karşısında masumluk karinesinin aksi sabit oluncaya kadar, herkesin sözleşme serbestisine sahip bulunduğu, bu ilkenin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de yer aldığı, bu konuda AİHS'nin vermiş olduğu bir çok kararının bulunduğu, dolayısıyla belirtilen önşartın bu yönden Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir.

6 Anayasa Mahkemesi-E: 2007/68-K: 2010/2-T: 14.01.2010

Fakat Anayasa Mahkemesi, bu başvuruyu ret etmiştir. Gerekçesi ise çok ilginçtir:

“...Kamu İhale Kanunu’nda, kamuya ait parasal kaynakların kullanılması da gözetilerek, kamu ihalelerinde rekabetçi bir ortamın yaratılması ve ihaleye katılanlar arasında fırsat eşitliğinin SAĞLANMASI AMAÇLANMAKTADIR. Yukarıda sözü edilen eylemlerin niteliği dikkate alındığında itiraz konusu kural getirilen önlemin Kamu İhale Kanunuyla ulaşılmak istenen amaç için elverişsiz ve gereksiz olduğundan söz edilemez.

Söz konusu önlemin, belirtilen nedenlerle yargılanmaları devam eden kişilerin hukuki menfaatlerini olumsuz yönde ETKİLEYECEĞİ KUŞKUSUZDUR. Bu kişilerin yargılama sonucunda beraat etmeleri halinde bu olumsuz etki daha belirgin olarak ORTAYA ÇIKACAKTIR. Ancak bu kişilere isnat olunan eylemlerin niteliği ve bu eylemlerin sübut bulma olasılığı gözetildiğinde, bu kişilerin katılımıyla gerçekleştirilecek kamu ihalelerinin, ihaleyi yapan idareler bakımından olduğu kadar kamu yararı bakımından da telafisi güç ya da imkansız sonuçlar doğurabileceği DE AÇIKTIR. Bu yönüyle, itiraz konusu kural öngörülen idari önlemin, kamu yararının korunması amacıyla getirildiği anlaşıldığından, bu önlemin ulaşılmak istenen amaç yönünden orantısız olarak kabulü MÜMKÜN DEĞİLDİR. Anayasa’nın 48 inci maddesinde, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu ve özel teşebbüsler kurmanın serbest BULUNDUĞU BELİRTİLMİŞTİR. Kamu ihaleleriyle sınırlı olarak ve kamu yararı gözetilerek getirilen ve geçici süreli nitelik taşıyan bu önlemin, kamu ihalelerinde yasak fiil veya davranışta bulunduğu iddiasıyla yargılanması devam eden sanıkların dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetini ihlal ettiği söylenemez.

Öte yandan, Anayasa’nın 10. maddesinde, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin yasa önünde eşit olduğu, Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları İFADE EDİLMİŞTİR.

“Yasa önünde eşitlik ilkesi” hukuksal durumları aynı olanlar için SÖZ KONUSUDUR. Bu ilkeyle eylemli değil, hukuksal EŞİTLİK ÖNGÖRÜLMÜŞTÜR. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunanlar kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık TANINMASINI ÖNLEMEDİR. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ÇİĞNENMESİ YASAKLANMIŞTIR. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Katıldıkları bir kamu ihalesinde, Türk Ceza Kanunu bakımından suç oluşturan bir fiil veya davranışta bulunduğu iddiasıyla haklarında Cumhuriyet savcılarınca kamu davası açılanlar ile bu durumda bulunmayanlar, aynı konumda olmadıklarından farklı kurallara tabi tutulmaları Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz..."

Belirtilen bu gerekçeye katılabilmemiz mümkün değildir.

Şöyle ki;

Öncelikle Sayın Mahkeme, getirilen bu ön şartın, kanunun amacına uygun olduğunu belirtmektedir. Kanaatimizce, kanunun amacına uygunluğun tespiti, getirilen ön şartın hukuki olup olmaması değerlendirmesinden sonra ancak yapılması gereken bir tespittir. Ön şartın, kanunun amacına uygunluğu baştan kabul edilir ise, daha sonra hukukiliğinin sorgulanması sırasında olması gereken "nesnellik" ortadan kalkabilir. Bu nedenle, ön şartın hukuki açıdan analizinden sonra "amaca uygunluk" bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir.

Sayın Mahkeme, getirilen bu kısıtlamanın muhatabını olumsuz yönde etkilediğini, hatta isteklinin beraat etmesi durumunda, olumsuz etkinin daha belirgin hale geleceğini de belirtmiştir. Bu konudaki tespitin doğruluğu, ret edilemezdir.

Ancak Sayın Mahkeme, bu tespitin hemen ardından, bu kısıtlamaya muhatap olan istekli hakkında bir ceza verilmesi ve verilen cezanın kesinleşmesi durumunda, hükme konu isteklinin katılımıyla gerçekleştirilecek ihaleleri gerçekleştiren idareyi ve kamu yararını olumsuz etkileyeceği savını ortaya atmıştır. Kanaatimizce bu belirleme, doğru olmamıştır. Öncelikle, hakkında 59. maddede belirtilen noktada kamu davası açılmış bir isteklinin, ihalelere katılması, idare açısından yahut kamu yararı açısından nasıl bir olumsuz etki oluşturacaktır? İhale sürecinde yapılan fiiller, zaten re'sen göze alınacak, bir hukuka aykırılık söz konusu vuku bulmuş ise yeni bir işlem yapılacaktır. Eğer Sayın Mahkemenin burada kastettiği, hakkında kamu davası açılan isteklinin, yasaklama kararı almadan katıldığı bir ihaleyi kazanması ve buna binaen işe başlaması ve devam etmesi sırasında hakkında kesinleşmiş bir karar ortaya çıkarsa, yapılan işin yarım kalmasından dolayı idarenin yahut kamusal yararın kötü etkileneceği yönünde ise, bu yönlü bir tasavvura da katılmak kanaatimizce mümkün değildir. Zira, sözleşme imzalanması sırasında, sözleşmeye konu kamusal işin eksik yahut hiç yapılmaması veya yarım bırakılması durumunda uygulanacak prosedür belirtilmekte, bu ihtimale karşı zaten teminatlar (nakti kefalet, aynı kefalet gibi) alınmaktadır. İş yarım bırakan bir yüklenici ile, sözleşme süresi devam ederken hakkında kesinleşen hüküm nedeniyle işi bırakan yüklenici arasında, fiilen bir fark bulunmamaktadır. Kaldı ki, hakkında ihaleye katılmaktan yasaklama kararı verilen isteklinin, devam eden bir yükleniciliği de bulunabilir ve böyle bir durumda teminatlar çözülmekte, yeni bir ihale süreci başlamaktadır.

İlgili kararın devamında Sayın Mahkeme, Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyetinin, bu önlemlerle ortadan kalkmadığını, kamu ihaleleri ile sınırlı olarak ve geçici süreli getirilen bu önlemin çalışma ve sözleşme hürriyetini kısıtlamadığını belirtmiştir. Bu gerekçeye de katılmak mümkün değildir. Zira bilindiği üzere, isteklilerin, yani kamu ihalelerine katılan şahıs yahut şirketlerin bir çoğu, sadece kamu ihalelerine katılmaktadırlar. Belirtilen önlemlerle, isteklilerin önü kesilmekte, bir anlamda piyasadan silinmeleri süreci başlamaktadır. İstekliler, bu önlemlerle muhatap oldukları an, çalışma ve sözleşme yapma hakları ellerinden alındıkları aşıkardır. Dolaylı olarak istekliler bu önlemlerle, başka bir alanda çalışmaya zorlanmaktadırlar. Kaldı ki, insanların hayatları boyunca hiç kullanmayacakları bir haklarını ellerinden almak dahi, onların özgürlüklerine müdahale anlamına gelir. Bir insanın, kendisine yasak edilen bir alanın varlığını bilmesi, özgürlüğünü “anayasal” anlamda yaşamasına engel teşkil eder, ne var ki bu kısıtlama hukuk dışı bir normla gerçekleşsin.

Sayın Mahkeme, gerekçesinde devamında özetle, hakkında bir kamu davası açılmış istekli ile, hakkında kamu davası açılmamış bir istekli arasında fark olduğunu, her iki istekliyi aynı şartlar dahilinde değerlendirmenin mümkün olmadığını belirterek, “eşitlik” anlayışını ortaya koymuştur. Böyle bir mantıkla hareket edilecek olursa, 58. maddeye göre verilen yasaklama yaptırımı süresi ile 59. maddeye göre verilen yasaklama cezasının süresi sonunda, “sicili kirli” bir istekli ortaya çıkacağından, verilen kısıtlama sürelerinin bir anlamı olmamak gerekir. Haklarında daha kesinleşmiş bir mahkeme kararı yokken böyle bir statüye sokulan isteklinin, hakkında kesinleşmiş bir mahkeme kararı varken, yasaklama süresi ne kadar olursa olsun, neticede hiçbir ihaleye girmemesi gerekir ki, bu belirleme tam da Sayın Mahkemenin “eşitlik” anlayışına uygun düşmektedir!

Dolayısıyla, Sayın Mahkemenin “ret” kararı gerekçesi, kabul edilebilecek nitelikte bulunmamaktadır.

Zira, bazı üyeler Sayın Mahkemenin bu kararına katılmayarak, karşı oylarını dile getirmişlerdir.

Gerekçeleri burada aynen aktarmayı uygun görüyoruz:

“... 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 59 uncu maddesinin ikinci fıkrasının “Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler...” bölümünün aşağıdaki nedenlerle Anayasaya aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesindeyim:

1. Kuralla, Kamu İhale Kanunu'nun 17 nci maddesinde belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekillerinden, hakkında kamu davası açılanların yargılama süresince kamu ihalelerine KATILMALARI ÖNLENMEKTEDİR.

Çoğunluk gerekçesinde, bu yasaklamanın, yasa koyucu tarafından kamu yararı gözetilerek getirilen idari bir önlem niteliğinde olduğu KABUL EDİLMİŞTİR. Buna göre, bu önlem bir yaptırım olmadığı gibi, suçsuzluk karinesine de AYKIRI DEĞİLDİR.

Ancak, Anayasa'nın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi ve 125 inci maddesinde yer alan İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu kuralı karşısında, idareye takdir hakkı tanımaksızın ve idari yargının denetimine tabi olmaksızın bazı kişiler hakkında ihalelere katılma yasağı koyma mecburiyeti getiren önlemin Anayasa'da yargı denetimi dışında kalması öngörülen ayırksı hallere de uymadığı gözetildiğinde, Anayasaya uygun sayılması OLANAKLI DEĞİLDİR.

2. Kuralın sonucu olarak, hakkında kamu davası açılanların tekrar kamu ihalelerine katılabilmeleri ancak ceza kovuşturması sonunda beraatlerine ilişkin kesin hükme varılması halinde MÜMKÜN OLACAKTIR. Ülkemizde ceza davalarının kesin hükümle sonuçlanmasına kadar geçen ortalama süreler dikkate alınacak olursa, "idari bir önlem" niteliğinde kabul edilen kural nedeniyle bazı kişiler yıllarca hatta on yıllarca kamu İHALELERİNE KATILAMAYACAKLARDIR.

Anayasa'nın 48 inci maddesinde belirtilen çalışma ve sözleşme özgürlüğüyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin 13 üncü maddesi birlikte mütalaa edildiğinde, kuralın çalışma özgürlüğüne ölçüsüzce bir müdahale oluşturduğu, ayrıca kamu ihalelerinde dürüstlük ve şeffaflığın sağlanması amacı yönünden elverişli ve zorunlu da olmadığı, bu nedenlerle Anayasaya aykırılık içerdiği düşüncesindeyim.

Sonuç olarak kuralın, Anayasa'nın 2. ve 48 inci maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali gerektiği kanaatiyle, çoğunluk kararına katılmıyorum.

Başkanvekili : Osman Alifeyyaz PAKSÜT"

Bir başka üye ise şu haklı gerekçesini dile getirerek, karşı oy kullanmıştır:

" ... 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 59 uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki "Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler..." biçimindeki bölümün incelenmesi;

Kamu İhale Kanunu'nun 59 uncu maddesinde, aynı Kanun'un 17 nci maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilen ve bu fiil veya davranışları nedeniyle haklarında kamu davası açılanların, yargılama sonuçlanıncaya kadar bu Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacakları (yasaklanmaları) öngörülmektedirSöz konusu 59 uncu

maddenin, madde başlığında yer alan “İsteklilerin ceza sorumluluğu” şeklindeki ibareden ve birinci fıkradaki “...17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan... hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Hükmolunacak cezanın yanı sıra, ... bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla... yasaklanırlar” biçimindeki düzenlemeden, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmanın hukuki niteliğinin hak yoksunluğuna neden olan bir yaptırım (ceza) OLDUĞU ANLAŞILMAKTADIR. Anayasa'nın 38 inci maddesinde, “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, hiç kimse suçlu sayılamaz” denilerek, kişilerin yasal bir düzenlemeye uymadıklarının hükmen saptanmasından sonra suçlu sayılabilecekleri öngörülmekte ve suçlu sayılmanın sonucu olarak da haklarında YAPTIRIM UYGULANABİLMEKTEDİR.

İtiraz konusu kural ise yasak fiil veya davranışların hakkında kamu davası açılan tarafından işlendiğinin yargı kararıyla tespit edilmesi gereğini aramamakta, kamu davası açılmış olmasını tek başına yeterli sayarak, bu konumda olanların ihaleye katılmaktan yasaklanacaklarını hüküm ALTINA ALMAKTADIR.

Kural, bu haliyle Anayasa'nın 38 inci maddesindeki suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar hiç kimsenin suçlu sayılamayacağına ilişkin temel ceza İLKESİNE AYKIRIDIR.

Üye : Mehmet ERTEN”

c) 17. Madde Açısından:

4734 Sayılı Kanunun 17. maddesi, esasen uygulama açısından, “yasaklılık” hususunda omurga noktasını oluşturmaktadır.⁷

Maddede, ihalelerde yasak olan fiiller ve davranışlar belirtilmektedir.

⁷ Madde 17 - İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

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

b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.

c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.

e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.

Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısmında belirtilen hükümler uygulanır.

Başta, ihaleye fesat karıştırma veya bu suça teşebbüs etme fiilleri ve davranışları, yasak olarak belirtilmiştir. Maddede her ne kadar hile, tehdit gibi fiiller/davranışlar hakkında sayma yoluna gidilmiş ise de, “başka yollarla” ibaresi ile, sayılanlar dışında yapılan ve ihaleye fesat karıştırma suçunu yahut bu suça teşebbüsü oluşturan fiillerin tümünün, bu fıkra dahilinde değerlendirileceği belirtilmiştir.

Diğer fıkralarda sayılan haller de gayet açık bir şekilde düzenlenmiştir.

Burada önemli olan, kanun koyucunun amacına uygun olarak bu fiil ve davranışları yorumlamaktır. Kanun koyucunun amacı, ihalenin sıhhatini bozan, serbest rekabeti engelleyici tüm fiillerden ve davranışlardan uzak, eşitlik ilkesine uygun, şeffaf ve kamusal çıkarı doyumlayabilen bir ihalenin vücut bulmasıdır. Bu amacı sekteye uğratan her türlü fiil ve davranış yasaklanmıştır.

Genel olarak bu şekilde belirleme yapmak kolay olsa da, somut olayların değerlendirilmesini çok dikkatli yapmak gerekmektedir.

Örneğin, şartnameyi alan ve alınan şartnamedeki şartları taşımadığını yahut şartnamede belirtilen işi yapabilmesine engel olan ekonomik sıkıntıları olan bir isteklinin, teklif mektubu içerisine teşekkür mektubuna yer vermesi ve ihaleye teklif veremeyeceğini beyan etmesi, kimi zaman 17. madde dahilinde değerlendirilebilmektedir. Her ne kadar Danıştay, önüne gelen davalarda çok hassas davransa da, İdare bu hassasiyeti göstermemekte, kimi zaman en ufak fiili yahut davranışı 17. madde içerisinde görebilmektedir.

Örnekler çoğaltılabilir. Örneğin yine teklif mektubunun usulüne uygun verilmemesi, 17. madde dahilinde sayan İdarenin bu işleme karşı açılan iptal davasını Danıştay kabul etmiş, verilen yasaklılık nedeniyle istekliye maddi ve manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir.⁸ Yukarıda da belirttiğimiz üzere İdare, 17. maddenin yorumu hususunda çok katıdır ve en küçük bir eksikliği dahi, yasaklılık hali olarak sayabilmektedir.

Netice itibariyle, 4734 Sayılı Kanun dahilinde, “ihalelere katılmaktan yasaklanma” kararı verilebilmesi ve bunun şartları hususunda, büyük eksikliklerin bulunduğu açıktır. Gerek kanun metninin düzenlenmesinden gelen yanlışlıklar, gerekse idari ve yargısal makamların doğru olmayan belirlemeleri, isteklileri mağdur etmekte ve hatta telafisi imkansız zararlara uğrayarak ticari hayattan silinmelerine neden olmaktadır. İsteklilerin mahvına neden olan bu yanlış uygulamalar ve kanun metnindeki “normlar hiyerarşisine aykırılıklar”ın giderilmesi için, gerek isteklilere gerekse uygulayıcılara büyük sorumluluk düşmektedir. Öncelikle İdare, personeline bu konuda çok iyi bir eğitim verme yükümlülüğü altındadır. KİK başta olmak üzere, İdare içerisinde personelin dikkatli olması gereken kurallar, açık, net ve anlaşılır şekilde dile getirilmelidir. Yanlış verilen bir “yasaklama” kararı, bir çok açıdan

8 Danıştay 13. Daire-E: 2005/1819-K: 2005/4728-T: 26.09.2005

mağduriyetlerin temelini oluşturmaktadır. Ayrıca istekliler de şartnamenin alınmasından, sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süreçte, “yasaklama”ya neden olacak fiil ve davranışlardan önemle kaçınmalıdırlar. Bununla birlikte, yargının da uluslar arası sözleşmeler başta olmak üzere, tüm normları göz önüne alarak ve kanun koyucunun “yasaklama”dan kastının ne olduğu unutulmayarak önlerine gelen dosyaları irdelemeleri gerektiği, tekrarı gereksiz bir hatırlatıştan ibarettir.

BÖLÜM – 2

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU:

A) KAVRAM:

“fesat” kavramı, bir şeyi bozmak, bölmek anlamına gelmektedir. Kanun koyucu “ihaleye fesat karıştırma” deyimiiyle, hukuka uygun halde geçirilmesi gereken ihale sürecine müdahale ederek, hukuka aykırı girişimlerde bulunmayı kastetmiştir. Kanun koyucunun amacına uygun olarak yapılabilecek en doğru tanımlamanın bu şekilde olacağı kanaatindeyiz.

İhaleye fesat karıştırma suçu, TCK md. 235'te düzenlenmiştir. Mevcut düzenleme incelendiğinde, hangi fiillerin ihaleye fesat suçuna vücut vereceği tahdidi olarak sayılmıştır. Dolayısıyla, belirtilen fiiller dışında gerçekleştirilen hiç bir fiil ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut vermeyecektir. Bu itibarla, tahdidi olarak sayılan fiillerin dar yorumlanması gerekmektedir. Aksi takdirde, “yorum-kıyas” yasağı aşılmış olarak, yeni fiiller uygulama ile kanun metnine eklenmiş olur ki, bu da hukukun temel ilkeleri ile birebir çelişki oluşturmaktadır.

Zira Askeri Yargıtay, önüne gelen bir olayda, ihale öncesinde ve hazırlık aşamasında, tahmini fiyat oluşturulurken, tahmini fiyatın fahiş gösterilmesi fiilini “ihaleye fesat karıştırma” olarak nitelendiren Yerel Mahkeme kararını, mevcut fiilin ihaleye hazırlık aşamasında gerçekleştirilmiş olması, ihale komisyonunun tahmini fiyat belirlemesi ile bağlı bulunmaması ve ihaleye fesat suçunun ihale sürecinde gerçekleşmesinin zorunlu bulunması nedeniyle, bozmuştur.⁹ Görüldüğü üzere uygulamada, tahdidi olarak sayılan fiiller, geniş yorumlanmaktadır.

“ihale”, mevzuatımızda bir “özne” olarak kabul edilmiştir. İhale sürecine yapılan ve ihale sürecini olumsuz etkileyen fiilleri tahdidi olarak sayan kanun koyucunun buradaki amacı, “özne” olarak kabul edilen ihale sürecinin, failer tarafından “nesne” haline getirilerek, çıkar doğrultusunda yönlendirmelerinin önüne geçmektir.

B) TCK md. 235:

İhaleye fesat karıştırma suçu, tek bir maddede düzenlenmiştir.¹⁰ Mevcut

⁹ Askeri Yargıtay 2. Daire-E:2006/989-K:2006/1303-T:03.10.2006

¹⁰ *Madde 235 - (1) Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (*)*

(2) *Aşağıdaki hallerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır:*

a) *Hileli davranışlarla;*

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

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

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

düzenleme, ihaleye fesat karıştırma olarak belirlenen fiilleri, ikili bir ayrıma tabi tutmuştur:

- Hileli davranışlarla gerçekleştirilmesi zorunlu olan fiiller
- Hileli davranışlarla gerçekleştirilmesi zorunlu olmayan fiiller

1) Hileli Davranışlarla Gerçekleştirilmesi Zorunlu Olan Fiiller:

Maddenin 2. fıkrasının a bendinde, sayılan bu dört fiilin, hileli olarak gerçekleştirilmesi zorunludur. Dolayısıyla, hileli olarak gerçekleştirilmeden sayılan dört fiilin herhangi birinin gerçekleştirilmesi, ihaleye fesat karıştırma olarak addedilemeyecektir.

Bununla birlikte, dikkat edilecek olursa, sayılan fiiller, daha çok ihalede yer alan idari personel tarafından gerçekleştirilebilir fiillerdendir. Tabi ki, bu dört fiili idari personel olmayan kişilerin de gerçekleştirebilme olasılıkları vardır fakat, daha çok idari personelin nüfus alanı içerisinde yer alan fiiller olduğu açıkça görülmektedir.

2) Hileli Davranışlarla Gerçekleştirilmesi Zorunlu Olmayan Fiiller:

► TCK 235/2-b:

Belirtilen bentte sayılan fiilin, idari personel harici normal bir şahsın bilebilecek durumda olması, çok düşük bir ihtimaldir. Bu nedenle, bu bentte sayılan fiil de büyük olasılıkla, idari personel tarafından işlenebilir fiillerden sayılabilir.

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 yeterliğine 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 sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmiş ise, ceza yarı oranında artırılır. Zararın meydana gelmiş olduğu sabit olmakla birlikte miktarının belirlenememiş olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını engellemez.

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

(5) Yukarıdaki fıkralar hükümleri, kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara fesat karıştırılması halinde de uygulanır.

Dikkat edilecek olursa, “tekliflerle ilgili” önşartıyla başlayan tanımlama, fiile bir çerçeve çizmiştir. Tekliflerle ilgili olmayan ve fakat gizli olabilen bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak, ihaleye fesat karıştırma olarak adlandırılmayacaktır.

Peki, hangi bilginin “tekliflerle ilgili” olup, hangi bilginin olmadığı, nasıl anlaşılacaktır? Bu belirleme yapılırsa, kanaatimizce tekliflerin oluşum aşamasına etki eden unsurlar göz önüne alınmalı, ayrıca oluşturulan tekliflerin ihale bitimine kadar açıklanmaması zorunluluğu da göz önüne alınmalıdır.

► **TCK md. 235/2-c:**

Bu fıkra düzenlenen fiil, ihale sürecinde en çok karşılaşılan fiillerin başında gelmektedir. İhaleye girmek isteyen isteklinin, ihaleye girme iradesi, cebir, tehdit yahut hukuka aykırı başka bir yolla etkilenecek, ihaleye girmesinin engellenmesi hali, bu fıkra tanımlanmıştır.

Bu fıkra da, bazı şartlar fiilin gerçekleşmesi için zorunludur.

Şöyle ki;

Öncelikle, ihaleye girmesi engellenen isteklinin, ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip bir istekli olması gerekmektedir. Örneğin, bir ihalede, iş bitirme zorunluluğu aranma şartı var ise ve fakat isteklilerden bazıları bu iş bitirme yeterliliğine sahip olmadığı halde, ihale mahalline gelip, teklif kullanmak isterken, başka şahıs yahut şahıslar veya diğer istekliler tarafından ihaleye girmesi engellenir ise, kanaatimizce burada ihaleye fesat karıştırma suçu vücut bulmayacaktır. İş bitirme yeterliliğine sahip olmayan bir isteklinin, ihale şartnamesini almış ve teklif sunmak amacıyla ihale mahalline gelmiş olması, o isteklinin ihaleye katılma koşullarına ve yeterliliğine sahip bir istekli olarak tanımlanmasını engellemektedir. Zira şartnamelerde, “yeterlilik” konusunda ön koşul sunulmakta, katılma koşulları da açıkça belirlenmektedir.

Ayrıca, yine madde metninde kanun koyucu, sadece ihaleye değil, ihale sürecindeki diğer işlemlere de katılmanın engellenmesinden bahsetmiştir. Dolayısıyla, ihale ve ihale sürecindeki diğer işlemler göz önüne alınarak, mevcut fiilin değerlendirilmesi yapılmalıdır. Şartname almaya gelen bir isteklinin dahi, şartname almasının engellenmesi, diğer şartların varlığı durumunda, ihale sürecindeki işlemler başlığı altında altlanabileceğinden, ihaleye fesat karıştırma suçunun oluştuğu kabul edilmelidir kanaatindeyiz.

Yine madde metninde, cebir veya tehdit kullanmak ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, bu fiilin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Madde metnindeki bu beyandan, hukuka aykırı herhangi bir davranışla, ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip bir kişinin ihaleye yahut ihale sürecine katılması engellenmelidir. Madde metninde geçen “cebir” veya “tehdit” tabirleri, örnekleme olarak kullanılmıştır. Hukuka aykırı olan ve fakat cebir veya tehdit oluşturmayan bir fiil

nedeniyle de bu fıkra bağlamında suç oluşabilir. Örneğin, ihaleye katılmak için ihale mahalline gelen, ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip bir isteklinin, içerisinde teklifi bulunan çantanın, el çabukluğuyla ve fakat hiçbir tehdit ve/veya cebir uygulanmaksızın alınması ve bu durumun hukuki şartlar dahilinde tespit edilmesi durumunda, yine ihaleye fesat karıştırma suçunun oluştuğunu kabul etmemiz gerekecektir. Önemli olan, ihaleye katılma yeterliliğine ve koşullarına sahip isteklinin, ihale veya ihale sürecine katılmasının “hukuka aykırı” bir şekilde engellenmesidir. Yine bir örnek verilecek olursa, ihale mahallinde teklif kullanmak için gelen, ihaleye katılma koşullarına ve yeterliliğine sahip isteklilerden A'nın, daha önce aralarında husumet bulunan isteklilerden B'yi ihale mahallinde görüp, önceki husumete dayalı olarak B'ye saldırması, B'nin ise bu saldırıyı def etmek için A'ya karşılık vermesi suretiyle ortaya çıkan arbede nedeniyle, A'nın teklif saatini ve dakikasını geçirip, ihaleye katılamaması olayında, B'nin fiili, A açısından TCK md. 235/2-c bendinde düzenlenen suçun oluşumunu sağlamayacaktır. B açısından olayı düşünecek olur isek, A'nın saldırması nedeniyle B'nin de ihaleye katılamaması durumu söz konusu olsa, A açısından da TCK md. 235/2-c bendinde düzenlenen suçun oluşmadığını kabul etmemiz gerekecektir. Zira A'nın kastı B'nin ihaleye katılmasını engellemek değildir ve fakat A'nın B'ye saldırması nedeniyle A'nın cezai sorumluluğu ortaya çıkabileceği gibi, B'nin A'nın saldırması nedeniyle ihaleye katılamaması söz konusu olduğundan, bu konudaki maddi ve manevi tazminattan A sorumlu tutulabilecektir. Dolayısıyla, burada kanun koyucunun amacı belirlenmeli, olaylar bu amaca göre değerlendirilmelidir. Kanun koyucunun TCK md. 235'i düzenleme amacı, ihale sürecinin hukuki prosedürüne bir hanel gelmesini engellemektir.

► **TCK md. 235/2-d:**

Yine, ihaleye karıştırılan fesat suçlarında karşımıza çokça çıkan fiillerden biri, bu bentte düzenlenmiştir. Bu fıkra üzerinde çok iyi durulmalı, irdelemelerin iyi yapılması gerekmektedir.

Öncelikle, bu bentte sayına ve suça vücut veren fiilin failleri, ya ihaleye katılmak isteyen şahıslar olmalı, yahut da ihaleye katılan istekliler olmalıdır. Öncelikle fail olabilecek kişilerin tam ve net olarak belirlenmesi gerekmektedir. Madde metninde, “ihaleye katılmak isteyen şahıslar” ile “ihaleye katılan” şeklinde, ikili bir ayrıma gidilmiştir. Peki, bir şahıs, hangi anda ihaleye katılır, ihalenin hangi aşamasından sonra “istekli” sıfatına haiz olur? Kanaatimizce, bir şahıs, ihale şartnamesini almakla, “istekli” haline gelmektedir. Zira şartnamenin alınması, ihale sürecinde, “katılma” isteminin açığa çıktığı andır. Her ne kadar, ihaleye teklif vermeyi “katılma” olarak kabul etmek fikri öne sürülebilir ise, teklif vermekle, hem “ihaleye katılan” fiili “teklif veren” haline gelmekte, hem de teklif verdikten sonra madde metninde yer alan ve suç sayılan “fiyatı etkileme” imkansız hale gelmektedir. Bu nedenle kanaatimizce, ihale şartnamesi alan bir kişi “katılan” sıfatına sahip olmuş demektir.

“Katılmak isteyen” tabirinden ise kanaatimizce anlaşılması gereken, ihaleye katılma yeterliliğine ve koşullarına sahip olup, ihaleye girmek isteyip de henüz şartname almamış kişidir.

Bu kişilerin, fiyatı etkilemek amacıyla açık veya gizli anlaşma yapmaları, yine belirtilen fiilin unsurlarındandır. “fiyatı etkilemek”, ihale sürecinde ortaya çıkacak ve kabul edilebilir olarak addedilecek yaklaşık maliyeti etkilemek şeklinde yapılabileceği gibi, arttırım yahut eksiltmenin gizli yahut açık anlaşmayla ayarlanması şeklinde de vuku bulabilir. Burada önemli olan “fiyatı etkilemek”tir. Fiyatı etkilemek amacıyla yapılan tüm anlaşmalar, bu fiilin içerisinde yer almaktadır. Anlaşmanın oluşabilmesi için, katılmak isteyen yahut katılanların bir araya gelmeleri şart değildir. Haberleşmek suretiyle de anlaşma sağlanabilecektir.

Fıkırdaki düzenlenen bu fiilin ispatının çok zor olduğu açıktır. Zira, teknolojinin gelişmesi ile, bu fiile vücut vermek isteyenler, eskisi gibi ihale mahallinde anlaşma yapmamaktadırlar. Bu nedenle, CMK md. 140 dahilinde teknik takip kararı alınabilecek ve CMK md. 135 dahilinde iletişim dinlenmesi yapılabilecek suçlar arasında, ihaleye fesat karıştırma suçu da sayılmıştır. Dolayısıyla, teknik takip ve iletişimin dinlenmesi kararı alınarak, suç oluşturan fiilin tespiti sağlanabilecektir.

Maddenin geri kalan bentlerinde, arttırıcı unsur ve kapsam düzenlemeleri getirilmiştir.

Netice olarak, ihaleye fesat karıştırma suçunun, ancak maddede belirtilen fiiller ile gerçekleşebileceğini unutmamak gerekir. Sınırlı sayı yöntemini bu suç ile ilgili kullanan kanun koyucu, aynı zamanda dar yorum yapılması şartını da zımnen kabul etmiştir.

BÖLÜM – 3

SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalardan çıkan ilk sonuç, kanun koyucunun “ihale” kurumuna büyük önem verdiğiidir. Bu önem nedeniyle, bir çok kanunda bu konuyla ilgili düzenleme yer almakta, tedbirler ve cezalar ise yüksek tutulmaktadır.

“İhale”, kamusal yararın kendini maddi anlamda en sert şekilde hissettirdiği alanlardan biridir. “İhale” ile kamusal ihtiyaçlar, en uygun fiyatla ve en uygun sürede gerçekleştirmek amacıyla gerçekleştirilen bir süreçten ibarettir. Tabi bu sürecin sonunda, sözleşme yapılmaktadır. Yapılan bu sözleşme neticesinde gerçekleştirilen edim ile ilgili de bazı cezai şartlar ön görülmüş ve bu husus da TCK md. 236'da düzenlenmiştir.

Ancak, kamusal yararın tam olarak yerine getirilmesi için, ihalenin hukuki dairede ve eksiksiz yapılması gerektiği açık olup, kamunun zarara uygulanmasının engellenmesi gerekmektedir. İşte ihaleye verilen önem de buradan kaynaklanmaktadır.

İdari personelin, hukuki uygulayıcıların ve diğer bu suçların yargılanmasıyla ilgili olan şahısların dikkat etmeleri gereken husus, ihaleye fesat karıştırma olarak addedilen fiilin iyi analiz edilmesi ve kanuni şartlara uyup uymadığı değerlendirilken kanun koyucunun amacı, göz önünde bulundurulmalıdır.

Aynı husus, idari tedbir açısından da geçerlidir. Örneğin, ihaleye teklif yerine teşekkür mektubu veren bir isteklinin fiili, ihalelere katılmaktan yasaklanma tedbiri ile karşı karşıya kalmamalıdır.