

**T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**KAMU İHALE HUKUKUNDA
İDARİ YAPTIRIMLAR**

Bülent TORUN

2501929779

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Cemil KAYA

İSTANBUL, 2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : BÜLENT TORUN Numarası : 2501929779
Anabilim Dalı /
Anasanat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : PROF.DR. CEMİL KAYA
Tez Savunma Tarihi : 11.07.2019 Saati : 14:00
Tez Başlığı : KAMU İHALE HUKUKUNDA İDARE YAPTIRIMLAR

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE / REDİNE / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF. DR. CEMİL KAYA		Kabul
2-DOÇ.DR. ÇAĞLA TANSUĞ		Kabul
3-DR.ÖĞR. ÜYESİ SELMAN DURSUN		Düzeltilme
4-DR.ÖĞR. ÜYESİ CENK YAŞAR ŞAHİN		Kabul
5- DR. ÖĞR. ÜYESİ HALİT UYANIK		Düzeltilme

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DOÇ.DR. AHMET YAYLA		
2- DR.ÖĞR. ÜYESİ MUHAMMED DEMİREL		

ÖZ

KAMU İHALE HUKUKUNDA İDARİ YAPTIRIMLAR

Bülent TORUN

Kamu ihalesi kısaca, idarenin yüklenicisini seçmek için izlediği, bir dizi ilke ve kurallar çerçevesinde uygulanan bir usul (yöntem) olarak tanımlanabilir. Türkiye’de kamu ihalesine ilişkin kuralları düzenleyen önde gelen kanunlar, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK), 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK) ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’dur (DİK).

Etkin bir ihale sistemi kurulması ve özellikle kamu menfaatlerinin korunması amacıyla, ihale ve sözleşme sürecinde işlenen yasaklanmış fiil ve davranışlar ve suçlara yönelik olarak çeşitli idari ve cezai yaptırımlar öngörülmüştür. İdari yaptırımlar, yukarıda belirtilen ihale kanunları ile 5326 sayılı Kabahatler Kanunu gibi çeşitli kanunlarda düzenlenmekte iken, cezai yaptırımlar ve suçlar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenmektedir; bununla birlikte, ihale kanunlarında ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nda da cezai yaptırımlara ilgili ve irtibatlı hükümler vardır.

Bu çalışmada, ihale hukukundaki temel idari yaptırımlar; bu kapsamda özellikle, ihalelere katılmaktan yasaklama, teminatın gelir kaydedilmesi ve idare görevlilerine yönelik disiplin yaptırımları ile bu yaptırımlara sebep olan fiil ve davranışlar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kamu ihalesi, ihale, yasak fiil ve davranışlar, geçici teminat, kesin teminat, idari yaptırım.

ABSTRACT

ADMINISTRATIVE SANCTIONS IN PUBLIC PROCUREMENT LAW

Bülent TORUN

Public procurement (or public tender) can be defined briefly as a method applied in the frame of a set of principles and rules that the administration follow for selecting its contractor. In Turkey, these rules are regulated in (primarily) these laws: Public Procurement Law numbered 4734, Public Procurement Contracts Law numbered 4735, and State Procurement Law numbered 2886.

In order to build up an efficient procurement system, especially to protect public interests, there are various administrative sanctions and penal sanctions towards prohibited acts, conducts, and offenses committed in the tender process or contract process. While administrative sanctions are regulated in various laws, such as procurement laws mentioned above, and Misdemeanours Law numbered 5326, penal sanctions and offenses are regulated in Turkish Penal Law numbered 5237. However, there are provisions related to criminal law in procurement laws and Misdemeanours Law numbered 5326.

In this study, primary administrative sanctions in the public procurement law; in this context, particularly, prohibition from participation in tenders, registering as revenue of tender security, disciplinary sanctions towards officers, and acts and conducts result in these sanctions are examined.

Key Words: Public procurement, tender, prohibited acts or conducts, tender security, performance security, administrative sanction.

ÖNSÖZ

Tezimizin amacı, kamu ihale ve sözleşme süreçlerinde uygulanan idari yaptırımların her yönüyle incelenmesi, bu kapsamda, konuyla ilgili temel kavram, uygulama ve mevzuat hükümlerine yönelik, eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirme ve önerilerde bulunulmasıdır.

Kamu ihalesine ilişkin konular, dolayısıyla, bunlar içerisinde yer alan, ihale ve sözleşme sürecinde vuku bulan hukuka aykırı filler ve sonuçladıkları idari yaptırımlar da, esasen idare hukukunun kapsamında ele alınmaktadırlar. Bununla birlikte, ticaret hukuku, ceza hukuku ve borçlar hukuku gibi çeşitli hukuk alanlarıyla yakından irtibatlı olmaları nedeniyle, tezimiz hazırlanırken, kapsamındaki konuların salt idare hukukuna bağlamında değil, büyük oranda idare hukuku bağlamında ve fakat aynı zamanda disiplinler arası bir yaklaşımla ele alınması yoluna gidilmiştir. Bu usul ise, tezin hacmini (sayfa sayısını) artırmanın yanı sıra, tezin birincil düzeyde kapsamında yer almayıp doğrudan veya dolaylı olarak tez konularıyla ilgili olan bazı hususların geniş ve derin biçimde ele alınmayıp özet olarak belirtilmesini zorunlu kılmıştır.

Tezin hazırlanması ve kabulü sürecinde bilgilendirici, yapıcı ve teşvik edici yaklaşım ve katkılarda bulunan danışman hocam Prof. Dr. Cemil KAYA'ya içtenlikle teşekkürlerimi sunarım. Yine, tez jürimde görev alarak eleştiri, görüş ve önerilerini beyan eden; Doç. Dr. Çağla TANSUĞ'a, Dr. Öğr. Üyesi Selman DURSUN'a, Dr. Öğr. Üyesi Cenk Yaşar ŞAHİN'e ve Dr. Öğr. Üyesi Halit UYANIK'a da teşekkür ederim.

İstanbul, 2019

Bülent TORUN

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xiv
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK İHALE VE YAPTIRIM KAVRAMLARI

I. İHALE	3
A. Kavram ve Tanım	3
B. Hukuki Niteliği.....	5
C. Önemi.....	11
D. İhale Kanunları ve Diğer Mevzuatı.....	12
1. Genel Olarak	12
2. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu.....	14
3. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu.....	16
4. 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu.....	19
E. Kamu İhalelerinde Uyulması Zorunlu Temel İlkeler	19
1. Saydamlık (Şeffaflık, Açıklık).....	21
2. Rekabet	22
3. Eşit Muamele	22
4. Güvenirlilik	22
5. Gizlilik	23
6. Kamuoyu Denetimi.....	23
7. İhtiyaçların Uygun Şartlarda ve Zamanında Karşılanması ve Kaynakların Verimli Kullanılması.....	24
8. KİK'nin 5. Maddesinde Belirtilen (Temel Nitelikteki) Diğer Kurallar.....	24
F. 4734 Sayılı KİK'ye ve 2886 Sayılı DİK'ye Göre İhale Usulleri ve İhale Sürecindeki Temel Aşamalar	25

II. YAPTIRIM (MÜEYYİDE)	27
A. Kavram, Tanım ve Sınıflandırma	27
B. Cezai Yaptırım ve İdari Yaptırım Ayrımı	31
1. Cezai Yaptırımlar.....	31
2. İdari Yaptırımlar	33

İKİNCİ BÖLÜM

İHALE VE SÖZLEŞME SÜRECİNDE İSTEKLİLERE YÖNELİK İDARİ YAPTIRIMLAR

I. GENEL OLARAK.....	44
II. KAMU İHALELERİNE KATILMAKTAN YASAKLAMA	47
A. Amacı, Hukuki Niteliği, Anayasa ve Kabahatler Kanunu Yönünden Değerlendirilmesi.....	47
1. Genel Olarak	47
2. Amacı.....	47
3. Hukuki Niteliği	51
4. Anayasa Yönünden Değerlendirilmesi	52
5. Kabahatler Kanunu Yönünden Değerlendirilmesi.....	56
B. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'na Göre Yasaklama	58
1. Genel Olarak	58
2. KİK'nin Yasaklamayla İlgili Hükümlerinin Kapsamı.....	59
a. Yasaklama İşlemi Yapılacak İhaleler Yönünden Kapsamı.....	59
b. Yasaklanacak Kişiler Yönünden Kapsamı	61
c. Yasaklı Kişilerin Katılamayacağı İhaleler Yönünden Kapsamı	63
3. Doğrudan Temin Usulü ve Yasaklama Yaptırımı	64
4. Yasaklama Sebepleri.....	66
a. Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.....	66
b. İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak	74

c. Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek	76
d. Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten veya vekâleten birden fazla teklif verilmesi.....	79
e. KİK'nin 11. maddesinde sayılan “ihaleye katılmayacak kişiler”den olmasına rağmen ihaleye katılmak.....	84
f. İhale üzerine kaldığı halde, usulüne göre sözleşme yapmaktan kaçınmak	94
C. 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na Göre Yasaklama	96
1. Genel Olarak	96
2. KİSK'nin Yasaklamayla İlgili Hükümlerinin Kapsamı.....	97
a. Yasaklama İşlemi Yapılacak İhaleler Yönünden Kapsamı.....	97
b. Yasaklanacak Kişiler Yönünden Kapsamı	100
c. Yasaklı Kişilerin Katılmayacağı İhaleler Yönünden Kapsamı	100
3. Yasaklama Sebepleri.....	101
a. Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.....	101
b. Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.....	101
c. Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak.....	102
d. Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek	104
e. Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya KİSK'nin 29. maddesinde düzenlenen “bilgi ve belgeleri açıklama yasağı”na aykırı hareket etmek	104
f. Mücbir sebepler dışında ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdün yerine getirilmemesi	106
g. Sözleşmenin (16. maddeye aykırı olarak) devredilmesi veya devralınması	112
h. Yüklenicilerin, alt yüklenicilerin, danışmanlık hizmet sunucularının, tedarikçilerin ve hizmet sunucularının, sözleşmeye aykırı fiilleriyle idarenin zararına sebep olmaları	112

D. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'na Göre Yasaklama	113
1. Genel Olarak	113
2. DİK'nin Yasaklamayla İlgili Hükümlerinin Kapsamı	114
a. Yasaklama İşlemi Yapılacak İhaleler Yönünden Kapsamı.....	114
b. Yasaklanacak Kişiler Yönünden Kapsamı	115
c. Yasaklı Kişilerin Katılmayacağı İhaleler Yönünden Kapsamı	116
3. Yasaklama Sebepleri.....	117
a. Hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek	117
b. Açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde, isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kırarak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağırma ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak veya ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak	118
c. İhale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak	118
d. Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmamak, sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçmek, mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmemek.....	119
E. İdarece Gerçekleştirilen Yasaklama İşleminde Yetki, Şekil ve Usul.....	121
F. Uygulanması Mahkeme Kararını Gerektiren İhalelere Katılmaktan Yasaklama Yaptırımı	135
1. Genel Olarak	135
2. Bir Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Güvenlik Tedbirleri	136
3. KİK'ye Göre Yasaklama	138
4. DİK'ye Göre Yasaklama	145
5. KİSK'ye Göre Yasaklama	147
G. Uygulanması Mahkeme Kararını Gerektiren Özel Hukuk Tüzel Kişisine İdari Para Cezası Yaptırımı.....	147

III. TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLMESİ.....	153
A. Amacı, Hukuki Niteliği, Anayasa ve Kabahatler Kanunu Yönünden Değerlendirilmesi.....	153
1. Genel Olarak	153
2. Amacı.....	156
3. Hukuki Niteliği	159
4. Anayasa Yönünden Değerlendirilmesi	159
5. Kabahatler Kanunu Yönünden Değerlendirilmesi.....	160
B. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'na Göre Teminatın Gelir Kaydedilmesi	161
1. Genel Olarak	161
2. Teminatın Gelir Kaydedilmesini Gerektiren Fiil ve Durumlar	162
a. İhaleye katılımda yeterlik durumunun araştırılması kapsamında istekli tarafından imzalanan taahhütnamelerde beyan edilen hususların gerçeğe aykırı olduğunun tespit edilmesi veya beyan edilen hususların süresi içerisinde istekli tarafından belgelendirilememesi	162
b. KİK'nin 11. maddesine göre ihaleye katılamayacak olan kişilerin ihaleye katılması	163
c. İhale komisyonu tarafından tekliflerin değerlendirilmesi çalışmaları sırasında tespit edilen, tekliflerdeki net olmayan hususların ve belgelerdeki bilgi eksikliklerin idarenin yazılı bildirimine rağmen süresi içerisinde giderilmemesi	164
d. İhale üzerinde kalan isteklinin kesin teminatı tesis etmemesi ve sözleşme imzalamaması	165
e. Danışmanlık hizmet ihalelerinde geçici teminatın gelir kaydedilmesi	166
C. 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na Göre Teminatın Gelir Kaydedilmesi.....	167
1. Genel Olarak	167
2. Teminatın Gelir Kaydedilmesini Gerektiren Fiil ve Durumlar	168
a. Sözleşmenin Kanun'a aykırı olarak devredilmesi ve devralınması	168
b. Yüklenicinin iflas etmesi	170
c. Yüklenicinin ağır hastalık, tutukluluk veya hapis nedeniyle taahhüdünü yerine getiremediği hallerde, taahhüdün yerine getirilmesi için, idarenin kabul edeceği bir yasal temsilcinin atanmaması	170

d. Yüklenicisi ortak girişim olan ve pilot/koordinatör ortak bulunan ihalelerde, ortak girişimin dağılması, pilot/koordinatör ortağın iflası, pilot/koordinatör ortak gerçek kişi ise ağır hastalığı, tutukluluğu, hapis cezasına mahkûmiyeti	171
e. Yüklenicinin mali acze düşmesi nedeniyle taahhüdünü yerine getirememesi	171
f. Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşmeye uygun olarak yerine getirmemesi	172
g. Yüklenicinin sözleşmenin uygulanması sırasında yasak fiil veya davranışlarda bulunması.....	173
h. İhale aşamasında yasak fiil ve davranışlarda bulunulduğunun sözleşme aşamasında tespit edilmesi	173
D. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'na Göre Teminatın Gelir Kaydedilmesi	175
1. Genel Olarak	175
2. Teminatın Gelir Kaydedilmesini Gerektiren Fiil ve Durumlar	175
a. İhale üzerinde kalan isteklinin usulüne göre kesin teminatı tesis etmemesi ve sözleşmeyi idareye vermemesi.....	175
b. Yüklenici veya müşterinin taahhüdünü hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi	176
c. Sözleşmenin izinsiz devri.....	177
d. Yüklenici veya müşterinin, iflas etmesi nedeniyle taahhüdünü yerine getirememesi ve bunun idarenin zararına neden olması	177
E. Teminatın Gelir Kaydedilmesi İşleminde Yetki, Şekil ve Usul.....	178

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İHALE VE SÖZLEŞME SÜRECİNDE YER ALAN

KAMU GÖREVLİLERİNE YÖNELİK İDARİ YAPTIRIMLAR

I. GENEL OLARAK.....	179
II. İHALE VE SÖZLEŞME SÜREÇLERİNE KATILAN KAMU GÖREVLİLERİ.....	180
A. İhale Yetkilisi.....	181
B. İhale Komisyonunda Görev Alanlar	181

C. Muayene ve Kabul Komisyonlarında Görev Alanlar.....	182
D. Diğer Görevliler	183
III. DİSİPLİN CEZALARI	183
A. Genel Olarak Disiplin Suçu ve Disiplin Cezası.....	183
B. İhale ve Sözleşme Süreçlerinde Disiplin Suç ve Cezaları	189
C. İhale Kanunlarında Disiplin Cezasını Gerektirdiği Belirtilen Fiiller.....	190
1. KİK'ye Göre	190
a. KİK'nin 17. maddesinde belirtilen (yasaklanan) fiil ve davranışlarda bulunulması	191
b. Görevin kanuni gereklere uygun ve tarafsızlıkla yapılmaması	192
c. Sözleşmenin idarece süresi içerisinde yapılmaması nedeniyle yüklenicinin taahhüdünden vazgeçmesi.....	192
d. İsteklilerle ilgili olup gizli kalması gereken bilgileri ifşa etmek veya kişisel yarar için kullanmak	193
e. İhaleye çıkılmadan önceki süreçte riayet edilmesi gereken bir takım kurallara aykırı hareket etmek.....	193
2. KİSK'ye Göre	194
3. DİK'ye Göre	195
D. Disiplin Cezaları	196
E. Memur Olma Koşullarının Kaybına Sebep Olan İhale Suçları.....	200
F. Disiplin İşlemlerinde Yetki, Şekil ve Usul Kuralları	202
G. Ceza Soruşturmasının ve Kovuşturmasının Disiplin Soruşturmasına Etkisi...	211
IV. KAMU GÖREVLİSİNE İDARİ PARA CEZASI.....	216

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İDARİ YAPTIRIMLARA KARŞI BAŞVURU YOLLARI

I. GENEL OLARAK.....	220
II. İDARİ BAŞVURU	224
A. Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama ve Teminatın Gelir Kaydı İşlemlerine Karşı	224
B. Kamu Görevlilerine Yönelik İdari Yaptırımlara Karşı	228

1. Disiplin Cezalarına Karşı.....	228
2. Kamu Görevlisine İdari Para Cezası Yaptırımına Karşı.....	230
III. YARGISAL BAŞVURU.....	231
A. Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama ve Teminatın Gelir Kaydı İşlemlerine Karşı	231
B. Kamu Görevlilerine Yönelik İdari Yaptırımlara Karşı	239
1. Disiplin Cezalarına Karşı.....	239
2. Kamu Görevlisine İdari Para Cezası Yaptırımına Karşı.....	242
SONUÇ.....	246
KAYNAKÇA	276



KISALTMALAR LİSTESİ

AATUHK	:	6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun
AB	:	Avrupa Birliği
ABD	:	Ankara Barosu Dergisi
Ae.	:	Aynı eser (aynı esere izleyen referans için)
age.	:	Adı geçen eser
agm.	:	Adı geçen makale
AİD	:	Amme İdaresi Dergisi (TODAİE)
AİHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFY	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
AÜSBFD	:	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AÜSBFY	:	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları
AYD	:	Anayasa Yargısı Dergisi
AyM	:	Anayasa Mahkemesi
BK	:	6098 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	:	Bakınız
BM	:	Birleşmiş Milletler
bs.	:	Bası
bsk.	:	Baskı
C.	:	Cilt numarası
c.	:	Ciltten oluşur
CMK	:	5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	:	1412 sayılı (mülga) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
DnD	:	Danıştay Dergisi
D D	:	Danıştay ... Dairesi
DEÜHFD	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DHAİUY	:	Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği
DİDDK	:	Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
DİK	:	2886 sayılı Devlet İhale Kanunu
DMK	:	657 sayılı Devlet Memurları Kanunu

E.	:	Esas
EHFD	:	Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
GSMH	:	Gayri Safi Milli Hâsıla
GÜHFD	:	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HSYK	:	Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
IMF	:	Uluslararası Para Fonu (International Monetary Fund)
İÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHFY	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
İÜSBE	:	İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
İYUK	:	2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	:	Karar
KEP	:	Kayıtlı elektronik posta
KHOBD	:	Kara Harp Okulu Bilim Dergisi
KİGT	:	Kamu İhale Genel Tebliği
KİK	:	4734 sayılı Kamu İhale Kanunu
KK	:	5326 sayılı Kabahatler Kanunu
KİSK	:	4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
KMYKK	:	5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu
MAİUY	:	Mal Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği
MUK	:	1050 sayılı (mülga) Muhasebe Umumiye Kanunu
MÜHFHAD	:	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
RG.	:	Resmi Gazete (tarih ve sayısı)
MÜSBE	:	Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
s.	:	Sahife
S.	:	Sayı
sy.	:	Sayı
SGK	:	Sosyal Güvenlik Kurumu
SPK	:	2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
SÜHFD	:	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
t.	:	tarih
TAAD	:	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	:	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	:	Türkiye Büyük Millet Meclisi

TCK	:	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TFÖHK	:	6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun
TMK	:	3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu
TMSF	:	Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
TODAİE	:	Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü
TTK	:	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TÜİK	:	Türkiye İstatistik Kurumu (Devlet İstatistik Enstitüsü)
UMD	:	Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi
WTOGPA	:	Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşması (The Agreement on Government Procurement)
YBHD	:	Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
YİUY	:	Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliği
YÜD	:	Yaşar Üniversitesi Dergisi (Journal of Yaşar University)

GİRİŞ

Ülkemizde kamu ihaleleri her dönemde, hukuki, iktisadi ve ticari yönden, her kesimden insanın, bunun kaçınılmaz bir sonucu olarak medyanın ilgisini çeken ve çeşitli olaylarla zaman zaman gündeme gelen konular arasında yer almaktadır. Bu ilginin temel kaynağının, kamuoyu nezdindeki, ihalelerin hukuka uygun biçimde gerçekleştirilmediği, daha açık bir ifadeyle, kamu ihalelerinin yoğun biçimde yolsuzluklar yapılan bir alan olduğu şeklindeki genel olduğu söylenebilir.

Bir işin (ihale dışı usuller yerine) ihale usulüyle gerçekleştirilmesinden (daha kapsayıcı bir ifadeyle, ülkede uygulanan ihale sisteminden) beklenen faydaların elde edilebilmesi için, gerek ihale ve gerekse sözleşme sürecinde, (istekli, danışman ve idare görevlileri başta olmak üzere) sürece dahil olan tüm aktörlerin, genel olarak ihalelere hâkim olması gereken ilkeler temel alınarak oluşturulan hukuk kurallarına eksiksiz biçimde riayet etmeleri, yasaklanan ve hukuk düzenince meşru görülmeyen fiil ve davranışlardan kaçınmaları gerekmektedir. Aksi halde, ihaleye konu iş için en uygun (koşulları sağlayan) sözleşmecinin seçilememesi ve ihaleye konu işin kaliteli ve ekonomik biçimde gerçekleştirilememesi tehlikesi doğacaktır.

İhale ve sözleşme süreçlerinde yasaklanan fiil ve davranış tiplerinin neler olduğu ve bunlara yönelik yaptırımlar (ihale hukukumuzun üç temel kanunu olan) 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda açıkça düzenlenmiştir. Belirtilen kanunların yanı sıra, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda da bu alanla doğrudan irtibatlı düzenlemeler vardır.

Çalışmamızın amacı, anılan kanunlarda yer alan (yasaklanan) fiil ve davranışlar ile bunların işlenmesi halinde uygulanacak idari yaptırımlar olan; ihalelere katılmaktan süreli yasaklama, teminatın gelir kaydedilmesi ve (ihale ve sözleşme sürecinde görev alan idare görevlilerine yönelik) disiplin ve idari para cezası yaptırımlarının incelenmesi, bu kapsamda, eleştirel bir yaklaşımla, ilgili kanun hükümleri ve uygulamaya ilişkin değerlendirme ve önerilerde bulunulmasıdır.

Belirtmek gerekir ki, ihale ve sözleşme süreçlerinde hukuk düzeninin yasakladığı fiillerin işlenmesi, idari yaptırımları gerektiren haksızlıkları oluşturmalarının yanı sıra, unsurlarının mevcut olması halinde, TCK'ye göre (Kanun'un 235. maddesinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma, 236. maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçları başta olmak üzere) bir veya birden

fazla suçu da oluşturabilir ve bunun sonucunda, çalışmamızın konusunu oluşturan idari yaptırımların yanı sıra (sürelî hapis cezası, adli para cezası ve güvenlik tedbirleri gibi) cezai yaptırımların da (ceza mahkemesince verilecek hükme dayalı olarak) uygulanması gündeme gelebilir. Suç oluşturan fiiller ve cezai yaptırımları çalışmamızın kapsamı dışında yer almakla birlikte, çalışmamız kapsamındaki temel konularla yakın ilişkisi bulunduğundan, konunun bütünlük içerisinde ortaya konulması amacıyla, yeri geldiğinde ihale suçları ve yaptırımlarına da değinilecektir.¹

Tezimizde öncelikle (genel ve kavramsal bir çerçeve ve temel oluşturmak amacıyla) ihale (bu bağlamda ihalenin hukuki niteliği, ekonomik anlam ve önemi, temel ihale ilkeleri ve ihale hukukumuzun temel kaynaklarını oluşturan ihale kanunları ve diğer mevzuatı) ve yaptırım (bu bağlamda idari ve cezai yaptırım) kavram ve terimleri hakkında bilgiler verilecek ve değerlendirmelerde bulunulacak, daha sonra, temel ihale kanunları olan KİK, KİSK ve DİK’de yer ihalelere katılmaktan idarece sürelî yasaklama, teminatın gelir kaydı ve (anılan kanunlarla birlikte) 657 sayılı DMK ve 5018 sayılı KMYKK hükümleri esas alınarak, ihaleci idarenin ihale ve sözleşme sürecinde yer alan kamu görevlilerine yönelik idari yaptırımlar olan disiplin yaptırımları incelenecek, bunlarla ilgili açıklama ve değerlendirmelerde bulunulacak; son olarak, yapılan açıklama ve değerlendirmeler ışığında ulaşılan sonuç ve öneriler özetle ortaya konulacaktır.

¹ Tez metninde yer verilen mevzuat hükümleri (aksi belirtilmediği sürece) T.C. Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğünün resmi web sitesi olan www.mevzuat.gov.tr’den (3.4.2019 tarihi itibarıyla güncel olacak şekilde) aktarılmıştır. Bunlarla ilgili olarak dipnotlarda kaynak ve tarih bilgisi belirtilmemiştir. Diğer durumlarda kaynak ve güncellik tarihi bilgisi dipnotlarda belirtilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK İHALE VE YAPTIRIM KAVRAMLARI

I. İHALE

A. Kavram ve Tanım

Arapçadan Osmanlıcaya ve oradan da günümüz Türkçesine geçen² “ihale” (ihâle) sözcüğü, Türkçe sözlükte “Bir işi veya bir malı birçok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene bırakma, eksiltme veya artırma.” şeklinde tanımlanmaktadır.³ Sözcük esasen, rekabet (yarışma) oluşturma fikrini temel alan “artırma” veya “eksiltme” işlemini de kapsayan bir dizi işleminin tamamlayıcı ve son aşaması olarak, artırma veya eksiltmeye konu işin bir kişi (istekli/ihale katılımcısı) üzerine bırakılması (bırakmaya ilişkin karar ve irade açıklaması) anlamına sahip olmakla birlikte,⁴ günümüz Türkçesinde, artırma veya eksiltmenin, önceden belli olan şartlar çerçevesinde, isteklilerden (işe talip olanlardan) hangisi üzerinde bırakılacağına ilişkin (ihalenin aktif süjesi olan tarafın, kamu ihalelerinde idarenin) irade açıklaması (karar verme işlemi) ile birlikte bu işlemden önceki süreci oluşturan hazırlık ve artırma (müzayede) ve eksiltme (münakasa) işlemlerini de kapsayan bir üst kavram ve sözcük olarak algılanmakta ve kullanılmaktadır.

Genel ve kapsayıcı bir tanım yapmak gerekirse, ihale; alım, satım, kiralama, yapım vb. bir işi konu alan bir sözleşme yapacak önerici tarafça (icapçı âkit), birden fazla sayıdaki istekliler içerisinde birini seçmek amacıyla ve belirli ilke ve teknikler çerçevesinde izlenen usul ve gerçekleştirilen işlem ve eylemleri (bir bütün olarak) ifade eder. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin kabulcü tarafını seçmek amacıyla yönelik olarak önerici (icapçı) tarafın izlediği usul ve bu usul kapsamında gerçekleştirilen işlemlere bir bütün olarak “ihale” denilmektedir. Bu bütünün içerisinde, birbirini izleyen ve her biri diğeriyle irtibatlı birden fazla aşama ve işlem vardır; bu nedenle ihalenin bir **idari işlemler dizisi** olarak tasvir edilmesi mümkündür.

² Bir etimoloji sözlüğüne göre; Arapça kökenli olan ihale sözcüğü, Ahmet Vefik Paşa'nın “Lehçe-1 Osmani” isimli eserinde, **havale, sipariş, ısmarlamak tahvil etmek** olarak tanımlanmakta, Arapçada ise; **döndürme, alacaklıyı başkasına yönlendirme, borcu devretme** anlamlarına gelmektedir. Sevan Nişanyan, **Nişanyan Sözlük - Çağdaş Türkçenin Etimolojisi**, www.nisanyansozluk.com, 10.6.2019.

³ **Türkçe Sözlük**, Türk Dil Kurumu, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 8. bs., 1988, s. 1052. Anılan sözlüğün daha güncel olan çevrimiçi sunumunda da aynı tanım bulunmaktadır. www.tdk.org.tr, 10.6.2019.

⁴ Nitekim mülga ihale kanunlarımızdan biri olan 661 sayılı Kanun'un ismi, artırma ve eksiltme anlamlarını da içeren “**Müzâyede ve Münâkasa ve İhâlât Kânûnu**” idi. RG. 28.4.1925 - 97.

Yukarıdaki paragrafta belirtilen genel ve çerçeve niteliğindeki tanımlama, kamu ihale hukukunun konusunu oluşturan ihalelerin yanı sıra, (örneğin) icra ve iflas hukukunun konusuna giren cebri satış ihalelerini, paylı mülkiyetin sona erdirilmesi amacıyla mahkeme kararına dayalı olarak yapılan ihaleleri ve hatta hazinenin borç temini için yaptığı ihaleleri⁵ dahi kapsar. Hatta özel hukuk kişilerinin, tamamen serbest iradelerine dayalı olarak düzenledikleri (artırma ve eksiltme niteliğindeki) ihaleler de (örneğin, antika eşya ve sanat eserlerinin açık artırma ile satılması veya mal ve hizmet alımı amacıyla yapılanlar) bu geniş tanımın kapsamında değerlendirilebilir.

İhalenin tarihsel olarak ilk örnekleri artırma ve eksiltme usulleridir. En uygun fiyat ve koşulu öneren satıcıyı veya alıcıyı bulmak amacıyla, alıcı veya satıcı olmak isteyenler arasında rekabet (yarışma) oluşturmak üzere uygulanan artırma ve eksiltme usulleri, bugünkü (modern) haliyle ihalenin tarihteki bilinen ilk ve en temel şekilleridir. Bu kavram zaman içerisinde değişip gelişerek, ihale teknikleri ve hukuki rejimi yönünden bugünkü halini almıştır.

İdare, iktisadi⁶ ve siyasi nitelikteki çeşitli sebeplerle, faaliyetlerinde birer üretim girdisi olan mal, hizmet, yapı ve tesislerin tümünü kendi bünyesinde (emanet usulüyle) üretmek, yapmak ve tesis etmek yerine, bunların bir kısmını, bedelini ödeyerek piyasada faaliyet gösteren özel hukuk kişilerinden temin eder, diğer bir ifadeyle, özel hukuk kişilerinden veya özel hukuk kişileri aracılığıyla temin, inşa ve tesis ettirir. İdare bunu yaparken, fiyat ve nitelik başta olmak üzere en uygun şartları sağlamayı mümkün kılan ihale usulüne başvurur. Bu bağlamda ihale; idarenin fiyat ve nitelik başta olmak üzere en uygun şartları sağlayarak mal, hizmet, yapı ve tesis almak, yapmak ve tesis etmek amacıyla izlediği bir usuldür.

⁵ Devlet iç ve dış borçlanma işlemleri (dolayısıyla, bu işlemlere ilişkin ihaleler) **4059 s. Finansal İstikrar ile Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun** (kanunlaştığı 9.12.1004 tarihinde Kanun'un adı, "Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun" iken, bugüne kadar birkaç kez değişikliğe uğramış ve nihayetinde 17.1.2019 tarihli ve 7161 sayılı Kanun'un 21. maddesi ile son şeklini almıştır) ve **4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun** ile bu Kanunlara göre çıkarılan yönetmelik ve tebliğler çerçevesinde Hazine ve Maliye Bakanlığınca (Kamu Finansmanı Genel Müdürlüğü) gerçekleştirilmektedir. Borçlanma işlemlerinde, en uygun faiz oranının sağlanması için, "ihale" kavramının özelliklerini taşıyan usuller kullanılmaktadır. Taşınır ve taşınmazın cebri satışı işlemleri ise 2004 sayılı **İcra ve İflas Kanunu**'na göre icra makamları tarafından gerçekleştirilmektedir.

⁶ Bürokraside ekonomik yönden verimlilik ve etkinliğin sağlanmasının (dolayısıyla israfın önlenmesinin) yollarından biri de, bürokratik üretim yerine piyasa üretimini kullanmaktır. Hizmetin kamu ekonomisi firmalarına yaptırılması yerine (emanet usulü) piyasa firmalarına yaptırmaya "ihale" denmektedir. Kenan Bulutoğlu, **Kamu Ekonomisine Giriş - Devletin Ekonomik Bir Kuramı**, 4. bs., Ankara, Filiz, 1988, s. 166.

İhale usulünün, en uygun fiyat ve koşulları sağlamak olarak ifade edilen temel amaç ve işlevinin yanında, devletin ekonomik sahada faaliyette bulunan özel hukuk kişileri arasında tarafsız davrandığının kamuoyuna gösterilmesi, yani bir bakıma kamuoyu denetiminin sağlanması, kayırmacılığın (dolayısıyla yolsuzluğun) önlenmesi, rekabetçi bir piyasa yapısının oluşturulması, organize bir piyasası bulunmayan (ihaleye konu) mal ve hizmetlerde etkin bir fiyat oluşumunun sağlanması amaç ve işlevleri de vardır.

B. Hukuki Niteliği

Hukuki alanda bir terim (ıstılah) olarak “ihale” dendiğinde, yukarıda genel ve geniş bir çerçevede yapılan tanımların kapsamındaki her çeşit ihale değil, kamusal özelliğe sahip ve kanunla belirlenen kapsama dâhil kurum ve kuruluşların, yine kanunla belirlenen kapsama dâhil, harcama yapılmasını gerektiren ve/veya gelir sağlayacak olan alım, satım, yapım işlerinde, işe talip olanlar arasından birini (dolayısıyla, sözleşme yapılacak kişiyi) seçmek amacıyla, yine ilgili mevzuatta yer alan ilke ve kurallar çerçevesinde gerçekleştirdikleri ihaleleri anlamak gerekir.

Kamu ihale hukuku alanında kalarak ihaleyi; idarenin,⁷ (ihale usulüne tabi kılınmış) bir işi gerçekleştirirken, sözleşme yapacağı kişiyi (sözleşmenin karşı tarafını) seçmek için izlediği, sıkı ilke ve kurallar içeren usul (yöntem) olarak tanımlayabiliriz.⁸ Türk idare hukuku öğretisinde de, farklı üsluplarla ifade edilse de, özünde bu bakış açısının hâkim olduğu görülmektedir.⁹

⁷ Kanun'un 4. maddesine göre “idare” olarak kabul edilmiş olmalarına karşın, KİK ile ihale usulüne tabi kılınan kurum ve kuruluşlardan bazılarının idare hukukunda benimsenen ölçülere (örneğin, “kamu gücü ayrıcalığı” ölçüsüne) göre “idare” kavramı içerisinde yer aldığı söylenemez. Örneğin, KİK'ye tabi olduğu Kanun'un 2/d maddesinde belirtilen nitelikteki şirketler ihale usulüne tabi olmalarına karşın bunların “idare” kavramı içerisinde yer aldığı söylemek mümkün değildir. Bu nitelikteki şirketler, idare kavramı içerisinde yer almamakla birlikte, doğrudan veya dolaylı olarak idarenin kontrolünde olduklarından, faaliyetlerinin kamusal etki ve sonuçları da dikkate alınarak kanun koyucunun iradesiyle ihale usulüne tabi kılınmışlardır. Benzer durum, tezin ilerleyen bölümlerinde incelenecek olan ihale suçlarına ilişkin Kanuni düzenlemeler bakımından da geçerlidir. Bu nedenle, ihale kavram ve teriminin açıklanmasında (ihalenin aktif süjesi olarak) “idare” teriminin tek başına kullanılması yerine, daha kapsayıcı bir ifade olarak, “**idare ve kamusal kimliğe sahip olduğu ve dolayısıyla faaliyetlerinde kamu yarar ve menfaatini gözetmesi, bunun bir sonucu olarak, maddi sonuçları olan alım, satım, yapım, hizmet, mülkiyet dışında aynı hak kurulması vb. gelir getirici veya gider gerektirici işlerinde, ihale ilkeleri olarak ifade edilen ilkelere riayet etmesi gerektiği düşüncesiyle kanun koyucu tarafından ihale usulüne (ihale mevzuatına) tabi kılınmış kurum ve kuruluşlar**” denmesi daha uygun olabilir.

⁸ Bu usule ilişkin kurallar, ilkeler, öğreti ve yargısal içtihatlar bir bütün olarak ihale hukukunun yazılı ve yardımcı kaynaklarını oluşturur.

⁹ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, 3 c., 3. bs., İstanbul, İsmail Akgün - Hak,1966, C. III, s. 1614, 1615; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, 8. bsk. Ankara, Seçkin, 2017, s. 531; Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, 2 c., 2. bsk., Bursa,

Tanımı mevzu hukuk bağlamında yapacak olursak, ihale; kamu ihale uygulamalarında en geniş alana sahip olan iki kanundan;

(i) 4734 sayılı KİK’de (m. 4) **“İhale: 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.”** şeklinde;

(ii) 2886 sayılı DİK’de ise (m. 4) **“İhale: 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.”** şeklinde tanımlanmıştır.¹⁰

İhalenin, biri diğerini izleyen ve etkileyen, her biri (icrai olan veya olmayan) birer idare işlemi niteliğine sahip birden çok işlemden oluştuğu; bir bütün olarak bakıldığında zincir işlem (işlemler zinciri) özelliği gösterdiği¹¹ söylenebilir. Bu zincirin son iki halkasını oluşturan esaslı iki işlem, ihale kararının onaylanması ve sözleşmenin imzalanmasıdır. Ayrılabilir işlem teorisiyle¹² açıklandığı gibi, sözleşme aşamasına kadar geçen bu süreçte tesis edilen işlemlerin tümü, kamu gücüne dayalı

Ekin, 2009, C. II, s. 100; İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, **İdare Hukuku**, 3. bs., İstanbul, Der, 2008, s. 1024; Yahya Kazım Zabunoğlu, **İdare Hukuku**, 2 c. 1. bs., Ankara, Yetkin, 2012, C. II, s. 477; Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku** (Editör: İbrahim Ermenek), Ankara, Seçkin, 2018, s. 284.

İhalenin amacı, sözleşmenin karşı tarafının objektif biçimde belirlenerek, en iyi sözleşmenin imzalanmasıdır. Veli Özer Özbek, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 12. bsk., Ankara, Seçkin, 2017, s. 896.

¹⁰ Bu tanımlara bakıldığında, sözleşmenin imzalanmasının KİK’ye göre ihale süreci içerisinde, DİK’ye göre ise ihale sürecinin dışında kabul edildiği anlaşılmaktadır.

¹¹ İhale sürecinde idare tarafından gerçekleştirilen ve bir bütün olarak ihale sürecini oluşturan işlemlerden bazıları ihale isteklileri yönünden icrai (yürütülebilir) nitelikte olan işlemler iken diğerleri bu niteliğe sahip değildir. Bu husus, söz konusu işlemlere karşı isteklilerin idari ve yargısal başvuru yapma haklarının bulunup bulunmadığının belirlenmesi yönünden önemlidir. İhalenin zincir işlem niteliğine sahip olduğu ve her bir aşamasındaki icrai nitelikteki işlemlere karşı dava açılabilirliğinin ifade edildiği bir Danıştay kararının ilgili kısımları şöyledir: *“(…) İhale işlemleri nitelikleri bakımından birbirinden ayrılabilen zincir işlemlerden oluşmakta ve ihale sürecinin her aşamasında gerçekleşen bu işlemler, ihale sürecinin sonraki aşamalarını da hukukten etkileyebilmektedir. Özel bir idarî usulün belirlendiği durumlar dışında, kural olarak, ihale sürecinin çeşitli aşamalarında gerçekleşen bu işlemlere karşı doğrudan dava açılması, ihalenin belirli bir aşamasında açılan davalarda, dava açılmadan önceki ihale süreçlerinde gerçekleşmiş olan işlemlerin yargısal denetiminin yapılması hukukten mümkündür. Davanın 11.05.2012 tarihinde açık eksiltme usulüyle yapılan ihale işleminin iptali istemiyle açılmış olması karşısında, dava konusu ihale işlemi açısından yapılacak yargısal denetimin, dava konusu 11.05.2012 tarihinde yapılan açık eksiltme ihalesi ve bu ihaleden önceki sürece yönelik olması gerektiği sonucuna varılarak esasın incelenmesine geçildi. (...)*” D13D, E. 2012/2330, K. 2017/1605, KT. 23.5.2017. www.danistay.gov.tr, 11.10.2017.

¹² Ayrılabilir işlem teorisine göre, birden çok işlemten oluşan bir süreçte işlemlerden her birinin nihai işlemten ayrı, ondan bağımsız bir kimliği veya etkisi var ise, iptal davasının konusunu oluşturmak bakımından, içinde bulunduğu idari süreçten ayrılarak iptal davasına konu olabilecekleri kabul edilmektedir. D10D, E. 2004/8257, K. 2004/7618, KT. 22.6.2004. www.kazanci.com, 14.9.2018.

olarak, resen ve tek taraflı olarak tesis edilen işlemler olması nedeniyle idari işlem niteliğini taşırlar.

Sözleşmenin imzalanmasından sonraki süreç (tezimizin konusunu oluşturan idari yaptırımların uygulanmasına ilişkin bir kısım kurallar yönünden ihale süreciyle bağlantısını devam ettirmekle birlikte) ihale sürecinden ayrı bir süreçtir; bu süreç/aşama sözleşme süreci/aşaması veya taahhüdün/edimin ifası süreci/aşaması olarak isimlendirilmektedir. KİK’de esas alınan yaklaşımla, ihale süreci (ana hatlarıyla); **ihalenin ilanı, tekliflerin ve başvuruların sunulması, tekliflerin değerlendirilmesi, sözleşmecinin (ihale üzerinde bırakılacak isteklinin) tespiti ve sözleşmenin imzalanması** aşamalarından oluşur. Sıralanan her bir aşamanın içerisinde de, yine icrai olan veya olmayan bir veya birden fazla işlem vardır.

İhale, idarenin sözleşmecisini seçmek üzere izlediği usul olarak tanımlandığına göre, burada “idarenin sözleşmeleri” konusunda da bazı açıklama ve değerlendirmelerde bulunmak gerekmektedir. İdare, sahip olduğu kamu gücü ayrıcalıklarının hâkim olduğu tek taraflı işlemlerin yanı sıra, iki taraflı (ya da çok taraflı) işlemler, yani sözleşmeler de yapar. Taraflarından (en az) birinin idare olduğu sözleşmeler genel olarak “idarenin sözleşmeleri” veya “idarenin taraf olduğu sözleşmeler” olarak isimlendirilmektedir. İdarenin sözleşmeleri, **idari sözleşmeler ve idarenin özel hukuk sözleşmeleri (idarenin özel hukuka tabi sözleşmeleri)** olarak iki kategoriye ayrılmaktadır.¹³ İdarenin bir sözleşmesi, bir **kamu hizmetinin görülmesi** için ve bu hizmeti görececek sözleşmecinin seçimi amacıyla yapılıyorsa bu sözleşme bir idari sözleşmedir. Aksi halde bir özel hukuk sözleşmesinden bahsetmek gerekir.¹⁴ Yani idari sözleşme, kamu hizmetine ilişkin olarak yapılan sözleşmedir.¹⁵

¹³ A. Ülkü Azrak, “İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme”, **İÜHFMD**, C. XXIX, S. 3, 1963, s. 521; Zehra Odyakmaz, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, **GÜHFD**, C. 2, S. 1-2, 1998, s. 141; Turgut Tan, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, **AÜSBFD**, C. 50, S. 3-4, 1995, s. 291; Akyılmaz - Sezginer, Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 507.

Bir başka tanım ise şöyledir: “**İdarenin özel bir kişi ile yaptığı sözleşme, eğer sözleşmecinin bir kamu hizmeti yapmasını veya böyle bir hizmetin yapılmasına katılmasını öngörüyorsa, ilgili sözleşme idari niteliktedir.**” Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukukuna Giriş**, 2 c., Ankara, TODAİE, 1970, C. II, s. 188.

¹⁴ Anayasa Mahkemesi, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, saydığı üç koşulun, yani, taraflardan birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması, sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve idareye özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması koşullarının birlikte mevcut olmasını aramaktadır. İhale sözleşmeleri ise bu tanımlamaya uygun değildir. Bu kabul ve görüşün eleştirisi için, bkz.: Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 15;

Aynı konuda bilgi, açıklama ve değerlendirmeler için, bkz.: Uz, **İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin...**, s. 11.

¹⁵ Akyılmaz - Sezginer - Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 509.

Belli başlı idari sözleşme türleri; imtiyaz sözleşmeleri, mali iltizam sözleşmeleri, kamu istikraz sözleşmeleri, yeraltı ve yerüstü servetlerinin işletilmesine ilişkin sözleşmeler, orman işletme sözleşmeleri ve idari hizmet sözleşmeleri olarak sıralanabilir.¹⁶ Belirttiğimiz gibi idare, idari sözleşmeler yapabileceği gibi, kanunlarla verilen görev ve yetkileri kapsamında özel hukuk kişileriyle, alım, satım, hizmet, yapım, kira, mülkiyet dışındaki bir aynı hakkın kurulması vb. işlemleri konu alan sözleşmeler de yapabilir. Bu tür sözleşmeler idarenin özel hukuk sözleşmeleridir. İdarenin sözleşmeleri sadece kamu gücü ayrıcalığı özelliklerini gösteren hükümler içerebileceği gibi, (belirli bir oranda veya tümüyle) tarafların eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu, bu nedenle sözleşmeye özel hukuk sözleşmesi niteliğini kazandıran hükümler de içerebilir. Bir yönü daha ağır basmakla birlikte, kısmen de olsa, her iki tip sözleşmenin özelliğini gösteren karma nitelikte sözleşmeler de söz konusu olabilir.¹⁷ “İdari” sıfatıyla nitelendirilen sözleşmelerin

Bir başka tanım ise şöyledir: “İdarenin özel bir kişi ile yaptığı sözleşme, eğer sözleşmecinin bir kamu hizmeti yapmasını veya böyle bir hizmetin yapılmasına katılmasını öngörüyorsa, ilgili sözleşme idari niteliktedir.” Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukukuna Giriş**, 2 c., Ankara, TODAİE, 1970, C. II, s. 188.

¹⁶ Odyakmaz, **agm.**, s. 141; Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, 20. bs., Bursa, Ekin, 2018, s. 428.

Sayılanlara, idari sözleşmelerin yeni tipleri olarak şunlar da ilave edilebilir: 3096 sayılı Kanun’a göre yapılmış olan, elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımını konu alan görevlendirme sözleşmeleri, 3465 sayılı Kanun’a göre yapılmış olan, otoyol yapımı, bakımı ve işletilmesini konu alan sözleşmeler, 6475 sayılı Kanun’a göre Posta ve Telgraf Teşkilatı A.Ş. ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu arasında yapılan görev sözleşmesi ve idarenin bu tipler dışında yapması mümkün olan isimsiz idari sözleşmeler. Gözler - Kaplan, **age.**, s. 433.

¹⁷ İdarenin sözleşmeleri ve karma nitelikleriyle ilgili olarak Onar’ın bir görüşü şöyledir: “...İdarenin akdettiği mukavelelerin sadece bunlardan (müşterek emanet, imtiyaz, taahhüt, iltizam, istikraz ve hizmet mukaveleleri) ibaret olmadığı, bir hükmi şahıs sıfatıyla bütün medeni ve ticari mukaveleleri akdedebileceği tabiidir. Ancak yukarıda söylediğimiz mukaveleler, sadece idarenin bünyesine, amme hizmetlerinin yapısına mahsus bir mahiyet arz ettikleri için idare hukukunda ayrı bir yer tutarlar. Ancak, idareye mahsus bu mukavelelerin hepsi de idari mukavele sayılmaz, hatta aynı mukavele bazen hususi bir mukavele, bazen de idari mukavele mahiyetinde görünür...” Onar, **age.**, C. II, s. 1213. Aktaran: Azrak, **agm.**, s. 521.

Yine Onar’ın yine aynı konudaki bir diğer görüşü şöyledir: “...İdari mukaveleler, (...) mahiyetleri itibarıyla medeni ve ticari mukavelelerden farklı olduğu halde bu idari mukavelelerin karakterlerini her zaman kolayca görmek ve bunları medeni ve ticari mukavelelerden ayıracak kriterleri bulmak kolay değildir.” Onar, **age.**, C. III, s. 1595. Aktaran: Abdullah Uz, **İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri**, İstanbul, Turhan, 2010, s. 8.

İdari sözleşmelerin niteliği ve özel hukuk sözleşmeleriyle karşılaştırılmasına ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2007/4-81 E ve 2007/78 K. sayılı kararındaki değerlendirme (kararın ilgili kısımları) şöyledir: “Özel hukuk sözleşmelerinde, sözleşmenin konusu, amacı, biçimi serbestçe belirlenirken, idari sözleşmelerde, idarenin iradesi hiçbir zaman bağımsız olmayıp, yasaların öngördüğü, kamu yararı düşünülmesi ile belirlenen sınırlar içerisinde kalır. Burada, hukuksal birbirine eşit olmayan iradelerin uyumu söz konusudur. İdari sözleşmeler, idareye özgü düzenlenişe gereksinim gösteren bir konuyu düzenlediklerinden, idare kamu yararı ile kamu hizmetlerinin gerekleri dolayısıyla tek yanlı iradesiyle sözleşme ilişkisini etkileyebilir. İdarenin bir sözleşmesinde, idareye özel hukuk sözleşmelerindekileri aşan bazı üstünlük ve ayrıcalıkların tanınmış olması, o sözleşmenin bir idari sözleşme sayılmasına yol açmaktadır. Bir sözleşmenin

özel hukuk sözleşmelerinden en önemli farkı, kural olarak (özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi) yine iki taraflı irade ile gerçekleştirilmelerine karşın, tarafların yükümlerinin (sözleşmenin kamusal nitelikli süjesince) tek taraflı olarak değiştirilebilmesi, daha genel bir ifadeyle, idareye **özel hukuku aşan yetkiler** tanınmasıdır.¹⁸ İdarenin karmaşık ve çok boyutlu işlevlerinden kaynaklanan sebepler, salt özel hukuk veya salt idari sözleşmelerden ziyade, her iki türün özelliklerini gösteren sözleşmeler (karma nitelikte sözleşmeler) yapmayı zorunlu kılmaktadır.

Kamu ihalesi sözleşmesi özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir.¹⁹ Bu nitelendirme, KİSK m. 4/3'te yer alan, **ihale sözleşmelerinde tarafların eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğuna** yönelik hükümle kanuni bir temel kazanmıştır. Anılan hüküm, sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde esas alınabilecek bir “teşrii kriter” olarak değerlendirilmelidir. Yargısal içtihatlarında ve öğretide de aynı görüş hâkimdir.²⁰ Bununla birlikte, ihale kanunlarına göre gerçekleştirilse bile, özel hukuku aşan esaslı hükümler içeren sözleşmelerin (özel hukuk sözleşmesi değil) idari

idari sözleşme olup olmadığının belirlenebilmesi için sözleşme taraflarından birisinin idare olması ve sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin bulunması koşulları her zaman yeterli olmayabilir. Bu takdirde idare ile karşı taraf arasında akdedilen sözleşmenin tüm hükümlerinin incelenerek, tarafların idareye kamu gücünden doğan üstün yetkiler tanımak suretiyle, sözleşmeye idari sözleşme niteliği vermek amacıyla olup olmadıklarının araştırılması gerekir. Özel hukuk sözleşmelerinde düşünülmesi imkânsız bile olan bazı üstün yetkilerin tanınması, idari sözleşmeleri ötekilerden ayıran en temel, en belirgin özelliktir. Bu durum, idarenin kamusal yetkisini kullanarak yaptığı sözleşmede, idareye üstünlük ve otorite tanınması şeklinde kendini gösterir. İdareye üstünlük ve otorite tanınması, ona, gözetim ve denetim yapma, emir verme ve ceza uygulama, sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirme ve fesih etme, resen hareketle imtiyaza el koyma gibi hak ve yetkilerin verilmesi yolundaki sözleşme hükümleri ile belli olur; özel hukuku aşan koşulların varlığının işareti olarak; sözleşmede kamu gücünün belirtilmiş olması, tek yanlı hareket yetkisinin ve zora dayanan önlemler alma gücünün mevcut bulunması aranır. İdarenin üstünlüğünü ve otoritesinin tanınması, yani sözleşmede idarenin tek taraflı hareket yetkisinin kabul edilmesi ve sözleşmenin bir tarafını oluşturan idarenin, diğer tarafa karşı kamu gücüne dayanan yetkiler kullanabilmesi gibi durumlarda, sözleşmede özel hukuku aşan koşulların varlığı kabul edilmelidir.” www.yargitay.gov.tr, 1.10.2017.

¹⁸ Mukbil Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri (Ders Notları)**, Ankara, AÜHFY, 1973, s. 98.

¹⁹ Türkiye’de, gerek KİK ve gerekse DİK’ye göre akdedilen sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla (KİK m. 4/3’te açıkça ifade edildiği gibi) sözleşmenin tarafları (sözleşme ve şartname hükümleri çerçevesinde) eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptirler. Fransız hukukunda ise (Türk hukukunda özel sözleşmesi olduğu görüşü üzerinde fikir birliği bulunan) idarece yapılan; mal alım sözleşmeleri, taşıma sözleşmeleri, taşınmaz sözleşmeleri gibi bazı sözleşmeler (özel hukuk sözleşmesi değil) idari sözleşme sayılmaktadır. Akyılmaz - Sezginer - Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 519, 555.

²⁰ KİSK’nin, tarafların eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğuna ilişkin 4. maddesindeki açık hüküm dolayısıyla, ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olarak kabulü zorunludur. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında, “*Öğretide de kabul edildiği gibi bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime, özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması koşullarının varlığı gereklidir.*” değerlendirmesinde bulunmuştur. AyM, E. 1994/43 K. 1994/42-2, KT. 9.12.1994, RG. 24.1.1995, sy. 22181.

sözleşme sayılması gerektiği yönünde görüşler de vardır.²¹

İdare yukarıda belirtilen çerçevede özel hukuk sözleşmesi niteliğinde bir sözleşme yaparken, sözleşmenin diğer (karşı) tarafını seçerken izleyeceği usulü, daha genel bir ifadeyle, uyulacak esaslı kural ve ilkeleri serbestçe belirleyemez. Bu konuda, özel hukuka tabi kişiler arasında yapılan sözleşmelerde tarafların sahip olduğu sözleşme özgürlüğü ve irade bağımsızlığı kuralları idare (ve sözleşmecisi) bakımından geçerli değildir.²² Kamu yararını gözetmek zorunda olan idarenin, sözleşmecisini seçerken, genel, soyut, sürekli ve kişilik dışı kurallar çerçevesinde hareket etmesi gerekir.²³ Bu süreçte idare, Anayasa'nın 123. maddesinde ifade edilen **idarenin kanuniliği** temel kuralı ve tabi olduğu ihale kanunları ile kanun altı mevzuattaki hükümlerin bir gereği olarak belirli ilke ve kurallara uymak zorundadır. Bu ilke ve kurallar, KİK ve DİK başta olmak üzere ihale usulünü düzenleyen çeşitli kanunlarda ve (ilgili kanunlara uygun olmak kaydıyla) kanun altı mevzuatta (yönetmelikler, kararname, tebliğler vb.) düzenlenmektedir. Bununla birlikte, ihale usulüyle sözleşmecinin seçilmesi zorunluluğuna, çeşitli ölçütler konularak kanunla istisnalar getirilebilir.²⁴

²¹ Gözler/Kaplan tarafından ifade edilen bu görüşe göre; sözleşmenin konusu doğrudan doğruya bir kamu hizmetinin görülmesi olmasa bile, sözleşmede özel hukuku aşan şartlar var ise, idari sözleşme/idarenin özel hukuk sözleşmesi ayrımında esas alınan içtihadi ölçüt sağlanmış olacaktır. Gözler - Kaplan, **age.**, s. 428.

²² Onar, **age.**, C. III, s. 1615; Akyılmaz - Sezginer - Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 531; A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku**, 12. bs., Ankara, Turhan, 2018, C. I - Genel Esaslar, s. 572.; Zabunoğlu, **age.**, C. II, s. 477; Metin Günday, **İdare Hukuku**, Ankara, İmaj, 2017, s. 195; Atay, **age.**, s. 284; Ramazan Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, 6. bsk., Ankara, Seçkin, 2018, s. 70, 446.

Uyuşmazlık Mahkemesinin 21.6.1999 t. 1999/8 E. 1999/17 K. sayılı kararında, “Ancak idare, gerek yapısı gerekse idarede kanunilik ilkesi gereğince, hangi türde olursa olsun sözleşme yapmadan önce çeşitli usul kurallarına uymak zorunda olup, bu kurallar 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda gösterilmiştir.” değerlendirmesinde bulunulmuştur. www.uyusmazlik.gov.tr, 28.5.2017.

²³ Akyılmaz - Sezginer - Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 31, 531, 533.

²⁴ Örneğin, KİK'nin 22. maddesinde düzenlenen (ve bir ihale usulü sayılmayan) “doğrudan temin” usulü, belirli bir parasal miktara (limite) kadar olan işlerde, nispeten daha karmaşık, zaman alan ve yüksek maliyetli bir usul olan ihale usulüne başvurmadan idarenin ihtiyaçlarının satın alınmasını sağlar. Bunun yanında, mali portesine bakılmaksızın çeşitli gerekçelerle, ihale usulünden istisna tutulan birçok iş vardır. İhale usulüne getirilen istisnaların mutlaka bir kanun hükmüne dayanması gerekir.

Onar, ihale usulünden istisna tutulan işlerle ilgili olarak şu açıklamayı yapmaktadır: “Ancak büyük bir ehemmiyeti haiz olmaları itibarıyla muayyen şahısların başarabileceği işler hakkında yapılacak mukavelelerle bu şekil ve usullere lüzum bırakmayacak ufak mukaveleler bu kaidenin dışında kalır. Büyük ihtisasa ihtiyaç gösteren ve mahdut firmalar tarafından yapılabilen işlerle imtiyaz mukaveleleri birinci istisnaya ve emanet sistemi dâhilinde yapılan işlerdeki mubayaalar veya iş veyahut istisna mukaveleleri ikinci istisnaya girer.” Onar, **age.**, C. III, s. 1615.

C. Önemi

İhale hukukundaki idari ve cezai yaptırımların varlık sebepleriyle (yaptırımların amaçları ve korudukları hukuki değerlerle) doğrudan ilgili olduğundan, ihale uygulamalarının genel nitelikteki (bilhassa ülke ekonomisi ve idare bütçeleri yönünden) anlam ve önemi hakkında kısa da olsa bir değerlendirmede bulunulmasında fayda görüyoruz.²⁵

Ekonomik yönden bakıldığında ihale, piyasa ekonomisi sistemini (kısmen veya büyük oranda) benimseyen bir ülkede, önemli bir kısmı ihale usulüne tabi olan kamu alımlarında (ve -DİK'ye tabi ihalelerde olduğu gibi- gelir getirici işlemlerde, örneğin kamu satımlarında) rekabeti sağlamaya yönelik etkin bir araç olarak düşünülebilir. İhaleye bu işlevini kazandıran esas koşullar ise, (aranan koşullara sahip olan) her ticari ve sınai aktörün, diğer bir ifadeyle ihaleye konu işi piyasa ortamında sunan firmaların, ihaleye iştirak edebilmesi, şeffaf bir ihale süreci, ihaleyi ekonomik yönden en avantajlı teklifi sunan isteklinin kazanması ve nihayetinde ihale işlemlerinin idari ve yargısal denetime tabi olmasıdır.

İhale (ihaleye konu mal, hizmet, yapı ve tesislerle üretilen) kamu hizmetinin piyasa koşullarında mümkün olan en düşük maliyetle üretilmesi ve sunulması amacına hizmet eden önemli bir araçtır. İhale bu işlevini rekabet yaratma özelliğiyle sağlamaktadır. Maliyetlerdeki bu düşüş, kamu harcamalarında tasarruf yapılması amacına, dolayısıyla devlet ve ihale usulüne tabi kurum ve kuruluşların bütçelerine önemli katkılar sağlamaktadır.

²⁵ Kamu alımlarının ekonomik ve hukuki yönden ne derece büyük bir önemi haiz olduğu, bunlarla ilgili çeşitli sayısal verilerin değerlendirilmesiyle, özellikle, alım tutarlarının ekonomik büyüklüklerle kıyaslanmasıyla da anlaşılabilir. KİK kapsamında 2018 yılında yapılan kamu alımlarına ilişkin (Kurul tarafından hazırlanan ve yayımlanan) istatistikler ve bu istatistikler esas alınarak hesaplanan sayısal verilere göre; 2018 yılında 10.768 idare (kamu dairesi) 97.826 ihale yapmıştır. Bu ihaleler yoluyla (KİK kapsamında) gerçekleştirilen kamu alımının tutarı (doğrudan temin hariç) 208.027.757.000 TL'dir. Bu meblağın USD karşılığı (1 USD = 5,34 TL kuru esas alındığında) 38.956.509.000 USD olarak hesaplanmaktadır. Doğrudan temin usulü de dâhil edildiğinde, kamu alımı tutarının 211.815.279.000 TL'ye ulaştığı görülmektedir. (Özellikle belirtmek gerekir ki, belirtilen parasal büyüklükler içerisinde KİK'in kapsamı dışında gerçekleştirilen ihaleler yoktur.)

Öte yandan, 2017 yılındaki kamu alımlarının tutarının (3.104.907.000.000.-TL), aynı yılda gerçekleşen GSMH'nin (yaklaşık) % 7,39'u seviyesinde olduğu anlaşılmaktadır. Kaynak: Kamu İhale Kurumu Kamu Alımları (2017 ve 2018) İzleme Raporları. www.kik.gov.tr, 10.3.2019.

Ülkemizde (son birkaç yılda) GSMH'nin % 7 - 8'i seviyesine ulaşan kamu alımlarının, OECD ülkeleri ortalamalarında % 15'ler seviyesinde olduğu dikkati çekmektedir. Burcu Zernişan Öcal Çiftçi, H. Hakan Yılmaz, "Kamu İhale Süreçlerinin Uyuşmazlık Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi", AÜSBFD, C. 74, No. 1, 2019, s. 112.

İhale, kamu hizmetinin maliyetini düşürmenin yanı sıra, kamu alımına konu mal, hizmet, yapı ve tesislerde, dolayısıyla bunlarla üretilen ve sunulan kamu hizmetinde kaliteyi sağlama veya yükseltme amacı bakımından da önemli bir araçtır. İhalenin bırakılacağı isteklinin belirlenmesinde sadece fiyatın değil önerilen (fiyat dışındaki) niteliklerin de dikkate alınması, rekabetçi bir ortamda sadece fiyat yönünden değil kalite yönünden de en iyi seçimin yapılmasını mümkün kılmaktadır.

İhale, usul ve esasa ilişkin katı kural ve ilkeleriyle kamu harcamalarının (ve - DİK'ye tabi ihalelerde olduğu gibi- bazı kamu gelirlerinin) denetiminde etkinliği artıran bir araç olarak da değerlendirilmelidir. Tabi olduğu ihale kuralları esas alındığında, ihaleye tabi harcamaların ve gelirlerin denetimi daha etkin biçimde gerçekleştirilebilir.

İhale, ekonomide etkin bir fiyat oluşumu konusunda da faydalıdır. Piyasa aktörlerinin belirli bir mal veya hizmetin maliyet ve fiyatının ne olduğunu değerlendirirken, ölçü olarak, rekabetçi bir ortamda yapılan ihale sonucunda oluşan fiyatlardan yararlanmaları mümkündür.

D. İhale Kanunları ve Diğer Mevzuatı

1. Genel Olarak

Türkiye'de kamu ihalelerini düzenleyen, dolayısıyla ihale hukukumuzun yazılı kaynaklarını oluşturan ihale mevzuatının çok geniş ve dağınık bir yapıda olduğu görülmektedir.²⁶ Bu kaynaklar içerisinde ilk ve öncelikli grup ihale kanunlarıdır. Kanunların yanı sıra, idarenin düzenleyici işlemleriyle de bu alanda çeşitli ve ayrıntılı düzenlemeler yapılmaktadır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK), 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (DİK) ve (KİK'ye göre yapılan ihalelerde sözleşmenin imzalanması ve edimin ifası sürecinde uygulanan) 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK), kamu ihalelerinde (ihale sayısına göre) en geniş uygulama alanına sahip üç kanundur. KİK, kabul edildiği 4.1.2002 tarihinden bugüne kadar çeşitli gerekçelerle birçok kez değiştirilmiştir. Bu durumun sağlıklı bir ihale rejiminin varlığına işaret ettiği görüşündeyiz. İdare bütçesinden harcamaya (gidere) sebep olan ihalelerin sayıca çok önemli bir kısmı KİK'ye göre gerçekleştirilmekle birlikte, KİK'nin kapsamı dışında yer alan çeşitli işler için çıkarılan (özel nitelikte)

²⁶ Kamu İhale Kurumu, resmi web sitesinde (www.kik.gov.tr, www.ihale.gov.tr) kamu ihale mevzuatını toplu ve sistemli bir şekilde sunmaktadır.

kanuni düzenlemeler de vardır.²⁷ Yine, KİK'nin istisnaları düzenleyen 3. maddesinde yer alan (Kanun'un -ceza ve ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin hükümler hariç- kapsamı dışında tutulan) işler için çıkarılmış, kanun altı düzeyde çok sayıda düzenleme vardır. Bu hususta DİK yönünden bir örnek olarak 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun verilebilir.²⁸

KİK'deki istisna hükümlerinin (her bakımdan) oldukça geniş bir kapsama sahip olduğu görülmektedir. KİK'nin kapsamının, istisna hükümleri ve özel mevzuat düzenlemeleriyle çok daraltıldığı, oysa kamu kaynaklarının daha verimli kullanılmasını ve hukuka uygunluğu sağlama bakımından, bu kapsamın daraltılmak yerine mümkün olduğunca genişletilmesinin daha isabetli olacağı (bizce de haklı olarak) savunulmaktadır.²⁹

Kanun ve kanun altı düzeydeki yazılı kaynaklara ilaveten, Kamu İhale Kurulunca çıkarılan yönetmelikleri,³⁰ tebliğleri³¹ ve Bakanlar Kurulunca ve Cumhurbaşkanlığınca³² çıkarılan fiyat farkı esaslarını³³ da belirtmek gerekmektedir.

²⁷ Bu kapsamda, belli başlı örnekler olarak; 4283 sayılı **Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun**, 3465 sayılı **Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun** ve 6428 sayılı **Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması Yenilenmesi ve Hizmet Alınması... Hakkında Kanun** belirtilebilir.

²⁸ Özelleştirme gibi ekonomik, siyasi ve hukuki yönden çok önemli bir konuyu düzenleyen 4046 sayılı Kanun, kapsamı içerisinde gerçekleştirilecek (gelir getirici nitelikteki) ihaleleri DİK'den istisna tutmuş ve bu tür ihaleler için özel ihale usul ve esasları belirlemiştir.

²⁹ Abdullah Uz, "İhale Konusu İşlemler Bakımından 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun Kapsamı ve Gelir/Hasılat Paylaşımı Uygulaması. "İddia" Örneği", **AÜHFĐ**, S. 1, 2008, s. 220.

³⁰ Bu yönetmeliklerden en yaygın kullanım alanına sahip olanlar şunlardır: Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği, Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Danışmanlık Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği, Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği, Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliği.

³¹ KİK'nin uygulanmasına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler içeren **Kamu İhale Genel Tebliği** (RG. 22.8.2009 - 27327) başta olmak üzere çeşitli tebliğler vardır. KİK ve KİSK'de yapılan değişiklik ve ilaveler ile uygulamada ortaya çıkan sorun ve ihtiyaçlara göre tebliğde çok sayıda değişiklik yapılmıştır.

³² Bu düzenlemelerin çıkarılmasında, 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (RG. 1.2.2017 - 29976) yürürlük tarihinden önceki dönem için Bakanlar Kurulu yetkili iken, sonraki dönemde (halen) yürütme organı olarak Cumhurbaşkanını yetkilidir.

³³ Söz konusu düzenlemeler şunlardır: **Mal Alımı Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar, Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkı Esasları, Yapım İşlerinde Uygulanacak Fiyat Farkı Esasları.**

2. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu³⁴

Kanun tasarısına ilişkin hükümet gerekçesinde de belirtildiği üzere;³⁵ DİK'den önce yürürlükte olan 2490 sayılı Kanun'un, katı (esnek olmayan) hükümleri ile günün ihtiyaçlarına, özellikle planlı kalkınma döneminin gereklerine cevap vermemesi, zaman içerisinde ekonomik yapıda meydana gelen büyük değişiklikler ve devlet alım ve satımlarında süratli ve pratik usullerin uygulamaya konulması arzusu 2886 sayılı DİK'nin çıkarılmasını gerektirmiştir.

DİK, KİK'nin yürürlüğe girdiği 1.1.2003 tarihine kadar, kapsamına giren (m. 1); **genel ve katma bütçeli idareler³⁶ ile özel idare ve belediyelerin³⁷ alım, satım, hizmet, yapım, kira,³⁸ trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerine uygulanmakta iken, daha sonra yürürlüğe giren KİK'nin, bu işlerden gidere sebep olan (harcama gerektiren) alım, satım, hizmet, yapım, kira ve taşıma işlerini kapsamına alması nedeniyle ve de 68. maddesinde yer alan, “Bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz.” hükmü gereğince, sadece kapsama dâhil kamu kurum ve kuruluşlarının gelir getirici (veya hem gelir hem de gider gerektiren) özelliğe sahip işlemler olan; satış, kiraya verme, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi, trampa, kat karşılığı inşaat, arsa karşılığı inşaat, arsa satışı karşılığı gelir paylaşımı ve imtiyaz iş ve işlemlerinde uygulanmasına devam olunmaktadır.³⁹ Yani (diğer bir deyişle); 2886 sayılı DİK; genel bütçeli idarelerin, (1050 sayılı MUK döneminde katma bütçeli idarelerden olup 5018 sayılı Kanun'a göre özel bütçeli idare haline gelenler dâhil) özel bütçeli idarelerin, özel idarelerin ve belediyelerin, (ihale işlemi sonucunda gelir sağlanması sonucunu doğuran) mal ve hizmet satımları, kiraya**

³⁴ RG. 10.9.1983, sy. 18161, yürürlük: 1.1.1984.

³⁵ www.tbmm.gov.tr, 10.10.2017.

³⁶ KMYKK'deki yeni sınıflandırma içerisinde katma (mülhak) bütçeli idareler artık mevcut değildir.

³⁷ Belediyeler (gelir getirici işlemler yönünden) DİK'ye tabidir, ancak, belediyelerce kurulan özel hukuka tabi şirketler değildir. Bununla birlikte, Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 26. maddesine göre, belediyeler, mülkiyeti veya tasarrufundaki hafriyat sahalarının, toplu ulaşım hizmetlerinin, sosyal tesislerin, büfe, otopark ve çay bahçelerinin işletilmesini, DİK'ye tabi olmaksızın, % 50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketler ile bu şirketlerin % 50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketlere, belediye meclisince belirlenecek süre ve bedelle devredebilir. Bu suretle kendisine devir yapılan şirketin söz konusu işletme hakkını üçüncü kişilere devretmesi ise DİK hükümlerine tabidir. Öte yandan, Kanun, kapsamını düzenleyen 1. Maddesinde belirtilmediğinden, köyleri ve kamu iktisadi teşebbüslerini kapsamamaktadır.

³⁸ KİK'nin yürürlüğe girmesinden önceki dönemde DİK'nin kapsamında yer alan “kiralama”, kamu taşınmazının başkasına kiraya verilmesi veya başkasının taşınmazının (bedeli ödenerek) kiralanması iken, bunlardan (gidere/harcamaya sebep olan) ikincisi KİK'nin kapsamına alınmıştır.

³⁹ Nurdoğan Ünal, Mesut Erol, **Gelir Getirici İşlemlerde İhale Usulü - Devlet İhale Kanunu**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2016, s. 45.

verme işleri, mülkiyetten gayri aynı hak tesisi işleri ve trampa işlemlerine (ihalelerine) uygulanır.⁴⁰ Bu yaklaşıma simetrik olan bir bakış açısıyla ifade edilmek istenirse, kapsamdaki idarelerin, KİK'ye veya özel nitelikteki başka bir mevzuata tabi olmayan ve de gelir sağlayıcı özelliği olan ihaleleri DİK'ye tabi olarak gerçekleştirilir. Döner sermayeli işletmeler için de aynı durum geçerlidir.⁴¹

Kamu ihalelerinin, harcama ve gelir getirici ihaleler yönünden ayrıma tabi tutularak iki ayrı kanunda (KİK ve DİK'de) düzenlenmesinin isabetli bir yaklaşım olmadığı görüşündeyiz. KİK yürürlüğe girmeden önce yürürlükte olan ve her tip ihalenin hem ihale ve hem de sözleşme süreçlerinin tabi kılındığı DİK'de, gelir getirici veya harcama gerektirici ihaleler yönünden bir ayırım yapılmamıştır. Mevcut ayırım, sadece harcama gerektiren ihalelerin ihale süreçlerini kapsayan KİK'nin ve KİK'ye tabi ihalelerin sözleşme süreçlerini kapsayan KİSK'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte oluşmuştur. İhale kavramı, terimi ve ihalenin amaçları ilgili olarak yukarıda yaptığımız açıklamalardan anlaşılabilceği gibi, gelir getiren ihaleler ile harcama gerektiren ihaleler arasında, ihale usulüne başvurulmasının amacı (nedeni), ihalelerde uyulması zorunlu temel ilke ve kurallar, ihalenin temel (esasl) safahatı ve idari (kimi zaman da cezai) yaptırım gerektiren fiiller yönünden esaslı farklılıklar bulunmamaktadır. Hal böyle iken, gelir getirici ve harcama gerektirici ihalelerin ayrı kanunlarla düzenlenmesinin tutarlı bir yaklaşım olmadığı açıktır. Öte yandan, kimi ihale türleri hem kamuya gelir sağlayıcı ve hem de gidere sebep olucu niteliktedirler; bu tür ihalelerde hangi kanunun uygulanacağı konusu da (gelir getirici ve harcama gerektirici işlem ölçütü esas alındığında) kaçınılmaz olarak tartışmaları⁴² beraberinde getirmektedir. Belirtilen nedenlerle, KİK'de (ve KİSK'de) **gerekli düzenlemeler yapılmak suretiyle** DİK'ye tabi ihalelerin de KİK (ve KİSK) kapsamına alınmasının olumlu sonuçlar doğuracağı görüşündeyiz.

⁴⁰ Atay, **age.**, s. 286.

⁴¹ Sayılan idarelere bağlı döner sermayeli kuruluşlar da, DİK'nin 1. maddesinin 2. fıkrasına dayanarak Bakanlar Kurulunca çıkarılan **Döner Sermayeli Kuruluşlar İhale Yönetmeliği** (RG. 4.8.1984 - 18479) gereğince (DİK kapsamına giren işler yönünden, yani DİK'nin yürürlükte bulunan hükümleri yönünden) DİK'ye tabidirler.

⁴² Örneğin; gelir getirici işlere DİK'nin, gidere sebep olan işlere ise KİK'nin uygulanacağı temel kuralı, halen DİK'ye tabi olarak yürütülmekte olan kat karşılığı ve arsa karşılığı inşaat işleri yönünden tartışmalıdır. Kat karşılığı inşaat işinin gelir getirici yönü olduğu gibi gidere sebep olucu bir yönü de olması nedeniyle KİK'ye de tabi olması gerektiği yönünde görüşler de vardır. Konu hakkında bir değerlendirme için, bkz.: Uz, "İhale Konusu İşlemler Bakımından ...", s. 183.

3. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu⁴³

DİK'yi (68. maddesiyle) büyük oranda uygulama dışı bırakan KİK, tüm ihale mevzuatı içerisinde uygulama alanı en geniş düzenlemedir. Genel gerekçesinde de belirtildiği üzere,⁴⁴ DİK'nin günün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap vermemesi, uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermede yetersiz kalması, kapsamı itibarıyla yetersiz olması, Avrupa Birliğince öngörülenler başta olmak üzere⁴⁵ kamu ihalelerine ilişkin uluslararası ilke ve kurallarla uyumlu olmaması, KİK'nin çıkarılmasına sebep olan haklı ve esaslı temel gerekçelerdir.

KİK ile DİK arasında birçok yönden önemli farklılıklar ve KİK ile getirilen önemli yenilikler olduğu gibi,⁴⁶ KİK'nin, DİK'nin temel yapısı üzerinde birçok eklemeler, çıkarmalar ve düzeltmeler yapılarak oluşturulduğu söylenebilir.

DİK ile ilgili yukarıdaki açıklamalarımızda da ifade edildiği üzere; KİK'ye tabi işler, idarelerce harcama (gider) yapılmasına neden olan, DİK'ye tabi işler ise idareye gelir sağlayan (kat karşılığı inşaat örneğinde olduğu gibi, bazı ihale türlerinde ise hem gelir sağlayan ve hem de harcamaya neden olan) işlerdir. KİK, DİK'nin kapsamındaki işlerden sadece gidere (harcamaya) sebep olanları tümüyle kapsamına almış (dolayısıyla DİK'nin kapsamından çıkarmış), ilaveten, ihaleyi gerçekleştiren süje yönünden de DİK'ye göre çok daha kapsamlı olacak şekilde tasarlanmıştır.

KİK'nin kapsamı,⁴⁷ Kanun'un "Amaç" başlıklı 1, "Kapsam başlıklı" 2 ve "İstisnalar" başlıklı 3. maddelerinin birlikte değerlendirilmesiyle tespit edilebilir. Kanun'un 1. maddesine göre, kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı⁴⁸ kullanan kurum ve kuruluşların yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek Kanun'un amacını

⁴³ RG. 22.1.2002, sy. 24648, yürürlük: 1.1.2003. Kanun'un (yürürlüğe ilişkin) 69. maddesinde belirtildiği gibi, (Kamu İhale Kurumu'nun ihdasına ilişkin) 53. ve geçici 5. maddeleri ile (ihale dokümanları ve yönetmeliklere ilişkin) geçici 1. maddeleri yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁴⁴ mevzuat.tbmm.gov.tr, 10.10.2017.

⁴⁵ KİK'nin ve KİSK'nin hazırlanması ve kanunlaşmasında, AB Komisyonu, Dünya Bankası ve IMF'nin, Türkiye'de kamu alımları sisteminde çeşitli olumsuzluklar bulunduğu, özellikle, DİK'nin saydamlık ve hesap verilebilirlik ilkeleri yönünden yetersiz kaldığına yönelik eleştiriler içeren raporları önemli ölçüde etkili olmuştur. Abdullah Uz, **Kamu İhale Hukuku**, Ankara, Turhan, 2005, s. 131.

⁴⁶ Özlem Toğuz, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ile 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu Arasındaki Farklar ve Bu Farkların İhale Hukuku Yönünden Getirdiği Yenilikler", **ABD**, S. 2002 - 3, s. 177.

⁴⁷ KİGT m. 3, KİK'nin kapsamına ilişkin ayrıntılı açıklamalar içermektedir.

⁴⁸ Kamu kaynağı (kamu kaynakları) kavramı KMYKK m. 3/2'de, "**g) Kamu kaynakları: Borçlanma suretiyle elde edilen imkânlar dâhil kamuya ait gelirler, taşınır ve taşınmazlar, hesaplarda bulunan para, alacak ve haklar ile her türlü değerleri,**" şeklinde tanımlanmıştır.

oluşturmaktadır. Kanun'un 2. maddesine göre, maddede sayılan kurum ve kuruluşların (istisnalara ilişkin hükümler saklı kalmak üzere) kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre gerçekleştirilir. Kanun'un kapsamı 1. maddede bu şekilde genel ve çerçeve niteliğinde ifade edildikten sonra 2. maddede somutlaştırılarak kurum ve kuruluş türleri itibarıyla sayılmıştır. 2. maddenin birinci fıkrasında dört bentte sayılan, kapsama dâhil ihaleci sùjeler (bentlerdeki sıralamaya paralel bir sıralamayla) şunlardır:

(a) Genel bütçe kapsamındaki idareler, özel bütçeli idareler, il özel idareleri, belediyeler⁴⁹ ile bunlara (sayılan dört idare türüne) bağılı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (mesleki kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç) tüzel kişiler,

(b) Kamu iktisadi teşebbüsleri,

(c) Sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (meslekî kuruluşlar ve vakıf yükseköğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar,

(d) Buraya kadar (a, b ve c şıklarında) sayılanların, doğrudan veya dolaylı olarak, birlikte ya da ayrı ayrı olmak üzere sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler;

(e) (Sadece yapım ihalelerinde olmak üzere) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar.⁵⁰

Kanun'un (6111 sayılı Kanun'un 176. maddesiyle değışik) 2/2 maddesinde (4603 sayılı Kanun'a tabi bankalarla ilgili hükümlerin) noktalama işareti eksikliği/hatası ve metnin iyi tasarlanmamış olması nedeniyle bir anlam karmaşası meydana geldiğı görölmektedir. Şöyle ki; bu bankaların ve sermayesinin yarısından

⁴⁹ Köyler kapsam dışında tutulmuştur.

⁵⁰ 4603 s. Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun'un 1. maddesine göre, bu bankalar (Kanunun isminden de anlaşılacağı gibi) üç kamu bankasıdır. Bunlardan Türkiye Emlak Bankası A.Ş. halen tasfiye halindedir. Bankacılık faaliyetlerini sürdüren diğeri ikisi, özel hukuk alanında faaliyette bulunmalarına karşın sadece yapım ihaleleri yönünden KİK'ye tabi kılınmışlardır. Ancak, KİK'nin 2. maddesinin (6111 sayılı Kanun'un 176. maddesiyle değışik) ikinci fıkrasında düzenlendiğı üzere, TMSF ve hisselerine kısmen ya da tamamen sahip olduğı bankalar ve anılan kamu bankalarının 2499 sayılı SPK'ye tabi gayrimenkul yatırım ortaklıkları ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektöründe faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketleri KİK'nin kapsamı dışında tutulmuştur. Kanun koyucunun, ekonomik ve siyasi nitelikli bir takım gerekçelerle bu sùjelerin tümüyle özel hukuk alanının koşullarında faaliyet göstermelerini istediğı anlaşılmaktadır. Öte yandan, Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değışiklik Yapılmasına Dair 6741 sayılı Kanun ile kurulan özel hukuka tabi fon da (kuruluşuna ilişkin Kanun'un 8/5 maddesindeki hükümle) KİK'nin ve DİK'nin kapsamı dışında tutulmuştur.

fazlasına sahip oldukları şirketlerin gerçekleştireceği yapım ihalelerinin Kanun'un kapsamına girdiği, diğer işlerinin girmediği Kanun'un 2/1-e ve 2/2 maddesinden kolaylıkla anlaşılabilmeyle birlikte, SPK'ye tabi gayrimenkul yatırım ortaklıklarının ve enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketlerinin durumunun ne olduğu maddede açık ve net (anlaşılır) biçimde ifade edilmiş değildir. Fıkranın (değişikliğe ilişkin) gerekçesinden, bankanın SPK'ye tabi gayrimenkul yatırım ortaklıklarının Kanun'un kapsamı dışında tutulduğu anlaşılmakta ise de, enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketlerle ilgili bir netlik yoktur. Öte yandan, "2. fıkranın sonunda "...şirketleri." yerine "...şirketler." yazılması ve yine bu fıkrada "...sahip buldukları şirketler ((e) bendinde belirtilen yapım ihaleleri hariç) 4603 sayılı Kanun..."

metin parçasında virgül (,) kullanılmaması (virgülün yerine göre anlam da değişecektir) da bizce hatalı olmuştur. Belirtilen nedenle, 4603 sayılı Kanun'a tabi kamu bankalarıyla ilgili söz konusu hükümlerin gözden geçirilerek yeniden yazılması (düzenlenmesi) gerektiği görüşündeyiz.

Kanun'un 3. maddesinde "İstisnalar" düzenlenmiştir.⁵¹ İstisnaların, ihale sùjeleri ve iş türleri itibarıyla oldukça geniş olduğu görölmektedir.

Kanun'un "İstisnalar" başlıklı (Kanun'dan istisna edilen işleri tek tek sayarak düzenleyen) 3. maddesinin son cümlesinde yer alan, "**Ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanun'a tabi değildir.**" hükmü; bu maddede sayılarak KİK'nin kapsamı dışında tutulan (dolayısıyla, kendine özgü kanun veya kanun altı nitelikte bir yazılı kaynakta yer alan usul ve esaslar çerçevesinde gerçekleştirilecek) ihalelerde de, bu Kanun'da yer alan düzenlemeler çerçevesinde ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının (ve cezai içerikteki Kanun hükümlerinin) uygulanacağını açıkça düzenlemiştir.

KİK'de; ihalenin temel ilkeleri, yaklaşık maliyet, ihaleye katılmada yeterli kuralları, ihaleye katılmayacak olanlar, ihale şartnameleri, ihale ilanları, ihale sürecinde yasak fiil ve davranışlar,⁵² ihale türleri, (ihale niteliğinde sayılmayan) doğrudan temin, tekliflerin sunulması, geçici ve kesin teminatlar, tekliflerin

⁵¹ KİGT m. 4, KİK'nin istisnalarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar içermektedir.

⁵² KİK'de, yasaklı fiil ve davranışları düzenleyen 17. maddede ve bu maddeyle bağlantılı hükümlerde, "fiil" terimi yerine ("fiil veya davranışlar" ifadesi kullanılmıştır. "Fiil" sözcüğü "davranış" sözcüğünü de kapsadığından, bu kullanımın (gereksiz olmanın da ötesinde) dil ve anlatım yönünden hatalı olduğu görüşündeyiz. Nitekim Türk Dil Kurumunun çevrimiçi Türkçe Sözlüğünde (bir isim olan) "fiil" sözcüğünün iş, davranış, (dil bilgisinde ise) eylem anlamına geldiği bilgisi yer almaktadır. www.tdk.org.tr, 4.3.2019. Bun karşın, anılan Kanun ile uyumun sağlanması adına, çalışmamızda da bu iki terim zaman zaman birlikte kullanılmıştır.

değerlendirilmesi, tekliflerin reddedilmesi, ihalenin karara bağlanması, sözleşme yapılması ve Kamu İhale Kurumu'nun kuruluşu, görevleri, çalışma usul ve esasları, idareye ve Kuruma başvuru usul ve esaslarına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

4. 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu⁵³

İhale sözleşmesinin imzalanmasıyla (KİK m. 46) ihale süreci tamamlanır ve sözleşmenin uygulanması (edimin ifası) sürecine geçilir. DİK'den farklı olarak, KİK'ye göre yapılan ihalelerde sözleşme süreci, DİK'den farklı olarak⁵⁴ müstakil bir kanun olan KİSK'de düzenlenmiştir.

KİSK'nin genel gerekçesinde de belirtildiği üzere,⁵⁵ KİK'de, uluslararası mevzuat gereği, sadece sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süreci düzenleyen hükümlere yer verilmiş, KİK'ye göre yapılan ihalelerde sözleşmelerin içeriği ve sözleşme (edimin ifası) sürecine ilişkin hususların ise ayrı ve tek bir kanun ile düzenlenmesi yoluna gidilmiştir.

KİSK, 5.1.2002 kabul edilerek 22.1.2002 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmış ve (KİK ile birlikte) 1.1.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun; sözleşmenin hazırlanması, içeriği, kesin teminat, fiyat farkı uygulamaları, mücbir sebepler, sözleşmenin devri ve feshi, yasaklar ve sorumluluklar gibi sözleşmenin hazırlanması ve edimin ifası sürecine ilişkin hususları düzenlemektedir.

E. Kamu İhalelerinde Uyulması Zorunlu Temel İlkeler

KİK ve DİK'de belirtilen temel ihale ilkeleri bu kanunların kapsamında yer alan ihalelerin yanı sıra, (özel kanunlarında yer alan usul ve esaslar ile farklılıklar öncelikle dikkate alınmak kaydıyla) diğer ihalelerde de uyulması zorunlu temel ilkelerdir.⁵⁶

Kamu ihalelerinde uyulması zorunlu temel ilkeler, KİK'nin "Temel ilkeler" başlıklı 5. maddesinde ve DİK'nin "İlkeler" başlıklı 2. maddesinde sıralanmıştır. Bu ilkeler, KİK'nin kanunlaştırılması sürecinde dikkate alınan, Avrupa Birliği tarafından çıkarılan Yönergelerle, WTOGPA ile (Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları

⁵³ RG. 22.1.2002, sy. 24648, yürürlük: 1.1.2003.

⁵⁴ DİK (53 ilâ 70. maddelerinde) hem ihale ve hem de sözleşme süreciyle ilgili düzenlemeler içermektedir.

⁵⁵ mevzuat.tbmm.gov.tr, 10.10.2017.

⁵⁶ Akyılmaz - Sezginer - Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 534.

Anlaşması) ve uluslararası düzeyde genel kabul görmüş ilkelerle uyumlu, yani, küresel düzeyde ve genel olarak üzerinde uzlaşmış ilkelerdir.⁵⁷

İhale sürecindeki fiil ve davranışların yorumlanmasında, kamu yararını amaçlayan temel ihale ilkelerinin ihlali sonucunu doğuracak bir usulle ticari hayattaki kuralların esas alınması doğru değildir. Ticari hayatta olağan kabul edilen bazı fiil ve davranışların, ihalelere hâkim olması gereken ilkelerle çatışma halinde olması mümkündür ve bunun ihale otoritelerince dikkate alınması gerekir.⁵⁸

KİK'nin 5. maddesinin ilk fıkrasında genel nitelikte ilkelere yer verilmiş, diğer fıkralarında ise daha somut nitelikte olan kurallar belirtilmiştir; m. 5/1'e göre idareler, bu Kanuna göre yapacakları ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludurlar. Sayılan bu hususlar temel ihale ilkelerindedir. Benzer şekilde, DİK'nin 2. maddesinde ihale ilkeleri; ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması şeklinde düzenlenmiştir. KİK'nin 5. maddesinin 2, 3, 4 ve 5. fıkralarında belirtilen kurallar da ihalenin temel ilkeleri olarak ifade edilmekle birlikte biz maddenin 1. fıkrasındaki ilkelerin ve DİK'nin 2. maddesinde belirtilen ilkelerin daha genel ve hatta evrensel nitelikte (küresel düzeyde de genel kabul gören) ilkeler olduğunu, diğer fıkralardakilerin ise ilkedен ziyade birer kural olduğu (koşullara göre bunlara aykırı düzenlemeler de yapılabileceği) değerlendiriyoruz.

İhalelerde hâkim olması gereken ilkeler, amaç ve etkileri bakımından birbirleriyle karşılıklı etkileşim içerisindedirler. Her bir ilke, kendine özgü bir anlama ve amaca sahip olmasının yanı sıra, diğer ilkelerin amaçlarına da hizmet eden özellikler de gösterebilmektedir. Söz gelimi, saydamlık ilkesi ile kamuoyu denetimi ilkeleri karşılıklı etkileşim halinde olan, iç içe geçmiş ilkelerdir.

Bu ilkeler, idari yaptırımları gerektiren (kimi durumlarda suç da oluşturan) fiil ve davranışların tespit ve teşhisinde esaslı ölçütler olarak dikkate alınması, göz önünde bulundurulması gereken ilkeler niteliğindedirler. Çünkü idari ve cezai

⁵⁷ Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s. 157.

⁵⁸ Bu hususun da vurgulandığı bir Danıştay kararında (isabetli olarak) şöyle denilmektedir: "(...) aralarında organik bağ olmayan şirketlerin ticari hayatın gerekleri doğrultusunda kendi kararlarını alabileceği ve piyasa koşullarına göre hareket etmesinin asıl olduğu tespiti yerinde olmakla birlikte, kamu yararı amaçlanarak belirlenen idare hukukuna özgü normların yorumlanmasında, temel ihale ilkelerinin ihlali sonucunu doğuracak ticari kuralların esas alınması mümkün değildir. (...)" D13D, E. 2009/5621, K. 2010/3534, KT. 26.4.2010. www.danistay.gov.tr, 11.10.2017.

yaptırım gerektiren bütün fiillerin bu ilkelere bir veya bir kaçıyla çatışma halinde olması kaçınılmazdır.

İhalelerde hâkim olması gereken ilkelere aykırı fiiller KİK’de (m. 17) açıkça yasaklandığı ve bir takım idari yaptırımlara bağlandığı gibi, diğer unsurların da mevcut olması halinde ihaleye fesat karıştırma (TCK m. 235) ve görevi kötüye kullanma (TCK m. 257) başta olmak üzere bazı suçları da oluşturabilmektedir.

1. Saydamlık (Şeffaflık, Açıklık)

Saydamlık ilkesi; gizli tutulması gereken bilgi, belge, işlem ve olaylar hariç olmak üzere,⁵⁹ ihale sürecinin kamuoyuna açık biçimde yürütülmesi gerekliliğini ifade eden bir ilkedir. Saydamlık ilkesi, idarenin açıklığı ve şeffaflığı ilkesinin ihale işlemleri özelindeki görünüş biçimi olarak değerlendirilmektedir.⁶⁰ Saydamlık ilkesi, ihalelerin, isteklilerin ve hazır bulunan kişiler huzurunda yapılması ve ihaleyi kazanamayan yahut herhangi bir sebeple ihaleye katılmasına izin verilmeyen kişilere bunun gerekçelerinin yazılı olarak bildirilmesini gerektirir.⁶¹ Saydamlık ilkesinin hayata geçirilmesi, ihale sürecine yönelik olarak kamuoyu nezdinde mevcut olan veya doğması olası yolsuzluk şüphe ve kaygılarını giderme (en azından azaltma) amacına hizmet ettiği gibi, kamu alımları (dolayısıyla kamu harcamaları) ve kamu hizmetleri üzerinde kamuoyunun, idari makamların ve yargının denetimine (kamuoyu denetimi ilkesiyle uyumlu biçimde) katkı da sağlar.

Saydamlık her şeyden önce, yapılacak ihalenin tüm ilgililerin kolay, doğru ve eksiksiz bilgi edinmesini sağlayacak şekilde ilan edilmesini ve tekliflerin aleni olarak açılmasını gerektirir.⁶²

Saydamlık ilkesi, pazarlık usulüyle (KİK m. 21, DİK m. 50, 51) gerçekleştirilen ihalelerde (diğer, özellikle açık ihale ve belli istekliler arasında ihale usullerine göre) nispeten daha kısıtlı bir uygulanma olanağına sahiptir; çünkü pazarlık usulünde sonuca giden yolda isteklilerle bire bir görüşmeler yapılmakta, açık ihale usulünde ise sonucun belirlenme süreci daha saydam koşullar altında

⁵⁹ KİK’nin 9. maddesine göre gizli kalması gerektiği açıkça belirtilen yaklaşık maliyet, saydamlık ilkesinin kapsamına girmeyen belge ve bilgilere bir örnek olarak verilebilir. Yine, ihale isteklilerinin idareye sundukları ve ticari sır niteliğindeki bilgiler de gizli tutulması gereken bilgilerdendir.

⁶⁰ Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, 4. bsk., Ankara, 2014, s. 561; Aktaran: Ümit Süleyman Üstün, Hande Sena Çalış, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’na Hâkim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi”, **SÜHFD**, C. 26, S. 2, 2018, s. 116.

⁶¹ Atay, **age.**, 2018, s. 286.

⁶² Gözler - Kaplan, **age.**, s. 444.

gerçekleştirilmektedir. Bir ihale usulü olarak kabul edilmeyen doğrudan temin usulünde ise, usule ilişkin kurallar, uygulamayı basitleştirmek amacıyla sadeleştirildiğinden, bu ilkenin hayata geçirilememe riski (ihale usullerine göre) daha yüksektir.

2. Rekabet

İstekliler arasında fiyat ve kalite yönünden bir yarışmanın gerçekleşmesini amaçlayan rekabet ilkesinin ardındaki temel fikir, ihaleye konu iş için uygun ve en düşük (en azından makul) bir fiyat ve kalitenin elde edilmesidir. Öte yandan, rekabetin sağlanması ekonomi için de faydalı ve hatta gereklidir. İhalelerde rekabetin sağlanması, istekli sayısının artırılması, istekliler arasında hukuka aykırı anlaşmalar yapılmaması, ihaleye katılımı veya teklifleri engellemeye ve etkilemeye yönelik hukuk dışı fiiller (hile, cebir, tehdit vb.) işlenmemesi ile mümkün olur.

Rekabet ilkesi, açık ihale usulünde en etkin biçimde işlerlik gösterir; belli istekliler arasında ihale ve pazarlık usulünde (açık ihale usulüne kıyasla) daha sınırlı bir işlerliğe sahip olduğu açıktır. Ülkelerin, siyasi ve ekonomik politikaların bir gereği olarak, ihalelerde yerli isteklilere çeşitli avantajlar sağlaması, rekabet ilkesini zedeleyici ve daha da önemlisi ihaleye konu işte kaliteyi düşüren sonuçlar doğurabilir.⁶³

3. Eşit Muamele

Bu ilke, idarenin ihale süreci boyunca ihale isteklilerine eşit davranması, isteklilerden birini (veya bir grup istekliyi) diğerlerine (ya da diğer gruplara) göre hukuk dışı bir gerekçeyle⁶⁴ avantajlı konuma getirecek tutum ve davranışlardan kaçınması gerektiğini ifade eder. Bu ilkenin varlığı, Anayasa'nın 10/5. maddesinde ifade edilen, idarenin bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etme zorunluluğunun da bir gereğidir.

4. Güvenirlilik

Güvenirlilik (güvenilirlik) ilkesi, idarenin (ihale sürecinde görev alan kamu

⁶³ Rekabet ilkesi ihale dokümanının açık, net ve anlaşılır biçimde hazırlanmasıyla da ilgilidir. Bu özellikleri taşımayan bir ihale dokümanının, istekli olabilecekler nezdinde tereddütlere ve yanlış anlaşılmalara ve bunun sonucunda ihaleye katılmama kararına sebep olması halinde rekabet ilkesine aykırı bir durum oluşabilir. Üstün - Çalış, *agm.*, s. 119.

⁶⁴ Anayasa'nın 10. maddesinde de belirtilen; dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerden kaynaklanan gerekçelerle istekliler arasında farklı muamele yapılması veya (kanunun izin verdiği haller dışında) yerli veya yabancı istekliler arasında farklı muamele yapılması örneklerinde olduğu gibi.

görevlilerinin) isteklilerin idareye ve ihale sürecine yönelik korku, çekinme ve kuşku duymalarına sebep olacak tutum ve davranışlar sergilememesi, bu tür durumların ortaya çıkmaması için idarece gereken önlemlerin alınmasını ifade eder.⁶⁵ Yine güvenilirlik, ihaleye katılanların idarenin ihale sürecinde hukuka uygun hareket edeceğine inanmasını ifade eder.⁶⁶ İlke, ihale sürecinde görev alan kamu görevlilerinin hukuk kurallarına ve dürüstlük ilkesine tam bir uyum içerisinde olan tutum ve davranışlar sergileyeceği yönünde ihale isteklileri ve kamuoyu nezdinde güvenilirliğin temin edilmesini amaçlar. Bu ilke, saydamlık ilkesiyle de ilişkilidir; çünkü saydam olmayan idarenin güvenilirliği temin etmesi mümkün değildir. KİK'nin 5. maddesinde yer verilen bu ilke DİK'de yer almamıştır; ancak, bu ilke, hangi mevzuata tabi olarak gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin her türlü kamu alımında (doğrudan temin dâhil) uyulması gereken çok temel bir ilkedir.⁶⁷

5. Gizlilik

Bu ilke, saydamlık ilkesini ihlal etmemek kaydıyla, ihale süreci ve isteklilerle ilgili olup hukuken gizli kalması gereken bilgi, belge, işlem ve olaylara yetkisiz kişilerin muttali olmaması, bu hususta idarenin ve diğer makamların gereken önlemleri alması anlamına gelmektedir.

Gizlilik ilkesi, idarenin ihaleye yönelik bir takım işlemlerini, örneğin KİK'nin 9. maddesine göre hesaplanan yaklaşık maliyete ilişkin bilgi ve belgeleri kapsadığı gibi, isteklilerin değerlendirilmek üzere idareye sundukları, ticari ve teknik nitelikteki gizli kalması gereken verileri içeren bilgi ve belgeleri de kapsar.

Gizlilik ilkesini hayata geçirmeye yönelik olarak KİK, DİK ve KİSK'de idari, TCK'de ise (suç teşkil eden, örneğin ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturan fiillerle ilgili olarak) cezai yaptırımlar öngören düzenlemeler de vardır.

6. Kamuoyu Denetimi

Bu ilke, saydamlık ilkesiyle birlikte işlev görerek, ihale sürecinin hukuka uygun biçimde yürütülüp yürütülmediği konusunda, özellikle basın-yayın organları⁶⁸ ve konuyla ilgili sivil toplum örgütleri kanalıyla kamuoyu denetimine katkı sağlar.

⁶⁵ Gözler - Kaplan, **age.**, s. 446.

⁶⁶ Üstün - Çaltış, **agm.**, s. 125.

⁶⁷ Kamu idaresinin güvenilirliği, korunması gereken önemli bir hukuki değerdir. TCK'de (Dördüncü Kısım-Birinci Bölüm) "Kamu İdaresinin Güvenirliğine Karşı İşlenen Suçlar" başlığı altında yapılan suç düzenlemeleri, kanun koyucunun (ihalelerde güvenilirliği de kapsayan) kamu idaresinin güvenilirliğine verdiği önemi göstermektedir.

⁶⁸ Gözler - Kaplan, **age.**, s. 447.

Kamuoyu denetimi, Anayasa ile teminat altına alınan demokratik hukuk devletinin esaslı gereklerinden ve göstergelerinden biridir.

7. İhtiyaçların Uygun Şartlarda ve Zamanında Karşlanması ve Kaynakların Verimli Kullanılması

Bu ilke, kaynakların (bütçenin) verimli kullanılmasını ve ihalelerin ortaya çıkan ihtiyaçlarla eş zamanlı (ya da zaman bakımından uyumlu) olarak gerçekleştirilmesini (böylece kamu hizmetinin aksatılmamasını) amaçlar. İhale konusu işin gerçekleştirilmesinin, idarenin kullanımında bulunan kaynağın harcanmasını gerektirdiği açıktır. Bu harcamalardan beklenen verimin sağlanması için, ihale yoluyla gerçekleştirilmesi düşünülen işler arasında, öncelik sırasının doğru tespit edilmesi, öncelikli işlerin ihalesinin diğerlerinden daha önce yapılması, ihale konusu işin olabildiğince düşük bir harcamayla gerçekleştirilmesi (bu yapılırken kaliteden ve uzun ömürlülüğünden mümkün olduğunca taviz verilmemesi), ihaleyle temin edilen şey (örneğin; yapı, makine teçhizat, elektronik cihazlar vb.) kullanım süresi içerisinde bakım ve onarımı yahut yedek parça ve tüketim malzemesi gibi harcamaları da gerektiriyorsa, bu harcamalarda da tasarrufun sağlanmasına yönelik olarak tedbirlerin alınması, ihalelerin idarenin kaynaklarının yeterli olduğu ve (özellikle mali portesi çok büyük olan yatırımlarda) ekonomik konjonktürün uygun olduğu dönemlerde gerçekleştirilmesine dikkat edilmesi anlamına gelmektedir.

Hem KİK'de (m. 5) ve hem de DİK'de (m. 2) yer verilen bu ilke, bu kanunlara tabi olup olmadığına bakılmaksızın her türlü kamu alımında (doğrudan temin dâhil) uyulması gereken temel ve önemli bir ilkedir.

8. KİK'nin 5. Maddesinde Belirtilen (Temel Nitelikteki) Diğer Kurallar

Yukarıda yedi başlık altında kısaca belirtilen ilkeler KİK'nin 5. maddesinin ilk fıkrasında kurallaştırılan temel ilkelerdir. Bunlar, sadece KİK ve DİK değil, doğrudan temin ve hangi mevzuata göre gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin neredeyse tüm kamu alımlarına hâkim olması gereken ilkelerdir. Bu ilkelerin yanı sıra, 5. maddenin diğer fıkralarında, KİK'ye tabi ihalelerde uyulması gereken bazı kurallara yer verilmiştir. Söz konusu kurallar şunlardır:

(a) Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilemez,

(b) Eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez.

(c) Kanun'a göre yapılacak ihalelerde, açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir.⁶⁹ Diğer ihale usulleri Kanun'da belirtilen özel hallerde kullanılabilir.

(d) Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılmaz.

(e) Doğal afetlere bağlı acil ihaleler hariç olmak üzere çevresel etki değerlendirme raporu gerektiren işlerde bu rapor alınmadan ihaleye çıkılamaz.

F. 4734 Sayılı KİK'ye ve 2886 Sayılı DİK'ye Göre İhale Usulleri ve İhale Sürecindeki Temel Aşamalar

KİK'ye tabi işlerde ihale usulleri,⁷⁰ Kanun'un 18. maddesinde; (a) açık ihale usulü, (b) belli istekliler arasında ihale usulü ve (c) pazarlık usulü olarak belirlenmiştir.⁷¹

Daha önce KİK'nin 18. maddesinde ihale usullerinden biri olarak belirtilen "doğrudan temin", 2003 yılında Kanun'da yapılan bir değişiklikle ihale usulleri arasından çıkarılarak 22. maddede (ihale usulleri dışında) bir temin (satın alma) usulü olarak düzenlenmiştir.⁷² Doğrudan teminin bir ihale usulü olmaktan çıkarılması, bu usule göre yapılan işlerde KİK'de ihale usulü için öngörülen bazı kural, sınırlama ve yasakların (şartnameler, ilan, ihaleye katılmayacak olanlar, yeterlik koşulları, -yapım işleri hariç-⁷³ yaklaşık maliyet, ihale komisyonu ve -kimi durumlar hariç- sözleşme konusundaki süreci uzatan hükümlerin) uygulanmamasına olanak tanınmasının yanı sıra, işlenen ve suç da oluşturabilecek yasaklanmış fiiller nedeniyle uygulanacak idari ve cezai yaptırımların ve sözleşme sürecinin tabi olacağı

⁶⁹ KİK'nin (bu temel ilkenin yer aldığı) 5/4 maddesinde, 2.7.2018 tarih 703 sayılı KHK'nin (RG. 9.7.2018 - 3. Mükerrer 30473) 171/1-c maddesiyle yapılan bir düzenlemeyle, **Cumhurbaşkanlığınca gerçekleştirilecek işler** (Kanun'un 21/1-c maddesine göre pazarlık usulüne tabi kılmın "savunma ve güvenlikle ilgili özel durum" kapsamında kabul edilerek) açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünün temel usul olduğuna yönelik bu hükümden istisna edilmiştir.

⁷⁰ Akyılmaz - Sezginer - Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 535.

⁷¹ İlaveten, Kanun'un 23. maddesinde tasarım yarışmalarına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu yarışmaların hizmet alım ihalesiyle aynı kategoride düşünülmesi mümkündür.

⁷² Doğrudan temin usulü, diğer üç usulle birlikte bir ihale usulü olarak KİK'nin 18/d maddesinde sayılmış iken, 30.7.2003 tarih 4964 sayılı Kanun ile KİK'nin 18/d maddesinin yürürlükten kaldırılması ve (doğrudan temini düzenleyen) 22. maddenin değiştirilmesiyle bir ihale usulü olmaktan çıkarılarak bir temin usulü (satın alma usulü) haline getirilmiştir. Buna göre, 22. maddede belirtilen hallerde idare, ilansız ve teminat da almadan (doğrudan temin yoluyla) işlem yapabilir.

⁷³ KİGT m. 22.5.1.

hukuki rejimin (KİSK ile birlikte BK'nin mi yoksa sadece BK'nin mi uygulanacağı) belirlenmesi bakımından önemlidir.⁷⁴ Öte yandan, KİSK (kapsamına ilişkin 2. maddesinde de belirtildiği gibi) sadece KİK'ye göre yapılan ihaleleri kapsadığından, bir ihale usulü sayılmayan doğrudan temin usulü KİSK'nin kapsamına girmemektedir.

DİK'ye tabi işlerde ihale usulleri ise, Kanun'un 35. maddesinde; (a) kapalı teklif usulü, (b) belli istekliler arasında teklif usulü, (c) açık teklif usulü, (d) pazarlık usulü, (e) yarışma usulü olarak belirlenmiştir. Öte yandan, Kanun'da (ihale usullerinin yanı sıra) ihale usulüne tabi olmayan işler 71 ilâ 82. maddelerde düzenlenmiştir.

KİK'ye göre yapılacak ihalelerde ihalenin temel aşamalarına ilişkin usul ve esaslar, Kanun'un 23 ve devam eden maddeleri başta olmak üzere ilgili yönetmelik ve tebliğlerle düzenlenmiştir. Seçilen ihale usulüne göre ihalenin aşamalarında bir takım farklılıklar olmakla birlikte, açık ihale usulüne göre gerçekleştirilen tipik bir ihalenin (sözleşme aşaması da dâhil olmak üzere) aşamaları ana hatları itibarıyla aşağıdaki gibi sıralanabilir:

(i) İhaleye konu işin ihaleyle gerçekleştirilmesi gerektiğine ve ihalenin hangi ihale usulüyle (açık, belli istekliler arasında veya pazarlık usullerinden hangisiyle) yapılacağına karar verilmesi;⁷⁵

(ii) İhale komisyonunun oluşturulması, yaklaşık maliyetin tespiti, ihale dokümanlarının hazırlanması, ihalenin ilanı;

(iii) İsteklilerce ihale dokümanının alınması, geçici teminatların tesis edilmesi ve teklif zarflarının idareye teslimi;

(iv) İhale komisyonunca değerlendirme öncesinde teklif zarflarının açılması ve kontrolü;

(v) İhale komisyonunca tekliflerin değerlendirilmesi, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin tespit edilerek ihale yetkilisinin onayına sunulması; ihale yetkilisince ihalenin onaylanması;

(vi) Yüklenicinin sözleşmeye davet edilmesi, kesin teminatın tesisi ve sözleşmenin imzalanması;

⁷⁴ Dursun Ali Demirboğa, "Kamu İhale Sözleşmesinin Yapılması Usulleri (İhale Usulleri)", **UMD**, S. 9, Haziran 2017, s. 181.

⁷⁵ İhaleye konu işin teknik özelliklerine, mali portesine ve diğer verilere göre ve çeşitli idari (ve kimi zaman da siyasi) onay süreçlerini içeren aşamadır. Bu aşamada 5018 sayılı KMYKK'ye göre harcama yetkilisinin ve gerekiyorsa (izin, onay vb. işlemler kapsamında) ilgili diğer makamların onayı alındıktan sonra ihale süreci başlatılır.

(vii) Mal veya hizmet alımının gerçekleştirilmesi (edimin ifası); bu aşamada görevlendirilen muayene ve kabul komisyonu tarafından mal ve hizmetlerle ilgili olarak şartname ve sözleşmeye göre gerekli kontrollerin yapılarak geçici ve kesin kabul tutanaklarının düzenlenmesi.

Usul ve esaslar yönünden aralarında önemli farklılıklar bulunmakla birlikte, DİK'ye göre yapılan ihaleler ana hatları itibarıyla KİK'dekine benzer ana aşamalardan geçerek gerçekleştirilir. Bu Kanun'a göre ana hatlarıyla ihale süreci (bilhassa, temel ihale usulü sayılan kapalı teklif usulünde); ihaleye hazırlık, tekliflerin (açılması ve) değerlendirilmesi ve ihale kararı ve sözleşme aşamalarından oluşur. İhaleye hazırlık süreci Kanun'un 9 ilâ 27. maddelerinde düzenlenmiştir; bu aşama, tahmin edilen bedelin tespiti, şartnamelerin hazırlanması ve isteklilere verilmesi, ihale komisyonlarının kurulması, ihalenin ilanı, geçici teminatların ve tekliflerin alınması işlemlerini kapsar. Tekliflerin değerlendirilmesi süreci Kanun'un 28 ilâ 34. maddelerinde düzenlenmiştir; bu aşama, uygun bedelin tespiti ve ihalenin karara bağlanması, ihale kararının onayı ve ihale kararının bildirilmesi işlemlerini kapsar. DİK'ye tabi işlerin sözleşme süreci (KİSK'de olduğu gibi) ayrı bir kanunda düzenlenmiş değildir. Sözleşme sürecine ilişkin hükümler Kanun'un 54 ilâ 70. maddelerinde yer almaktadır. Bu aşama, ihalenin sözleşmeye bağlanması, kesin teminatın tesisi, edimlerin ifası ve (geçici ve kesin) kabul işlemlerini kapsar.

II. YAPTIRIM (MÜEYYİDE)⁷⁶

A. Kavram, Tanım ve Sınıflandırma

Özel hukuk yaptırımını - kamu hukuku yaptırımını veya idari yaptırım - cezai yaptırım ayırımı yapmadan, genel olarak ve geniş bir açıdan ele alındığında, yaptırım (müeyyide) kavramı; **hukuk düzeniyle çatışan bir fiil, içtinap yahut duruma karşı ortaya çıkan, hukuk düzeninin öngördüğü (ve hukuki bir forma sahip⁷⁷) tepki⁷⁸ ve sonuç** olarak tasvir edilebilir.

⁷⁶ Müeyyide terimi Arapça kökenlidir; yerine kullanılan yaptırım terimi ise Türkçedir. Anlam farkına ilişkin değerlendirme ilerde yapılacaktır.

⁷⁷ "Hukuki forma sahip" ifadesiyle kastedilen, söz konusu tepkinin mevzu hukukta öngörülen nitelikte bir tepki olması gerektiğidir. Hukuk düzenine aykırı bir fiil veya içtinap nedeniyle ortaya çıkan sosyal ve psikolojik nitelikteki tepkiler bu kapsamda değildir.

⁷⁸ Buradaki "tepki" sözcüğünü, sadece, karşıt ve zıt bir fiil ve yönelim olarak değil, daha geniş bir anlamda düşünerek; fiil, içtinap ve durumun ortaya çıkmasının yaptırımın belirmesine yönelik bir tetikleme sağladığını da ifade eden bir sözcük olarak değerlendirmek daha kapsayıcı ve isabetli bir yaklaşım olacaktır.

Yaptırım kavramı öğretide, özü itibarıyla hemen hemen aynı olan (ya da, her biri yaptırımın bir yönünü ön plana çıkararak) çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır. Bunlardan seçilmiş üçünü belirtecek olursak, yaptırım:

(i) Hukuk kuralının ihlaline tepki olarak gösterilen, hukuk düzeni tarafından öngörülen ve devlet tarafından uygulanan bir cebirdir.⁷⁹

(ii) Bir hukuk kuralına aykırı davranıldığında, davranışta bulunan kişinin karşılaşması hukuk düzenince öngörülen sonuçtur.⁸⁰

(iii) İnsanın, yükümlülüklerine aykırı davranmasının gerekli kıldığı hukuki sonuçtur.⁸¹

Toplumsal yaşamı düzenleyen kurallardan hukuk kurallarına karşı gelmenin yaptırımı maddi, görgü ve ahlak kurallarında (o toplumda görgü ve ahlak kuralı olarak genel kabul gören kurallarda) ise manevidir.⁸² Bu husus, hukuki yaptırımlar ile görgü ve ahlak alanındaki yaptırımları ayıran en önemli ölçüttür.⁸³

Hukuk düzenince öngörülen yaptırımların ihdas edilmesi ve uygulanmasının amaçları ve bunların işlevleri; bireysel veya toplumsal (kamusal) bir hakkı ve yararı korumak üzere konulmuş bir hukuk kuralına toplumu oluşturan tüm bireylerce riayet edilmesi yönünde bir tür tehdit oluşturmak (caydırıcılık işlevi), hukuk düzenine aykırı fiil veya durumun gerçekleşme ihtimaline karşı tedbir almak (tedbir/önlem işlevi), söz konusu fiil veya durumun gerçekleşmesi halinde, mümkünse bu fiil veya durum gerçekleşmeden önceki hale dönülmesini, mümkün değil ise tazminat yoluyla uğranılan zarar ve mağduriyeti gidermektir. Cezai yaptırımlarda⁸⁴ (bunlara ilaveten)

⁷⁹ Kemal Gözler, **Hukukun Temel Kavramları**, 16. bsk., Bursa, Ekin, 2018, s. 18.

⁸⁰ Bilge Öztan, **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, 10. bs., Ankara, Turhan, 2002, s. 25.

⁸¹ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11.bs., Ankara, Seçkin, 2015, s. 647.

⁸² Örneğin, görgü ve ahlak kurallarına aykırı fiillerde ayıplanma, kınanma ve ayrıca iç huzursuzluğu vb. yaptırımlar (müeyyideler) söz konusudur. Ergun Özsunay, **Medeni Hukuka Giriş**, 5. bs., İÜHFY, İstanbul, Güryay, 1986, s. 17. Yazar, din kurallarına aykırı fiillerin yaptırımının da manevi olduğu görüşündedir. Bizce, o dinin mensupları yönünden bakıldığında, yürürlükteki hukuk kurallarına aykırı olmayan ve fakat kişinin mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına aykırı olan fiillerin dünya hayatındaki yaptırımların manevi, ölüm sonrası hayatta uğranılacağına inanılan yaptırımların ise maddi nitelikte olduğu şeklinde bir yaklaşım daha tutarlıdır.

⁸³ Buna karşın, yaptırımların ulusal hukukta olduğu gibi uluslararası hukuk alanında kuvvetli bir etkiye sahip olduğu söylenemez. Bunun nedeni, devletleri uluslararası hukuk normlarına uymaya zorlayacak devletler üstü bir otoritenin mevcut olmaması veya yaptırım kapasitesinin yeterli olmamasıdır. **Ae.**, s. 6.

Devletler arasında ikili ve çok taraflı anlaşmaların yapılması ve uluslar üstü otoritelerin (AB ve BM örneğinde olduğu gibi) kurulup gelişmesiyle, öngörülen yaptırımların (iç hukuk düzenindeki kadar olmasa da) bu alanda da etkili olduğu görülmektedir.

⁸⁴ Ceza hukukunun alanına giren “haksızlık”lara karşılık uygulanan bir yaptırım olan “ceza”nın işlevi konusunda çok sayıda görüş bulunmaktadır. Bunların genel olarak; kefaret, korkutma (önleme) ve ıslah olmak üzere üç temel düşünce etrafında toplandıkları söylenebilir. Sema Ayatar Kızılyar, “Ceza Yaptırımı ile İdari Yaptırım Ayrımı”, **YÜD**, C. 8, özel sayı, 2013, s. 1463.

söz konusu kurallara aykırılığın tekerrür etmemesi için (fail ve toplumu oluşturan diğer bireyler üzerinde) kuvvetli caydırıcı etkiler yaratmak, (suç işlendikten sonraki süreçte) failin ıslahı ve onarıcı adalet anlayışını⁸⁵ hayata geçirmek (onarım amacını gerçekleştirmek) de belirtilmelidir.

Müeyyide ve yaptırım terimleri arasında anlam farkı olup olmadığı tartışmaya açık bir husustur. Müeyyide terimi Arapça kökenlidir; yerine kullanılan yaptırım terimi ise Türkçedir. İki terimin birbirinin eşiti olmadığı, müeyyidenin yaptırımı da kapsayan bir kavram olduğu (haklı olarak) savunulmaktadır; bu görüşe göre,⁸⁶ ilmi bir tasnif yaparken yaptırımı müeyyidenin eşiti bir terim olarak kabul etmek yerine müeyyidenin bir alt başlığı olarak kabul etmek uygun bir yaklaşım olacaktır; çünkü müeyyide, hukuk kurallarına aykırı veya uygun hareketler için hukuk tarafından öngörülen maddi tepki olmasına karşın, yaptırım, müeyyidenin hukuka aykırılıklara ilişkin kısmına aittir ve hukuka aykırı davranışlar için hukuk düzeni tarafından (uygulanması) öngörülen zorlayıcı maddi tepkiyi ifade eder. Bu değerlendirmenin bir sonucu olarak, her yaptırım aynı zamanda bir müeyyidedir, ancak her müeyyide bir yaptırım değildir.⁸⁷

Müeyyide ve yaptırım terimlerinin anlamdaşlığı konusunda yukarıda belirtilen görüşe karşın, kanun⁸⁸ ve kanun altı düzenlemelerde ve yüksek mahkemelerin kararlarında, yaptırım sözcüğü (terimi) ile müeyyide sözcüğünün (teriminin) aynı anlama gelmek üzere kullanıldığı,⁸⁹ bununla birlikte kimi zaman

Ceza failin ibra olmasını sağlar, kefaret teşkil eder, faili resosyalize etmeyi amaçlar ve failin işlediği haksızlık nedeniyle doğan sorumluluğun bilincine varmasını amaçlar. Özetle, cezanın birincil amacı özel önleme, yani, suç işleyen kişinin yeniden topluma kazandırılması, zararsız ve güvenilir bir kişi haline getirilmesidir. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 651.

⁸⁵ Ceza hukukunda “onarıcı adalet” yaklaşımı, “cezalandırma” amaç ve uygulaması yerine, mağduru temel alarak, suçun işlenmesiyle ortaya çıkan mağduriyetin fail tarafından giderilmesini, ortaya çıkan zararın tazmin edilmesini, failin pişmanlık duymasını amaçlamaktadır. Ülkemiz uygulamasında bu yaklaşımın temel uygulama şekli (CMK m. 253, 254’te düzenlenen) “uzlaşma”dır. Uzlaşmada, şikâyetinden vazgeçmeyen mağdur ile sanığın karşılıklı müzakereler sonucunda (mağdurun tatmin edilmesi sonucunda) anlaşarak ceza yargılamasını sona erdirmeleri söz konusudur.

⁸⁶ Mehmet Maden, **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, Ankara, Adalet, 2012, s. 81.

⁸⁷ **Ae.**, s. 80.

⁸⁸ Mülga 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK metinlerinin karşılaştırılması, eski dil/yeni dil tercihi görüşümüze güzel bir örnek teşkil edebilir. 765 s. TCK metninde yaptırım sözcüğü hiç kullanılmamış, tümüyle müeyyide sözcüğü kullanılmış, buna karşın 5237 sayılı TCK’de tümüyle yaptırım sözcüğü kullanılmıştır. Kavramsal olarak bakıldığında, 765 s. TCK’de geçen müeyyide kavramının 5237 sayılı TCK’deki yaptırım kavramıyla bire bir aynı olduğu kesindir. Bu tespit, kanun koyucunun da yaptırım ile müeyyide sözcüklerini anlam yönünden eşit saydığını göstermektedir.

⁸⁹ Nitekim hem müeyyide ve hem de yaptırım sözcüğü İngilizceye “sanction” olarak çevrilmekte; dolayısıyla, İngilizce’deki “sanction” sözcüğü Türkçeye “yaptırım” veya “müeyyide” olarak çevrilmektedir.

birinin diğere tercih edildiği⁹⁰ görülmektedir. Uygulama alanındaki bu kullanım farklılıkları, iki terim arasındaki anlam ve kapsam farklılığından ziyade bir eski dil/yeni dil tercihinden kaynaklanmaktadır. Sözcük anlamları arasında farklılıklar bulunmakla birlikte, uygulamada bir hukuk terimi (ıstılah) olarak aynı anlamda kabul edildikleri ve kullanıldıkları görülmektedir.

Yaptırımları (genel kabul gördüğü üzere) özel hukuk yaptırımları ve kamu hukuku yaptırımları olarak iki ana başlık altında sınıflandıracak olursak, özel hukuk yaptırımlarını; geçersizlik (butlan, iptal, eksiklik), cebri icra ve tazminat olarak sınıflandırabiliriz.⁹¹ Çalışmamızın konusu kamu hukuku alanına dâhil olduğu için sıralanan yaptırım türleri hakkında ayrıntılı açıklama yapmayacağız.

Diğer ana başlığı oluşturan ve çalışmamızın kapsamına giren idari yaptırımlar kavramının da içinde yer aldığı kamu hukuku yaptırımlarını;

- (i) Anayasa yaptırımları,⁹²
 - (ii) Ceza Kanunu⁹³ yaptırımları (cezai yaptırımlar),
 - (iii) İdari yaptırımlar,
 - (iv) Muhakeme hukuku⁹⁴ yaptırımları,
 - (iv) Devletler hukuku⁹⁵ yaptırımları,
- Şeklinde sınıflandırmak ve sıralamak mümkündür.

Yaptırım olarak ortaya çıkan devletin zorlayıcı tepkisinin en ağır ve belirgin olduğu alan ceza hukukudur.⁹⁶ Çünkü ceza hukuku yaptırımlarından hapis cezasının ve bir kısım güvenlik tedbirlerinin, muhatapları üzerinde (trafik cezası, disiplin cezası vb.) çeşitli idari yaptırımlarinkine kıyasla çok daha ağır ve derin etkiler yarattığı söylenebilir. Bununla birlikte, yaptırımın muhatabının kişisel, sosyal ve ekonomik özellikleri ve uygulanan cezai veya idari yaptırıma göre bu genel kabul ile

⁹⁰ “**Kanun**” ve “**yasa**” terimleri de aynı duruma diğer bir örnek olarak verilebilir.

⁹¹ Öztan, **age.**, s. 27.

⁹² “Anayasa hukuku yaptırımları” yerine, sadece (daha dar kapsama sahip olan) Anayasa metninde düzenlenen yaptırımları ifade etmek üzere “Anayasa yaptırımları” denilmesinin daha uygun olacağı görüşündeyiz.

⁹³ Anayasa ve TCK’deki (suç, ceza ve güvenlik tedbirlerinde) kanunilik kuralı dikkate alınarak, ceza hukuku yaptırımları yerine ceza kanunu yaptırımları denilmesinin daha uygun olacağını düşünüyoruz. Öte yandan, cezai yaptırımlar ifadesinin, isimlendirme ve/veya muhatabı üzerindeki (ağır veya ağır sayılabilecek) etkileri nedeniyle idari cezalar olarak da isimlendirilebilen idari yaptırımları da kapsayabileceği, bu nedenle ceza kanunu yaptırımları ifadesine göre daha geniş kapsamlı olduğu düşünülerek, cezai yaptırımlar yerine ceza kanunu yaptırımları denilmesinin daha uygun bir yaklaşım olduğu görüşündeyiz.

⁹⁴ Muhakeme sürecinde izlenecek usulü düzenleyen, CMK, İYUK ve HMK gibi kanunlarda yer alan yaptırımları kapsamaktadır.

⁹⁵ Aynı anlamda olmak üzere, uluslararası hukuk yaptırımları veya devletler umumi hukuku yaptırımları ifadeleri de kullanılabilir.

⁹⁶ Özsunay, **age.**, s. 6.

uyuşmayan somut örnekler de verilebilir. Aşağıda, belirtilen yaptırım sınıflarından ceza kanunu yaptırımları ve idari yaptırımlarla ilgili kısa bilgiler verilecektir.

B. Cezai Yaptırım ve İdari Yaptırım Ayrımı

1. Cezai Yaptırımlar

Cezai yaptırımlar, kanunilik ilke ve kuralı başta olmak üzere, Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan kurallar ile suç siyasetine hâkim olan; kusur, hukuk devleti ve hümanizm ilkeleri⁹⁷ çerçevesinde kalınarak (kanun koyucu tarafından bir kanun ile) suç olarak tanımlanan fiillere karşılık olarak uygulanması (TCK'de veya suç ve ceza düzenlemesi içeren herhangi bir kanunda) öngörülen yaptırımlardır.

Daha geniş kapsamlı bir bakış açısıyla tanımlamak gerekirse, cezai yaptırımlar; suç teşkil eden haksızlıklara bağlanan hukuki sonuçlardır.⁹⁸ Bu tanım, ceza mahkemesince uygulanmasına hükmedilen cezalar ve güvenlik tedbirlerinin yanı sıra, suç işleyen kişinin karşı karşıya kalacağı özel hukuk alanındaki bir takım (yaptırımları değil) sonuçları da kapsamı nedeniyle oldukça geniştir.

Bu noktada kabahat ve suç ayrımı veya ilişkisi konusunda da bazı açıklamalar yapılmasında fayda vardır. KK'nin genel gerekçesinde, **“(...) Bu bakımdan, esasen hukuka aykırı olan ve haksızlık ifade eden fiiller arasında suç veya kabahat olarak bir ayırım yapılması bir nitelik farkı oluşturmamaktadır. Söz konusu tasnif, haksızlıklar arasındaki nicelik farkına dayanmaktadır.(...)”** denmektedir. Buradaki “nitelik” terimi, fiilin (niceliğine değil) haksızlık oluşturma özelliğine işaret etmektedir. Gerekçe metninde geçen “nitelik” kavramını sadece “haksızlık oluşturma” niteliği olarak kabul etmemek, haksızlığın (yapısında yer alan) diğer niteliklerini ve ağırlığını da dikkate almak gerekmektedir. Bu değerlendirmenin bir sonucu olarak (KK m. 36'da düzenlenen “Gürültü” kabahatinde olduğu gibi) haksızlık teşkil eden fiillerin nicelik farklılıklarının yanı sıra (haksızlık oluşturma niteliği dışındaki) nitelik farklılıklarının da suç ve kabahat ayrımında belirleyici olduğu söylenebilir.

Suç teşkil eden fiillere uygulanması öngörülen cezai yaptırımlar 5237 sayılı

⁹⁷ TCK'nin hazırlanmasında söz konusu ilkelere bağlı kalındığı Kanun tasarısına ilişkin TBMM Adalet Komisyonu Raporunda açıkça belirtilmiştir. Rapordaki ifade aynen şöyledir: *“Suç siyaseti ile güdülen amaca ulaşabilmek için, uyulması gereken ana ilkeler, kusur ilkesi, hukuk devleti ilkesi ve hümanizm ilkesidir.”* Aktaran: Adem Sözüer, **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**, 4. bs., İstanbul, Alfa, 2015, s. 107.

⁹⁸ Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. bs., Ankara, Seçkin, 2015, s. 525.

TCK’de düzenlenmiştir.⁹⁹ Cezalar ve güvenlik tedbirleri olarak iki temel kategoriden oluşan bu yaptırımlar (alt türleri ve alternatif uygulama olanaklarıyla birlikte) aşağıdaki listelenmiştir.¹⁰⁰

Ceza Kanunu Yaptırımları (TCK’ye göre):

1-) Cezalar

a) Hapis cezası

- Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası (m. 47)

- Müebbet hapis cezası (m. 48)

- Süreli hapis cezası (m. 49)

* Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar (m. 50)¹⁰¹

b) Adli para cezası (m. 52)

2-) Güvenlik tedbirleri

- Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (m. 53)

- Eşya müsaderesi (m. 54)

- Kazanç müsaderesi (m. 55)

- Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri (m. 56)¹⁰²

- Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri (m. 57)

- Sınır dışı edilme (m. 59)

- Tüzel kişiler hakkında uygulanan güvenlik tedbirleri (m. 60)

⁹⁹ Kanun’un “Yaptırımlar” başlıklı 3. Kısımının “Cezalar” başlıklı 1. Bölümünde ceza türleri, “Güvenlik Tedbirleri” başlıklı 2. Bölümünde ise güvenlik tedbiri türleri düzenlenmiştir.

¹⁰⁰ Bunların yanı sıra, TCK dışında, kabahatleri ve yaptırımlarını düzenleyen KK’nin 43/A maddesinde yer alan, belli suçlarda, suçun yararına işlendiği tüzel kişilere verilen idari para cezasını da (KK’de yer alan ve idare tarafından -bir hükme ihtiyaç duyulmadan- uygulanması nedeniyle idari yaptırım kategorisine dâhil olan idari para cezalarından farklı olarak) sadece mahkeme kararıyla uygulanabileceğinden, cezai yaptırım kategorisine dâhil etmek gerektiği görüşündeyiz. Bu sınıflandırma yaklaşımı TCK’nin cezalar ve güvenlik tedbirleri şeklindeki ikili sınıflamasıyla uyumlu olmamakla birlikte, bu yaptırımın idarece uygulanmasının mümkün olmaması, sadece mahkemece uygulanabilmesi nedeniyle, idarenin yanı sıra mahkeme kararıyla da uygulanabilen bir kısım idari yaptırımlardan farklı olarak cezai yaptırım olarak sınıflandırılmasının daha isabetli olduğunu düşünüyoruz. Aksi bir yaklaşımın kabulü halinde, idarenin uygulama yetkisinin hiçbir suretle olmadığı, sadece mahkeme kararına dayalı olarak uygulanabilen bir yaptırımın idari yaptırım olarak nitelendirilmesi söz konusu olacaktır ki, bu nitelendirmenin tutarsızlık içerdiği açıktır.

¹⁰¹ TCK’de ceza ve güvenlik tedbirleri olarak iki ana yaptırım grubu öngörülmüştür. Kısa (bir yıl ve daha az) süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar esasen (TCK’nin sistemi içerisinde) müstakil bir yaptırım grubu olmayıp, adli para cezası, zararın giderilmesi veya çeşitli içerikte olan güvenlik tedbirleri niteliğindedirler. Bununla birlikte, temel yaptırım türlerinden (kısa süreli olmak kaydıyla) hapis cezaları yerine uygulanabilmeleri nedeniyle (hapis ve adli para cezalarının yanı sıra) bir yaptırım grubu olarak ayrıca ele alınmaları mümkündür.

¹⁰² TCK dışında 5395 s. Çocuk Koruma Kanunu’nda da çocuklara özgü bir takım güvenlik tedbirlerine yer verilmiştir.

Yukarıda liste halinde gösterilen cezai yaptırımlara hükmetme yetkisi sadece görevli ve yetkili mahkemelere aittir. Aşağıda belirtileceği üzere, ceza kanunu yaptırımlarından oldukça farklı özelliklere sahip idari yaptırımlarda yaptırıma karar verme yetkisi (yargı denetimine açık olmak kaydıyla) idareye ve KK’de düzenlendiği üzere kimi yaptırımlarda idarenin yanı sıra (idare de yetkili olmak üzere) yeri geldiğinde Cumhuriyet savcısına veya mahkemeye de verilmiştir.

2. İdari Yaptırımlar

Yukarıda da belirtildiği gibi, idari ve cezai yaptırımlar arasındaki en önemli fark, idari yaptırımların idarece resen, yani herhangi bir mahkeme kararına ihtiyaç duymadan uygulanabilen yaptırımlar olmasına karşın cezai yaptırımların mutlak suretle bir mahkeme kararına ihtiyaç duymasındır.

Kabahatler hukuku yönünden bakıldığında, idari yaptırımların, idari para cezaları ve idari tedbir niteliğindeki idari yaptırımlar olarak iki alt gruba ayrıldığı kabul edilmektedir. Nitekim KK m. 16’da bu ayırım açıkça ifade edilmiştir. Bu ayırımın KK dışında düzenlenen idari yaptırımlar için de geçerli olduğu söylenebilir.

Cezai yaptırımlarla ilgili kısımda da belirtildiği gibi; hukuka aykırı fiil türlerinden bazıları izlenen suç siyaseti gereğince kanunla suç olarak tanımlanıp cezai yaptırımlara bağlanırken, suça kıyasla daha hafif olan (korunan hukuki değerleri suç niteliğindeki fiillerinki kadar ağır biçimde ihlal etmediği, yine izlenen suç siyasetinin değer ölçülerine göre kabul edilen) bazıları idari yaptırımlarla karşılık gören fiiller ve kabahatler olarak tanımlanırlar.

Kabahat terimi KK m. 2/1’de, “**(1) Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır.**” şeklinde tanımlanmıştır. KK’ye kaynaklık teşkil eden Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu’nda ise kabahat; tipe uygun, hukuka aykırı ve isnat edilebilir bir davranış olarak tanımlanmıştır.¹⁰³ Bu tanım suç kavramına da uymakla birlikte, karşılığında ceza kanunu yaptırımı değil idari yaptırım öngörülmüş olması, kabahat teşkil eden fiili suç teşkil eden fiilden ayırmaktadır.

İdareye yaptırım uygulama yetki ve görevi verilebileceği Anayasa’da açıkça belirtilmiş olmayıp, Anayasa’nın 38. maddesinde yer alan, “**İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz.**” hükmünün zıt

¹⁰³ Koray Doğan, “Tüzel Kişilerin İdari Para Cezası Sorumluluğunda İsnadiyet Sorunu”, **DEÜHFD**, C. 17, S. 1, 2015, s. 15.

kavram delili yoluyla yorumlanmasından, idarenin (Anayasa'nın; idarenin esaslarına ilişkin 123 ve devam eden, suç ve cezalara ilişkin 38 ve temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin 13. maddeleri başta olmak üzere, amir hüküm niteliğindeki ilke ve kuralların çizdiği sınırlar içerisinde kalmak şartıyla, örneğin, fiil ile yaptırım arasındaki adil dengeye dikkat ederek)¹⁰⁴ idari yaptırım kararı alabileceği ve bu kararını herhangi bir mahkeme kararına ihtiyaç duymadan uygulayabileceği sonucuna varılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin de (muhtelif kararlarında)¹⁰⁵ belirtildiği gibi, idarenin hizmetlerini gereği gibi ve ivedilikle görebilmesi için yaptırım uygulama yetkisine ihtiyacı vardır. Kamu düzeni ve güvenliğini, kamu sağlığını, ulusal servetleri zamanında ve gereği gibi koruyabilmesi için idareye çeşitli ve geniş kapsamlı yaptırımlar uygulama yetkisi tanınmaktadır.

İdari yaptırımlar için, "idari cezalar" dendiğine de rastlanmaktadır.¹⁰⁶ İdari cezalar nitelendirmesi, idari para cezalarında olduğu gibi, idari yaptırımların ceza kanunu yaptırımlarıyla nicelik bakımından farklı olmakla birlikte nitelik olarak benzer amaç ve etkilere sahip olduğu düşüncesine dayanmaktadır. İdari ceza nitelendirmesi, (ceza kanunlarıyla düzenlenen cezaların dışında ihdas edilen) trafik cezaları, vergi cezaları vb. idari cezaları ve idari yaptırımları inceleyen idari ceza hukukunu ortaya çıkarmıştır. Bu disiplin, ceza kanunlarının kapsamına giren fiiller gibi, toplumsal düzeni bozan ve fakat ceza kanunları kapsamına girmeyen fiilleri ve bunlara uygulanacak yaptırımları inceler. Tarihsel süreç içerisinde idari ceza hukuku

¹⁰⁴ Anayasa Mahkemesi, iki idare mahkemesinin yaptığı bir itiraz başvurusuna ilişkin kararında, idari para cezalarıyla ilgili olarak şu tespit ve değerlendirmeleri yapmıştır: "(...)Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi idari yaptırımlar açısından da Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin kabahat sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü gibi konularda kanun koyucu takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken kabahat ve yaptırım arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır. Ancak sadece kabahatin konusunu esas alarak ve benzer eylemler için öngörülen yaptırım miktarlarını kıyaslayarak haksızlık ve yaptırım arasında adil denge bulunup bulunmadığı konusunda bir karar vermek sorunu tek yönlü ya da eksik olarak ele almak anlamına gelir. Haksızlığa konu eylem ile yaptırım arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında benzer bir fiil için konulmuş yaptırım ile yapılacak bir kıyaslamadan değil, o fiilin yarattığı etkinin ve sonuçlarının dikkate alınması gerekir. Kanun koyucu, benzer eylemler için değişik cezalar yanında, daha hafif bir eylem için daha ağır bir cezayı da uygun görebilir.(...) Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından idari para cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir. (...)"AyM, E. 2014/52 K. 2014/139, KT. 11.9.2014, RG. 9.4.2015, sy. 29321.

¹⁰⁵ AyM, E. 2001/226 K. 2006/119, KT. 22.12.2006, RG. 27.11.2007, sy. 26713.

¹⁰⁶ KK'nin genel gerekçesinde yer alan, "**Kabahatleri suç olmaktan ve ceza kanunlarının kapsamı dışına çıkarma eğiliminin bir sonucu olarak; çeşitli hususlarda düzenleme getiren özel kanunlarda bazı fiiller karşılığında idarî yaptırımlar öngörülmektedir. Başka bir deyişle, bu fiiller, "idari suçlar" olarak tanımlanmaktadır.**" ifadeleri, KK'nin hazırlanması sürecinde bu yaklaşımın da etkili olduğunu göstermektedir.

ve genel ceza hukuku ayrımı ilk kez 18. yüzyılın ikinci yarısında Alman hukukçuları tarafından yapılmıştır. Bu ayrıma gidilmesinin amacının, kabahatlerin dar anlamda suç olmaktan çıkarılması ve cezalandırılmaları için idareye yetki verilmesi olduğu savunulmaktadır.¹⁰⁷

İdari yaptırımların bazı tipleri, gerek ilgili kanunda “ceza” sözcüğüyle isimlendirilmiş olması ve gerekse muhatabı (ceza verilen kişi) üzerinde doğurduğu etkinin ağırlığı nedeniyle “idari ceza” olarak nitelendirilebilir ve/veya isimlendirilebilir. Bu bakış açısıyla idari yaptırımları, ceza niteliğindeki idari yaptırımlar ve tedbir niteliğindeki idari yaptırımlar olarak (iki başlık altında) tasnif etmek de mümkündür. Nitekim KK m. 16’da da böyle bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Bununla birlikte, tedbir niteliğindeki (tedbir amacına yönelik) idari yaptırımlar da kimi zaman (kişi üzerindeki etkileri bakımından) cezalandırıcı bir özellik gösterebilir. Örneğin, çalışmamızın kapsamında yer alan **ihalelere katılmaktan idarece süreli yasaklama** yaptırımı, hem tedbir ve hem de (bize göre) belirli etki ve sonuçları nedeniyle ceza (cezai yaptırım) özelliği göstermektedir. İdari yaptırımların (ceza kanunu yaptırımlarından farklı olarak) çok daha fazla çeşidinin bulunması nedeniyle, kanunda ismen “ceza” olarak isimlendirilmemiş ise, bir idari yaptırımın idari ceza veya idari tedbir özelliğini gösterdiğinin, kişi üzerindeki etkileri, bu etkilerin ağırlığı vb. ölçütler esas alınarak değerlendirilmesi mümkündür.

İdari yaptırım kavramının daha iyi anlaşılabilmesi için, tanımlanmasında fayda vardır. 5326 sayılı KK de dâhil olmak üzere, idari yaptırım kavramı için kanunda bir tanım yapılmış değildir.¹⁰⁸ Öğretide ve içtihatlarda ise, birbirinin hemen hemen aynı olan çeşitli tanımlar yapıldığı görülmektedir. Bu tanımlardan seçilmiş bir kaçını belirtecek olursak, idari yaptırım;

(i) İdarenin, bir yargı kararına gerek olmaksızın, yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak, idare hukukuna özgü usullerle, doğrudan doğruya bir idari işlem ile uyguladığı yaptırımlar, verdiği cezalardır.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Kayıhan İçel, “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, **İÜHFİM**, C. L, S. 1-4, 1984, s. 117.

¹⁰⁸ KK idari yaptırım türlerini (m. 16) idari para cezası ve idari tedbirler (idari tedbirleri ise mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve diğer kanunlarda yer alan idari tedbirler) şeklinde bir sınıflandırma yaparak düzenlemiş, ancak, idari yaptırım kavramı için bir tanım vermemiştir. Bununla birlikte, Kanun’u **genel gerekçesinde** ve **1. maddesinin gerekçesindeki** açıklamalar değerlendirildiğinde, bir kavram olarak idari yaptırım kavramının bütün esaslı özelliklerine değinildiği görülmektedir. Anılan genel ve madde gerekçeleri için, bkz.: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss840m.htm>, 3.3.2019.

¹⁰⁹ Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında yaptığı tanımdır. Bu tanımın yer aldığı çok sayıda Anayasa Mahkemesi kararı vardır. AyM, E. 1996/70, K. 1997/53, KT. 5.6.1997, RG. 4.4.2003, sy.

(ii) İdarenin, bir yargı kararına gerek olmaksızın, yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü usullerle, doğrudan doğruya uyguladığı yaptırımlardır.¹¹⁰

(iii) İdarenin, bir yargı kararı olmadan, yasayla kendisine tanınmış yetkiye dayanarak, idare hukuku esaslarına göre, doğrudan doğruya, idari kararların gereklerinin yerine getirilmesi amacıyla uyguladığı yaptırımlardır.¹¹¹

(iv) Kanunların açıkça yetki verdiği ve yasaklamadığı durumlarda, araya yargı kararı girmeden idarenin doğrudan doğruya, bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalardır.¹¹²

Kanun koyucu tarafından, idari yaptırım uygulanması öngörülen fiiller “kabahat” olarak tanımlanmış, bunlardan toplumsal alanda ve gündelik yaşamda sıkça karşılaşılanlar “Çeşitli kabahatler” olarak KK’de düzenlenmiştir. İdari yaptırımla karşılık bulması öngörülen fiil ve davranışlar KK’de düzenlenen kabahatlerden ibaret değildir; ticaret, imar, sağlık, hizmet, ulaşım vb. çok çeşitli alanlarda karşılaşılabilecek ve kamu yararını olumsuz yönde etkileyen çeşitli tür ve nitelikteki kasıtlı ve taksirli fiiller için öngörülen idari yaptırımlar, ilgili alanı düzenleyen (özel nitelikteki) kanunlarda, kendine özgü çeşitli tür ve isimler altında düzenlenmişlerdir. Kısaca, idari yaptırımların türleri ve mevzuat zemini oldukça geniştir.

Kendi kanunlarında çeşitli isimler altında düzenlenen ve sınıfsal veya tekil olarak birbirlerinden oldukça farklı ve karma özellikler de gösterebilen idari yaptırımlar, KK’nin 16. maddesinde (olası tüm idari yaptırımları kapsayacak bir yaklaşımla) sınıflandırılmıştır. Maddeye göre, idari yaptırımlar; “idari para cezası” ve “idari tedbirler” olarak iki türe (gruba), idari tedbirler ise kendi içinde; “mülkiyetin kamuya geçirilmesi” ve “ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler”¹¹³

25069; AyM, E. 1996/48 K. 1996/41, KT. 23.10.1996, RG. 18.9.1997, sy. 23114; AyM, E. 2002/100 K. 2004/109, KT. 21.9.2004, RG. 4.8.2006, sy. 26249; AyM, E. 2008/115 K. 2011/86, KT. 2.6.2011, RG. 17.3.2012, sy. 28236.

Anayasa Mahkemesi idari yaptırımı, “ceza” ve “tedbir” olarak nitelendirerek şöyle bir tanım yapmıştır: “İdari yaptırımlar, yasaların açıkça yetki verdiği ya da yasaklamadığı durumlarda araya yargısal bir karar girmeden, idarenin doğrudan doğruya bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu ceza ve tedbirlerdir.” AyM, E. 2008/115 K. 2011/86, KT. 2.6.2011, RG. 28236.

¹¹⁰ D13D, E. 2005/9375, K. 2006/4949, KT. 25.12.2006. www.danistay.gov.tr, 22.10.2017

¹¹¹ Guida Zanobini, **İdari Müeyyideler**, Çeviren: H. Yılmaz Günel, Ankara, AÜSBFY, 1964, s. 25.

¹¹² İl Han Özyay, **İdari Yaptırımlar - Kuramsal Bir Deneme**, İstanbul, İÜHFY, 1985, s. 15.

¹¹³ İdari yaptırımlardan bazıları tedbir işlevi görür: “Hakları kısıtlayan yaptırımlar grubuna giren tatil, men, kapatma, v.b. gibi terimlerle ifade edilen yaptırımlar tedbir niteliğindedir.” AyM, E. 1996/70 K. 1997/53, KT. 5.6.1997, RG. 4.4.2003, sy. 25069.

olarak iki alt türe (gruba) ayrılmaktadır.¹¹⁴ İdari yaptırımları, KK’de yer alan bu sınıflandırmanın yanı sıra çeşitli ölçülere göre farklı biçimlerde sınıflandırmak da mümkündür. Örneğin, doğrudan birey üzerinde (bireysel) veya bireyin mal varlığı üzerinde (nesnel) etki yapmasına göre ikili bir sınıflandırma da yapılabilir.¹¹⁵ Yukarıda da ifade edildiği, idari yaptırımlar (türleri, isimleri, tabi oldukları usul ve esaslar) sadece KK’de düzenlenenlerden ibaret değildir. Çeşitli kanunlarda çeşitli isimler altında ihdas edilen idari yaptırımlara (KK’de düzenlenen idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilaveten) şunları örnek olarak verebiliriz: Vergi cezaları, trafik cezaları, disiplin cezaları, sağlık ve ekonomiye zararlı olabilecek ürünlerin satışının durdurulması, pasaport vermeme, yabancı bir ülkede basılan bir eserin yurda sokulmasının yasaklanması, internette belirli bir siteye erişiminin engellenmesi, vatandaşlığın kaybedilmesi, hatalı park eden araçların çektilmesi, meslek ve sanattan men, izin ve ruhsatların iptali, ruhsatsız inşaatın durdurulması veya yıkılması, yayın kuruluşunun uyarılması (veya yayının geçici olarak durdurulması yahut yayın izninin iptali), yanıltıcı ilan ve reklamın yasaklanması, süresiz veya süreli olarak bir faaliyette bulunmaktan yasaklanma.¹¹⁶

Herhangi bir idari yaptırım, bünyesinde yer aldığı kanundaki veya ilgili olduğu alanı düzenleyen özel kanundaki hükümlere tabidir; ancak, KK’nin bir kısım hükümleri Kanun’un 3. maddesinde belirtilen çerçeve içerisinde kalmak şartıyla (belirli şartlar altında) bütün idari yaptırımlara uygulanır. Anılan madde, Kanun’un **idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna** ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda (ilgili idari yaptırım kararına uygulanmak üzere) özel bir hüküm bulunmaması halinde bütün idari yaptırımlara, (kanun yoluna ilişkin hükümler dışında kalan) diğer hükümlerinin ise, KK’nin yanı sıra (hangi kanunda yer alırsa alsın) idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi niteliğinde olan¹¹⁷

¹¹⁴ Maddede kullanılan “ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler” ifadesi, oldukça kapsayıcı, genel ve soyut bir ifade olup, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi dışındaki tüm idari yaptırımları kapsamına almaktadır. Bununla birlikte, bu ifade, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi dışındaki tüm yaptırımların sadece “tedbir” işlevlerine vurgu yapıp “caydırma” ve “cezalandırma” işlevlerini lâfzen de olsa ima etmemesi nedeniyle ifade gücü ve anlamı yönünden tatmin edici değildir. Bu ifadenin yerine, “**ilgili kanunlarda yer alan diğer yaptırımlar**” ifadesinin kullanılması daha isabetli olurdu.

¹¹⁵ M. Yasin Aslan, “İdari Yaptırımlar”, **TBBD**, S. 85, 2009, s.173.

¹¹⁶ Yücel Oğurlu, **İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma**, Ankara, Seçkin, 2000, s. 84.

¹¹⁷ Bir yaptırımın “mülkiyetin kamuya geçirilmesi” yaptırımı (niteliğinde) olduğunu söyleyebilmek için o yaptırımın kanunda bu nitelik ve isimlendirmesi açıkça belirtilerek düzenlenmiş olması gerektiği görüşündeyiz. İhalelerde **teminatın gelir kaydedilmesi** örneğinde olduğu gibi, mülkiyetin kamuya geçmesi sonucunu doğuran her yaptırım (KK’de esasları düzenlenen)

yaptırımlara uygulanacağını düzenlemiştir. Bu nedenle, KK'nin kısmen de olsa **idari yaptırımlar bakımından bir genel kanun** özelliğini gösterdiğini söylemek yanlış olmaz.

Yukarıda belirtilen tanım ve açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, idari yaptırımın, bir yargı kararını gerektirmeden idare tarafından doğrudan doğruya uygulanması (dolayısıyla, bir idari işlem formuna sahip olması) onu (mahkeme kararına dayanarak uygulanması zorunlu olan) ceza kanunu yaptırımlarından ayıran en temel özelliğidir. Hukuki nitelikleri, türleri, karar yetkisi, uygulama usulü ve sonuçları itibarıyla ele alınarak, idari yaptırımlar ve ceza kanunu yaptırımları arasındaki farklar daha ayrıntılı olarak ifade edilebilir.¹¹⁸

Hangi fiillerin suç ve kabahat olduğunun ve bunlara karşı uygulanacak yaptırımların belirlenmesinde (yasama yetkisi asli bir yetki olduğundan¹¹⁹) Anayasa'da yasaklanmış olmamak kaydıyla¹²⁰ kanun koyucu geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Kanun koyucu, izlenen suç siyasetine göre idari yaptırımı gerektirdiği yönünde bir kanaate sahip olduğu fiilleri ve usule ilişkin kuralları belirleyip kanun formunda uygulamaya koyabilir. Bununla birlikte, kanun koyucunun sahip olduğu takdir yetkisi sınırsız da değildir; bu yetkisini, Anayasa'nın "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı ve **suç ve cezada kanunilik ilkesi, masumiyet karinesi, kişinin kendisi ve yakınları aleyhinde beyanda bulunmaya zorlanamayacağı ilkesi (nemo tenetur ilkesi),¹²¹ sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle özgürlüğü kısıtlayıcı ceza verilemeyeceği ilkesi, ölüm cezası ve genel müsadere yasağı ve idarenin kişi hürriyetini kısıtlayıcı yaptırım uygulayamayacağı** ilkeleri olarak kısaca ifade edilebilecek çok temel ilke ve kuralları içeren 38. ve "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlıklı ve **temel hak ve özgürlüklerin ancak (özlerine**

mülkiyetin kamuya geçirilmesi niteliğinde bir yaptırım değildir. Bu husus aşağıda, teminatın gelir kaydedilmesi işleminin hukuki niteliği açıklanırken de belirtilip tartışılacaktır.

¹¹⁸ Ayrıntılı bilgi için, bkz.: Yücel Oğurlu, "İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım - Ceza Yaptırımı Ayrımı", **EHFD**, C. 3, S. 1, 1999, s.145.

¹¹⁹ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 15. bs., Ankara, Yetkin, 2014, s.213.

¹²⁰ Bu yasaklar özellikle, temel hak ve özgürlükleri etkileyen idari yaptırımlarda kendini gösterir. Anayasa'nın 13. maddesine göre, temel hak ve özgürlükler sadece Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak, Anayasa'nın sözüne, ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olarak kanunla sınırlanabilir. Dolayısıyla, herhangi bir idari yaptırımın ihdasında kanun koyucunun bu yasak ve sınırlamalara riayet etmesi gerekir. Bu sınırlama (Anayasa'nın 15. maddesinde de belirtildiği gibi) savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde oldukça daraltılmıştır.

¹²¹ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. bsk., Ankara, Seçkin, 2018, s. 63.

dokunmamak kaydıyla) sadece kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamanın Anayasanın lafzına, ruhuna, demokratik ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı amir hükümlerini içeren 13. maddeleri başta olmak üzere belirli ilke ve kurallara bağlı kalarak kullanmak zorundadır.

Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından, idari yaptırım türlerinden olup ceza kavramının özelliklerini gösteren **idari para cezaları** da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir.¹²² Anayasa'nın 38. maddesinde belirtilen kurallardan en esaslısı kanunilik ilkesidir. Suç ve yaptırımlarına ilişkin kanunlaştırma, yargılama ve infaz süreçlerinde en sert şekilde uygulanan kanunilik ilkesi, kabahatler ve idari yaptırımla (özellikle idari para cezalarıyla) karşılık bulması öngörülen diğer fiiller bakımından da geçerlidir; bununla birlikte, idari yaptırımlarda bu ilke (KK m. 4'te de düzenlendiği üzere) daha esnek biçimde uygulanmaktadır. Anayasa Mahkemesinin de benimsediği görüşte,¹²³

¹²² Kabahatler ve yaptırımlarına ilişkin kanunlaştırma yetkisinin Anayasa'nın 38. maddesinde belirtilen sınırlar içerisinde kullanılması esas olmakla birlikte **idari yaptırımlarda kanunilik ilkesinin adli suçlar için öngörülen cezai yaptırımlara kıyasla daha esnek biçimde uygulanabileceğine** ve idari yaptırımların özellikleri ile ceza kanunu yaptırımları arasındaki farklara ilişkin tespit ve değerlendirmeler içeren bir Anayasa Mahkemesi kararının ilgili kısımları şöyledir: "10. Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi idari yaptırımlar açısından da hangi eylemlerin kabahat sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, yaptırımın ağırlaştırıcı ve hafifletirici nedenlerinin belirlenmesi gibi konularda kanun koyucu takdir yetkisine sahiptir. Bununla birlikte kanun koyucunun, takdir hakkı kapsamında öngördüğü yaptırımın, adil ve hakkaniyete uygun olması gerekmektedir. 12. Anayasa'nın 38. maddesinde idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından, her ikisi de bu maddede öngörülen ilkelere tabidir. Adli ve idari suçlarda davranış normlarına aykırı ve haksızlık teşkil eden bir fiille, kanun koyucunun koruma altına aldığı bir hukuki değer ihlali söz konusu olup adli ve idari cezaların her ikisi de cebir içermektedir. 13. Korunan hukuki değer ile ihlalin neden olduğu hukuki sonuçların aynı olmaması ise idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasındaki temel farklılığı oluşturmaktadır. Adli para cezalarından daha yüksek miktarlarda idari para cezalarının verilebilmesine olanak tanıyan düzenlemeler de bulunmakla birlikte adli suçlar için öngörülen cezaların idari suçlar için öngörülen cezalardan genellikle daha ağır olması, hürriyeti bağlayıcı cezaların kural olarak adli suçlar yönünden geçerli olması, idari suçlarda kanun koyucunun daha az önem atfettiği bir hukuki değer ihlal edilmesi ve öngörülen yaptırımın da genellikle idari bir makam tarafından idari usuller izlenerek uygulanması nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkelerin aynı boyut ve kapsamıyla idari suçlara da uygulanması, işin mahiyetine uygun düşmemektedir. Bu bağlamda, yasama organının ağır işleyen yapısı ile ekonomik ve teknik hayatın hızla değişen ve gelişen şartları gözetenilerek, suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin idari suçlar yönünden daha esnek uygulanması gerekmektedir. 14. Nitekim Kabahatler Kanunu'nun 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasında "**Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.**" denilmek suretiyle bu duruma işaret edilmektedir." AyM, E. 2017/103 K. 2017/108, KT. 31.5.2017, RG. 18.7.2017, sy. 30127.

¹²³ İdari yaptırımlara duyulan ihtiyaca ve kanunilik ilkesinin idari yaptırımlarda uygulanmasındaki esnekliğe, uygulamaya ilişkin bir kısım hususların yönetmeliklere bırakılabileceğine ilişkin değerlendirmelere de yer verilen bir Anayasa Mahkemesi kararının ilgili kısımları şöyledir: "(...) Anayasa'nın 13. maddesinde "**Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve**

idari yaptırımların uygulanma alanlarından ekonomik ve teknik hayatın hızla değişen ve gelişen şartları gözetilerek, bu ilkenin idari yaptırımlar yönünden daha esnek uygulanmasının kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir. Bahsi geçen esneklik, idarenin düzenleyici işlemleri ve (bizce çok sınırlı olarak tanınması ve kullanılması gereken) takdir yetkisi kavramları şeklinde karşımıza çıkmaktadır.¹²⁴ Nitekim KK'nin "Kanunilik ilkesi" başlığını taşıyan 4. maddesinde yer alan;

"(1) Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir. (2) Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir."

Hükmünün temeli de (bizce) bu fikre dayanmaktadır. Ancak, meşru sayılan esneklik sınırlarının dışına çıkılarak, idareye kabahatler ve idari yaptırımlar ihdas eden düzenleyici işlem yapma görev ve yetkisinin verilmesi, Anayasanın 7. maddesinde düzenlenen (yasama yetkisinin TBMM'ye ait olduğu ve devredilemeyeceğine yönelik) emredici kurala aykırı biçimde, yasama organının yasama yetkisini başka bir organa (yürütmeye) devretmesi etki ve sonucunu doğurması nedeniyle (38. maddenin yanı sıra) KK m. 4'e de aykırı olur. Yine Anayasa'nın 38. maddesinin 8. fıkrasında düzenlendiği üzere, idare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir idari yaptırım uygulayamayacağı gibi (kanunlarla kolluğa verilen, zorunlu hallerde başvuru ve adli makamların gözetim ve denetimine tabi görev ve yetkiler ile silahlı kuvvetlerin iç düzeni gereğince kanunla getirilen istisnalar hariç olmak üzere) idareye bu nitelikte bir yetki verilemez. İdari

laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" 48. maddesinde "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır" denilmiştir. İdari yaptırımlar, yasaların açıkça yetki verdiği ya da yasaklamadığı durumlarda araya yargısal bir karar girmeden, idarenin doğrudan doğruya bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu ceza ve tedbirlerdir. Gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idareye değişik alanlarda yaptırım yetkileri tanınmaktadır. Elektronik haberleşme sektöründe yaşanan hızlı değişim, kamu hizmetinin gerekleri ve kamu düzeni kavramları ile bunların ihlal edilmesine sebep olan eylemlerin de aynı şekilde değişmesine ve çeşitlenerek artmasına yol açtığından, bu unsurların tamamının yasayla belirlenmesi oldukça güçtür. Bu nedenle iptali istenen kural ile idari yaptırımın kamu hizmetinin gerekleri ve kamu düzeninin korunması amacıyla uygulanabileceği belirtildikten sonra, belirtilen sınırlar içinde idari yaptırım uygulanmasını gerektiren eylemlerin ve uygulanacak somut tedbirlerin belirlenmesinin yönetmeliğe bırakılması, belirsizlik ya da yetki devri olarak nitelendirilemez. Açıklanan nedenlerle iptali istenen kural, Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı değildir.(...)" AyM, E. 2008/115 K. 2011/86, KT. 2.6.2011, RG. 17.3.2012, sy. 28236.

¹²⁴ Halil Kalabalık, "İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması", GÜHFD, C. 1, S. 2, Aralık 1997, s. 205.

yaptırım gerektiren fiil ve durumlar ile bunlara karşılık uygulanacak idari yaptırımların kanun koyucu tarafından bir kanunla belirlenmesinde, Anayasa'nın 38. maddesinin yanı sıra 13. maddesinin de dikkate alınması zorunludur. Anılan madde, temel hak ve hürriyetlerin Anayasaya dayanarak yasama organınca sınırlanmasında riayet edilmesi gereken temel ilke ve kuralları içermektedir. Maddeye göre, **temel hak ve hürriyetler, sadece Anayasa'da gösterilen sebeplere bağlı olarak, kanunla, özlerine dokunulmadan sınırlanabilir. Bu sınırlamaların, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaması** zorunludur.¹²⁵ Bu temel kurallar, temel hak ve hürriyetleri sınırlayıcı etki ve sonuç doğuran idari yaptırımlar için de geçerlidir. **Ölçülülük ilkesi**, idari yaptırımlara ilişkin kanuni düzenlemelerde kanun koyucunun özellikle dikkate alması gereken temel bir ilkedir. Bu ilkenin, kendi içinde, "elverişlilik", "zorunluluk" ve "orantılılık" şeklinde üç alt ilkeye ayrıldığı kabul edilmektedir. **Elverişlilik ilkesi**, öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, **zorunluluk ilkesi**, öngörülen yaptırımın, ulaşılmak istenen amaç yönünden zorunlu olmasını (daha hafif bir tedbirle aynı amaca ulaşmak mümkünse zorunluluk koşulunun sağlanmadığı kabul edilmelidir) ve nihayet **orantılılık ilkesi**, öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında (adalet ilkesinin ihlali sonucunu doğurmayan) makul bir orantı olmasını ifade etmektedir.¹²⁶

İdari yaptırım düzenlemesi içeren kanunlarla idareye verilen yetki **bağlı yetki** niteliğindedir; bu nedenle, idari yaptırım gerektiren fiil ve hallere muttali olan idare, mevzuatta öngörülen idari yaptırım uygulamak zorundadır. Ancak, idarenin idari yaptırımları uygularken (sınırsız bir serbestlikten ziyade, belirtilen sınırlar, örneğin, idari para cezasında, kanunla belirlenen alt ve üst limitler içerisinde kalarak ve objektif davranarak, hukuka en uygun yaptırımı tespit etmek ve uygulamak şeklinde anlaşılacak kaydıyla) takdir hakkı da vardır. Örneğin, idarenin, çalışmamızın kapsamına giren kamu ihalelerine katılmaktan yasaklamanın süresini KİK'de belirtilen alt ve üst sınırlar arasında belirlerken veya bir fiilin idari yaptırım (örneğin, kamu görevlisinin fiilinin disiplin cezasını) gerektirip gerektirmediği

¹²⁵ Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, 11. bsk., Ankara, Seçkin, 2017, s. 138; Ömer Anayurt, Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku), Ankara, Seçkin, 2018, s. 136.

¹²⁶ Jülide Gül Erdem, "Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri", **AÜHFD**, S. 62, 2013, s. 971; Murat Ekinci, "Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar", **YBHD**, S. 3, 2017, s.19.

konusunda değerlendirme yaparken, belirli ilke ve kurallar çerçevesinde takdir hakkını kullanması mümkündür.

İdari yaptırımların tabi olduğu temel ilkeler konusunda, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin, 28.9.1977 tarihli ve (77) 31 sayılı **Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması Hakkında Karar**'ında yer alan;¹²⁷ a) dinlenme hakkı, b) enformasyon kaynaklarından yararlanma hakkı, c) katılma ve temsil hakkı ve d) itiraz yollarının belirtilmesi ilkelerinin, zorlayıcı olmayıp tavsiye niteliğinde ilkeler olmakla birlikte, idari yaptırımlar yönünden temel nitelikte ilkeler olarak dikkate alınması gerektiği söylenebilir.¹²⁸

Bireysel idari işlem (idari karar) niteliğinde olan idari yaptırımların yargı denetimine tabi olduğu Anayasa'nın "Yargı yolu" başlıklı 125. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Anılan maddede yine açıkça düzenlendiği üzere, idari işlemlerde yargı denetimi sadece "hukuka uygunluk" denetimiyle sınırlı olup, mahkemelerce "yerindelik denetimi" yapılamaz ve idarenin takdir yetkisini ihlal edebilecek içerikte karar verilemez.

İdari yaptırımların bazı türlerinin, ceza kanunu yaptırımları kadar olmasa da, muhatapları üzerinde (maddi ve manevi yönden) ağır etkiler doğurabilir. Bu durumun, temel hürriyetlerin sınırlandırılması etki ve sonucunu doğuran yaptırımlarda daha belirgin olduğu söylenebilir. Çalışmamız kapsamında yer alan ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının da, çalışma ve sözleşme hürriyetine (sürelili ve kısmi bir) sınırlama getirmesi nedeniyle, ceza kanunu yaptırımlarından güvenlik tedbirleriyle (daha doğru bir ifadeyle, güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlardan çalışma ve sözleşme hürriyetini sınırlayan sonuçlar doğuranlarla) amaç ve sonuçları itibarıyla benzerlik gösterdiği düşünülebilir.

AIHS'nin (6. maddesinde yer alan) adil yargılanma hakkına ilişkin koruyucu hükümler esasen medeni hak ve yükümlülükler ile cezai alandaki suçlamaları kapsamına karşın, belirtilen şekilde muhatapları üzerinde ağır etkilere sebep olan idari yaptırımların da (Anayasa ve kanunların yanı sıra) sözleşmenin koruma

¹²⁷ Söz konusu Karar'ın metni için, bkz.: İhsan Kuntbay, "İdarenin İşlemleri Hakkında Bireyin Korunması Hakkında Karar", (Karar metninin Türkçeye çevirisi), **AİD** (TODAİE), S. 11/4, 1978, s. 3.

¹²⁸ Zehra Odyakmaz, Bayram Keskin, "Yeni Anayasa Çalışmalarında İdare Hukuku Açısından Gözönünde Bulundurulması Gereken Hususlar", **UMD**, S. 5, Haziran 2015, s. 638; Melike Özge Çebi Buğdaycı, İdari Usul ve Dinlenme Hakkı, **YBHD**, S. 1, 2016, s. 29; Burcu Erdiç, "İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması", **ABD**, S. 2012/2, s. 253; Cihan Kanlıgöz, İdari İşlemlerde Yazılı Bildirim, **AÜHFD**, C. 40, S. 1, 1988, s. 184.

alanında olduğu kabul edilmektedir. Bu nitelikte olmayan idari yaptırımlar ise sözleşme kapsamında değerlendirilmemektedir. AİHS'nin 6. maddesindeki “(...) **cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan bir mahkeme tarafından davasının görülmesini istemek hakkına sahiptir.**” ifadesinden, sadece ceza hukuku alanına giren yaptırımların değil, idare hukuku alanına girmekle birlikte ceza özelliği gösteren yaptırımların (örneğin idari para cezalarının) da Sözleşme'nin 6. maddesinin koruma alanı içerisinde yer aldığı sonucuna varılmaktadır.¹²⁹ Bu nedenle AİHM, idari yaptırımlara ilişkin başvurularda, yaptırımın sözleşme kapsamına girip girmediğini değerlendirirken, o yaptırımın ülkenin iç hukukunda idari yaptırım olarak düzenlenip düzenlenmediğinden ziyade, yaptırımın temel hak ve hürriyetler bakımından ağır etkisini dikkate almakta, muhatapları üzerindeki ağır etkileri nedeniyle ceza (cezai yaptırım) niteliğinde gördüğü idari yaptırımları AİHS'nin adil yargılanma ve etkili başvuru haklarına ilişkin 6. ve 13. maddeleri kapsamında değerlendirebilmekte,¹³⁰ muhatapları üzerinde bu derece ağır etkiler yaratmayan idari tedbir niteliğindeki idari yaptırımları ise aynı kapsamda görmemektedir.¹³¹ Nitekim AİHM idari para cezası nedeniyle yapılan bir başvuruda, söz konusu cezanın iç hukukta cezai bir yaptırım (ceza kanunu yaptırımı) olarak kabul edilmemiş olmasına rağmen, niteliği ve ciddiyet derecesi dikkate alınarak cezai yaptırım olarak kabul edilebileceğini değerlendirmiş, buradan hareketle de somut olayda AİHS'nin (adil yargılanma hakkının düzenlendiği) 6/2. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹³²

¹²⁹ AyM, Başvuru No. 2013/1718, KT. 2.10.2013, RG. 1.11.2013, sy. 28808.

¹³⁰ Buğdaycı, **agm.**, s. 40 - 43; Burcu Erdinç, “İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması”, **ABD**, S. 2012/2, s. 253.

¹³¹ Ali Dursun Ulusoy, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul, On İki Levha, 2013, s. 37; AİHM, Malige/Fransa (23.9.1998), Schmautzer/Avusturya (23.10.1995), Lutz/Almanya, (25.8.1987) davaları. Aktaran: **Ae.**, s. 16.

¹³² AİHM'nin idari cezaların AİHS'nin 6. maddesi kapsamında yer alıp almadığına ilişkin değerlendirmede göz önünde bulundurduğu ölçütleri de belirttiği söz konusu kararının ilgili kısımları şöyledir: “(...) A. *Kabuledilebilirlik*: AİHM, başlangıçta, bir suçun AİHS'nin amaçları dâhilinde “cezai” olup olmadığını tespit etmek için, ilk olarak suçu tanımlayan metnin davalı Devlet'in adli sistemindeki ceza kanununa ait olup olmadığını; daha sonra suçun niteliğini ve son olarak da söz konusu kişinin risk altına gireceği cezanın niteliğini ve ciddiyetini araştırmak gerektiğini yinelemektedir. Bunlar, AİHS'nin 6. Maddesi'nin hedefi ve amacı, bu maddedeki terimlerin normal anlamları ve Taraf Devletlerin kanunları doğrultusunda yapılmalıdır (bkz, diğer makamlar arasında, Garyfallou AEBE / Yunanistan, 24 Eylül 1997, Hüküm ve Karar Raporları 1997-V, s. 1830, § 32). AİHM, başvuranın hüküm giydiği suçun, iç hukukta “cezai suç” olarak nitelendirilmediğinin, 560 sayılı Kanun'un 18 A (1) Maddesi'nden açıkça görüldüğünü belirtmektedir. Bununla beraber, davalı Devlet'in iç hukuku tarafından sağlanan göstergelerin yalnızca göreceli bir değeri vardır (bkz, 21 Şubat 1984 tarihli Öztürk / Almanya kararı, A Serisi no. 73, s. 19, § 52). Bu nedenle, küçük suçların yukarıda bahsedilen ikinci ve üçüncü kriterlere göre incelenmesi gerekir. Bu bakımdan, AİHM, bu kriterlerin kümülatif değil, alternatif olduğunu

İKİNCİ BÖLÜM

İHALE VE SÖZLEŞME SÜRECİNDE İSTEKLİLERE YÖNELİK İDARİ YAPTIRIMLAR

I. GENEL OLARAK

Kamu ihalesi sürecinde ve ihaleye konu taahhütlerin (daha doğru bir ifadeyle, karşılıklı edimlerin) ifa edildiği sözleşme sürecinde karşılaşılması olası hukuka aykırı fiil türleri kanunlarda (soyut ve genel hükümlerle, kimi zaman da kazuistik bir usulle) yasak fiil ve davranışlar olarak düzenlenmişlerdir. Bunların tümü temel ihale ilkeleriyle çatışan fiil ve davranışlardır. Kanun koyucunun takdir yetkisi içerisinde, içerdikleri haksızlığın nitelik ve niceliğine göre bir tasnif yapılarak, kanunlarda düzenlenen yasak fiil ve davranışlardan bir kısmının idari yaptırımlarla, bir kısmının ise, idari yaptırımların yanı sıra cezai yaptırımlarla da karşılık bulması öngörülmüştür.

Tez çalışmamız, KİK, DİK ve KİSK’de belirtilen yasaklı fiil ve davranışlar ve bunların (anılan kanunların yanı sıra KK, KMYKK ve DMK gibi kanunlarda düzenlenen)¹³³ idari nitelikteki yaptırımlarını¹³⁴ kapsamaktadır.

belirtmektedir: 6. Madde'nin "cezai alanda suçlamalar" sözlerinin uygulanması için, AİHM için söz konusu suçun doğası gereği "cezai" olması veya ilgili kişiyi, doğası veya ciddiyet derecesi gereği genel olarak "cezai" alana ait olan bir yaptırıma tabi tutması gerekmektedir (bkz, inter alia, Lutz / Almanya, 25 Ağustos 1987 tarihli karar, A Serisi no. 123, s. 23, § 55). Bu, her kriterin ayrı ayrı incelenmesinin "cezai alanda suçlamanın" varlığına dair net bir sonuca varmayı mümkün kılmadığı durumda, kümülatif bir yaklaşımı bertaraf etmemektedir (bkz, diğer makamlar arasında, Garyfallou AEBE, yukarıda kaydedilen, s. 1830, § 33; ve Bendenoun/Fransa, 24 Şubat 1994 tarihli karar, A Serisi no. 284, s. 20, §47). AİHM, yukarıda bahsedilenler karşısında, takibatın iç hukukta "cezai" olarak sınıflandırılmamasına rağmen, suçun niteliğini, başvuranın maruz kaldığı cezanın niteliğini ve ciddiye derecesini göz önüne alarak, başvurana verilen para cezasının AİHS uyarınca "cezai" olduğu görüşüne varmıştır (bkz, Öztürk / Almanya, 21 Şubat 1984 tarihli karar, A Serisi no. 73, § 50). AİHM, bu nedenle, söz konusu davada 6 § 1 Maddesi'nin uygulanabilir olduğu görüşündedir. AİHM, AİHS'nin 35 § 3 Maddesi uyarınca, başvurunun asılsız olmadığını belirtmektedir. AİHM, ayrıca, başvurunun kabuledilebilir olmaması için hiçbir gerekçe görmemektedir. Bu nedenle, başvurunun kabuledilebilirliği ilan edilmelidir." AİHM, Evrenos Önen/Türkiye davası, 15.2.2007 tarihli karar. Adalet Bakanlığı Yargı Mevzuatı Bülteni, 18.3.2008, S. 367, s. 67. www.adalet.gov.tr, 16.10.2017.

¹³³ Kamu ihale hukukunun kaynaklarıyla ilgili bölümde belirtildiği gibi; KİK, KİSK ve DİK’ye tabi olmayan kamu ihaleleri için çeşitli isimler altında çıkarılan özel nitelikteki mevzuatta da, çoğunlukla KİK ve KİSK’ye atıf (yollama) yapan ve esas ve usuller yönünden neredeyse tümüyle KİK ve KİSK’de düzenlenen yaptırımlarla örtüşen idari yaptırımlar öngörülmüştür. Dolayısıyla, KİK ve KİSK’ye ilişkin esas ve usuller neredeyse tümüyle bunlar için de geçerlidir. Belirtilen sebeple ve özellikle tezimizin kapsam yönünden sınırları gereği, söz konusu özel nitelikteki düzenlemeler için ayrı başlıklar altında açıklama ve değerlendirme yapılmayacaktır.

¹³⁴ Daha önce de özellikle belirttiğimiz gibi, ihale ve edimin ifası süreçlerinde tarafların fiillerinden kaynaklanan ve özel hukuk alanında kalan yaptırımlar tez çalışmamızın kapsamında değildir.

KİK, KİSK ve DİK’de öngörülen yaptırımlar; ihalelere katılmaktan süreli yasaklama, teminatın gelir kaydedilmesi,¹³⁵ KK’de öngörülen (ve ceza mahkemesince hükmedilmesi nedeniyle esasen cezai yaptırım olarak değerlendirdiğimiz) idari yaptırım; tüzel kişiye para cezası; KİK, KİSK ve DİK ile birlikte (ve bunlarla bağlantılı olarak) DMK başta olmak üzere ilgili personel mevzuatında düzenlenen idari yaptırımlar; disiplin cezası ve KMYKK’de düzenlenen (kamu zararının oluşması halinde) idari para cezası olarak sıralanabilir.

İdari yaptırım gerektiren fiiller, temel ihale suçları olan ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçlarından birini de oluşturabilir. Bu durumda (idarece uygulanan yaptırımların yanı sıra) TCK’de düzenlenen cezai yaptırımlar da gündeme gelecektir. Bu yaptırımlar ise (diğer suçlarda da olduğu gibi) süreli hapis cezası, adli para cezası ve (TCK’de ve ilgili ihale kanunlarında öngörülen) güvenlik tedbirleridir. TCK’de düzenlenen temel ihale suçları olan ihaleye fesat karıştırma (m. 235) ve edimin ifasına fesat karıştırma (m. 236) suçları için, (yine TCK’de) süreli hapis cezası ve güvenlik tedbirleri öngörülmüştür; temel cezai yaptırımlardan biri olan adli para cezasının anılan maddelerde (kısa süreli hapis cezasında seçenek yaptırım uygulanması durumu hariç olmak üzere) yer almadığı, (ilgili başlıklar altında incelendiği üzere, ihale suçu yararına işlenen tüzel kişiye KK’ye göre ceza mahkemesince idari para cezası uygulanmasıyla yetinildiği) görülmektedir. Bizce TCK’nin bu yaklaşımı eleştiriyi hak etmektedir; çünkü adli para cezası, cezalandırmanın özel ve genel amaçlarının temin edilmesinde etkin bir yaptırımdır. Maddi hırs dürtüsüyle işlenen ihale suçlarında (ekonomik nitelikli suçlarda), suçun ortaya çıkması halinde hükmedilecek para cezasının suç işlemekle elde edilebilecek maddi çıkardan fazla olması yahut para cezasının hapis cezası ve diğer ceza cezai ve idari yaptırımlarla birlikte uygulanması halinde, suç yolunda (iter criminis) henüz tasarlama veya hazırlık aşamasında bulunan kişi üzerinde kuvvetli

¹³⁵ KİSK’nin 7/n maddesinin amir hükmü gereğince ihale sözleşmesinde bir şart olarak belirtilen ve sözleşmede belirtilen şartlarla birlikte Kanun’un 20/1-a maddesindeki şartların oluşması halinde uygulama alanı bulan gecikme cezası, hukuki niteliği itibarıyla bir idari yaptırım olmayıp, esasen özel hukuka tabi olan sözleşmede yer alan, cezai şart türünden bir özel hukuk yaptırımıdır. Sözleşme bedelinin belirli bir oranı olarak belirlenen (tip sözleşmelerde buna ilişkin hükümler vardır) gecikme cezası, yüklenici (borçlu) üzerinde, edimini sözleşme şartlarına uygun olarak ifa etmesi yönünde bir baskı oluşturma ve ifanın gereği gibi gerçekleşmemesi halinde de idarenin zararını giderme işlevine sahiptir. Bir idari yaptırım sayılamayacağından bu yaptırım türü tezimizin kapsamı dışında tutulmuştur.

İdari bir yaptırım (dolayısıyla idari bir işlem) sayılmaması nedeniyle buna ilişkin uyuşmazlıkların çözüm yeri idari yargı olmayıp adli yargıdır. Uyuşmazlık Mahkemesinin 1.4.2014 tarih 2014/300 E. 2014/342 K. sayılı kararı. www.uyusmazlik.gov.tr, 25.11.2017.

bir caydırıcı etki oluşturulabilir ve bunun sonucunda suçun işlenmesi önlenir.¹³⁶ Bu hususta TCK'de (ihale suçlarının düzenlendiği 235 ve 236. maddelerde) bir düzenleme yapılmasının isabetli olacağı görüşündeyiz.

Burada dikkat edilmesi gereken bir husus vardır; KİK'nin 59/2 maddesinde düzenlenen, ceza kovuşturması nedeniyle ihalelere katılmaktan yasaklı olma (daha doğru bir ifadeyle, kamu ihalelerine katılmama) halini, bir idari işlemle ihdas edilmediğinden, idari yaptırımın tanımı gereğince bir idari yaptırım ve bir hükme ihtiyaç duymadığından da bir cezai yaptırım olarak kabul etmeyip, Kanun'la öngörülen (mahkeme kararına ihtiyaç duymadan uygulanacak olan), idari sonuçları olan, tedbir (veya koruma tedbiri) özelliğini gösteren (ve idari yaptırım tanımının dışında kalan) bir uygulama olarak kabul etmek gerekmektedir.

KİK, KİSK ve DİK'de ihalelere katılmaktan süreli yasaklama ve diğer idari yaptırımlara bağlanan fiil türlerinden bazıları, ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçu başta olmak üzere TCK'deki (rüşvet, irtikap, sahtecilik vb.) çeşitli suçları da oluşturabilir. Ancak, özellikle belirtmek gerekir ki, ihale kanunlarında düzenlenen ve idari yaptırımı gerektiren yasaklı fiil ve davranışların tümünün TCK'ye göre mutlaka suç teşkil edeceğini söylemek mümkün değildir. Yasaklı bir fiilin suç oluşturması halinde idari yaptırımların yanı sıra cezai yaptırımların, suç oluşturmaması halinde ise sadece idari yaptırımların uygulanması gerekecektir.¹³⁷

¹³⁶ Haluk Çolak, Uğurtan Altun, "Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi", **TBBD**, S. 69, 2007, s.247.

¹³⁷ Çalışmamıza konu yaptırımlardan (uygulanması, ceza mahkemesince verilen bir hükümle olanaklı olduğundan -idari değil- cezai nitelikte olduğunu değerlendirdiğimiz) KK m. 43/A'da yer alan idari para cezası KK m. 15/3'ün kapsamında yer almamaktadır; yani gerçek içtima kuralına tabidir. Diğer idari yaptırımlar (ihalelere katılmaktan idarece süreli yasaklama, teminatın gelir kaydedilmesi, disiplin yaptırımları) ise KK'de düzenlenmemişlerdir ve Kanun'un (idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarında KK'nin genel kanun niteliğinde olduğu hükmünü içeren) 3/b maddesi kapsamına girmezler. Belirtilen nedenlerle, ihale ve sözleşme sürecinde vuku bulan yasaklı fiil ve davranışların aynı zamanda TCK'ye göre suç teşkil etmesi halinde hem idari yaptırım ve hem de cezai yaptırım uygulanacak, KK m. 15/3'te yer alan içtima hükmüne başvurulmayacaktır.

II. KAMU İHALELERİNE KATILMaktan YASAKLAMA

A. Amacı, Hukuki Niteliği, Anayasa ve Kabahatler Kanunu Yönünden Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

İhalelere katılmaktan idarece yasaklama yaptırımı, ihale ve sözleşme süreçlerinde, ihale kanunlarında belirtilen (ve tümü ihale ilkeleriyle çatışan etki ve sonuçlar doğuran) fiil ve davranışlarda bulunan kişiler ile yine kanunda belirtilen (yasaklanan kişiyle irtibatlı) bazı kişilerin, belirli bir süre kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmalarını konu alan, idare tarafından mahkeme kararına ihtiyaç duymadan uygulanan bir idari yaptırımdır. İdari nitelikteki bu yaptırımın yanı sıra, aşağıda inceleneceği üzere, ceza yargılamasını yapan mahkeme kararına dayalı süreli veya kimi durumlarda süresiz ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı da vardır.

Bu yaptırıma ilişkin temel esas ve usuller, ihale ve sözleşme süreçlerinde yasaklanan fiil ve davranışları ve uyulması zorunlu diğer kuralları içeren maddelerle bağlantı kurulmak suretiyle, KİK'nin 58, DİK'nin 84 ve KİSK'nin 26. maddelerinde düzenlenmiştir.

2. Amacı

İdari yaptırımların amaçlarıyla ilgili olarak yukarıda (yaptırım kavram ve teriminin tartışıldığı başlıklar altında) belirtilip tartışılan amaçlar, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı için de geçerlidir. Bu amaçlardan en genel ve kapsayıcı olan kamu yararı, idari yaptırımın genel nitelikteki gayesi (nihai amacı) ve subjektif¹³⁸ unsurudur. Kamu yararının yanı sıra, kanun koyucunun ihdas ettiği her idari yaptırımda olduğu gibi, bu yaptırımının da özel nitelikte olan (kendine özgü) amaçları vardır. İhalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının kendine özgü amaçlarını anlamada (her yaptırımda olduğu gibi) öncelikle, yaptırımı düzenleyen kanun metninden ve madde gerekçelerinden yararlanılmalıdır. Çünkü kanun koyucunun herhangi bir kanun hükmünü ihdas ederken hangi amaca yöneldiği kanun hükmünün gerekçesinde (kısmen veya tümüyle) ifade edilmektedir. Gerekçede yer almayan amaçlar ise, yargısal içtihatlar ve öğretilerdeki görüşlerle ortaya konulabilmektedir. KİK'nin ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımına ilişkin

¹³⁸ Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, s. 976.

temel hükümleri içeren 58. maddesinin gerekçesinde, **“Kamu ihalelerinin belirlenen ilkelere uygun olarak yapılmasını sağlamak, idarelerin zararına sebep olunmasını önlemek, işlerin zamanında ve düzenli olarak yapılmasını gerçekleştirmek amacıyla (...);** KİSK’nin ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını düzenleyen temel maddesi olan 26. maddenin gerekçesinde ise, **“Kamu ihaleleri sonucunda düzenlenen sözleşmelerin uygulanması sırasında idarelerin zararına sebep olunmasını önlemek, işlerin zamanında ve düzenli olarak yapılmasını gerçekleştirmek amacıyla (...)**” demek suretiyle, KİK’ye tabi ihalelerin ihale ve sözleşme (edimin ifası) süreçleriyle bağlantılı olarak bu yaptırımın ihdas edilmesinde kanun koyucunun hangi amaçlara yöneldiği ifade edilmiştir. DİK’nin ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını düzenleyen temel maddesi olan 84. maddesinin gerekçesinde ise, yasaklama hükümlerinin amaçları konusunda açık bir ifadeye yer verilmediği, yasaklama hükümleri içeren maddenin, DİK’nin yürürlüğe girmesiyle birlikte yürürlükten kalkan ihale kanunu olan 2490 sayılı Kanun’un yasak fiil ve davranışları düzenleyen hükümleri gözden geçirilip düzenlenerek tasarlandığı ifade edilmiştir.¹³⁹

¹³⁹ DİK’nin yasaklama yaptırımını düzenleyen temel maddesi olan 84. maddenin gerekçesinde, **“Tasarının yasak fiil ve davranışlar ile bunların müeyyidelerine ait hükümleri, 2490 sayılı Kanun da göz önünde bulundurulup gerekli değişiklikler yapılarak düzenlenmiştir.”** denilmek suretiyle, idari yaptırma ilişkin hükümlerde 2490 sayılı Kanun’un ilgili hükümlerinin ihdasındaki amaçların korunduğu ifade edilmiş olmaktadır. 2490 sayılı Kanun’da yasaklama hükümleri, Kanun’un **“Ceza hükümleri”** başlığı altında 70. ve 71. maddelerinde yer almaktaydı. Maddeler şöyleydi: **“YETMİŞİNCİ MADDE - Hile, desise, vait veya tehdit ile yahut sair vasıtalarla diğer talipleri bu kanunda yazılı artırma ve eksiltmelere iştirakten çevirmeğe veya komisyon azaları üzerinde nüfuz kullanmağa teşebbüs edenlerle 44 üncü ve sair maddelerindeki memnu fiilleri yapanlar hakkında komisyonca bir zabıt varakası tutulur ve bu halleri tevsik edecek neler varsa bu zabıt varakasile birleştirilir. Bu evrak merkezde ise vekâlete, müesseselerde umum müdürlüğe ve vilâyetlerde ise valiye verilir. Vekâlet bu kabîl talipler hakkında muhasebe umumiye kanununun 27 nci maddesi mucibince muvakkat bir müddet için Devlet artırma ve eksiltmelerine iştirakten memnuiyet kararı verebilir. Komisyonlar ile vali ve müdiri umumiler ve ciheti askeriyede âmiri adliler ihale gününde işe fesat karıştıran talipleri vaktin darlığı hasebile, mesuliyet kendilerine raci olmak üzere, yalnız o işe girmekten menedebilirler ve keyfiyeti yukarıdaki fıkrada tutulması mecburî olan zabıt varakasına ayrıca yazarlar. Bu evrakta cezayı müştekim ahval varsa bu makamlar tarafından mehakimi aidesi nezdinde kanunî takibata girilir. Komisyonlar tarafından tutulan zabıt varakaları aksi sabit oluncaya kadar muteberdir. Yukarıda yazılı mahkemeye intikal etmeyen idarî mukarrerat aleyhine alâkadarlar Devlet şûrasına müracaat edebilirler. YETMİŞ BİRİNCİ MADDE - 44 üncü maddede yazılı cezayı müstelzim işleri yapanlarla mukavele yapıldıktan sonra fena niyetle taahhüdünü yapmayanlar veya yaptıkları sırada Devletin Hazinesini zararlandırıcı veya Devlet haysiyetini kırıcı mahiyette işler yapan veya iş yapılırken veya teslim olunurken hileli vasıtalar ve malzemeler kullananlar ve bu halleri iş tamamlandıktan ve teslim muamelesi yapıldıktan sonra dahi anlaşılınlarla bunların o işteki şerikleri veya mesul vekilleri hakkında ceza kanununda muayyen cezalar tatbik edilmekle beraber muvakkaten veya**

İster bir idari işlemle ihdas edilsin, isterse bir ceza davası açılmış olması nedeniyle (güvenlik tedbiri türünden bir cezai yaptırım olarak) uygulansın (Anayasa Mahkemesi bir kararında, belirtilen ikinci durumda uygulanan yaptırımı bir “**tedbir**” olarak değerlendirmiştir)¹⁴⁰ ihalelere katılmaktan süreli yasaklama işleminin temel amacı, ihale ilkeleriyle çatışan (ve Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle “ihaleyi sakat bir işlem haline getiren”)¹⁴¹ fiil ve davranışlarda bulunan kişiler ile bunlarla organik bağ içerisinde bulunan (daha doğru bir ifadeyle “organik bağ içerisinde buldukları varsayılan”)¹⁴² kişilerin, belirli (geçici) bir süreyle ihalelere katılmalarının engellenmesi, bu suretle, yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışların (yasaklanan kişilerin doğrudan veya dolaylı olarak iştirak edebileceği) başka ihalelerde de vuku bulması tehlikesinin (yasaklamanın yürürlükte olduğu süre içerisinde) ortadan kaldırılmasıdır.¹⁴³ Söz konusu yaptırım, ihalelerde yasaklanan fiil ve davranışlarda bulunan kişilerin yasaklama kapsamında yer alan ihalelere (belirli bir süre) katılmasının engellenmesini sağladığı için, bu yönüyle, bir **tedbir (önlem)** işlevi görmektedir. Anayasa Mahkemesi (bireysel başvuru üzerine aldığı) bir kararında;¹⁴⁴ *ihalelerin kamu kaynakları kullanılarak gerçekleştirildiğini, ihale bedellerinin parasal olarak yüksek meblağlarda olabildiğini, kaynakların verimli ve etkin kullanılması, Hazinesinin korunması ve kaynak israfının önlenmesinin ihalelerde gözetilmesi gereken önemli hususlar olduğunu belirterek, **ihale sürecine katılanların gerekli yükümlülükleri yerine getirmemesi veya ağır kural ihlallerinde bulunmaları halinde ihalelere katılmaktan yasaklama ve teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımlarının öngörüldüğünü*** değerlendirmiştir. Bu kararda

daimî olarak Devlet taahhütlerine girmekten mahkeme kararele menedilebilirler.”
www.mevzuat.tbmm.gov.tr, 17.11.2017.

¹⁴⁰ AyM, E. 2007/68 K. 2010/2, KT. 14.10.2010, RG. 28.4.2010, sy. 27565. Bu kararın ilgili kısımlarına, aşağıda, yasaklama yaptırımının Anayasa yönünden değerlendirilmesiyle ilgili başlık altında (155 numaralı dipnotta) yer verilmiştir.

¹⁴¹ Üstteki dipnotta bilgileri verilen ve 155 numaralı dipnotta ilgili kısımları aktarılan AyM kararı.

¹⁴² Bağlantılı kişi ve şirketler (örneğin, KİK'nin 59/1. maddesindeki düzenlemeyle; yasaklanan şahıs şirketinin ortaklarının tamamı, sermaye şirketinin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan kişiler, yasaklanan şirketin ortağı olduğu şahıs şirketi ve sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketi) bu varsayımla yasaklama yaptırımının kapsamına alınmıştır. Buradaki amaç, yasaklanan kişinin, yasaklı olduğu süre içerisinde, bağlantılı kişi ve şirketler üzerinden ihalelere katılma olanağının tümüyle ortadan kaldırılmasına yönelik bir tedbir tesis etmektir.

¹⁴³ Yasaklı kişilerin ihalelere katılması mümkün değildir. Yasaklı bir kişinin (yasaklı olduğu dönem içerisinde) bir ihaleye katılması, her nasılsa ihalenin bu kişi üzerinde bırakılmasından sonra yasaklılık durumunun tespit edilmesi halinde ihalenin bu kişi üzerinde bırakıldığı ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi veren kişinin de yasaklı olduğunun (ihalenin onayından önce yapılan yasaklılık teyidinde) anlaşılması halinde ihalenin iptal edilmesi gerekir (KİK m. 40/son). KİK'de yer alan bu düzenlemeye paralel bir düzenleme DİK'de bulunmamaktadır.

¹⁴⁴ AyM, Başvuru No. 2014/1759, KT. 11.12.2018, RG. 2.1.2019, sy. 30643.

Anayasa Mahkemesinin; ihalelere katılmaktan yasaklama ve teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımını gerektiren fiil ve davranışları “**ağır kural ihlali**” olarak değerlendirdiği (diğer bir ifadeyle, Kanun’da düzenlenen kural ihlallerinin “**ağır**” sıfatıyla nitelediği) anlaşılmaktadır. Bizce bu yaklaşım isabetlidir. Danıştay ise, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının amacının, ihale ilkelerinin gerçekleştirilmesi ve (bütün idari yaptırımların genel nitelikteki amacı olarak kabul edilen) kamu yararı olduğunu değerlendirmektedir.¹⁴⁵ Bütün yönleriyle bir idari yaptırım özelliğini gösteren yasaklama yaptırımının, belirtilen amaç ve işlevlerin yanı sıra etki ve sonuçları itibarıyla, (bir ceza yaptırımının bütün özelliklerini göstermediği tartışmasız olmakla birlikte) kısmen de olsa ceza (cezalandırma) özelliğini de gösterdiği düşünülebilir. Kamu ihalelerine katılarak kazanç elde eden kişiler için bu yaptırım, çalışma ve teşebbüs hürriyetini süreli ve kısmi olarak sınırladığı için zarara veya kâr kaybına sebep olabilir. Bu kayıp, cezai yaptırımlardan nitelik, etki ve sonuçları itibarıyla, çalışma ve teşebbüs kısıtlamaları öngören güvenlik tedbirlerine benzer etki ve sonuçlar doğurmaktadır. Yine bu yaptırım, cezalandırmanın özel amaçlarında olduğu gibi, ihalelere katılma potansiyeli bulunan kişiler üzerinde, yasak fiil ve davranışlarda bulunmama (ihale ilkelerine riayet etme) yönünde bir tazyik oluşturmakta, ihalelere katılmaktan yasaklanan kişiler üzerinde ise, yasaklama süresi bittikten sonraki süreçte, yasaklamaya sebep olan hukuka aykırı fiiller işlememe yönünde, geleceğe dönük olan bir **caydırıcı etki oluşturma**nın yanı sıra, **pişmanlık duymayı sağlama yoluyla ıslah edici bir işlev de görmektedir.**

¹⁴⁵ “(...) İhale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi, sonuçlandırılması sırasında dürüstlük, açıklık, rekabeti temin ve bu yolla da kamu yararını sağlamayı amaçlayan anılan yasal düzenlemede ihaleye katılanların, ihale işlemleriyle bağdaşmayan eylem ve davranışları tanımlanmakta; söz konusu eylem ve davranışlardan, ceza yasasına göre suç oluşturan veya kötü niyete dayalı olanlar, farklı ve daha ağır yaptırıma tabi tutulmaktadır. Nitekim 2886 sayılı Yasanın 84. maddesinin 1. fıkrasında, 83. maddede belirtilen, aynı zamanda ceza yasasına göre suç oluşturan eylem ve davranışları nedeniyle ilgililer hakkında 1 yıla kadar ihaleden yasaklama kararı verileceği belirtilirken; aynı maddenin üçüncü fıkrasında, ceza yasasına göre suç oluşturan eylem ve davranışı olmamakla veya idareyi zarara uğratan kötü niyete dayalı davranışı saptanmamakla birlikte usulüne göre sözleşme yapmayan veya taahhüdünden vazgeçen, mücbir sebepler dışında taahhüdünü yerine getirmeyen müteahhitler ve müşteriler hakkında sadece ilgili bakanlıkça yapılan ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi öngörülmektedir. Bu itibarla, ihaleden yasaklama kararı verilirken öncelikle ilgilinin eylem ve davranışının 2886 sayılı Yasanın 83. maddesinde tanımlanıp, 85. maddesine göre ceza kovuşturmasına tabi tutulacak nitelikte veya kötü niyete dayalı idareyi yanıltan, zarara uğratan bir davranışının olup olmadığının belirlenmesi; belirtilen nitelikteki eylem ve davranışların varlığının saptanması halinde de ilgililerin bütün ihalelere katılmaktan yasaklanması gerekmektedir. (...)” D10D, E. 2003/2915, K. 2005/6347, KT. 18.11.2005. www.danistay.gov.tr, 11.10.2017.

3. Hukuki Niteliği

İdarece gerçekleştirilen ihalelere katılmaktan süreli yasaklama işlemi, her şeyden önce, bütün koşullarını taşıdığından bir idari işlemdir. Dolayısıyla; kamu gücü ayrıcalığına dayanma, tek taraflı olma, icrai olma, resen icra edilme, kanunilik karinesinden (doğruluk karinesinden) yararlanma ve yargı denetimine tabi olma özelliklerine sahip olduğu gibi, yapısal olarak da idari işlemin unsurları olan, yetki, şekil, usul, sebep, konu ve amaç, bu işlemde de mevcuttur ve anılan unsurlara ilişkin idare hukuku ilke ve kuralları bu işlem için de geçerlidir.

Öğretide idari işlemlerin sınıflandırmaları (farklı yaklaşımların veya farklı bakış açılarının sonucu olarak) farklı şekillerde yapılmakla birlikte, genel olarak kabul gördüğünü düşündüğümüz (ve bizce de yerinde olan) sınıflandırma esas alındığında,¹⁴⁶ ihalelere katılmaktan yasaklama işleminin; tek yanlı ve bireysel idari işlem (idari karar) olduğu anlaşılmaktadır. Bireysel idari işlem türünün kendi içindeki sınıflandırmaya göre değerlendirme yapıldığında ise; maddi açıdan; şart (durum/koşul),¹⁴⁷ işlemin içeriğine göre; emredici ve inşai (kurucu), işlemin muhatapları üzerindeki etkilerine göre; yükümlendirici, işlemde açıklanan iradenin sayısı ve işlemin usulüne göre; basit,¹⁴⁸ işlemde açıklanan iradenin şekline göre; sarih, isteğe bağlı olup olmamalarına göre; isteğe bağlı olmayan, icrai olup olmamasına göre; icrai¹⁴⁹ nitelikte bir idari işlem olduğu söylenebilir.

Öğretide, idarece uygulanan ihalelere katılmaktan yasaklama işleminin, idarenin faaliyetleri kapsamında bir kolluk faaliyeti (ekonomik idari kolluk veya kamu ihale kolluğu) olduğu ve ekonomik kamu düzenini korumayı amaçladığı

¹⁴⁶ Bireysel idari işlemle ilgili olarak şu eserdeki sınıflandırma ve tarifler esas alınmıştır: Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, s. 664 - 671.

¹⁴⁷ Cemil Kaya, "İhale Hukukunda Çalışma Hürriyetinin Sınırlanması: İhalelere Katılmaktan Yasaklanma", **SÜHFD**, C. 14, S. 2, 2006, s. 154.

¹⁴⁸ Yasaklama kararının, ihaleci idarenin istemi (kararı) ve yasaklama makamının (örneğin ilgili bakanlığın) kararı ile iki aşamada tekemmül ettiği düşünüldüğünde "karma işlem" özelliği gösterdiği ileri sürülebilir ise de, bizce, ihaleci idarenin istemi (kararı) bir "hazırlık işlemi" olduğundan (Kaya, "İhale Hukukunda Çalışma...", s. 164) işlem esasen yasaklama makamının kararı ile (tek irade açıklaması ile) oluşmakta ve bu nedenle "basit işlem" özelliği göstermektedir.

¹⁴⁹ İhaleyi yapan idarenin yasaklama kararı verilmesi sürecindeki (yazışma, bildirim, tutanak düzenleme, bilgi isteme, denetim, teftiş, soruşturma vb.) çeşitli işlemleri icrai değil hazırlık işlemi (ön işlem) niteliğindedirler. Bunlar, haklarında yasaklama kararı alınacak kişiler yönünden doğrudan hak ihlalini (ihlal iddiasının gerekçesini) oluşturamayacaklarından dava konusu edilemezler. Yasaklama işleminde, yasaklanan kişi üzerinde doğrudan ve kesin olarak etki doğuran (dolayısıyla, hukuka aykırılığı iddia edilecek olan) işlem, Resmi Gazetede de yayımlanan ve yasaklanan kişilerin menfaatlerini ve haklarını doğrudan etkilediği tartışmasız olan yasaklama kararıdır. Bu nedenle, açılacak davanın, hazırlık niteliğindeki söz konusu işlemlere karşı değil, nihai işlem olan (Resmi Gazete'de yayımlanan) işleme (yasaklama makamının kararına) karşı açılması gerekmektedir.

yönünde görüşler de vardır.¹⁵⁰ İdarenin faaliyetleri kapsamında yer alan **kolluk faaliyetleri, kamu düzenini** sağlamaya yönelik olarak (geleneksel yaklaşımda bu düzenin esaslı unsurları olarak kabul edilen) kamu güvenliği, kamu huzuru ve kamu sağlığını olumsuz yönde etkileyen fiillere (idari yaptırımlar aracılığıyla ve kimi durumlarda cebir kullanarak) müdahaleyi içeren faaliyetlerdir.¹⁵¹ İdare (idari kolluk) bu faaliyetler kapsamında, kamu gücü ayrıcalıklarını kullanarak tek taraflı işlem ve eylemler gerçekleştirmekte, müdahalelerde bulunmakta, yaptırımlar uygulamaktadır. İhale ve sözleşme sürecinde hukuka aykırı fiil ve davranışlarda bulunulmasının kamu düzeni kavramını (özellikle, kamu düzeni kavramının bir alt unsuru olarak önerilen “**ekonomik kamu düzeni**”ni) bozucu etki ve sonuçlar yarattığı görüşünden hareket edilmesi halinde bu fiil ve davranışlar nedeniyle idarece uygulanan yasaklama işleminin de bir kolluk faaliyeti niteliğinde olduğu söylemek yanlış olmaz; bununla birlikte, bizce, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama yaptırımını gerektiren fiil ve davranışların, kamu düzeni kavramı ile (**en azından**, kamu güvenliği, kamu huzuru ve kamu sağlığı gibi, kamu düzeninin klasik unsurlarında olduğu gibi) **belirgin** (kamu düzeni üzerinde **doğrudan ve belirleyici etki sağlayacak biçimde**) bir etkileşimi bulunmamaktadır.

4. Anayasa Yönünden Değerlendirilmesi

İhalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı bir idari yaptırım olması nedeniyle, idari yaptırımların tabi olduğu Anayasal ilke ve kuralların tümünün bu yaptırım için de geçerli olduğu açıktır. Yaptırımın ve sebep unsurunun idari niteliği (ve temel olarak cezai niteliğe sahip olmaması) nedeniyle, suç ve cezalara ilişkin Anayasal ilke ve kurallar ise bu yaptırım bakımından tümüyle değil kısmen geçerlidir. Bu hususta yukarıda (idari yaptırım kavram ve terimiyle ilgili başlıklar altında) genel nitelikte açıklamalar yapılmıştır. Bu başlık altında, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımıyla doğrudan ilgili Anayasa kuralları ve yaptırımın Anayasa ile teminat

¹⁵⁰ Kaya, “İhale Hukukunda Çalışma...”, s. 155; Murat Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalesine İlişkin Uyuşmazlıklar**, Ankara, Seçkin, 2013, s. 1012; Begüm İsbir, **Kamu İhalelerine Katılma Yasağı**, Ankara, Turhan, 2011, s. 37; Yeliz Neslihan Akel, **2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu’nda Yasaklama Kararları ve Kararlara Karşı Başvuru Yolları**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 50.

¹⁵¹ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 472.

Kamu düzeni kavramının unsurları konusunda öğretilde tam bir görüş birliği olmadığı görülmektedir. Örneğin Akyılmaz - Sezginer - Kaya (Gözler’in ifade ettiği unsurların yanı sıra) “genel ahlak”ı da kamu düzeni kavramının bir unsuru olarak kabul ederek, bu unsurları; güvenlik, dirlik ve esenlik, genel sağlık ve genel ahlak olarak sıralamaktadırlar. Akyılmaz - Sezginer - Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 643.

altına alınan çalışma hürriyetini sınırlayıcı etki ve sonuçlarıyla ilgili bilgiler verilerek değerlendirmelerde bulunulacaktır.

İdari yaptırımlara ilişkin genel bilgilerin verildiği yerde de belirttiğimiz gibi, idareye yaptırım uygulama görev ve yetkisi Anayasa’da doğrudan düzenlenmiş olmayıp, Anayasa’nın 38. maddesinde yer alan, **“İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz.”** hükmünün zıt kavram delili yoluyla yorumlanmasından, idarenin (Anayasa’nın; temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin 13, -idari yaptırımlara uygun olduğu ölçüde- suç ve cezalara ilişkin 38, temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin 40, idarenin kanuniliğine ilişkin 123 ve (idari işlemlere karşı) yargı yoluna ilişkin 125. maddeleri başta olmak üzere, sınırları kanunlarla çizilen çerçeve içerisinde kalmak şartıyla) bilhassa kamu güvenliği, kamu düzeni ve kamu sağlığının korunması ve bu değerlere karşı ortaya çıkması muhtemel bir tehlikenin önlenmesi amaçlarına yönelik olarak, idari yaptırım kararları alabileceği ve bunları uygulayabileceği sonucuna varılmaktadır. Bir idari yaptırım olan ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı da bu cümleden olup, Anayasayla teminat altına alınan temel hak ve hürriyetlerden, **çalışma ve sözleşme hürriyetini** (Anayasa m. 48) sınırlayıcı bir özelliğe sahiptir. Çalışma hürriyeti, kişinin dilediği alanda çalışma veya çalışmama serbestisidir. Sözleşme hürriyeti ise, kişilerin emredici kurallara, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmadıkça her konuda sözleşme yapıp yapmamakta karar verme serbestisi olarak tanımlanabilir.¹⁵² Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanan bir kişinin, ihaleye konu işi konu alan sözleşme yapma hürriyetinin yasaklama süresi içerisinde sınırlandırıldığı açıktır. Devlet çalışmak isteyenlere engel olmuyorsa, çalışma hürriyeti var demektir.¹⁵³ Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanan bir kişinin çalışma hürriyetinin de yasaklanma süresi içerisinde sınırlandırıldığı açıktır. Yasaklama sadece kamu ihaleleri için ve süreli olarak yapıldığından, çalışma ve sözleşme hürriyetinin hürriyetin tümüyle ve sürekli olarak ortadan kaldırılması değil geçici (süreli) olarak sınırlanması söz konusudur. Anayasa ile teminat altına alınan çalışma ve sözleşme hürriyeti sınırsız olmayıp, kanun koyucu tarafından, **“Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması”** başlıklı ve **temel hak ve özgürlüklerin ancak (özlerine dokunmamak kaydıyla) sadece kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamanın Anayasanın lafzına, ruhuna, demokratik ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve**

¹⁵² AyM, E. 2016/157 K. 2016/149, KT. 18.5.2016. www.anayasa.gov.tr, 20.4.2019.

¹⁵³ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 22. bsk., Bursa, Ekin, 2018, s. 154.

ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı amir hükümlerini içeren 13. maddesinde ifade edilenler başta olmak üzere belirli ilke ve kurallar çerçevesinde kalmak şartıyla sınırlanabilir.¹⁵⁴

Yasaklama kararında olduğu gibi, hakkında ihale sürecinde işlenen suçlardan dolayı ceza davası açılan kişilerin dava sonuçlanıncaya kadar kamu ihalelerine katılmasının engellenmesini öngören (KİK m. 59/2’de yer alan) hüküm de çalışma ve sözleşme hürriyetinin sınırlanması sonucunu doğurmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu uygulamayı bir tedbir olarak nitelendirmekte ve Anayasa’ya aykırı olmadığını değerlendirmektedir.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Seçkin Nazlı, **Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemelerinin İş Hukukuna Etkileri**, Ankara, Seçkin, 2015, s. 106, 107.

¹⁵⁵ Bir kamu ihalesiyle bağlantılı olarak suç işlediği iddiasıyla haklarında kovuşturma başlatılan kişilerin, kovuşturma sonuçlanıncaya kadar kamu ihalelerine katılmasının engellenmesini öngören KİK m. 59/2 ile ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedilmesini ve sözleşmenin feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edilmesini öngören KİSK m. 21/1’in, Anayasa’nın 2, 10, 38 ve 48. maddelerine aykırı olduğu savıyla iptal edilmesi istemiyle Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesinin başvurusuyla açılan davada, Anayasa Mahkemesinin (iptal isteminin reddine dair) kararının, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının (işleminin) amaç ve niteliğine ve Anayasa ile teminat altına alınan haklarla ilişkisine ilişkin değerlendirmeler içeren kısımları şöyledir: “(...) **A- 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 59. Maddesinin İkinci Fıkrasının 'Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler' Bölümünün İncelenmesi:** Kamu ihalelerinde Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunduğu iddiasıyla haklarında ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenlerin yargılama süresince kamu ihalelerine katılmalarının önlenmesi, bu kişilerin bir hukuk kuralını ihlal ettikleri gerekçesiyle cezalandırılması amacını gütmekte ve bir yaptırım niteliği de taşımamaktadır. Bu nedenle, itiraz konusu kural ile suçluluğu hükmen sabit olmayan bir kişiye yaptırım uygulandığından ve bunun suçsuzluk karinesine aykırılık oluşturduğundan söz edilemez. Kamu ihalelerinde Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunduğu iddiasıyla haklarında kamu davası açılanların yargılama süresince kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olmaları, yasa koyucu tarafından getirilen idari bir önlem niteliği taşımaktadır. Kamu güvenliği, kamu düzeni ve kamu sağlığının korunması ve ortaya çıkması kuvvetle muhtemel bir tehlikenin önlenmesi amacıyla yasa koyucu tarafından idari önlemler öngörülebileceği açıktır. Bununla birlikte, idari önlemlere başvurulabilmesi bu önlemler bakımından sınırsız bir yetkiye sahip olunması anlamını taşımamaktadır. İdari önlemlerin, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesine uygun olması gerekmektedir. Ölçülülük ilkesinin alt ilkelerini oluşturan, 'elverişlilik ilkesi', başvuru olan önlemin ulaşılacak istenen amaç için elverişli olmasını, 'gereklilik ilkesi' başvuru olan önlemin ulaşılacak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve 'orantılılık ilkesi' ise başvuru olan önlem ve ulaşılacak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. İtiraz konusu kural uyarınca idari bir önlem olarak bir kişinin geçici süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı sayılabilmesi için, Yasa’da öngörülen eylemlerden birini gerçekleştirdiği ve bu eylemin Türk Ceza Kanununa göre suç oluşturduğu iddiasıyla açılan bir kamu davasının varlığı aranmaktadır. Bu eylemler Yasa’nın 17. maddesinde şöyle belirtilmiştir: (...) Kamu İhale Kanunu’nda, kamuya ait parasal kaynakların kullanılması da gözetilerek, kamu ihalelerinde rekabetçi bir ortamın yaratılması ve ihaleye katılanlar arasında fırsat eşitliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Yukarıda sözü edilen eylemlerin niteliği dikkate alındığında itiraz konusu kural ile getirilen önlemin Kamu İhale Kanunu ile ulaşılacak istenen amaç için elverişsiz ve gereksiz olduğundan söz edilemez. Söz konusu önlemin, belirtilen nedenlerle yargılanmaları devam eden kişilerin hukuki menfaatlerini olumsuz yönde etkileyeceği kuşkusuzdur. Bu kişilerin yargılama sonucunda beraat etmeleri halinde bu olumsuz etki daha belirgin olarak ortaya çıkacaktır. Ancak bu kişilere isnat

olunan eylemlerin niteliği ve bu eylemlerin sübut bulma olasılığı gözetildiğinde, bu kişilerin katılımı ile gerçekleştirilecek kamu ihalelerinin, ihaleyi yapan idareler bakımından olduğu kadar kamu yararı bakımından da telafisi güç ya da imkânsız sonuçlar doğurabileceği de açıktır. Bu yönüyle, itiraz konusu kural ile öngörülen idari önlemin, kamu yararının korunması amacıyla getirildiği anlaşıldığından, bu önlemin ulaşılmak istenen amaç yönünden orantısız olarak kabulü mümkün değildir. Anayasa'nın 48. maddesinde, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu ve özel teşebbüsler kurmanın serbest bulunduğu belirtilmiştir. Kamu ihaleleri ile 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 ifade edilmiştir. 'Yasa önünde eşitlik ilkesi' hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunanlar kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. 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. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 10., 38. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir. **B- 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. Maddesinin Birinci Fıkrasının İncelenmesi:** 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrası, yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedileceğini ve sözleşmenin feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceğini düzenlemektedir. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Kamu ihale sözleşmeleri, kamu ihalelerinin sonuçlanmasından sonra ihale üzerinde kalan kişi ile idare arasında düzenlenen sözleşmelerdir. Bir başka deyişle, yüklenici ile idare arasında sözleşme imzalanmasının sebebinin, ihalenin bu kişi üzerinde kalması oluşturmaktadır. İhale sürecinde Kamu İhale Kanunu'nda yasaklanan fiil veya davranışlarda bulunulması, ihalenin hukuki geçerliği bakımından önem taşımaktadır. İhalenin söz konusu yasak fiil veya davranışlarda bulunan kişi üzerinde kalması, ihale işlemi hukuken sakat bir idari işlem haline dönüştürmektedir. İhale sonrasında bu kişi ile sözleşme imzalanması da, söz konusu sakatlığı ortadan kaldırmamaktadır. İhale sürecinde yasak fiil veya davranışta bulunan kişinin bu fiil veya davranışının sözleşmenin imzalanmasından önce tespit edilememesi, ilgili yönünden kazanılmış bir hak oluşturmamakta ve sözleşmenin geçerli sayılması için yeterli bulunmamaktadır. İhale sürecinde ortaya çıkan hukuka aykırı bu durum, ihale sonrası imzalanmış sözleşmenin de hukuka aykırılığına yol açmaktadır. Bu nedenle, yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanunu'nda yasaklanan fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi durumunda, söz konusu sözleşmenin feshedilmesinin öngörülmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır. Öte yandan, sözleşmenin feshi ile birlikte teminatın gelir kaydedilmesi ve hesabın genel hükümlere göre tasfiye edilmesi de öngörülmektedir. Sözleşme düzenlenmesi aşamasında idarece yükleniciden kesin teminat alınması, yüklenicinin yükümlülüğünü sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmesini sağlamak amacıyla gütmektedir. Benzer şekilde, fiyat farkı ödemesi öngörülerek ihale edilen işlerde fiyat farkı olarak bedelin, sözleşme bedelinde artış meydana gelmesi halinde bu artış tutarının % 6'sı oranında ek kesin teminat alınması öngörülmüştür. Kesin teminat ve ek kesin teminat, idare bakımından bir güvence niteliği taşımaktadır. Kamu İhale Kanunu uyarınca yasak fiil veya davranışlarda bulunması nedeniyle

İhalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı, Anayasa'nın (mali ve ekonomik hükümlere ayrılan dördüncü kısmının) "Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi" başlıklı 167. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, "**Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.**" hükmüyle Anayasa'nın devlete (dolayısıyla idareye) yüklediği görevin yerine getirilmesinde de önemli bir araçtır. Çünkü bu yaptırımın varlığı ve uygulanması, kamu ihalelerinin yöneldiği ticari ve sınai piyasaların temel ihale ilkelerinin de işaret ettiği rekabet, dürüstlük ve saydamlık içerisinde işlemesine katkıda bulunmaktadır.

5. Kabahatler Kanunu Yönünden Değerlendirilmesi

İhalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı, esas ve usuller yönünden KK'ye tabi olmamasına¹⁵⁶ karşın, ihalelere katılmaktan idarece yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışların; -aynı zamanda suç oluşturdukları durumlar hariç olmak üzere- KK'ye tabi kabahatlerle aynı gerekçelerle ceza hukukunun alanı dışında yer almaları ve her ikisinin de idari yaptırımlarla karşılık bulması gibi (kavramsal ve tabi olunan hukuksal ilkeler yönünden gösterdikleri) benzerlik ve aynılıklar nedeniyle, izlenen suç siyaseti gereğince kanun koyucunun birer suç olarak değil kabahat olarak düzenlemeyi tercih ettiği ve **karşılığında idari yaptırımların uygulanmasını öngördüğü haksızlıklar**¹⁵⁷ olarak tanımlanan **kabahat** kavramı içerisine ele alındığı, yasaklama yaptırımı sebep olan fiillerin kabahat, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının ise (kısmen veya tamamen) KK kapsamında bir idari yaptırım olup olmadığının (kimi yazarlarca) tartışıldığı¹⁵⁸ görülmektedir. Bizce, bu bağlamda tartışılması gereken temel husus, pozitif bir yaklaşımla; kavram, tanım ve ilkeler yönünden **genel nitelikteki** benzerlik ve aynılıkların yanı sıra, esasen, ihalelere katılmaktan idarece yasaklama gerektiren fiil ve davranışlar ile ihalelere

sözleşmesi feshedilen yüklenicinin, kusurlu davranışına dayalı olarak sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı ve uğrayacağı zararı karşılamak üzere kesin teminatın gelir kaydedilmesi ve hesabın genel hükümlere göre tasfiye edilmesi tabiidir. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir. (...)" AyM, E. 2007/68 K. 2010/2, KT. 14.10.2010, RG. 28.4.2010, sy. 27565.

¹⁵⁶ Müslüm Akıncı, "Kamu İhalelerinden Yasaklama Kararları ve Bu Kararlara Karşı Başvuru Yolları", **Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, Ankara, Bilge, 2014, s.114.

¹⁵⁷ KK'nin genel gerekçesinde de belirtildiği gibi, suç ile kabahat arasında, haksızlığın niceliği esas alınarak bir ayırım yapılmaktadır.

¹⁵⁸ İsbir, **age.**, s. 111, s. 167; Aziz Taşdelen, "Mali Sonuçlu Bir İdari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklanma", **AÜHFĐ**, S. 1, 2006, s. 293.

katılmaktan yasaklama yaptırımının KK'nin genel hükümlerine (sorumluluk esasları, idari yaptırımlar ve karar verme yetkisi ve kanun yoluna ilişkin hükümlere, yani 1 ilâ 31. maddelerine) tabi olup olmadığıdır. Kavram, tanım ve ilkeler yönüyle ele alındığında, yasaklama gerektiren fiil ve davranışların, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının ve bu kuruma ilişkin temel hukuki ilkelerin KK'de belirtilenlerle büyük oranda aynı zemini paylaştığı söylenebilir. Şöyle ki; KK'nin "Tanım" başlıklı 2. maddesinde, kabahat, **"Kabahat deyiminden kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır."** şeklinde tanımlanmıştır. İhalelere katılmaktan idarece yasaklanmayı gerektiren fiil ve davranışların (aynı zamanda suç da oluşturanların hem idari yaptırımı ve hem de cezai yaptırımı gerektireceği kabul edilerek **ne bis in idem ilkesi** yönünden tartışmayı bir kenara bırakacak olursak)¹⁵⁹ bu tanıma uyduğu açıktır. Kanun'un, "Yaptırım türleri" başlıklı 1. maddesinde yer alan;

"(1) Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar, idari para cezası ve idarî tedbirlerden ibarettir. (2) İdarî tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir."

Düzenlemesindeki "ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler" ifadesinin kapsamına, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının da girdiği kuşkusuzdur. Yukarıda belirtilen, kavram, tanım ve ilkeler yönüyle ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı ve KK arasındaki uyuma karşın, KK'nin **genel hükümlerinin** ihalelere katılmaktan yasaklama kurumunda doğrudan doğruya uygulanacağını söylemek isabetli bir yaklaşım olmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, KK yasaklama kurumunu kapsamamaktadır. Şöyle ki; KK'nin (Kanun'un diğer kanunlarda yer alan

¹⁵⁹ Bir haksızlığa karşılık olarak idari yaptırım ile birlikte cezai yaptırım da uygulanmasının, (ilkenin, aynı fiil için hem idari ve hem de cezai yaptırım uygulanamayacağı şeklinde ifade edilen salt ve basit tanımı esas alınarak düşünüldüğünde) ne bis in idem ilkesiyle çatıştığı düşüncesi akla gelebilir ise de, birlikte uygulanan idari ve cezai yaptırımların korudukları hukuki yararlar, unsurları, amaçları ve neticeleri arasında (kuramsal ve fiili olarak) farklılıklar bulunduğundan, bunların birlikte uygulanmalarının anılan ilkeye aykırı olmadığı görüşünün de kısmen de olsa kabule değer olduğu söylenebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de idari yaptırımla cezai yaptırımın belirli şartlar altında birlikte uygulanabileceği görüşündedir. Bu yönde değerlendirme içeren bir kararın ilgili kısımları şöyledir: "(...) Hukuk devleti ilkesi ve ceza hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan "aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz (ne bis in idem)" ilkesi gereğince, kişi aynı eylem nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılmaz. Ancak, bu ilke mutlak olmayıp, konu bakımından birbirine benzeseler dahi, korunan hukuki yararı, unsurları, amacı ve neticesi farklı olması nedeniyle aynı fiilin ayrı hukuk disiplinleri kapsamında farklı şekillerde mütalaa edilmesi mümkündür. Bir fiilin söz konusu hukuk disiplinlerinin öngördüğü farklı yaptırımlarla cezalandırılması hukuk devleti ve "aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz" ilkesine aykırılık teşkil etmez. Bu nedenle almış oldukları 1.00 promilin üzerindeki alkolün etkisiyle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek hâlde olmalarına rağmen araç kullanan sürücülerin, idari para cezası yanında, ayrıca ceza yaptırımıyla da cezalandırılmalarını öngören kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır. (...)" AyM, E. 2014/124 K. 2015/24, KT. 5.3.2015, RG. 12.6.2015, sy. 29384.

idari yaptırımlarda da uygulanabilmesini mümkün kılan ve bunun sınırlarını çizen) “Genel kanun niteliği” başlıklı 3. maddesinde yer alan;

“(1) Bu kanunun; a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün filler hakkında, uygulanır.”

Hükmü değerlendirildiğinde, ihalelere kanunlarında düzenlenen ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımında kanun yolunun KK’de kabahatler için öngörülenden farklı olması (örneğin, kabahatlerde adli yargının,¹⁶⁰ yasaklama kurumunda idari yargının görevli olması) ve ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi niteliğinde bir yaptırım olmaması nedeniyle, ihalelere katılmaktan yasaklama kurumunda KK’nin bir mevzu hukuk kaynağı olarak uygulama alanı bulamayacağı sonucuna varılmaktadır.

B. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’na Göre Yasaklama

1. Genel Olarak

KİK’de ihalelere katılmaktan yasaklama kurumuna ilişkin temel düzenlemeler, Kanun’un “Yasaklar ve Ceza Sorumluluğu” başlıklı dördüncü kısmının “İhalelere katılmaktan yasaklama” başlıklı 58. maddesinde yer almaktadır. Maddede sayılan yasaklama sebepleri, Kanun’un “Yasak fiil ve davranışlar” başlıklı 17, “İhaleye katılamayacak olanlar” başlıklı 11, “Sözleşme yapılmasında isteklinin görev ve sorumluluğu” başlıklı 44, “Çerçeve anlaşmalar” başlıklı Ek 2, “Birden fazla idarenin ortak ihtiyaçları için ihale yapılması” başlıklı Ek 7 ve “İhalenin karara bağlanması ve onaylanması” başlıklı 40. maddesiyle irtibat kurularak değerlendirilmelidir. KİK’nin, ihalelere katılmaktan yasaklama işlemine ilişkin **temel düzenlemeleri içeren** 58. maddesi şöyledir:

“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 bunlara bağlı

¹⁶⁰ İdari işlemlerde genel kural, yargısal denetimin idari yargı organları tarafından yapılmasıdır. Bu genel kural Anayasal bir zorunluluktan kaynaklanmadığından, kanun koyucu esasen idari yargının görev alanında yer alan bir konuda adli yargıyı görevli kılabilir. Nitekim KK’nin 27. maddesine göre, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı sulh ceza hâkimliği görevli kılınmıştır. Bu hüküm, KK’ye göre verilen idari yaptırımlar bakımından özel hüküm niteliğindedir.

birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik 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.”

2. KİK'nin Yasaklamayla İlgili Hükümlerinin Kapsamı

Bu başlık altında, hangi ihalelerdeki fiil ve davranışlar nedeniyle yasaklama işlemi yapılacağı, yasaklama işleminin kimler hakkında yapılacağı ve yasaklama kararının yürürlükte olduğu süre içerisinde yasaklı kişinin hangi ihalelere katılamayacağı konularında açıklama ve değerlendirmelerde bulunulacaktır.

a. Yasaklama İşlemi Yapılacak İhaleler Yönünden Kapsamı

Yukarıda (ihale hukukunun kaynaklarıyla ilgili yerde) belirtilip açıklandığı gibi; KİK, kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları bütün ihaleleri (olası tüm ihaleleri) kapsamamakta, sadece (Kanun'un amacına ilişkin) 1, (kapsamına ve bir kısım istisnasına ilişkin) 2 ve (istisnalarına ilişkin) 3. maddelerinde, idare, kaynak ve iş türleri itibarıyla sınırları çizilmiş alanda yer alan ihaleleri kapsamaktadır. Kanun'un genel kapsamı böyle olmakla birlikte, Kanun'dan istisnaları düzenleyen 3. maddenin son fıkrasındaki, **“Ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanun'a tabi değildir.”** hükmünden anlaşıldığı üzere, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını konu alan yasaklama işlemi, Kanun'da belirtilen sebeplerin ortaya çıkması halinde, Kanun'a tabi ihalelerin yanı sıra, Kanun'a tabi olmayan (3. maddede belirtilen) ihalelerde¹⁶¹ de yapılacaktır. Diğer

¹⁶¹ Bu noktada, ihale süreci - sözleşme süreci ayırımına dikkat edilmelidir. KİK'nin 3. maddesiyle Kanun'dan istisna edilen ihalelere de uygulanacağı 3. maddenin son fıkrasıyla öngörülen KİK'nin

bir ifadeyle; Kanun'un ihalelerden yasaklamaya ilişkin hükümleri ("Yasaklar ve Ceza Sorumluluğu" başlıklı dördüncü kısmında yer alan 58, 59, 60 ve 61. maddeleri ile bu maddelerin yollama yaptığı 17 ve 11. maddeler başta olmak üzere, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımıyla bağlantılı tüm hükümleri) -kendi mevzuatında yer alan ve özel hüküm teşkil eden hükümler saklı kalmak kaydıyla- Kanun'un kapsamına giren ihalelerle birlikte (aşağıda açıklanıp eleştirileceği üzere, 2. maddenin son fıkrası hariç) 3. maddede sınırları çizilen ihalelere de uygulanacaktır. Bu kapsama, KİK'ye tabi olmamakla birlikte, ilgili mevzuatında KİK'nin yasaklamaya ilişkin hükümlerinin uygulanacağına belirtildiği ihaleleri de ilave etmeliyiz.

Burada, 2. maddenin son fıkrasında Kanun'dan istisna tutulan ihalelerde de KİK'nin yasaklamaya ilişkin hükümleri uygulanarak yasaklama işlemi yapıp yapılamayacağı konusunu tartışmak gerekmektedir. Kanun'un 2. maddesinin son fıkrası şöyledir:

"(Değişik ikinci fıkra: 13/2/2011-6111/176 md.) Ancak, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bu Fonun hisselerine kısmen ya da tamamen sahip olduğu bankalar, 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ve bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları şirketler ((e) bendinde belirtilen yapım ihaleleri hariç) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa tabi gayrimenkul yatırım ortaklıkları ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler bu Kanun kapsamı dışındadır."

Öncelikle, yukarıda belirtilen fıkrayla düzenlenen hususların, istisnaları düzenleyen 3. maddede yer alması, daha açık bir ifadeyle, TMSF'nin ihalelerinin tümüyle, kamu bankalarının ihalelerinin ise büyük oranda (yapım ihaleleri hariç) Kanun'dan istisna edilmesine yönelik hükümlerin 2. madde yerine 3. maddede yer alması daha uygun olurdu. Bu fıkranın 3. madde yerine 2. maddede yer alması nedeniyle, 3. maddenin son fıkrası olan, **"Ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tâbi değildir."** hükmünün, 2. maddenin son fıkrasında yer alan (TMSF ve kamu bankalarına ilişkin) hükmün kapsadığı ihalelerde uygulanması bizce mümkün değildir. Bununla birlikte, (aşağıda da belirtileceği üzere) 58. maddedeki **"(...) 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dâhil**

yasaklama yaptırımına ilişkin hükümleri (var ise, kendi kanunundaki farklı hükümler saklı kalmak kaydıyla), uygulanacağı ihalelerin sadece ihale sürecine yönelik olup sözleşme (edimin ifası) sürecini (sözleşme sürecindeki fiil ve durumları) kapsamaz; bununla birlikte, KİK'nin 59. maddesinde ve KİSK'nin 21. maddesinde belirtildiği üzere, ihale sürecinde işlenmekle birlikte, sözleşme imzalandıktan sonra ve hatta taahhüt tamamlandıktan (kesin kabulden) sonra tespit edilen fiiller nedeniyle de, anılan maddelerde belirtilen esas ve usullere göre (sözleşmenin feshi, teminatın gelir kaydedilmesi ve gerektiğinde Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmasının yanı sıra) yasaklama yaptırımı da uygulanmalıdır.

(...)” ibaresi nedeniyle, ihalelere katılmaktan yasaklanan kişinin 2. maddenin son fıkrasında KİK’den istisna edildiği belirtilen ihalelere girmesi de mümkün değildir. Belirtilen nedenlerle, 2. maddenin son fıkrasıyla düzenlenen hususların 3. maddeye aktarılması, bu suretle, Kanun’un kapsamının düzenlendiği 2. maddesinde ifade edilen sınırlar içerisinde kalmakla birlikte Kanun’un 3. maddesindeki istisna hükümleri nedeniyle Kanun’a tabi olmadan gerçekleştirilen tüm ihalelerde Kanun’un ceza ve ihalelerden yasaklamaya ilişkin hükümlerinin uygulanacağına açık bir şekilde ifade edilmesinin sağlanmasında fayda bulunduğu görüşüdeyiz.

b. Yasaklanacak Kişiler Yönünden Kapsamı

KİK’nin 58/2 maddesinde yer alan;

“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, (...) yasaklama kararı verilir.”

Hükmünden, istekli ile birlikte kimler hakkında yasaklama işlemi yapılacağı anlaşılmaktadır.

TTK’nin 124. maddesine göre, ticaret şirketleri: kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibaret olup, kolektif ve komandit şirketler şahıs, anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ise sermaye şirketi olarak sınıflandırılmıştır. Bu ayrım, ortakların sorumluluklarının sermaye paylarıyla sınırlı olup olmadığı esasına göre yapılmıştır. TTK bu sınıflandırmayı yaparken kooperatif şirketleri sınıflandırma dışı tutulmuştur. Kooperatifler hakkında yasaklama işlemi yapılması halinde KİK’nin yukarıda belirtilen hükmüne göre, kooperatifle bağlantılı herhangi bir kişinin de yasaklanmasının mümkün olmadığı açıktır. Ortak girişimler (iş ortaklığı veya konsorsiyum) bağlamında uygulamanın ne şekilde olacağına KİGT ile (m. 28.1.7.) açıklık getirilmiştir. Buna göre, yasak fiil ve davranışta bulunan ortak girişim üyeleri hakkında yasaklama işlemi yapılacak, diğer bir ifadeyle, bu fiil ve davranışlara (yetkili organları, yöneticileri veya herhangi bir kişi aracılığıyla) iştirak etmeyen ortak girişim üyeleri yasaklama işleminin kapsamı dışında tutulacaktır.

Yasaklanan şirketin unvan değişikliği, birleşme, bölünme veya tür değişikliği yoluyla unvanının ve ortaklık yapısının değişmesi halinde yasaklamanın (öngörülen sürenin sonuna kadar) devam edip etmeyeceği konusunda Kanunda açık bir düzenleme yoktur. Unvan değişikliği, bölünme veya tür değişikliği halinde

yasaklama kararının etkilerinin devam edeceği açıktır. Birleşme halinde ise, (TTK m. 136'da düzenlenen, devralma veya yeni kuruluş şekillerinden hangisiyle gerçekleşirse gerçekleşsin) devralan ve yasaklı olmayan şirket yönünden (yasaklılığın devam edip etmeyeceği hususunda) durum tartışmalı olarak görünebilir ise de, bizce, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının amaç ve işlevi dikkate alınarak, devralan veya yeni oluşan şirketin de yasaklamanın kapsamında yer aldığı kabul edilmesi gerekmektedir.¹⁶² Birleşen şirketlerden yasaklı olmayanın, basiretli bir tacir gibi hareket ederek, birleştiği (devraldığı) şirket hakkında bir yasaklama kararı olup olmadığını araştırması ve dikkate alması yükümlülüğünde olduğu ve hatta durumu bildiği (bir karine olarak) kabul edilmelidir. Aksi görüşün kabulü halinde, birleşme usulünün, yasaklılık yaptırımından kaçınmanın bir aracı olarak kullanılmasına uygun zemin hazırlanmış olacaktır. Öte yandan, birleşme sonucu oluşan yeni şirket ile KİK m. 58/2'de belirtilen nitelikte irtibatlı olan kişiler bakımından da tartışmalı bir durum olduğu açıktır. Bu hususlarda (Kamu İhale Kurumu tebliğleriyle düzenleme yapmak yerine) bir kanuni düzenleme yapılmasında (idari yaptırımlarda kanunilik ve belirlilik ilkeleri de dikkate alınarak) fayda olduğu görüşündeyiz.

Kanun'da, istekli sıfatına sahip kişi ile yukarıda belirtilen çerçevede bu kişiyle irtibatlı olan bazı kişiler hakkında yasaklama işlemi yapılması açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte, yasak fiil ve davranışı gerçekleştiren ve fakat kendisi istekli veya belirtilen çerçevede istekliyle irtibatlı olan kişilerden (şirket ortakları) olmayan kişi veya kişiler hakkında yasaklama işlemi yapılıp yapılmayacağı konusunda açık ve net bir düzenleme yoktur. Örneğin, ihale isteklisi şirketin ortağı veya temsilcisi olmamakla birlikte, ihalenin bu istekli üzerinde kalması halinde çeşitli şekillerde bundan yarar sağlayacak bir kişinin (veya bu kişiyle irtibatlı başka bir kişinin) yasaklı fiil ve davranışta bulunması durumunda bu kişi veya temsilcisi olduğu tüzel kişi hakkında da (belirli koşullar altında) yasaklama işlemi yapılacak mıdır? Kanun'un 58. maddesindeki, **“17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında (...)”** ifadesinin, failer hakkında da yasaklama işlemi yapılacağı anlamına geldiği düşünülebilir ise de, bu hususta madde metninden kaynaklanan bir tereddüt olduğu açıktır. Bu eksikliğin giderilmesi için 58. maddede düzenleme yapılması; yasaklama kurumunun amaç ve

¹⁶² Kaya, “İhale Hukukunda Çalışma...”, s. 182.

işlevi dikkate alınarak, yasaklama kapsamına alınacağı kanunda açık ve net olarak belirtilen kişilerden olmamakla birlikte yasaklı fiil ve davranışları gerçekleştiren kişiler hakkında da (belirli kurallar ve koşullar çerçevesinde) yasaklama işlemi yapılacağı maddede açıkça belirtilmesi gerektiği görüşünderiz.

c. Yasaklı Kişilerin Katılamayacağı İhaleler Yönünden Kapsamı

Kanun'un ihalelere katılmaktan yasaklamayı düzenleyen temel hükümlerini içeren 58/1 maddesindeki, **"...2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dâhil, bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir."** ifadesi, hakkında yasaklama kararı verilen kişilerin, KİK'nin 2. ve 3. maddesiyle Kanun'a tabi kılınan ve Kanun'dan istisna edilen tüm ihalelere, yasaklama süresi boyunca katılamayacağını açıkça göstermektedir. Kısaca ve özetle; yasaklama işlemi, 2. ve 3. maddede kapsama alınan ve kapsam dışı tutulan tüm ihalelerde uygulanacak; hakkında yasaklama kararı bulunan kişiler ise **hiçbir kamu kurum ve kuruluşunun ihalesine** katılamayacaklardır.

Yasaklı kişilerin (ihale usulü sayılmayan) doğrudan temin usulüne göre yapılan işlere katılmalarını engelleyen bir hükmün Kanun'da yer almadığı görülmektedir. KİGT ise bu hususta tartışmaya açık bir hüküm bulunmaktadır. Tebliğ'in 30.5.2. maddesine göre, doğrudan temin usulünde, alım yapılacak kişi ya da firmanın ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığı teyit ettirilmeyecektir. Ancak, KİK m. 22/1-d'de belirtilen parasal limit dâhilinde yapılan alımlarda, yasaklı kişilerden alım yapılamayacaktır. Tebliğ ile getirilen bu uygulamanın, kanuni dayanağının bulunmaması nedeniyle tartışmalı olduğu, bununla birlikte, idarelerin yasaklı kişilerden doğrudan temin yoluyla alım yapmamak konusunda sahip oldukları takdir yetkisini kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanarak yasaklı kişilerden doğrudan temin usulüyle de alım yapmamaları gerektiği görüşünderiz. Bu hususta KİK'de bir düzenleme yapılması, bu değişiklik kapsamında Kanun'un 58. maddesine, yasaklı kişilerle, ihale usulünün yanı sıra ihale dışı usullerle iş yapılmamasını öngören bir hükmün eklenmesinin isabetli olacağı görüşünderiz.

Yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar olan süre içerisinde, yasaklı kişilerin yasaklama kararı veren idarenin ihalelerine girmesi de mümkün

değildir¹⁶³ (KİK m. 58/3).

3. Doğrudan Temin Usulü ve Yasaklama Yaptırımı

KİK m. 22’de ayrıntıları düzenlenen ve Kanun’un 18. maddesinde sayılan ihale usulleri arasında yer almadığından bir ihale usulü olarak kabul edilmeyen doğrudan temin usulüyle gerçekleştirilen işlerde (mal, yapım, hizmet ve danışmanlık ihtiyaçlarının karşılanmasını konu alan harcamalarda) Kanun’da belirtilen yasaklama sebeplerinin ortaya çıkması halinde yasaklama işlemi yapılıp yapılmayacağı tartışılmasında fayda görülmüştür.¹⁶⁴

KİK kapsamındaki idarelerin Kanun’la belirlenen parasal sınırlar içerisinde kalan¹⁶⁵ ihtiyaçlarının karşılanması için yapılan alımlar ile Kanun’da belirtilen bazı iş türlerini konu alan alım ve teminler, izlenecek usulün (ihale usullerine kıyasla) basitleştirilmesi ve bu suretle sürecin hızlandırılması amacıyla¹⁶⁶ bir ihale usulü olmaktan çıkarılan doğrudan temin usulüyle; ilan yapılması, teminat alınması, ihale komisyonu kurulması gibi bürokratik işlemler yapılmadan (sadece fiyat araştırması yaparak) gerçekleştirilebilmektedir.¹⁶⁷

Doğrudan temin usulünün bir ihale usulü olarak Kanun’un (ihale usullerini belirten) 18. maddesinde belirtilmemiş olması nedeniyle, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımına ilişkin hükümlere de tabi olmadığı¹⁶⁸ KİGT’de (m. 28.1.10) açıkça belirtilmiş ve bu usulün bir ihale usulü sayılamayacağı görüşü yargısal

¹⁶³ KİK’nin 58/3. maddesindeki bu hüküm olmasa dahi, KİK’nin 10/4-f maddesine dayanarak (yasaklama kararı yürürlüğe girene kadar açılan ihalelerde) isteklinin ihale dışı bırakılması gerekmektedir.

¹⁶⁴ Doğrudan temin usulü, KİK’nin 22.1.2001 tarihinde yayımlanan ilk halinde bir ihale usulü olarak 18. maddenin 1-d bendinde bir ihale usulü olarak sayılmış iken, anılan bendi yürürlükten kaldıran 30.7.2003 tarih 4964 sayılı Kanun’un 12. maddesiyle, bir ihale usulü olmaktan çıkarılarak yine 4964 sayılı Kanun’un 15. maddesiyle değişikliğe uğrayan 22. maddesiyle (ihale usulü dışında) bir “temin usulü” olarak düzenlenmiştir. Bu usule ilişkin ayrıntılı düzenlemeler KİGT’nin 22. maddesinde yapılmıştır.

¹⁶⁵ Kanun’un 22/d maddesinde 2018 yılı için bu limit 58.555 TL olarak belirlenmiştir. Bu limitler her yıl (üretici fiyat endeksi) esas alınarak güncellenerek bir yıl süreyle uygulanmaktadır.

¹⁶⁶ Anılan bendi ilga ederek doğrudan temini bir ihale usulü olmaktan çıkaran 30.7.2003 tarih 4964 sayılı Kanun’un genel gerekçesindeki bir ifadedir. Bendi ilga eden 4964 sayılı Kanun’un 12. maddesinin gerekçesinde ise şu cümle yer almıştır: “**Madde ile esasen bir ihale usulü olmayan “doğrudan temin” ihale usulleri arasından çıkarılmakta ve buna ilişkin esas ve usuller Kanununun 22 nci maddesinde düzenlenmektedir.**” www.kik.gov.tr, 25.12.2016.

¹⁶⁷ 2018 yılında (KİK’e tabi idarelerin) doğrudan temin usulüyle yaptıkları harcama tutarı 3.787.522.000.-TL’dir. Kaynak: Kamu İhale Kurumu Kamu Alımları İzleme Raporu (2018 Yılı) www.kik.gov.tr, 10.3.2019.

¹⁶⁸ İhalelerden yasaklama yaptırımına tabi olmayan doğrudan temin usulüyle gerçekleştirilen bir işlem sürecinde vuku bulan ve suç teşkil eden fiil ve davranışlar için idarece yasaklama işlemi yapılması mümkün olmamakla birlikte, (TCK’nin 279. ve -ihbar ve şikâyet halinde- CMK’nin 158/4 maddeleri de dikkate alınarak) idarece Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulması gerekmektedir.

içtihatlarla da teyit edilmiş olduğundan, doğrudan temin usulünün Kanun'un 58. maddesinin (yasaklama hükümlerinin) kapsamında olmadığı hâkim bir görüş olarak kabul görmektedir. Bizce, doğrudan temin sürecinin yasaklama hükümlerine tabi olmaması yasaklama kurumunun amaçları yönünden isabetli değildir. İhalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının doğrudan temin usulünün uygulandığı bir alım sürecinde işlenen yasaklanmış fiil ve davranışlar için de geçerli olması gerekmektedir.¹⁶⁹ Şöyle ki; öncelikle, yasaklamaya ilişkin temel hükümleri içeren 58. maddenin lafzının doğrudan temini de kapsadığını söylemek yanlış olmaz. Öte yandan, yasaklamayla korunması amaçlanan hukuki yararların doğrudan teminde mevcut olmadığını söylemek mümkün değildir. Doğrudan temin usulünün uygulandığı bir işte yasaklı fiil ve davranışlarda bulunan kişilerin ihalelere katılmaktan yasaklanmaması halinde bu kişilerin idarelerin açacakları ihalelere iştirak edebilecekleri, dolayısıyla, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımıyla ortadan kaldırılması amaçlanan tehlikenin varlığını sürdüreceği de açıktır. Doğrudan temin ile ihale usulleri arasındaki temel iki farklılık, alımın mali portesi ve rekabetin (yarışmanın) doğrudan teminde (açık ihale usulüne göre) çok daha dar bir çerçevede meydana gelmesidir. Bunun dışındaki hususlarda, yasaklama kurumunun varlık sebepleri yönünden bir farklılık yoktur. Öte yandan, KİK'nin 58/1 maddesinde yer alan **“17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında (...) yasaklama kararı verilir...”** hükmünün, sadece 29. maddede sayılan ihale usullerini değil, ihale usulleri ile birlikte aynı Kanun'da (KİK'de) düzenlenen doğrudan temin usulünü de kapsadığını söylemek yanlış olmaz. KİK'nin 58. maddesindeki (tırnak içinde belirttiğimiz) hükümde, yasaklama kararı verilmesi için, 17. maddede belirtilen fiil ve davranışlarda bulunulması koşulunun dışında, yapılan işin (mal veya hizmet alımı ile yapım işinin) Kanun'un 4. maddesinde tanımlanan ve 18. maddesinde türleri sayılan “ihale” usullerinden biri kapsamında gerçekleştiriliyor olması gibi bir koşul yer almamıştır. KİK'nin 17. maddesinin¹⁷⁰ ilk fıkrasındaki, **“İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır.”** ifadesinde “ihale” terimine yer verilmiş ise de,

¹⁶⁹ Kaya, “İhale Hukukunda Çalışma...”, s. 182. Yazar, doğrudan teminin yanı sıra, yine KİK m. 23'te düzenlenen (ve KİK m. 18'de belirtilmediğinden bir ihale usulü sayılmayan) tasarım yarışmalarında da yasaklama yaptırımının uygulanmasını öngören kanuni düzenleme yapılması gerektiğini (bizce de haklı olarak) savunmaktadır.

¹⁷⁰ Bu madde, KİK'nin ilk yayımlandığı 22.1.2001 tarihinden, doğrudan temin usulünü bir ihale usulü olmaktan çıkaran 30.7.2003 t. 4964 sayılı Kanun'un yürürlük tarihine kadar ve bugüne kadar dahi değişikliğe uğramamıştır.

m. 58/1'de "ihale" terimi kullanılmadan doğrudan doğruya 17. maddede sıralanan fiillere yollama yapıldığından, 58. maddenin uygulanmasında 17. maddedeki fiil türlerinin dikkate alınması, ihale veya doğrudan temin usulü arasında fark gözetilmemesi gerektiği görüşündeyiz. Sonuç olarak, doğrudan temin usulüne tabi bir kamu alımında işlenen yasaklanmış fiil ve davranışların da ihalelere katılmaktan yasaklama kurumunun kapsamına alınması (bu kapsamda olduğunun kabul edilmesi) gerektiği görüşündeyiz. Bununla birlikte, bu usulün kapsam dışı tutulması belirtilen gerekçelere rağmen isteniyor ise, tartışılan (madde metninden kaynaklanan) tereddütlü durumun ortadan kaldırılmasını teminen Kanun'da (58. ve/veya 22. maddede) bir düzenleme yapılması, bu düzenlemede, doğrudan temin usulünün Kanun'un yasaklamaya ilişkin hükümlerinin dışında olduğunun Kanun'da açıkça belirtilmesi gerektiği görüşündeyiz.

4. Yasaklama Sebepleri

KİK'nin 58, 17 ve 11. maddelerine (ve ilgili diğer hükümlerine) göre, yasaklama işlemi yapılmasını gerektiren sebepler şunlardır:

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

Bu yasaklama sebepleri Kanun'un 58/1 ve 17/1-a maddelerinde yer almıştır. Bu hükümle yasaklanan fiil, ihaleye ilişkin işlemlere fesat¹⁷¹ karıştırmak veya buna teşebbüs etmektir. İhaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak bir üst kavram olup, sayılan sebepler (hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet) bu üst kavramın somutlaştırılmış (ve uygulamada en sık karşılaşılan) örnekleridir.¹⁷² Düzenlemedeki "veya başka yollarla" ifadesi, sadece sıralanan

¹⁷¹ Bir isim olan "fesat" sözcüğü Türkçe sözlükte; "bozukluk, karışıklık, kargaşalık, ara bozuculuk" olarak tanımlanmaktadır. **Türkçe Sözlük**, Türk Dil Kurumu, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 8. bs., 1988, s. 775.

Maddede belirtilen (sayılan) veya ihale süreci üzerinde belirtilenlerle benzer etkilere sahip her türlü fiilin işlenmesiyle, ihale sürecinin bozukluk ve karmaşa tehlikesiyle karşı karşıya kaldığı açıktır. Fesat kelimesi, 765 s. eski TCK'de, belirttiğimiz anlamda olmak üzere birkaç yerde (suç düzenlemelerinde) kullanılmış olmasına karşın, 5237 sayılı. TCK'de sadece, (ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçlarının düzenlendiği) 235 ve 236. maddelerde kullanılmıştır.

¹⁷² Yüklenici ile kamu görevlileri arasında çıkar ilişkisi kurulmak suretiyle ve kamu görevlilerinin de iştirakiyle; ihalenin usulüne göre yapılmaması, rekabet ilkesinin hiçe sayılması, hileli bir şekilde ve şartlı olarak ihalenin bir firma üzerinde bırakılması, sözleşme sürecinde ihale belgelerinin usulsüz biçimde düzenlenmesi, ihale konusu imalatın ihaleden önce gerçekleştirilmesi, dolayısıyla

sebeplerin değil, ihaleye ilişkin işlemlere “fesat karıştırma” olarak nitelenebilecek herhangi bir fiilin işlenmesinin veya buna teşebbüs edilmesinin yasaklama kapsamında yer aldığını göstermektedir.¹⁷³

Bu hükümle öngörülen ve ihlali halinde idari yaptırım uygulanması gereken yasağın (kavramsal bir benzetme yapılacak olursa) suç teorisinin terminolojisinde yer alan “serbest hareketlilik” özelliğine sahip olduğu görüşünderiz. Hükümle kapsanması amaçlanan fiillerin, TCK’nin 235. maddesinde düzenlenen “ihaleye fesat karıştırma” suçunu oluşturması kuvvetle muhtemeldir; ancak (idari yaptırım uygulanması için fiilin aynı zamanda suç oluşturması) şart değildir. Yani, ceza hukuku yönünden ihaleye fesat karıştırma suçunun (ve hatta herhangi bir suçun) tüm unsurları mevcut olmasa (suç oluşmasa) bile, bir fiilin KİK’nin bu hükmü kapsamında kaldığı değerlendirilerek ihalelere katılmaktan yasaklama işlemi yapılması olası ve hatta çoğu kez zorunludur. Diğer bir ifadeyle, ihaleye fesat karıştırma suçu oluşturan her fiil KİK’nin bu hükmünün kapsamına mutlaka

ihale ve sözleşme sürecinde hileli fiiller işlenmesinin ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını gerektirdiğine ve konu hakkında idari soruşturma raporlarında yer alan tespitlerin söz konusu yaptırımı uygulamak için yeterli olduğuna ilişkin bir Danıştay kararının ilgili kısımları şöyledir: “(...) 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21/b maddesi uyarınca pazarlık usulüyle yapılan "Ameliyathaneler ve Çeşitli Ünitelerin Mevzuata Uygun Hale Getirilmesi İşi" ihalesinin davacı şirketin üzerinde kaldığı, 28.05.2009 tarihinde sözleşme imzalandığı, daha sonra davalı idarece söz konusu ihale süreci ile ilgili soruşturma başlatıldığı ve bu soruşturma sonucu hazırlanan 13.4.2010 tarih ve 153/01, 119/1 sayılı soruşturma raporunda özetle; dava konusu ihale kapsamındaki birçok imalatın ihale günü olan 22.05.2009 tarihinden önce davacı şirket tarafından gerçekleştirildiği, ihale sürecinde usulsüz ihale evrakları düzenlendiği, ihalede tek bir firma lehine hileli bir şekilde hareket edildiği, söz konusu firmaya maddi menfaat sağlanması yoluna gidildiği, yapılan bütün imalatların Hastane'nin kesin kabulünden önce yapıldığı hususları tespit edilerek konu ile ilgili kamu görevlilerinin çeşitli disiplin cezaları ile cezalandırılmasının teklif edildiği, öte yandan, bu rapor ile saptanan hususlara istinaden davacı şirketin (2) yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasının teklif edilmesi üzerine, 14.05.2010 tarih ve 4093 sayılı "Olur" işlemi ile "dava konusu ihale sürecinde yasal dayanaklar hiçe sayılarak hukuksuz bir şekilde sonradan ihale evrakları tanzim edildiği ve geçersiz olan bu evraklar üzerinde, rekabet unsurları hiçe sayılarak, hileli bir şekilde, şartlı olarak ihalenin tek bir firmaya bırakıldığı, ihale kapsamı dışında da firma lehine imalatlar yaptırıldığı, davacı şirketin tüm bu hususlara iştirak ettiği ve maddi menfaat sağladığı" belirtilerek, 4735 sayılı Kanun'un 25, 26 ve 27. maddeleri uyarınca (2) yıl süreyle tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda; davacı şirketin iki yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin 14.05.2010 tarih ve 4093 sayılı dava konusu işlemde, 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde sayılan fiil veya davranışlar tarif edilerek, davacı şirket tarafından gerçekleştirilen eylemlerin tek tek sayılarak açık bir şekilde belirtildiği anlaşıldığından, İdare Mahkemesince, 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışlardan hangisini işlendiğinin net olarak ortaya konulmadığı, ihlal edilen bentlerin belirtilmediği, ceza süresinin de hukuka aykırı olarak, gerekçesiz bir şekilde takdir yetkisi kullanılmak suretiyle üst sınır üzerinden uygulandığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir. (...)” D13D, E. 2011/2976, K. 2011/5364, KT. 28.11.2011. www.danistay.gov.tr, 11.10.2017.

¹⁷³ Hükümün uygulanmasında, bentteki “veya başka yollarla” ifadesinin sağladığı kapsamı genişletici olanağa başvurulmasına, hükümde sıralanan fiil türlerinin kapsayıcılığının son derece geniş olması nedeniyle neredeyse hiç gerek kalmayacağını söylemek mümkündür.

girmesine karşın, KİK'nin bu hükmünün kapsamına giren her fiilin aynı zamanda ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturması şart değildir.¹⁷⁴ Hatta (yasaklamaya sebep olan fiil nedeniyle hakkında ceza yargılaması yapılan) failin ceza yargılamasında delil yetersizliği nedeniyle beraat etmiş olması hali dahi (ihale sürecinde işlenen fiilin Kanun'da sayılan yasaklama sebeplerinden olması şartıyla) ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının hukuka aykırı olduğu anlamına gelmez.¹⁷⁵ Bu açıklamalarımıza dayanarak, hükümde “fesat karıştırmak” ibaresinin kullanılmış olmasını eleştirmek mümkündür; çünkü bu ibare, kapsama alınmak istenen fiil türlerinin, aynı zamanda ihaleye fesat karıştırma suçunu da oluşturması gerektiği algısına sebep olabilir. Belirtilen nedenle, KİK'nin 17/1-a maddesine,

¹⁷⁴ Katılımı engellemek ve ihaleye fesat karıştırmak olarak nitelenmesi nedeniyle, istekli şirketlerden birinin çalışanları tarafından diğer bir istekli şirket yetkililerine yönelen (ve failleri ve davacı şirket hakkında ihaleye fesat karıştırma iddiasıyla soruşturma başlatılmasına neden olan) fiillerden dolayı idarece yasaklama kararı verilebileceği değerlendirilmesini içeren bir Danıştay kararının ilgili kısımları şöyledir: “(...) ... tarihinde yapılan sıcak yemek hizmet alımı ihalesine ... San. Tic. Ltd. Şti., ... Yemek Üretim A.Ş., ... Yemek San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin istekli olarak katıldıkları ve teklif verdikleri ihale öncesinde (saat 9:45'te) nizamiye önünde ihaleye girmek isteyenlerin toplandığının, bazı kişilerin aralarında harareli konuşmalar yaparak tartıştıklarının, ... San. Tic. Ltd. Şti.'nin şikâyeti üzerine konunun incelenmesi neticesinde Bursa Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından davacı firma temsilcileri hakkında ihaleye fesat karıştırmak ve bu suça iştirak etmek suçlarından Bursa 1. Asliye Ceza Mahkemesinde kamu davası açıldığının, davacı firma temsilcilerinin fiillerinin 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesi kapsamında değerlendirilerek davacı şirket ve şirketin %88 hissesine sahip ortağı ... hakkındaki iki yıl süre ile Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmesi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığının anlaşıldığı, 21.04.2004 tarihinde meydana gelen olay hakkında Bursa Emniyet Müdürlüğüne yürütülerek Bursa Cumhuriyet Başsavcılığına sunulan soruşturma evrakı ve eki ifadelerde olaya karışanlar arasında yer alan ve davacı şirket ortaklarının kardeşi olan Yemek San. çalışanı ...'in ifadelerinde; ... Firmasının temsilcisi olan ... aracılığıyla telefonla görüşmek istediği Necati isimli şahsın kendisi ile görüşmek istememesi ve kötü sözler sarf etmesi sonrasında kendisine ters baktığından dolayı çok rahatsız olduğunu belirterek ...'nun boğazını sıktığını kabul ettiği beyanında bulunduğu görüldüğünde, davacı şirket adına olaya katılan diğer şahısların da vermiş olduğu ifadelerde ...'in ...'yu tartakladığı ve boğazını sıktığı yönünde ifadelerinin yer aldığı, bu durumda; 4734 sayılı Yasa hükümlerine göre ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek fiil ve davranışlarında buldukları tespit edilenler hakkında bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar ihalelerden yasaklama kararı verilebileceği dikkate alındığında, Bursa 1. Asliye Ceza Mahkemesinin E:2004/355 esasında kayıtlı olarak görülmekte olan davada, aralarında davacı ...'in de bulunduğu 7 kişi hakkında ihaleye fesat karıştırmak suçundan dolayı haklarında kamu davası açıldığının ve ihale günü meydana gelen olaylarda davacı şirket yanlılarının ihaleye katılan diğer firma elemanlarını zor kullanarak baskı altına almak istediklerinin anlaşılması karşısında, davacı şirket ve şirketin %88 hissesine sahip ortağı ... hakkında iki yıl süre ile kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmesine dair dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş bu karar davacılar tarafından temyiz edilmiştir. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu Ankara 3. İdare Mahkemesinin 16.05.2005 tarih, E:2004/2048, K:2005/760 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49.maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyle anılan Mahkeme kararının onanmasına, ... 03.11.2006 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.” D13D, E. 2006/1694, K. 2006/4188, KT. 3.11.2006. www.danistay.gov.tr, 11.10.2017.

¹⁷⁵ AyM, Başvuru No. 2014/1759, KT. 11.12.2018, RG. 2.1.2019, sy. 30643. Mahkeme bu kararda, hakkında yasaklama işlemi yapılan kişinin, yasaklama işlemine sebep olan fiilden dolayı yapılan ceza yargılamasında “delil yetersizliği” gerekçesiyle beraat etmiş olmasının yasaklama işleminin hukuka aykırı olduğunu göstermediğini değerlendirmiştir.

“suç oluşturmaya bile” ibaresinin eklenmesi veya metinde buna göre bir değişiklik yapılmasında fayda vardır.

Hükümdeki “ihaleye ilişkin işlemler” ifadesinden, en geniş bakış açısıyla, KİK’nin 4. maddesinde yer alan “ihale” tanımının¹⁷⁶ kapsamında yer alan ve Kanun’un 18. maddesinde açık ihale, belli istekliler arasında ve pazarlık usulü olarak sıralanan ve sınırlandırılan usullerden biri ile yapılan ihalelerin ihale sürecindeki işlemlerin tümü, bu kapsamda ihalenin, daha açık bir ifadeyle, Kanun’un 24 ve devam eden maddelerinde düzenlenen, ihalenin ve ön yeterliliğin ilanı ile başlayıp sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan süreçte gerçekleştirilen ve her biri amaç, etki ve sonuç bakımından, Kanun’un 5. maddesinde belirtilen temel ilkelerin¹⁷⁷ ihale sürecine hâkim kılınmasında somut işlemlere sahip olan işlemler anlaşılır. İhaleye ilişkin işlemlere fesat karıştıran fiiller, ihalelere hâkim olması gereken temel ilkelerin en az birini ihlal eden, ihalenin en uygun fiyat ve koşullar sağlanarak sonuçlanmamasına neden olan veya en azından bu tehlikeyi doğuran fiillerdir. İhaleye ilişkin işlemlere fesat karıştıran fiillerin idare (veya üçüncü kişiler, örneğin bir veya birden fazla sayıda istekli) aleyhine bir neticeye, örneğin zarara sebep olması muhtemeldir; ancak, idari yaptırım uygulanması için bu fiiller nedeniyle bir neticenin, örneğin zararın oluşması zorunlu değildir.

Bir kısmı aynı zamanda ihale suçlarını (ihaleye fesat karıştırmaya ve edimin ifasına fesat karıştırmaya suçlarından birini yahut görevi kötüye kullanma, belgede sahtecilik, dolandırıcılık vd. suçları) oluşturan ihale sürecinde yasaklanan fiil ve davranışlarda hile unsurunun esaslı bir önemi haiz olduğu görülmektedir. Hile kavramı bu sebeple ihale hukukunda (ihale suç ve kabahatlerinde) önemli ve anahtar terimlerden ve unsurlardan biridir. Hile, sadece idari yaptırımı sonuçlayan fiiller bakımından değil (dolandırıcılık, hileli iflas örneklerinde olduğu gibi) kişi iradesinin fesada uğratıldığı, kişinin işgal edildiği bir kısım suçların temel veya nitelikli şekillerinin oluşumu için aranan unsurlardan olması nedeniyle ceza hukuku (bazı suç tipleri) yönünden de önemli bir kavram ve unsurdur. Hile terimini genel anlamı

¹⁷⁶ KİK’nin 4. maddesinde, ihale; “**Bu kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri, (...) ifade eder.**” şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁷⁷ KİK’nin 5. maddesinde bu ilkeler, **saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamak** şeklinde sıralanmıştır. Bu ilkelerle ilgili açıklama ve değerlendirmeler çalışmamızın geride kalan bölümlerinde (ilgili başlık altında) yapılmıştır.

itibarıyla¹⁷⁸ veya bir hukuki alanda bir terim (ıstılah) olarak birden fazla biçimde tanımlamak mümkündür. Seçilmiş birkaç tanımı belirtmek gerekirse: **Hile**, belli bir olgu karşısında kişinin yanılığa sevk edilmesidir.¹⁷⁹ **Hile**, maddi olmayan vasıtaların kullanılması suretiyle mağdurun hataya düşürülmesidir.¹⁸⁰ **Hile**, aldatıcı davranışlarda bulunmak yoluyla kişilerin davranışları üzerinde etki edilmekte ve hür iradeyle tercihte bulunmalarına engel olunmaktadır.¹⁸¹ Yargıtay’a göre **hile**; karşı tarafta hatalı bir kanı uyandırmak veya esasen var olan hatalı bir kanıyı korumak yahut devamını sağlamak amacını taşıyan kasıtlı bir davranış ve tutumdur.¹⁸² Yargıtay kararlarında rastlanan bir diğer tanıma göre, **hile**, maddi olmayan yollarla karşısındakini aldatan, yanılığa düşüren, düzen, dolap, oyun, entrika vb. her türlü fiildir.¹⁸³ TCK’nin dolandırıcılık suçunu düzenleyen 157. maddesiyle ilgili (Komisyona ait değişiklik) gerekçesinde de belirtildiği üzere,¹⁸⁴ hile icrai bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi, (failin, hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması şartıyla) karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da, yani ihmali bir davranışla da gerçekleştirilebilir.

İşlenen fiil ve davranışın hile niteliğinde olup olmadığının belirlenmesinde, ceza hukukuna ilişkin kural ve ilkeler esas alınarak muhakeme yapılması, basit ve soyut nitelikteki bir yalanın hile olarak kabul edilmemesi gerekmektedir.¹⁸⁵ Hileli

¹⁷⁸ Türk Dil Kurumunun Güncel Türkçe Sözlüğünde, hile; “Birini aldatmak, yanıltmak için yapılan düzen, dolap, oyun, desise, entrika” şeklinde tanımlanmıştır. **age.**, s. 995.

¹⁷⁹ Adem Sözüter, “Tehdit Suçu”, **İÜHFİM**, C. LIV, S. 1 - 4, 1994, s. 126.

¹⁸⁰ İzzet Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, Ankara, Seçkin, 2002, s. 16.

¹⁸¹ Koca - Üzülmez, **age.**, s. 809.

¹⁸² Birçok Yargıtay kararında, örneğin, Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 2009/12567 E., 2010/3259 K. s. kararında, “hile”yi tanımlamak (ve “hata” ile farkını ifade etmek) üzere, “(...) Bilindiği üzere; hile ,genel olarak bir kimseyi irade beyanında bulunmaya, özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için onda kasten hatalı bir kanı uyandırmak, veya esasen var olan hatalı bir kanıyı koruma yahut devamını sağlamak şeklinde tanımlanır. Hata da yanılma hilede yanıltma söz konusudur. (...)” ifadelerine yer verilmektedir. www.yargitay.gov.tr, 4.7.2017.

¹⁸³ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 27.4.2004 tarih 2004/6-85 E. ve 2004/104 K. s. kararında bir suç unsuru olarak “hile” ile ilgili şu değerlendirmeler vardır: “(...) Hile, maddi olmayan yollarla karşısındakini aldatan, yanılığa düşüren, düzen, dolap, oyun, entrika vb. her türlü eylemdir. Bu eylemler bir gösteriş biçiminde olabileceği gibi, gizli davranışlar olarak da ortaya çıkabilir. Gösterişte, fail sahip bulunmadığı olanaklara ve sığata sahip olduğunu bildirmekte, gizli davranışta ise kendi durum veya sıfatını gizlemektedir. Desise ise, maddi nitelikte fiil ve hareketlerle mağduru hataya düşürmede kullanılan vasıtaadır. Yasamız yalanı, belirli bir takım şekiller altında yapıldığı ve kamu düzenini bozacak nitelikte bulunduğu hallerde cezalandırmaktadır. Böyle olunca hukuki işlemlerde, sözleşmelerde bir kişi mücerret yalan söyleyerek diğerini aldatmış bulunuyorsa bu basit şekilde aldatma, ceza yaptırımını gerektirmez (...)” www.yargitay.gov.tr, 4.7.2017.

¹⁸⁴ mevzuat.tbmm.gov.tr, 9.3.2019.

¹⁸⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 27.9.2005 tarih 2005/6-59 E. 2005/107 K. s. kararından da anlaşılacağı üzere, Yargıtay hile kavramını, TCK’de düzenlenen “dolandırıcılık” suçları (m. 157,

fiilin, ihale sürecinde yer alan hangi aktörler tarafından ve kime karşı işlenmesinin yasaklanmış olduğuna dair açık bir düzenleme Kanun'da yer almış değildir. İdareyi yanıltma amacını taşıyan hileli fiillerin, ihaleleri katılmaktan yasaklama yaptırımının kapsamında yer aldığı tartışmasızdır. Yasaklamaya ilişkin hükümlerin ihdas amaçları dikkate alındığında, ihale isteklilerinin (sadece idareye yönelik değil) diğer isteklilere ve danışmana, benzer şekilde, ortak girişimlerde, girişimi oluşturan kişilerin (ihale sürecinde ihale işlemlerine fesat karıştırma sonucunun doğmasına elverişli ve ihale ilkeleriyle de çatışacak şekilde) birbirlerine karşı olan hileli fiilleri de yasaklama sebepleri kapsamında değerlendirilmeli, örneğin, hileli bir fiil ile bir isteklinin ihaleye katılamamasına neden olunması halinde de yasaklama yaptırımı uygulanması yoluna gidilmelidir.

İhaleye ilişkin işlemlere katılımı olan isteklilerin ihalenin temel ilkeleri ile usul ve esaslarıyla çatışan hileli fiilleri, hukuki yönden yasak fiil ve davranışlar olarak kabul edildiği gibi, unsurları mevcut ise ceza hukuku yönünden de özellik gösterebilir ve TCK'ye göre suç teşkil edebilir.

Vaat, verilen bir sözdür;¹⁸⁶ vaatte bulunan kişi, gelecekte belirli bir davranışta bulunmayı taahhüt ettiğini beyan eder. Sözleşmede olduğu gibi, hukuka aykırı bir vaadin yazılı veya sözlü olması mümkündür. Yaptırımı gerektirmesi bakımından sözlü ve yazılı olması arasında bir fark olmayıp, olsa olsa fiilin ispatı yönünden bir farklılık (sözlü vaatte yaptırım kararı alınırken ispat güçlüğü) söz konusu olabilir. Bir vaadin hukuka aykırı olması, hukuk düzeninin emir ve yasaklarına aykırı olmasıdır. İhale sürecinde, ihale ilkelerine, örneğin rekabet ilkesine aykırı etki ve sonuçlar doğuran bir vaadin hukuka aykırı olduğu tartışmasızdır. Hukuka aykırı vaadin muhatabı, (istekli, istekli olabilecekler, görevliler, danışman vb.) ihale süreci içerisinde yer alan ve ihaleye ilişkin işlemleri ile tutum ve davranışlarında ihalenin temel ilkelerine ve mevzuatına uygun hareket etme yükümlülüğünde olan kişilerdir. **Aynı durum, aşağıda incelenecek olan anlaşma ve tehdit nitelikli fiiller için de geçerlidir.**

158) ekseninde değerlendirmekte, soyut yalanın dolandırıcılık suçunu oluşturmayacağını, bunun için **yalanın belli oranda ağır, yoğun ve ustaca** olmasını, sergileniş açısından ise mağdurun (hilenin hedef aldığı kişilerin) denetleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte bulunmasını aramakta; bu koşulların değerlendirilmesinde ise, somut olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi ve kullanılan hareketlerin şeklinin dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Çetin Arslan, Ali Rıza Töngür, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", **TAAD**, S. 14 (Yıl 4), Temmuz 2013, s. 241.

¹⁸⁶ Türk Dil Kurumu, çevrimiçi Türkçe Sözlük. www.tdk.org.tr, 4.3.2019.

Anlaşma (sözleşme), taraflar arasında belirli edimlere bağlanan bir mutabakattır.¹⁸⁷ Vaat ve anlaşma birbirlerine yakın anlama ve birçok yönden neredeyse aynı zemine sahip iki kavram olmasına karşın, anlaşma, vaadi de içinde barındıran daha geniş kapsamlı bir kavramdır. Anlaşmada, taraflar karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarında bulunmakta ve bu beyanların anlaşmanın taraflarınca karşılıklı olarak kabul edildiği şifahen veya yazılı olarak (veya herhangi bir vasıtayla) kabul edilmektedir. Vaatte olduğu gibi, hukuka aykırı edimleri içeren anlaşmanın yazılı veya sözlü olması mümkündür. Yaptırımı gerektirmesi bakımından sözlü ve yazılı olması arasında bir fark olmayıp, olsa olsa fiilin ispatı yönünden bir farklılık (sözlü anlaşmada yaptırım kararı alınırken ispat güçlüğü) söz konusu olabilir. Anlaşma kavramı, doğası gereği içinde karşılıklı vaatleri barındırır. Bu yönüyle, vaat ve anlaşma kavramları iç içe geçmiş, anlam, etki ve sonuçları örtüşen iki kavramdır.

Tehdit, sözlüklerde “gözdağı” olarak da geçen bir kavramdır.¹⁸⁸ Burada söz konusu olan tehdit kavramı, ceza hukukuna göre suç teşkil eden tehdit fiillerini de kapsamakla birlikte ondan daha geniş bir kapsamda yer alan, tehdit edilenin, ihaleye katılma veya teklif koşullarına ilişkin özgür iradesine dayalı kararlarını etkileyebilecek, ihalenin temel ilkelerin hâkim olduğu bir süreç içerisinde gerçekleştirilmemesi etki ve sonucunu doğurabilecek, tehdit eden tarafından tehdit edilene, doğrudan veya her türlü araç kullanılarak yöneltilen her türlü söz ve hareket olarak anlaşılmalıdır. Tehdidin varlığından bahsedebilmek için, failde tehdit kastının bulunması gerekir. Failde tehdit kastı bulunmamasına karşın karşı tarafın failin söz ve davranışını tehdit olarak algılaması halinde (ihale ilkeleri yönünden olumsuz bir sonuç doğma tehlikesi bulunmakla birlikte) fail yönünden tehdit fiilinin gerçekleştiğini söylemek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, somut olayda tehdidin mevcut olup olmadığını değerlendirirken, objektif ölçülerden hareket edilmesi, söz ve davranışın karşı tarafın ihale sürecindeki işlemlerde serbest iradesiyle karar vermemesi yönünde baskı oluşturmaya elverişli bir söz ve davranış olması gerekmektedir. Bir tehdidin ihale ilkeleriyle çatışır nitelikte olması için tehdidin aynı zamanda ceza hukuku yönünden suç oluşturması zorunlu değildir. Haksızlık içeriği yönünden tehdidin suç oluşturması ile suç oluşturmaması (tehdit

¹⁸⁷ Türkçe Sözlükte “anlaşma”; “sözleşme”, “anlaşmak durumu” şeklinde tanımlanmaktadır. Türk Dil Kurumu, çevrimiçi Türkçe Sözlük. www.tdk.org.tr, 4.3.2019.

¹⁸⁸ Türk Dil Kurumu, çevrimiçi Türkçe Sözlük. www.tdk.org.tr, 4.3.2019.

suçunun unsurlarının tümünü taşıması) arasında bir fark bulunmayıp, farklılık (kabahat-suç ayırımında olduğu gibi) fiilin niceliği ve ağırlığıyla ilgilidir.

Hürriyete karşı işlenen bir suç tipi olarak TCK'nin 106. maddesinde düzenlenen tehdit suçu, anılan maddede; **“bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden...”** ifadesiyle, dolaylı olarak tanımlanmıştır. Maddede yer alan tanımın yanı sıra, kavramın somut tezahürü ile ilgili olarak zaman içerisinde bir içtihat birikimi de oluşmuştur.

Nüfuz kullanmak, hiyerarşik yetki, vesayet yetkisi, siyasi güç vb. bir yetki ve güçten yararlanarak, ihale sürecinde yetki sahibi bir görevlinin veya isteklinin ihaleyle ilgili konulardaki karar ve davranışlarını hukuka aykırı etki ve sonuçlar doğuracak şekilde (hile, vaat ve tehdit olmadan) yönlendirmek amacıyla istek ve telkinde bulunmaktır. Nüfuz kullanmada, açık bir tehdit veya cebir unsuru yoktur; olması halinde bu fiilin nüfuz kullanmak olarak değil cebir ve tehdit olarak değerlendirilmesi gerekir. Bununla birlikte, belirli bir süreçte işlenen bir dizi fiilin içerisinde nüfuz kullanma unsuru ile birlikte tehdit ve cebir nitelikli fiil ve davranış olarak nitelendirilebilecek fiiller de mevcut olabilir. Nüfuz kullanılması sonucunda, kamu görevlisi, nüfuz sahibi kişinin isteğini yerine getirmek, onu memnun etmek amacıyla, ihaleye ilişkin ilkelerle çatışan bir davranışa yönlendirilmiş olmaktadır.

Nüfuz kullanma fiili, ceza hukuku yönünden de özellik göstererek (görevi kötüye kullanma suçu örneğinde olduğu gibi) suç oluşturması olasıdır. Bu fiil, halükarda, gerek nüfuz kullanan ve gerekse nüfuz kullanan kamu görevlisinin hukuka aykırı rica, telkin veya emirlerini -ki bunların kanunsuz emir oluşturduğu tartışmasızdır- yerine getiren kamu görevlisi yönünden disiplin suçu oluşturur.

Bentte yer alan diğer iki fiil ve davranış türü, **irtikap** ve **rüşvettir**. Bunlar, kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı işlenen suçlardan olup TCK'nin 250 ve 252. maddelerinde düzenlenmişlerdir. İhale sürecinde bu suçların işlenip işlenmediğinin, ceza hukukuna ilişkin kural ve ilkeleri de dikkate alınarak ve fakat (ceza yargılamasına kıyasla) daha esnek (katı olmayan) ispat standartları uygulanarak bir sonuca varılması gerekir.

Bu bentte düzenlenen ve ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını gerektiren **ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırma** niteliğindeki fiillerin, aynı zamanda TCK'nin 235. maddesinde düzenlenen **ihaleye fesat karıştırma** suçu başta olmak üzere, fiilin özelliğine göre TCK'de düzenlenen bazı suç tiplerine uyan fiiller

olması, örneğin; **nitelikli dolandırıcılık** (m. 158), **tehdit** (m. 106), (bentte açıkça belirtilen) **irtikap** (m. 250) ve **rüşvet** (252) vs. suçları oluşturması da mümkündür.

Ceza hukuku bakımından suç teşkil edebilecek bir fiilin işlendiğine muttali olan idarenin, idari yaptırım uygulamaya yönelik işlemlerin yanı sıra, KİK m. 59 (ilaveten TCK m. 279 ve CMK m. 158/4) gereğince idarece Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunması gerekmektedir.

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

Bu yasaklama sebebi Kanun'un 58/1 ve 17/1-b maddelerinden kaynaklanmaktadır. İhaleye ilişkin temel ilkelerle çatışan fiiller olduğundan, isteklilerin ihaleye girme ve teklif koşullarında tereddüde düşürülmesi, ihaleye katılımlarının engellenmesi, onlara (hukuka ve özellikle rekabet ilkesine aykırı içerikte) anlaşma teklifinde bulunması, yasaklama sebepleri olarak düzenlenmiştir. Bu tür fiillerin, rekabet ilkesinin hâkim olduğu bir ihalenin gerçekleştirilememesi tehlikesini doğurduğu açıktır. Bazı fiiller bakımından açık ve net olmakla birlikte, hangi tür fiillerin isteklileri tereddüde düşürdüğüne, rekabeti engelleyecek fiil ve davranış niteliğinde olduğuna karar verirken genel (her olay için geçerli olacak) bir yaklaşımda bulunmak oldukça güçtür. Her bir somut olayı kendi içinde değerlendirerek bir karara varılması gerekmektedir. Örneğin Danıştay (ilgili başlık altında da açıklandığı gibi, benzer başka bir olayda aksi yönde değerlendirmesi de olmakla birlikte), ihale zarfından birden fazla (sayıda) teklif çıkmasını bu kapsamda değerlendirmiştir.¹⁸⁹

¹⁸⁹ Konuyla ilgili bir davada Danıştay, ihale katılımcısı iş ortaklığının teklif mektubunda birden fazla teklif çıkmasını, ihale kararını ve rekabeti etkileyecek davranış olarak niteliğinde görmüştür. "(...) Dava; davacının bir yıl süre ile tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin ... tarihli ... sayılı Resmî Gazete'de ilan edilen işlemin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce; ... ihalesine ortak girişim olarak katılan İş Ortaklığı tarafından sunulan teklif zarfında aynı iş için biri bedel içeren, diğeri bedel belirtilmemiş imzalı ve kaşeli iki adet teklif mektubu bulunduğu, ortak girişim grubunun bu yöndeki eyleminin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin (b) fıkrasında belirtilen "isteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak" şeklindeki yasak fiil ve davranış niteliğinde olduğundan bahisle iş ortaklığını oluşturan firmalardan ...'nin ortağı olan davacının, aynı Kanun'un 58. maddesi uyarınca 1 yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verilmesi üzerine davanın açıldığı, tutar içeren teklif ile beraber tutar belirtilmeden imzalanan teklif mektubu sunulması fiilinin, ihale komisyonunun tereddüde düşmesine sebebiyet verebilecek bir fiil olması nedeniyle ihale kararını ve rekabeti etkileyecek davranış olarak kabul edilmesi gerektiğinden, 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (b) fıkrası ile

Anlaşma teklifinde bulunmak seçimlik fiilinin, m. 17/1-a'da belirtilen "anlaşma" (yapmak) fiiliyle aynı mahiyette olduğu görüşünderiz. Yalnız buradaki "anlaşma teklifinde bulunmak" seçimlik fiili, gerçekleşmeyen (henüz kabul beyanında bulunulmamış veya reddedilmiş) bir anlaşma olarak düşünülebilir. Kanun koyucunun, anlaşmanın gerçekleşmesinin yanı sıra anlaşma teklifini de, ihale ilkeleriyle çatışması nedeniyle, (bizce de isabetli olarak) hukuk dışı bir fiil olarak kabul ettiği düşüncesindeyiz.

Aynı yaklaşım, ihale kararını etkileyecek davranışlar bakımından da geçerlidir. İhale kararını kasıtlı¹⁹⁰ fiil ve davranışlarla etkilemeye, geçersiz hale getirmeye, iptal ettirmeye yönelik davranışları da, doğrudukları etki ve ihale ilke ve kurallarını ihlal etme durumlarına göre değerlendirmek gerekmektedir.¹⁹¹

İsteklilerin, ticari, mali ve teknik koşullarına göre ihaleye katılım ve teklif şartlarına ilişkin kararlarını kendilerinin alması, hukuka ve ticari etiğe aykırı teşvik ve telkinlerin etkilerinden korunması, ihale sürecinde ihalenin temel ilkelerinin

58. maddesi uyarınca davacının 1 yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemden hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu 12. İdare Mahkemesinin 18.12.2014 tarih ve E:2014/1157, K:2014/1746 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 2. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, temyiz istemi yerinde görülmemekle anılan Mahkeme kararının ONANMASINA; (...) oybirliğiyle karar verildi." D13D, E. 2015/829, K. 2015/3006, KT. 7.9.2015. www.danistay.gov.tr, 10.11.2017.

¹⁹⁰ KİK m. 17'de, fiillerin taksirle de işlenebileceğine ilişkin bir hüküm yoktur. Madde kapsamındaki fiillerin çoğu, doğası gereği zaten taksirle işlenemez. Söz gelimi, anlaşma teklifinde bulunmak, rüşvet, sahtecilik vb. fiillerin taksirle işlenmesi olası değildir. Maddede belirtilen bazı fiillerde, örneğin "...rekabeti etkileyecek davranışlarda bulunmak..." fiilinde, fiilin taksirle işlenmesi de mümkündür. Fiillerin KİK m. 17 kapsamında değerlendirilebilmesi için en azından (ceza hukuku terminolojisiyle) olası kastın varlığının aranmasının uygun olacağı düşüncesindeyiz. Yine, ihale isteklilerinin tüccar niteliğinde olmaları nedeniyle basiretli bir iş adamı gibi hareket ettiklerine dair karineden hareketle, bu tür fiiller işlerken, fiillerinin ihale kararını etkileyebileceğini bildiklerinin (bir karine şeklinde) kabul edilmesi hukuka uygun bir yaklaşım olacaktır. Öte yandan, KK m. 9'da belirtilen, kabahatlerin (kanunda açıkça belirtilen haller müstesna olmak üzere) hem kasıt ve hem de taksirle işlenebileceğine dair hükmün kıyas yoluyla dikkate alınması da uygun bir yaklaşım olabilir ise de, KK'nin (idari yaptırımlarda kanun yoluna ilişkin hükümlerinin ilgili kanunda hüküm bulunmayan hallerde uygulanacağına ilişkin istisna dışında) KİK'de düzenlenen ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı (dolayısıyla, bu yaptırımı sonuçlayan fiiller ve ilgili diğer hükümler) için uygulanmayacağı dikkate alındığında bu hususun tartışmalı olduğu sonucuna varılabilir. Sonuç itibarıyla; kasıtlı olduğunda tereddüt bulunmayan fiiller dışında, bilinçli taksir şüphesinin bulunduğu hallerde, meydana gelen her olay kendi içerisinde, kendine özgü yönleri de dikkate alınarak değerlendirme yapılmalı, fiilin ihale kararını etkileyip etkilemediği veya etkileme tehlikesi bulunup bulunmadığı (bu noktada idarenin takdir yetkisi devreye girmektedir) muhakeme edilerek hukuka uygun bir karara varılmaya çalışılmalıdır.

¹⁹¹ Örneğin, ihale üzerinde kalmasına karşın edimini yerine getirmekten kaçınan isteklinin, ihale üzerine bırakıldıktan sonra, ihaleye kasıtlı olarak gerçeğe aykırı, hatalı, eksik vb. belge sunduğunu beyan ederek ihalenin iptal edilmesini sağlama girişiminde bulunması, sahte veya gerçeğe aykırı belge sunma yasağının yanı sıra, (ihale kararının sahte belge sunulması nedeniyle iptal edilmesi gerekeceğinden) ihale kararını etkileyen fiil ve davranışta bulunma yasağının ihlali olarak da değerlendirilebilir.

hâkim kılınması ve ihale koşullarının piyasa gerçekleriyle uyumlu olması bakımından arzu edilen bir durumdur. Bu nedenle, isteklilerin (teklif bedelini düşürmek veya yükseltmek yönünde) teşvik edilmesi de yasaklı fiil olarak düzenlenmiştir.

İhalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını sonuçlayan en önemli sebepler olan “yasaklı fiil ve davranışlar”ın düzenlendiği KİK m. 17’de (özellikle 17/1-b’de), isteklilere yönelik hukuk dışı davranışlarla birlikte adaylara ve istekli olabileceklere yönelik hukuk dışı davranışların da kapsama alınmaması bir eksikliktir. Söz gelimi, ihaleye istekli olarak katılabilecek kişilerin ön başvuru ve başvuru aşamasında tehditle istekli olmaktan caydırılmasının temel ihale ilkelerinden rekabet ilkesi ile çatıştığı açıktır. Mevcut haliyle bu eksik uygulamanın yasaklama kurumunun koruma alanını daralttığı tartışmadan uzaktır. İhalelerde birer istekli olma niyetinde olan ve bu amaçla aday olarak yeterliliklerini ortaya koymayı amaçlayanlara ve ihale dokümanını satın alan istekli olabileceklere karşı işlenen fiillerin de yasaklama kapsamına alınması gerekmektedir.

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

Bu yasaklama sebebi Kanun’un 58/1 ve 17/1-c maddelerinden kaynaklanmaktadır. İsteklilerin ihale sürecinde idareye sundukları her türlü belgenin¹⁹² gerçeğe uygun olması gerekmektedir. Bu nedenle, isteklilerin idareye sundukları bir belgenin maddi veya fikri olarak¹⁹³ sahte olması¹⁹⁴ (sahte bir belge

¹⁹² Bu belgelere örnek olarak, bilanço, iş cirosuna, o güne kadar bitirdiği işin nitelik ve miktarını tevsik eden belgeler, oda/sicil kayıt belgeleri, iş deneyimini gösteren belgeler, banka ve finansal kurum taahhütlerini gösteren belgeler ve geçici ve kesin teminat olarak banka teminat mektupları vb. verilebilir.

¹⁹³ Belgede sahtecilikte gerçek, maddi sahtecilik ve fikri sahtecilik olarak iki biçimde hatalı hale getirilmektedir. Maddi sahtecilikte, belgede ve yazıda fiziksel değişiklikler yapılmakta, fikri sahtecilikte ise (biçime ve merasime uyularak) içeriği gerçeğe aykırı (görünüşte gerçek) olan bir belge düzenlenmektedir. M. Yasin Aslan, “Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler Kapsamında Geniş Anlamda Sahtecilik Suçları”, **ABD**, S. 2015/2, s. 160.

¹⁹⁴ Kamu İhale Kurumu bir kararında, idareye sunulan iş deneyim belgesinin, belgede iş sahibi olarak görünen Ağrı Belediyesiince hazırlanmadığının tespit edilmesi halinde, fiilin KİK m. 17/1-c’de belirtilen yasaklı fiil ve davranış kapsamında olduğunu, bu nedenle yasaklama yaptırımının uygulanmasının yanı sıra, TCK’ye göre de suç teşkil eden fiil nedeniyle KİK m. 58’e göre Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulması gerektiği ifade edilmiştir. Kamu İhale Kurumunun 24.4.2015 tarih 2015/UY.III-1165 sayılı kararı. Aktaran: Duygu Kılıç Çaylı, İlyas Kılıç, **Kamu İhale Hukukunda 2300 Soruya 2300 Cevap**, 2. bsk., Ankara, Seçkin, 2017, s. 571.

hazırlanması veya kullanılması), bu tür fiillere teşebbüs hali de dâhil olmak üzere, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımına bağlanmıştır.¹⁹⁵

¹⁹⁵ Bir ihalede, ihale üzerinde kalan istekli hakkında Kamu İhale Kurumuna yapılan itirazın şikâyet başvurusunun değerlendirilmesi sonucunda teklifi aşırı düşük (KİK m. 38) bulunan isteklinin, bu durumu (düşük teklifin gerekçesini) açıklamak üzere idareye sunduğu proforma faturaların incelenmesinde, serbest muhasebeci mali müşavir tarafından hazırlanarak idareye sunulan proforma faturanın ve eki maliyet/satış bilgilerini gösteren belgelerin, alış ve satış faturalarının yansıtıldığı resmi muhasebe kayıtlarıyla uyumsuz olması nedeniyle Kurul kararıyla teklifinin değerlendirme dışı bırakılması ve istekli hakkında idarece yasaklama işlemi yapılmasının hukuka aykırı olmadığı, belirtilen fiillerin KİK'nin 17/c maddesinde yer alan; **sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek** ve 17/b maddesinde yer alan; **rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak** hükümlerine uygun düştüğü karar ve değerlendirmeleri içeren Danıştay kararının ilgili kısımları şöyledir (aynı olay nedeniyle, ortaklık ilişkisi bulunan kişi hakkında verilen yasaklama yaptırımının iptali için açılan davanın kabulü üzerine idarece yapılan temyiz başvurusunda da Danıştay 13. Dairesi, 16.10.2015 2015/2629 E. ve 2015/3451 K. sayılı kararında aynı gerekçelerle başvuruyu kabul etmiş ve idare mahkemesinin kararını bozmuştur.): “(...) ihalenin ...-TL teklif veren davacı şirket üzerinde bırakıldığı, en avantajlı ikinci teklif veren şirketin yaptığı itirazın şikâyet başvurusu sonucu, Kamu İhale Kurulu'nca yapılan değerlendirmede; (...) teklif edilen mallara ilişkin olarak, piyasa gerçekleriyle uyumlu olmayan, aynı zamanda mükellefin maliyet/satış tutarı tespit tutanağında esas aldığı geçici vergi beyanname döneminde kestiği ve adına kesilen alış ve satış faturalarında tespit edilenden farklı ağırlıklı ortalama birim satış tutarları belirlenmesinin, söz konusu proforma faturayı veren mükellef ve proforma faturayı ve eki maliyet/satış tutarı tespit tutanaklarını düzenleyen serbest muhasebeci mali müşavirin, isteklinin teklif tutarına göre ve gerçeğe aykırı belge düzenlediği sonucunu doğurduğu, ..., söz konusu belgelerin ihale makamına sunulduğu ve ihale sonucunu da belirler nitelikte olduğu dikkate alındığında, ihale komisyonunu ve ihale kararını etkileyici belge olarak kabul edilmesi gerektiği, aksi takdirde ihalelerde rekabetin sağlanamayacağı ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun temel ilkelerine aykırılık oluşacağına açık olduğunun değerlendirildiği, Kamu İhale Kurulu'nun 23.07.2014 tarih ve 2014/UH.II-2667 sayılı kararı ile davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak, hakkında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Yasak Fiil ve Davranışlar" başlıklı 17. maddesi ve "İhalelere Katılmaktan Yasaklama" başlıklı 58. maddesi çerçevesinde değerlendirme yapılması ile Şişli Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirim yapılmasına yönelik karar alınması üzerine davalı idarece davacı şirketin bir yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verildiği, bu işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. ...Olayda, davacının aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında sunmuş olduğu proforma faturanın, söz konusu proforma faturaya esas maliyet/satış tutarı tespit tutanağı ve bu tutanağın düzenlendiği döneme ilişkin alış ve satış faturaları ile uyumsuz olduğu, diğer bir ifadeyle proforma faturanın yasal defter kayıtlarına göre düzenlenmediği, bu nedenle Kamu İhale Kurulu kararı ile davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılması yönünde düzeltici işlem tesis edildiği; diğer yandan, konuyla ilgili olarak öne sürülen iddiaların ciddi bulunması üzerine Cumhuriyet Savcılığı'nca iddianame düzenlendiği ve hâlen İstanbul 17. Asliye Ceza Mahkemesi nezdinde 2014/349 esas numarası ile ihaleye fesat karıştırmak ve özel belgede sahtecilik suçlarından açılan davanın devam ettiği anlaşılmıştır. Mevcut deliller çerçevesinde, davacının fiilinin 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (b) ve (c) fıkralarına aykırılık teşkil ettiği, gerçek bilgi ve kayıtlara dayanmayan proforma faturanın kullanılması suretiyle ihalenin davacı üzerinde kalmasının sağlandığı, bu yönüyle söz konusu Kanun'un 17. maddesinin (b) fıkrasında belirtilen "ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak" fiilinin unsurlarının olayda mevcut olduğu, öte yandan, davacının fiilinin aynı Kanun'un 17/c maddesi kapsamında değerlendirilmesinin mümkün bulunduğu, nitekim özel belgede sahtecilik suçuna ilişkin ceza yargılamasının devam ettiği, ancak fiilin sübut bulup bulmadığı noktasında bir değerlendirme yapmak için ceza yargılamasının nihai kararının beklenmesinin bir zorunluluk olmadığı, idari yargı yerinin idari yaptırım unsurları çerçevesinde müstakil bir değerlendirme yapabileceği açıktır. Bu itibarla, davacı şirketin fiillerinin 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden, ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık, söz konusu işlemin iptali yolundaki Mahkeme kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle; temyiz isteminin kabulü ile (...)” D13D, E. 2015/3649, K. 2015/3452, KT. 16.10.2015. www.danistay.gov.tr, 11.10.2017.

Belgede sahtecilik; bir hakkın veya hukuksal sonuç doğuran bir eylemin (veya maddi vakıanın) kanıtlanmasına özgülünmüş yazıda, zarar verme bilinciyle gerçeğin taklit veya tahrifidir.¹⁹⁶ Bu tanım, sahte belge düzenlemeyi kapsar. Sahte bir belgeyi (düzenlememekle birlikte) kullanmak da sahtecilik olarak nitelendirilmektedir. Sahte belge düzenlemek veya kullanmak, belgede sahtecilik fiilini, dolayısıyla belgede sahtecilik suçunun temel unsurunu oluşturur. Kamu güvenine karşı işlenen suçlardan olan sahtecilik suçları TCK’de (resmi belgede sahtecilik suçu TCK m. 204, özel belgede sahtecilik suçu ise TCK m. 207’de) düzenlenmişlerdir. İhale sürecinde belgede sahtecilik **suçlarının** işlenip işlenmediğinin ceza hukuku kural ve ilkelerine göre tespit edilmesi gerekir. TCK’nin resmi belgede sahtecilik suçunu düzenleyen 204. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, TCK’nin anılan maddelerindeki “belge” terimi, eski dildeki “evrak” teriminin anlamdaşı ve güncel Türkçedeki karşılığı olarak kullanıldığından, yazılı kâğıt niteliğinde olmayan, örneğin elektronik ortamda (özellikle, Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği’ne¹⁹⁷ göre yapılan ihalelerde) sunulan belge ve bilginin gerçeğe aykırı olması halinde belgede sahtecilik suçu oluşmaz. İhalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını bakımından ise “belge” kavramının ceza hukukundakinden daha geniş yorumlanması gerekmektedir. Bu nedenle, ceza hukuku bakımından suç oluşturmasa bile, ihale konusu işin özelliği gereğince ihaleye iştirak için idarece istenip istekli tarafından da idareye sunulan fotoğraf, resim, film, proje vb. şeylerin sahte olması, yine idareye elektronik ortamda (elektronik ileti, kayıtlı elektronik posta (KEP) vb.) yapılan belge ve bilgi teslim ve sunumunda sahteciliğe başvurulması halinde de ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını uygulanmalıdır. Ancak, yaptırım uygulanabilmesi için, gerçeğe aykırı belge ve bilgi teslim ve sunumu kasta dayanmalı, maddi hata sonucu meydana gelmiş olmamalıdır.

Sahte teminat düzenlemek (örneğin geçici teminat tesis ederken sahte bir banka teminat mektubu sunmak) yasaklama sebeplerinden biridir. İhale sürecinde, isteklilerden geçici, ihale üzerinde kalan istekliden kesin teminat alınmaktadır. Teminat hususu, KİK’nin 33, 34, 35 ve 43. maddelerinde düzenlenmiştir. Nelerin teminat olarak verilebileceği KİK’nin 34. maddede sayılmıştır. Bunlar, tedavüldeki Türk Parası, bankalarca verilen teminat mektupları, devlet iç borçlanma senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgelerdir. İşte, bu belgelerin sahte olarak düzenlenip

¹⁹⁶ Devrim Güngör, **Resmî Belgelerde Sahtecilik Suçu**, Ankara, Yetkin, 2010, s. 17.

¹⁹⁷ RG. 25.2.2011 - 27857.

verilmesi veya buna teşebbüs edilmesi de yasaklandığından, bu tür fiillerin işlenmesi halinde de ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının uygulanması gerekir. Teminat konusu, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde, teminatın gelir kaydedilmesi başlığı altında da açıklanıp değerlendirilecektir.

Ceza hukuku bakımından suç teşkil edebilecek bir sahtecilik fiilinin tespit edilmesi halinde, KİK m. 59 (ilaveten TCK m. 279 ve CMK m. 158/4) gereğince idarece Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmalıdır.¹⁹⁸

d. Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten veya vekâleten birden fazla teklif verilmesi

Buna ilişkin temel düzenleme Kanun'un 58/1 ve 17/1-d maddelerinde yer almaktadır. İhalelerde (alternatif teklif verilmesine izin verilmiş olması durumu hariç olmak üzere)¹⁹⁹ her bir isteklinin sadece bir adet teklif vermesi asıldır. İhale dokümanında alternatif teklif olanağı tanınmamış olmasına rağmen herhangi bir şekilde birden fazla sayıda teklif veren isteklinin, tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmasının yanı sıra hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı da uygulanması gerekir.²⁰⁰ Bir isteklinin teklif zarfını içerisine birden fazla sayıda teklif

¹⁹⁸ Suç duyurusunda bulunmayan veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi bakımından, TCK'nin 279. maddesinde düzenlenen "kamu görevlisinin suçu bildirmemesi" suçu oluşabilir.

¹⁹⁹ Alternatif teklif uygulamasına, teknik şartnamede belirtilen asgari nitelikleri taşımak şartıyla farklı teknik özelliklere, dolayısıyla, farklı fiyatlara sahip ürünlerin istekliler tarafından alternatif olarak teklif edilebilmesinin idarece uygun görülmesi halinde başvurulabilmektedir. Alternatif teklif, MAİUY'nin 3. maddesinde tanımlanmıştır. KİGT'nin 59. maddesinde de bu hususta düzenleme yapılmıştır. Anılan Yönetmeliğin 3. maddesinde, alternatif teklif, "*Alternatif teklif: İhale dokümanında hüküm bulunması halinde, bir ihalede aynı aday veya istekli tarafından ihale konusu malın teknik şartnamesinde belirlenen asgari özellik ve şartları sağlamakla birlikte birbirinden farklı teknik özelliklere sahip ürünlerin, asıl teklifin yanı sıra alternatif olarak sunulmasını, (...) ifade eder.*" şeklinde tanımlanmıştır. www.kik.gov.tr, 27.10.2018. Söz konusu Tebliğ hükümlerine göre, idarece alternatif teklif verilebileceği öngörülmüş ise, bu hususun ve her bir teklif için ayrı bir teklif mektubu sunulacağına idari şartnamede açıkça belirtilmesi gerekir. Alternatif tekliflerde, aynı mal için farklı teslim süresi ve teslim şekli öngörülemez, zira bu hususlar ihale dokümanında düzenlenmektedir.

²⁰⁰ Birden fazla (sayıda) teklif verilmesi fiili, ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında yaptıkları açık veya gizli bir anlaşma kapsamında **hileli olarak** işlenmiş ise, öngörülen idari yaptırımların yanı sıra TCK'nin 235/2-d maddesine göre ihaleye fesat karıştırma suçu oluşacaktır. Bununla birlikte, birden fazla teklif verilmesi halinde bu suçun mutlaka oluşacağını söylemek mümkün değildir. Her bir somut olayda, işlenen fiilin anılan suçun unsurları yönünden değerlendirilerek suçun oluşup oluşmadığı konusunda bir sonuca varılması gerekir. Bu değerlendirme, (sahtecilik, rüşvet, irtikap, tehdit vb.) suç oluşturduğu açık olanlar dışındaki yasaklama gerektiren diğer fiil türleri için de geçerlidir.

koyarak sunması, bu bent kapsamına girdiği gibi, 17/1-b maddesinde düzenlenen, rekabeti ve ihale kararını etkileyecek davranış olarak da değerlendirilebilir.²⁰¹

KİK'nin 17/1-d maddesindeki bu kuralın, ihaleye hâkim olması gereken rekabet, saydamlık ve ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanması ilkelerine hizmet etmesinin yanı sıra, ihaleye fesat karıştırma girişimlerini önleme işlevine de sahip olduğu açıktır. Bir Danıştay kararında da ifade edildiği gibi,²⁰² ihalede rekabet ilkesinin geçerli olduğundan bahsedebilmek için, istekliler arasında organik bağ ya da temsil ilişkisi olmaması ve isteklilerin özgür iradeleriyle teklif vermiş olmaları şarttır; ancak bu koşullar altında, gerçekçi, piyasa koşullarına uygun ve kamu açısından en avantajlı teklifin elde edilmesi sağlanabilir.

Bir isteklinin aynı ihaleye birden fazla sayıda (farklı) teklif vermesi, rekabetçi bir fiyat oluşumunu engelleyen, kasıtlı ve kötü niyetli bir fiildir. Basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünde olan (TTK m. 18/2) isteklinin böyle fiili işlemesi halinde kastının var olduğu, sehven böyle bir fiili işlemeyeceği bir karine olarak kabul edilmelidir. Bu fiilin işlendiğinin tespiti halinde, diğer yasaklı fiillerin tespitinde olduğu gibi, failleri olan isteklilerin ihale dışı bırakılması ve haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının uygulanmasını gerektirmektedir; belirtilen yaptırımların yanı sıra, geçici teminatın gelir kaydedilmesi gerekip

²⁰¹ D13D, E. 2015/829, K. 2015/3006, KT. 7.9.2015. www.danistay.gov.tr, 10.11.2017. Kararın ilgili kısımlarına yukarıda, KİK m. 17/1-b ile ilgili başlık altında dipnot olarak yer verilmiştir.

²⁰² İhale istekli bir firmanın Ege Bölgesi yetkili temsilcisinin aynı ihaleye teklif vermesini KİK'nin 17/e maddesine aykırı olduğu değerlendirmesinin de yer aldığı Danıştay kararının ilgili kısımları şöyledir: "(...) İhalelerde rekabetin sağlanmasının koşullarından biri de katılımcıların aralarında organik bağ ya da temsil ilişkisinin olmamasıdır. İhaleye katılan her isteklinin özgür iradesiyle verdiği teklif sonucunda gerçekçi ve piyasa koşullarına uygun, kamu açısından da en avantajlı teklifin elde edilmesi amaçlanmaktadır. Anılan husus, kamu kaynaklarının verimli kullanılmasına etki ettiği gibi, ihalede tarafların aralarında anlaşma yaparak teklif bedellerini belirlemelerine olanak sağlayacak hiyerarşik ilişkiler ya da temsil ilişkileri nedeniyle saydamlık ilkesinin de ihlâline sebebiyet verebilecektir. Bu nedenle Kanun'un 17/d maddesinde sayılan durumlar sadece ihale dışı bırakılma sebebi olarak öngörülmemiş, konunun önemi nedeniyle bu fiillerin tespiti halinde yasaklama yaptırımı uygulanacağına da yer verilmiştir. İdare Mahkemesi kararında belirtilen, aralarında organik bağ olmayan şirketlerin ticari hayatın gerekleri doğrultusunda kendi kararlarını alabileceği ve piyasa koşullarına göre hareket etmesinin asıl olduğu tespiti yerinde olmakla birlikte, kamu yararı amaçlanarak belirlenen idare hukukuna özgü normların yorumlanmasında, temel ihale ilkelerinin ihlâli sonucunu doğuracak ticari kuralların esas alınması mümkün değildir. Bu durumda, C firmasının ve anılan firmanın Ege Bölgesi'ndeki yetkili temsilcisi niteliğinde bulunan davacı firmanın aynı ihaleye birlikte katılmaları halinde fiili olarak fiyat rekabetinin sağlanamayacağı, ana dağıtıcıdan alınan ürünü teklif eden davacının bu firmadan alınan maliyet bedelinin altında teklif veremeyeceği ve söz konusu durumun C firması tarafından bilinecek olması nedeniyle tekliflerin gizliliğinin kısmen de olsa etkileneceği hususları göz önünde bulundurulduğunda, ayrıca ihalede tek geçerli teklif kalması nedeniyle, düzeltici işlemle giderilemeyecek aykırılıklardan dolayı ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline ilişkin dava konusu Kamu İhale Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varıldığından, aksi yönde verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir. (...)" D13D, E. 2009/5621, K. 2010/3534, KT. 26.4.2010. www.danistay.gov.tr, 11.10.2017.

gerekmediđi (bizce) tartıřmalı bir husustur. Birden fazla sayıda teklif verme yasađı kapsamında deđerlendirilen her olayda geđici teminatın gelir kaydedileceđine iliřkin ađık ve net bir hůkım KİK’de yer almamıřtır. Bizce bu durum bir eksikliktir. Birden fazla teklifi veren istekliler, ihaleye katılamayacak olanları belirten KİK’nin 11. maddesinde sayılan kiřilerden ise isteklilerin teminatları gelir kaydedilir, ancak, bůyle bir durum sůz konusu deđer ise geđici teminatın gelir kaydedilmesi iđin Kanun’un hangi hůkmüne dayanılacaktır? Bu konuda KİK’nin 10. maddesinin son fıkrasındaki dzenlemeye dayanıldıđı da gůrılmektedir. KİK’nin 10. maddesinin son fıkrasına gůre, isteklilerden, birden fazla sayıda teklif vermeyeceklerine dair bir taahhůtnamenin teklifler sunulmadan ۆnce alınması ve fıkrada yer alan;

“Gerđe ağkırı hususlar iđer taahhůtname sunulması veya ihale ۆzerinde kalan istekli tarafından taahhůt altına alınan durumu tevsik eden belgelerin sۆzleřme imzalanmadan ۆnce verilmemesi halinde bu durumda olan ihale dışı bırakılarak geğici teminatları gelir kaydedilir.”

Hůkmüne dayanarak birden fazla sayıda teklif veren kişilerin teminatlarının gelir kaydedilmesi, anılan hůkmün lafzına uygun bir uygulama değerildir. Çünkü gerđe ağkırı bir taahhůtname sunmak ve taahhůtnameye ağkırı hareket etmek birbirinden farklı fiillerdir. Ağıklanan nedenlerle, (ağık hata ve yanılma halleri hariğ tutulmak suretiyle) bir istekli tarafından bir zarf iğerisinde birden fazla sayıda teklif sunulduğunun veya aralarında ihaleye ilişkin organik bağın veya dolaylı ve gizli temsil ilişkisinin bulunduğu farklı kişiler eliyle olmak ۆzere birden fazla sayıda teklif sunulduğunun tespit edilmesi halinde, verilen tekliflerin ihale dışı bırakması ve ihalelere katılmaktan yasaklama işlemi yapılmasının yanı sıra geğici teminatların gelir kaydedileceğini amir bir hůkmün KİK’ye konulmasının isabetli olacağı gůrüşündeyiz.

Bir teklifin KİK’nin 17/1-d maddesinde ifade edilen birden fazla sayıda teklif verme yasađı kapsamında olduđunun tespiti, teklifleri veren aynı kiři ise veya teklifi veren kiřiler arasında bir temsil veya ortaklık iliřkisinin mevcut olduđu belge ve kayıtlarla tevsik edilmiř ise kolaydır. Çünkü bůyle durumlarda, birden çok sayıda olan tekliflerin aslen veya temsilen birden çok verildiđi ađık ve kesindir. Buna karřın, teklifleri veren kiřiler arasındaki, idarenin muttali olmadıđı organik bađın veya dolaylı ve gizli temsil iliřkisinin tespiti çođu kez oldukça gůçtür. Bu gůçlük, 17/1-d maddesindeki hůkmün kimi zaman (kamu yararı ve ihale ilkelerini hayata geđirme gerekçeleri ileri sůrölerek) geniř yorumlanmakta; bu yaklařım ve uygulama

idari yaptırımlarda kanunilik ve belirlilik²⁰³ ilkelerinin sınırlarını zorlayarak ve hatta aşarak tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Birden fazla sayıda teklif verme yasağına aykırı fiiller çeşitli görünümde ortaya çıkabilirler. Uygulamada, sunulan belgelerdeki isim, imza, kaşe, benzerlik, tarih vb. verilerden hareketle, teklif sahibi istekliler arasında; danışıklı harekete yönelik bir anlaşma, ortaklık ilişkisi, temsil ilişkisi, yönetim ilişkisi, organik bağ vb. olduğunun tespit edilebildiğine rastlanmaktadır. Bir isteklinin, doğrudan doğruya, gizleme gereği duymadan birden fazla sayıda teklif zarfı sunması veya sunduğu bir teklif zarfı içerisinde birden fazla sayıda teklif bulunması,²⁰⁴ bu yasağa açıkça aykırılık teşkil etmektedir. İsteklilerin sunduğu belgelerdeki imza, kaşe, adres, isim vb. unsurlardaki aynılık veya benzerliklerden hareket edilerek bir sonuca varılması şeklindeki usulün, m. 17/1-d'deki hükme aykırı fiillerin etkin bir biçimde tespitinde yeterli olmadığı açıktır.

Bendin lafzı açıkça kapsamamakla birlikte, teklif veren bir şahıs şirketinin yanı sıra, şirketin herhangi bir oranda hissesine sahip ortağının veya şirketi (kanuni veya iradi kaynaklı) yönetim ve temsil yetkisi bulunan bir kişinin de ayrıca teklif vermesi; teklif veren bir sermaye şirketinin yanı sıra, şirketin (kanunda belirli bir hisse oranı belirtilmemiş olmakla birlikte, örneğin) % 50'den fazla (veya % 50'den

²⁰³ Hem idari ve hem de cezai yaptırımlar bakımından önemli ve hukuk devleti ilkesiyle bağlantılı olarak Anayasal teminat altına da alınmış olan temel ilkelerden biri olan belirlilik ilkesine göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle de bağlantılı olup, bu ilke gereği birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırım veya sonucun bağlandığını, bunların hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici usullerden kaçınmasını gerekli kılar.

²⁰⁴ Teklif zarfı içerisinde sözde "teklif" gibi sunulan kâğıt ve belgeler, içerik ve unsurlar yönünden geçerli bir teklif niteliğinde olmasa, örneğin boş olsa yahut fiyat, miktar, isim, imza vb. unsurlar yönünden eksiklikler gösterse dahi bunların çoklu teklif teşkil ettiğinin anlaşılması halinde Kanun'un 17/d maddesi kapsamında yaptırım uygulanması gerekir. Nitekim Danıştay bir kararında, aynı teklif zarfı içerisinde biri isimsiz ve imzasız, ikisi ise boş teklif mektubu çıkması halinin KİK'nin 17/d maddesi kapsamında yer aldığı değerlendirmesinde bulunularak, istekli hakkında idarece yasaklama kararı verilmesine karşı açılan davayı reddeden idare mahkemesi kararı onanmıştır. D13D, E. 2012/2629, K. 2012/3960, KT. 21.12.2012. Aktaran: Ömer Tuğrul Zor, Bora Yosunkaya, **Kamu İhale Kurulu ve Danıştay Kararları Işığında 100 Soruda Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama**, On İki Levha, İstanbul, 2014, s. 91.

Yine böyle bir olayda, teklif zarfından, teklif mektubuyla birlikte imzalı fakat boş kâğıtlar çıkması üzerine, davranışın KİK'nin 17/d maddesindeki düzenlemeye uyduğunu değerlendiren idarece istekli hakkında verilen yasaklama kararına karşı yasaklanan tarafından iptal davası açılmış, idare mahkemesi iptal istemini reddetmiş, karar Danıştay'ca da aynı değerlendirmeler yapılarak onanmıştır. D13D, E. 2015/829, K. 2015/3006, KT. 7.9.2015. www.kazanci.com, 21.11.2017.

Bununla birlikte Danıştayın benzer konularda (nispeten eski tarihli) aksı yönde kararı da vardır. Şöyle ki, yine böyle bir olayda, teklif zarfından bir adet şikâyet dilekçesi ve 56 adet boş kâğıt çıkması nedeniyle idarece istekli hakkında verilen yasaklama kararına karşı açılan iptal davasında mahkeme, kararı iptal etmiş, kararın temyizinde iptal kararı Danıştay'ca da onanmıştır. D13D, E. 2015/1819, K. 2005/4728, KT. 26.9.2005. www.kazanci.com, 2.11.2017.

az olmakla birlikte, şirket ana sözleşmesi gereğince, hisse türüne göre yönetimde hâkimiyeti sağlayacak nitelik ve oranda) hissesine sahip olan bir ortağının veya hisseleri toplamı % 50'den fazla olan (birden fazla) ortakların ortak olduğu şahıs şirketinin veya % 50'den fazla hissesine sahip olduğu sermaye şirketinin de ayrıca teklif vermesi;²⁰⁵ sermaye şirketinin yanı sıra, şirketi (kanuni veya iradi kaynaklı) yönetim ve temsil yetkisi bulunan bir kişinin de ayrıca teklif vermesi; teklif veren bir ortak girişimin (m. 14) yanı sıra ortak girişimi oluşturan şirketlerden birinin veya belirtilen oran ve ortaklık koşullarını sağlayan sermaye ve şahıs şirketlerinin de ayrıca teklif vermesi; bir veya daha fazla sayıda kişinin ortağı olduğu şahıs şirketlerin aynı ihaleye teklif vermeleri; benzer şekilde bir veya daha fazla kişinin % 50'den fazla hissesine sahip olduğu sermaye şirketlerinin aynı ihaleye teklif vermeleri,²⁰⁶ dolaylı olarak birden fazla sayıda teklif verme fiillerine örnek teşkil

²⁰⁵ Danıştay bir gerçek kişinin, ihaleye teklif sunan iki şirketin her birinde % 51 hissesinin bulunmasını, KİK'nin 17/d maddesine aykırı bulmuştur. D13D, E. 2009/4873, K. 2011/2179, KT. 13.5.2010. Aktaran: Erdem Bafra, "Danıştay Kararları Işığında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Açısından Ticaret Şirketlerinin Rekabeti Engelleyici Davranışları ile İhalelere Birden Fazla Teklif Sunmaları", **KHOB**, C. 24, S.: 1, 2014, s. 93.

²⁰⁶ Şirket ortağının şirketten ayrı (şirketin yanı sıra) teklif vermesi yasaktır. Ancak, ortağın ortaklık ilişkisinin teklif tarihi itibarıyla mevcut olması gerekir; bu husus, TTK'nin ilgili hükümleri çerçevesinde tespit edilmelidir. Danıştayın bu yöndeki bir kararının ilgili kısımları şöyledir: "(...) Dava; ... yapım işi ihalesine katılan davacı şirket tarafından, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin (d) bendinde yer alan "Alternatif teklif verebilme hâlleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek" eylemi nedeniyle "1 yıl süreyle kamu ihalelerine ihalelere katılmaktan yasaklanmasına" ilişkin 07.10.2013 tarih ve 28788 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce; ticaret sicil kaydına güvenen üçüncü kişilerin iyi niyetinin korunması açısından devrin, Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilmesi gerektiği, başka bir deyişle devrin Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilmemesi hâlinde, sicil kaydına güvenen iyi niyetli üçüncü kişilerin korunacağı, olayda ise devrin Ticaret Sicili Gazetesi'nde yayımlanması suretiyle ilan edildiği 13.05.2013 tarihi ile ihale tarihinin aynı gün olduğu, dolayısıyla idareye sunulan belgelerde ...'ın hâlen şirket ortağı olarak gözüktüğü, hisselerini devrettiği sözleşmenin, sadece noterden yapıldığı, yasal prosedürün tamamlanmadığı ve ihale tarihi itibarıyla geçerli bir devrin gerçekleşmediği sonucuna varıldığı, ..., dolayısıyla 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde yasak davranışlar arasında sayılan alternatif teklif verebilme hâlleri dışında dolaylı olarak birden fazla teklif verme eyleminin gerçekleştiği anlaşıldığından, davacı şirketin "1 yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına" ilişkin dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı şirket tarafından temyiz edilmiştir. ... Dava dosyasının incelenmesinden; Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü Satın Alma ve İkmal Dairesi Başkanlığı tarafından 13.05.2013 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "Kars Havalimanı Pist Rehabilitasyonu" yapım işi ihalesine davacı şirketin teklif verdiği, 09.02.2010 tarih ve 7497 sayılı Ticaret Sicili Gazetesi'nde ...'ın şirketin %50 hissesine sahip ortağı olduğu, anılan şahsın Ankara 56. Noterliği'nde yapılan 14.11.2012 tarih ve 22401 yevmiye nolu hisse devri sözleşmesiyle hisselerini ...'e devrettiği, bu devrin davacı şirketin 30.04.2013 tarihli Olağan Genel Kurul toplantısında oybirliğiyle kabul edildiği, hisse devrinin 08.05.2013 tarihinde tescil edilerek 13.05.2013 tarih ve 8318 sayılı Ticaret Sicili Gazetesi'nde yayımlandığı, ancak davacı şirket tarafından ihale dosyasına sunulan 09.02.2010 tarih ve 7497 sayılı Ticaret Sicili Gazetesi'nde davacı şirketin %50 hissesine sahip olan ...'ın ihaleye teklif sunan diğer istekli ... Ltd. Şti. - ... Ltd. Şti. ortak girişimini oluşturan ... Ltd. Şti.'nin de %50 hissesine sahip olduğunun tespit edilmesi

edebilir. Teklif veren kişiler arasında doğrudan veya dolaylı çıkar ve yönetim ilişkisinin mevcut olduğu her durum 17/1-d maddesinin kapsamına girer. Konunun, her somut olayda, özel durumlar da dikkate alınarak ayrı ayrı değerlendirilerek bir sonuca varılması gerekir.

e. KİK'nin 11. maddesinde sayılan “ihaleye katılmayacak kişiler”den olmasına rağmen ihaleye katılmak

Bu yasaklama sebebi Kanun'un 58/1, 17/1-e ve 11. maddelerinde düzenlenmektedir. İhalelere hâkim olması amaçlanan temel ilkelere hizmet eden bir tedbir olarak²⁰⁷ KİK'nin 11. maddesinde ayrı ayrı belirtilen ve KİGT'nin “İhalelere katılmayacak olanlar” başlıklı 17.7. maddesi ile uygulama yönetmeliklerinde²⁰⁸ ayrıntılı olarak açıklanan kişilerin ihalelere doğrudan veya dolaylı, istekli/yüklenici veya alt yüklenici olarak katılmaları yasaklanmıştır.

Bu kişilerin ihalelere katılımının yasaklanmasıyla, kamu ihalelerinde şeffaflığın, tarafsızlığın, ihaleye katılacak istekliler arasında eşitliğin ve rekabetin sağlanmasının ve ihaleye fesat karıştırılmasını önlemeye yönelik tedbir alınmasının amaçlandığı maddenin gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir.

Bu bentteki “katılmak” ifadesi, “ihaleye teklif vermek” şeklinde anlaşılmalıdır. Teklif verilmeden önceki süreçte durumun anlaşılması hali bizce bu bentteki hükmün kapsamında yer almaz.

üzerine 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (d) bendinde yer alan eylem nedeniyle anılan şirketlerin tamamının "1 yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına" karar verildiği, davacı şirkete ait yasaklama kararının 07.10.2013 tarih ve 287888 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmasının ardından anılan işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Uyuşmazlıkta, her ne kadar davacı şirket tarafından teklif dosyası kapsamında sunulan 09.02.2010 tarih ve 7497 sayılı Ticaret Sicili Gazetesi'nde ...'ın davacı şirketin % 50 hissesine sahip ortağı olduğu görülmekteyse de; anılan şahsın Ankara 56. Noterliği'nde yapılan 14.11.2012 tarih ve 22401 yevmiye nolu hisse devri sözleşmesiyle hisselerini ...'e devretmesinden sonra, bu devrin şirketin 30.04.2013 tarihli Olağan Genel Kurul toplantısında onaylanmasıyla gerçekleştiğinin kabulü gerektiğinden, ihale tarihi itibarıyla davacı şirkette hissesi bulunmayan şahsın, ihaleye teklif sunan ortak girişimde yer alan ... Ltd. Şti'nin % 50 hissesine sahip ortağı olmasıyla, 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (d) bendinde yasak fiil ve davranış olarak belirlenen fiilin gerçekleşmediği sonucuna varılmaktadır. Bu durumda, davacı şirketin bir yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygunluk, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle; temyiz isteminin kabulü (...)” D13D, E. 2014/1134, K. 2017/867, KT. 30.3.2017. www.danistay.gov.tr, 11.10.2017.

²⁰⁷ KİK'nin 11. maddesinin gerekçesinden, maddedeki düzenlemeler ile kamu ihalelerinde şeffaflığın, tarafsızlığın, ihaleye katılacak istekliler arasında eşitliğin ve rekabetin sağlanmasının ve ihaleye fesat karıştırılmasını önlemeye yönelik tedbir alınmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

²⁰⁸ KİGT'nin yanı sıra, uygulama yönetmeliklerinin şu maddelerinde bu hususta düzenlemeler bulunmaktadır: MAİUY m. 51, HAİUY m. 52, YİİUY m. 53, DHAİUY m. 52.

Maddede belirtilen (yasak kapsamındaki) kişiler şunlardır:

(1) Haklarında idarece veya mahkemece verilmiş kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı bulunanlar

Haklarında idare veya mahkeme tarafından verilmiş bir ihalelere katılmaktan yasaklama kararı bulunanlar, yasaklama süresi içerisinde ihalelere katılamazlar.²⁰⁹ Maddenin lafzından açıkça anlaşıldığı gibi, bu hüküm sadece idarece veya mahkemece ihalelere katılmaktan yasaklananları kapsamakta, yasaklama sebebi dışındaki sebeplerle (örneğin, KİK m. 59/2’de yer alan hüküm gereğince, haklarında kamu davası açılmasına karar verilmesi sebebiyle) ihalelere giremeyecek olanları kapsamamaktadır.²¹⁰

Bu hükme göre, kendisi ihalelere katılmaktan yasaklı olan bir gerçek veya tüzel kişinin, aralarındaki açık veya gizli bir anlaşmaya dayalı olarak, yasaklı olmayan bir gerçek veya tüzel kişi aracılığıyla (dolaylı olarak) bir ihaleye teklif vermesi de mümkün değildir; böyle bir fiil, 11. maddenin ilk fıkrasında belirtilen “dolaylı olarak ihaleye katılma” veya “başkaları adına ihaleye katılma” girişimi

²⁰⁹ İhaleye teklif verenlerin yasaklı olup olmadıkları, Kamu İhale Kurumunun resmi olarak uygulamaya koyduğu, web üzerinden erişilebilen elektronik kamu alımları platformu aracılığıyla (<https://ekap.kik.gov.tr>) idarelerce sorgulanabilmektedir.

²¹⁰ Bu nedenle, idarece veya mahkemece yasaklananlar dışında, çeşitli kanunlarda yer alan hükümler gereğince ihalelere (veya belirli ihalelere) girmeleri yasaklanan kişilerce bu yasaklamalara riayet edilmemesi (yasaklılık durumlarını dikkate almadan bir ihaleye teklif vermeleri) halinde, KİK’nin 11. maddesi kapsamına girmediklerinden haklarında sadece ihale dışında bırakma uygulaması yapılmakla yetinilir; bu kişilere yönelik olarak, geçici teminatın gelir kaydedilmesi veya ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımları uygulanamaz. (KİGT m. 17.7.3) KİK’nin 11/a maddesinde 10.11.2012 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6359 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle yapılan değişiklikten önce, idarece ve mahkemece haklarında yasaklama kararı verilenlerin yanı sıra, (KİK’nin 59. maddesinin 2. fıkrası gereğince) haklarında ihalelere ilişkin suçlardan dolayı soruşturma yapılarak dava açılanlar da (58. maddenin 2. fıkrasında sayılanlarla birlikte) yargılama sonuna kadar KİK kapsamındaki ihalelere teklif veremeyecekler arasındaydı. Yapılan değişiklikte, mahkemece ve idarece verilen yasaklama kararları dışındaki ihalelere teklif verememe halleri hükmün kapsamı dışında kalmıştır.

Danıştayın bu husustaki bir kararının ilgili kısımları şöyledir: “(...) 01.11.2012 tarih ve 6359 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 11. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde “olarak” ibaresinden sonra gelmek üzere “idarelerce veya mahkeme kararıyla” ibaresi eklenmiştir. Bu değişiklikten sonra (a) bendi;... şeklini almıştır. Söz konusu düzenlemeyle, 4734 sayılı Kanun’un 11. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin ilk cümlesi değiştirilerek, kamu ihalelerinden yasaklanmış olma halinin idarî bir işlem veya mahkeme kararının bulunması koşuluna bağlanması öngörülmüş, böylece, haklarında kamu davası açılmasına karar verilmesi nedeniyle yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacak durumda olanlar, idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olmadıklarından, Kanun’un 11. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin kapsamı dışına çıkarılmıştır. Bu itibarla, 11. maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılan kişilerin geçici teminatlarının gelir kaydedileceğine ilişkin 11. maddenin son fıkrasının, idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olmayanlar hakkında uygulanamayacağı açıktır. (...)” D13D, E. 2014/1132, K. 2017/483, KT. 1.3.2017. www.danistay.gov.tr, 11.10.2017.

olarak değerlendirilerek, teklif veren gerçek veya tüzel kişiler hakkında 11. maddenin son fıkrasında yer alan yaptırımların (ihale dışı bırakılma, geçici teminatın gelir kaydedilmesi) ve ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının uygulanmasına sebep olacaktır. Yargısal içtihatlar da bu yöndedir.²¹¹ Yasaklı kişi hesabına dolaylı olarak ihaleye girilmesi halinde bu durumun tespiti (çoğu kez) güçtür. Bu tür girişimler, ihbar veya denetim üzerine yahut tesadüfen tespit edilebilmektedir.

İhaleye katılamayacak olanların sayıldığı 11. maddede açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olmayan bir şahıs şirketinin ortaklarından (hisse oranı % 50'nin altında olsa dahi) herhangi birinin yasaklı olması halinde şirket (KİK'nin 17. ve 11. maddesi kapsamında kaldıkları değerlendirilerek) ihalelere kabul edilmemektedir. Benzer şekilde, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olmayan bir sermaye şirketinin kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı bir ortağının şirkette sahip olduğu hisse oranının % 50'nin üzerinde olması veya bu oranın üzerinde olmamakla birlikte şirket ortaklarından kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış ortakların hisse oranlarının toplamının % 50'yi geçmesi halinde, yasaklı şirket ortaklarının dolaylı olarak bir kamu ihalesine katılmasının önlenmesi amacıyla (KİK'nin 17. ve 11. maddesi kapsamında kaldıkları değerlendirilerek) şirket ihalelere kabul edilmemektedir. Belirtilen yasaklılık durumlarına rağmen (yasaklılık süreleri dolmadan) ihaleye istekli olarak başvuruda bulunulmuş ise şirket hakkında 11. maddenin son fıkrası hükmünün uygulanması (ihale dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedilmesi), söz konusu ihaleye katılım engelinin idarece fark edilmeyip ihalenin bu şirket üzerinde bırakılması halinde ise, durum fark edilince

²¹¹ KİK'ye göre yapılan bir ihaleye, hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı bulunan bir gerçek kişi vekil aracılığıyla teklif veren ve hakkında KİK'ye göre verilmiş bir ihalelere katılmaktan yasaklama kararı bulunmayan şirket hakkında idarece verilen ihalelere katılmaktan yasaklama kararının ilk derece mahkemesince bozulması üzerine Danıştay, idarece verilen kararın hukuka uygun olduğunu ifade ederek ilk derece mahkemesi kararını "oy çokluğu ile" bozmuştur. Kararın ilgili kısımları şöyledir: "(...) kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanların doğrudan veya dolaylı olarak yahut alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamayacağından, yasaklı vekil aracılığı ile dolaylı olarak ihaleye teklif veren davacı şirketin, Kanun'da öngörülen yasak fiil ve davranışta bulunduğu anlaşıldığından, davacı şirketin 1 yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından işlemin iptali yolundaki Mahkeme kararında hukukî isabet bulunmamaktadır.(...)" D13D, E. 2015/6312, K. 2016/547, KT. 2.3.2016. www.danistay.gov.tr, 11.10.2017.

Yine Danıştayın benzer bir konudaki kararının (yasaklı kişinin vekilinin de ihaleye katılamayacağı değerlendirilmesini içeren) ilgili kısımları şöyledir: "(...) 4734 sayılı Kanun kapsamındaki bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine doğrudan, dolaylı ve alt yüklenici olarak kendisi veya başkaları adına hiçbir şekilde katılmasının mümkün olmadığı, kendisine vekâlet veren davacı adına ihaleye katılmanın, ortaklığı olmasa da, başkaları adına ihaleye katılmak sonucunu doğurduğu anlaşıldığından hukuka aykırılık görülmemiştir. (...)" D13D, E. 2016/4514, K. 2016/4063, KT. 5.12.2016. www.danistay.gov.tr, 8.7.2018.

ihalenin iptal edilmesi ve yine geçici teminatın gelir kaydedilmesi; yanı sıra, şirket hakkında KİK'nin 17. maddesinin son fıkrasının yollama yaptığı 58. maddesinde düzenlenen ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının uygulanması gerekmektedir. Bu hususlar KİGT'de de açıkça ifade edilerek düzenlenmiştir.²¹² KİGT'de açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, aynı uygulamanın, ihaleye teklif veren ortak girişimler hakkında da yapılması gerektiği görüşündeyiz.

KİK'nin 11. maddesinin, haklarında idarece ve mahkemece karara bağlanan ihalelere katılmaktan yasaklama kararı bulunanları kapsayıp, kanunlarda yer alan çeşitli hükümler gereğince ihalelere veya belirli ihalelere katılamayacak olanları (dolayısıyla, çeşitli kanunlarda yer alan ihalelere katılma yasaklarının ihlalini) kapsamaması isabetli değildir. Kamu görevlilerinin görevleri sürerken veya emeklilik, istifa vd. sebeplerle görevlerinden ayrıldıktan sonra belirli bir süreyle tüm veya belirli idarelerin ihalelerine katılmalarına yasak getiren çeşitli kanun hükümleri vardır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (m. 28) başta olmak üzere bunlara; 2531 sayılı Kamu Görevinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanun (m. 1, 2), 3069 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği İle Bağdaşmayan İşler Hakkında Kanun (m. 2, 3, 4), 5393 sayılı Belediye Kanunu (m. 28), 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu (m. 20), 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (m. 11) örnek olarak verilebilir. KİK'nin söz konusu 11/1-a maddesinin eleştirdiğimiz hükmü, 10.11.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6359 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle bende, **“idarelerce ve mahkeme kararıyla”** ibaresi eklenerek bu halini almıştır. Yapılan değişiklikten önce bu hüküm, sadece idarelerce ve mahkemece ihalelere katılmaktan yasaklananları değil, hangi sebeple olursa olsun bir ihaleye katılmaktan yasaklı olanların tümünü kapsıyordu. Değişiklik getiren 6359 sayılı Kanun'un 1. maddesinin gerekçesinde, maddenin yeni halinde kapsamın daraltılma gerekçesi belirtilmemiştir.²¹³ Hükümde yapılan değişikliğin, 6359 sayılı Kanun'un 1.

²¹² KİGT'nin ilgili hükmü şöyledir: *“Ortakları hakkında yasaklama kararı bulunan şahıs şirketlerinin ihalelere katılması halinde, yasaklı ortağın hisse oranına bakılmaksızın 4734 sayılı Kanununun 11 inci ve 17 nci maddeleri gereğince işlem tesis edilmesi gerekmektedir. Sermaye şirketlerinde ise, hakkında yasaklama kararı bulunan ortağın sermaye şirketinin yarudan fazla hissesine sahip olması veya haklarında yasaklama kararı bulunan sermaye şirketi ortaklarının hisseleri toplamının şirketin sermayesinin yarısından fazlasını teşkil etmesi halinde, ihaleye katılan sermaye şirketi hakkında 4734 sayılı Kanununun 11 inci ve 17 nci maddeleri uyarınca işlemde bulunulacaktır.”*

²¹³ Maddenin gerekçesi şöyledir: *“Madde 1- Değişiklik ile kamu ihalelerinden yasaklanmış olma hali, ilgili hakkında verilmiş idari bir işlem veya mahkeme kararı ile kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanma kararının bulunması koşuluna bağlanmaktadır.”* mevzuat.tbmm.gov.tr, 28.10.2017.

maddesinin gerekçesine yansımayan bir esaslı amacı vardır; bu amaç, KİK'nin 59. maddesinin 2. fıkrasına göre, haklarında ihale suçlarından dolayı adli soruşturma yapılarak dava açılanların ceza davası sonuçlanıncaya kadar ihalelere katılmaktan yasaklanmasının önüne geçilmesidir. Bu gerekçe, masumiyet karinesiyle uyumlu olduğu için haklı bir gerekçedir. Ancak, Kanun'un 11/1-a maddesinde yapılan değişiklik, 59/2 maddesi gereğince kişilerin ihalelere katılmaktan yasaklanmasını önleme şeklindeki haklı ve isabetli sonucun yanı sıra, çeşitli kanunlarla (örneğin, 5231 sayılı Kamu Görevinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanun, 3069 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği İle Bağdaşmayan İşler Hakkında Kanun) getirilen ve ihalelerde hâkim olması gereken temel ilkelerin hayata geçirilmesi bakımından da son derece önemli olan hükümlere riayet edilmemesi halinde uygulanacak idari yaptırım (ihale dışı bırakılma, geçici teminatın gelir kaydedilmesi ve daha önce ihalelere katılmaktan yasaklama yapılmadıysa bu yaptırımın da uygulanması) yönünden, hukuka aykırı biçimde ihalelere katılma teşebbüsünde bulunan kişiler arasında farklı (ayrıcalıklı) uygulama yapılmasını sonuçlar içeriktedir. Bu nedenle Kanun'un 11/1-a maddesinin mevcut halinin kapsam yönünden (yetersiz olması nedeniyle) eleştiriyi hak ettiğini düşünüyoruz. Söz konusu hükmün, sadece KİK'nin 59/2 maddesindeki hali dışlayacak şekilde tasarlanarak değiştirilmesi, kapsamının genişletilmesi, hangi kanun hükmü gereğince olursa olsun, ihalelere giremeyecek olmalarına rağmen ihaleye iştirak eden kişilerin de kapsama alınması gerektiği görüşündeyiz.

(2) 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan,²¹⁴ örgütlü suçlardan veya kendi ülkesinde veya yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar

İhalelere hâkim olması öngörülen temel ilkelerle çatışan sonuçların ortaya çıkması olasılığının, belirli suç tiplerini işlemeleri nedeniyle hüküm giymiş kişilerin kamu ihalelerine katılması halinde, bu suçlardan hükümlü olmayan kişileri katılımına

²¹⁴ KİK'nin 11/1 maddesine eklenen (g) bendiyle, ihaleye katılma yasağında terör ilintisine ilişkin hükümlerin kapsamı oldukça genişletilmiştir. Bu bent şöyledir: "(Ek: 31/10/2016-KHK-678/30 md.; Değiştirilerek kabul: 1/2/2018-7071/29 md.) Terör örgütlerine iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından bildirilen gerçek ve tüzel kişiler ile bu kapsamda olduğu Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı tarafından bildirilen yurt dışı bağlantılı gerçek ve tüzel kişiler."

göre göreceli olarak da olsa yüksek olması nedeniyle, Kanun'da düzenlenen belirli suç tiplerinden hüküm giyenlerin ihalelere katılımının engellenmesi öngörülmüştür.

Örgütlü suç, TCK'nin "Suç işlemek amacıyla örgüt kurma" başlıklı 220. maddesinde düzenlenen suçu ifade etmektedir. Örgütlü suç kavramı için genel ve ortak bir düzenleme oluşturan²¹⁵ bu maddeye göre; suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, örgütü yönetmek, örgüte üye olmak, örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek, örgüte yardım etmek suç olarak kabul edilmiştir.

3713 sayılı TMK'nin "Terör Suçları" başlıklı 3. maddesine göre, TCK'nin 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315, 320 ve 310/1 maddelerinde düzenlenen suçlar terör suçlarıdır. Bunun yanında, aynı Kanun'un "Terör Amacıyla İşlenen Suçlar" başlıklı 4. maddesinde,²¹⁶ TCK başta olmak üzere ceza içeren çeşitli kanunların ilgili maddelerine yollama yapılmak suretiyle sıralanan suçlar da, Kanun'un 1. maddesinde belirtilen amaçlar doğrultusunda suç işlemek üzere kurulmuş bir terör örgütünün faaliyetleri kapsamında işlendiği takdirde terör suçu sayılmaktadır. Bu suçlara ilave olarak, 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun'un 4. maddesinde düzenlenen terörizmin finansmanı suçunun da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir.²¹⁷

Rüşvet verme suçu, kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlardan olup TCK'nin 252. maddesinde (rüşvet alma fiilini de kapsayan, suçun

²¹⁵ TCK m. 220'de düzenlenen suç tipi, 765 s. (eski) TCK, 4422 s. Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu 5607 s. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ve diğer bazı kanunlarda yer alan örgütlü veya organize suç tiplerini kapsayan, tüm hukuk düzeni açısından ihdas edilmiş temel bir suç tipidir. Önder Tozman, **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, 2. bsk., Ankara, Adalet, 2017, s. 101.

²¹⁶ 3713 sayılı TMK'nin 4. maddesinin ilgili bölümünde düzenlendiği üzere bu suçlar şunlardır: TCK'nin 79, 80, 81, 82, 84, 86, 87, 96, 106, 107, 108, 109, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 142, 148, 149, 151, 152, 170, 172, 173, 174, 185, 188, 199, 200, 202, 204, 210, 213, 214, 215, 223, 224, 243, 244, 265, 294, 300, 316, 317, 318 ve 319. maddeleri ile 310. maddesinin 2. fıkrasında yer alan suçlar; 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da tanımlanan suçlar; 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 110. maddesinde yer alan kasten orman yakma suçları; Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar; Anayasa'nın 120. maddesi gereğince olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde, olağanüstü halin ilanına neden olan olaylara ilişkin suçlar; 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68. maddesinde tanımlanan suç.

²¹⁷ Terörizmin finansmanı suçuna ilişkin düzenleme daha önce 3713 sayılı TMK'nin 8. maddesinde yer almakta iken, özel kanun niteliğinde olmak üzere çıkarılan 6415 sayılı TFÖHK'ye (m. 4) taşınarak TMK'nin 8. maddesi (6415 sayılı TFÖHK'nin 18. maddesiyle) yürürlükten kaldırılmış olmakla birlikte 6415 sayılı TFÖHK'nin 16/2 maddesinde yer alan, "**(2) Mevzuatta, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 3713 sayılı Kanunun 8 inci maddesine yapılan yollamalar bu Kanunun 4 üncü maddesine yapılmış sayılır.**" hükmü gereğince bu suçun da KİK'nin 11/1-a bendi kapsamında değerlendirilmesi zorunludur.

bütün yönleriyle birlikte) düzenlenmiştir.²¹⁸ Düzenleme, sadece Türkiye’de değil, yabancı bir ülkede işlenen rüşvet verme suçları nedeniyle hükümlü olma durumunu da kapsamaktadır.²¹⁹ Kanun’da rüşvet suçunun ihalelere katılımı sürekli olarak engelleyecek bir suç olarak düzenlenmesine karşın ihaleye fesat karıştırma veya edimin ifasına fesat karıştırma suçlarının sürekli yasaklamayı gerektiren suçlar olarak düzenlenmemiş olması bizce isabetli bir yaklaşım olmamıştır. Bizce, rüşvet suçuyla birlikte, en azından temel ihale suçu olan ihaleye fesat karıştırma suçunun da kapsama alınması gerekirdi.

Belirtilen kapsamdaki suçlardan dolayı hükümlü bulunanlar (KİK m. 11/1-a’da yer alan hüküm gereğince) ihalelere katılamazlar. Maddede, “**...rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar.**” dendiğine göre, (tüzel kişilerin cezalandırılmayacağı, ancak haklarında güvenlik tedbiri uygulanacağı kuralından hareketle) bu düzenlemenin hedefinin gerçek kişiler olduğu söylenebilir. Bu hüküm sadece gerçek kişileri kapsadığına göre, bir tüzel kişinin (örneğin bir ticaret şirketinin) ihalelere katılmak istemesi halinde bu hükmün amaçladığı tedbirin uygulanması mümkün olamayabilir. Bu sakıncanın giderilmesi için, sadece rüşvet verme suçundan hükümlü gerçek kişilerin değil, gerekirse belirli bir süre sınırı konulmak suretiyle, yararına rüşvet verme suçu işlenen (ve hakkında güvenlik tedbirlerine veya KK m. 43/A’ya göre idari para cezasına hükmedilen) tüzel kişilerin de kapsama dâhil edilmesi, maddede bu hususu açıkça ifade edecek şekilde bir değişiklik yapılmasında fayda vardır.

²¹⁸ TCK’nin “Rüşvet” başlığını taşıyan 252. maddesinin 1. fıkrasında, “**(1)Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya araçlar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kişi, dört yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.**” denilerek kamu görevlisine rüşvet verme suçu tanımlanmış, devam eden fıkralarda ise suça ilişkin diğer hususlar ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. KİK’nin incelenen hükümleriyle, bu suçtan hükümlü olan kişilerin, aslen veya temsilci sıfatıyla veya herhangi bir şekilde dolaylı olarak ihalelere katılmalarının engellenmesi amaçlanmıştır.

²¹⁹ KİK’nin 11/1-a bendini değiştiren 20.11.2008 t. 5812 sayılı Kanun’un gerekçesinde de belirtildiği gibi, yabancı ülkelerdeki rüşvet verme fiillerinden kaynaklanan hükümlülük hali, ülkemizin de taraf olduğu (1.2.2000 t. 4518 sayılı Kanun ile onaylanan) **Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Sözleşmesi** gereğince 11. maddeye dâhil edilmiştir. 1.2.2000 tarih 4518 sayılı Kanun’la onaylanması uygun bulunarak 6.2.2000 tarih 23956 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan söz konusu sözleşmenin Türkçe metninde “**Yabancı kamu görevlilerine rüşvet verme**” başlığını taşıyan 1. maddede, rüşvet verme suçu (TCK’nin 252. maddesinde yer alan -dolaylı biçimde ifade edilmiş- tanımla da uyumlu olan) “**1. Her âkit taraf, uluslararası ticaretin yürütülmesinde bir işin veya haksız bir yararın elde edilmesi ve muhafazası gayesiyle resmî görevlerin ifası zımında hareket etme veya hareket etmekten kaçınması için, yabancı bir kamu görevlisine kasıtlı olarak doğrudan veya araçlar vasıtasıyla hak edilmemiş para veya diğer yararlar öneren, vaat eden veya veren (...)**” ifadesiyle (dolaylı biçimde) tanımlanmıştır. www.tbmm.gov.tr, 4.3.2019

KİK'nin 11. maddesinin ilk fıkrasında yer alan, “...doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak kendileri veya başkaları adına...” ifadesi gereğince, kendi adına hareket ederek ihaleye katılan kişilerin yanı sıra, yerli veya yabancı bir kişiyi temsilen ihalelere katılanların da bu suçlardan dolayı hükümlü bulunmamaları gerekmektedir.

Yerli ve yabancı istekliler ile bunların temsilcilerinin, bu başlık altında belirtilen olumsuz nitelikteki durumlarının (suç sicil kayıtlarının) araştırılmasının nasıl yapılacağı, hangi belgelerin yerli ve/veya yabancı hangi makamlardan isteneceği hususu, isteklinin yerli ve yabancı, gerçek ve tüzel kişi olması hallerine göre ayırım yapılmak suretiyle KİGT'de düzenlenmiştir.²²⁰

(3) Hileli iflas ettiğine karar verilenler

Hileli iflas ettiğine karar verilenlerin (doğrudan veya dolaylı olarak, herhangi bir şekilde) ihalelere katılmalarının engellenmesi amaçlanmıştır. Hileli iflas edenlerin ihale sürecinde hileli fiiller işleme tehlikesinin diğer kişilere oranla yüksek olduğu fikrinden hareket edilerek bu hükmün getirildiği anlaşılmaktadır.

Hileli iflas kararına sebep olacak fiiller İİK'nin 311. maddesinde belirtilmiştir. Kanun'un 311/1 maddesine göre, iflasından evvel veya sonra alacaklılarını zarara sokmak kastıyla ve özellikle maddede sıralanan suretlerle hileli işlemler yapan kimse hileli müflis sayılır ve (TCK'ye göre) cezalandırılır. Hileli iflas suçu, mal varlığına karşı suçlardan olup, TCK'nin 161. maddesinde düzenlenmiştir. Hileli iflas suçunun oluştuğuna, (bir objektif cezalandırılabilme şartı olan) ticaret mahkemesince verilen iflas kararı sonrasında ceza mahkemesince hükmedilmektedir. Ticaret Mahkemesince iflas kararı verilmesi ve maddede sayılan fiillerden TCK'nin 161. maddesinde düzenlenen niteliklere sahip olanların ve diğer suç unsurlarının da mevcut olması halinde hileli iflas suçu oluşur ve fail hakkında TCK'nin 161. maddesinde belirtilen yaptırımlar uygulanır. Bu suçun faili, iflasa tabi bir borçlu olan tacir ve özel kanunları gereğince iflasa tabi olan kimseler olmakla birlikte, iflasa tabi kişinin tüzel kişi niteliğinde olması halinde, tüzel kişiliğin organ veya temsilcisi olan, tüzel kişi adına tasarrufta bulunan gerçek kişiler de suçun faili olabilir.

İİK'nin 310. maddesinde düzenlenen ve unsurlarının mevcut olması halinde TCK'nin 162. maddesindeki suçu oluşturan taksirli iflas hali KİK'nin 11.

²²⁰ KİGT m. 17.5.3. ve 17.5.4.

maddesinde yer almamıştır. Dolayısıyla, geçmişte taksirle iflas etmiş bir kişinin ihaleye katılması mümkündür.

(4) İhale yetkilisi, ihale yetkisine sahip kurulun üyeleri, ihaleye ilişkin işlemleri hazırlayan ve sonuçlandıran görevliler ile bunların eşleri, üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları, evlatlıkları, evlat edinenleri, ortakları, (yönetiminde bulunmadıkları veya yüzde ondan fazla hisseye sahip olmadıkları anonim şirketler hariç) şirketleri

İhale sürecinde görevi sebebiyle yer alan ihale yetkilisi, bu yetkiye sahip kurulların üyeleri, ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar²²¹ ile sayılan bu görevlilerin belirli derecedeki yakınlarının,²²² ortaklarının ve (maddede belirtilen nitelik ve oranda) yönetim ve hissedar ilişkisi içerisinde bulunduğu²²³ şirketlerin ihaleye katılmaları yasaklanmıştır.²²⁴

KİK m. 11/1-f'ye göre, c, d ve e bentlerinde yasaklı oldukları belirtilen kişilerin ortakları ile (% 10'dan az hisseye sahip oldukları anonim şirketler ile yönetim kurulunda görevli olmadıkları anonim şirketler hariç olmak üzere) hissedar oldukları şirketler de yasak kapsamına alınmıştır. Bu hükme göre, (örneğin) ihaleyi yapan idarenin ihale yetkilisinin % 10'dan az hissesine sahip olduğu bir anonim şirketin, o idarenin ihalesine katılması mümkündür. Bu düzenlemenin, % 10 oranının ciddi (yüksek) bir hissedarlık oranı olmasından dolayı sorunlu olduğunu düşünüyoruz. Özellikle, KİK 11/1-c'de belirtilen kişilerin (ihaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişilerin) % 10'a kadar (örneğin % 9) bir oranda hissedarı olduğu anonim şirketlerin bu idarenin ihalelerine katılmasının, ihalelere hâkim olması gereken ilkelerin hayata geçirilmesi bakımından ciddi risklere ve (istekliler, istekli olabilecekler ve kamuoyu nezdinde) güvensizliğe sebep olacağı tartışmadan uzaktır. Bu nedenle söz konusu hükmün gözden

²²¹ İhale sürecinde yer alan görevlilerle ilgili daha ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler, bunlara ilişkin yaptırımların incelendiği yerde, “İhale ve Sözleşme Sürecine Katılan Kamu Görevlileri” başlığı altında yapılmıştır.

²²² Birinci derecedeki kan hısımları, çocuklar, anne, baba; 2. derecedeki kan hısımları, kardeşler, büyük anne/baba ve torunlar; 1. derecedeki kayın hısımları ise eşin anne ve babasıdır.

²²³ Madde gerekçesinde bu ilişkiyi nitelendirmek üzere, “organik bağ” ifadesi kullanılmıştır. Yönetim ve hissedarlık ilişkisinin aynı zamanda “çıkar ilişkisi” olduğu açıktır.

²²⁴ KİGT m. 17.7.3.1.

geçirilmesi, bu kapsamda (örneğin) % 10'luk oranın çok daha düşük bir orana (örneğin % 1'e) çekilmesi veya belirtilen durumdaki anonim şirketlerin istekli olarak yer aldığı ihalelerde, şirkette hissedar olan idare görevlilerinin (ve yine Kanun'da belirtilen derecelere kadar olan kan ve kayın hısımlarının) ihale yetkilisi (veya bu yetkiye sahip kurulda üye) olarak görev ve yetki alamamasına yönelik bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Öte yandan, maddede sayılan kişilerin (hısımlık, ortaklık ve yönetim ilişkisinin yanı sıra) borç/alacak vb. ticari ilişki içerisinde oldukları kişilerin de (belirli ölçüler konularak) kapsama alınması düşünülmelidir.

(5) Bir ihalenin yüklenicisinin o ihaleye konu işin danışmanlık hizmeti ihalesine girmesi yasaktır, aynı yasak (hizmete konu ihale yönünden) danışmanlık hizmeti yüklenicisi için de geçerlidir

KİK'nin 11/2 maddesinde yer alan bu yasak, yasaklı yüklenicilerin ortaklık ve yönetim ilişkisi içerisinde olduğu şirketler ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu şirketleri de kapsamaktadır.

Burada, bilgi ve deneyimini idarenin yararı için kullanması ve danışmanlığını yaptığı işin yüklenicisi ile hiçbir organik bağ içinde bulunmaması gerektiği KİK'nin 4. maddesindeki tanımdan anlaşılan danışmanın, danışmanlık yaptığı işin ihalesine; aynı şekilde, ihalenin yüklenicisinin de o ihalenin danışmanlık hizmeti ihalesine katılmasının engellenmesi amaçlanmıştır.

Düzenlemenin yer aldığı KİK'nin 11/2 maddesindeki, **“Bu yasaklar, bunların ortaklık ve yönetim ilişkisi olan şirketleri ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri için de geçerlidir.”** hükmü, ihalenin yüklenicisi ile danışmanla ortaklık ve/veya yönetim bağlantısı dolayısıyla çıkar ilişkisi olan şirketler için de aynı yasaklama kuralının geçerli olduğunu ifade etmektedir. Bu hükümden, yönetim ilişkisinin mahiyeti ve ortaklık (hissedarlık) oranına ilişkin bir koşul yer almamıştır. Bu nedenle, hisse oranı son derece küçük (örneğin, halka açık bir anonim şirketin borsa aracılığıyla alınmış hisse senedine sahip olunması hali) ve dolayısıyla çıkar ilişkisi de önemsiz boyutta olsa dahi, ortak olunan şirket ve hissedar için, ihaleye ve ihalenin danışmanlık ihalesine katılmama kuralı geçerlidir. Bu düzenlemede, katılımı engellenmek istenen kişilere ilişkin sınırların çizimindeki yetersizliğin uygulamada bir takım tereddütlere ve sorunlara yol açabileceğini düşünüyoruz. Öte yandan, maddede sayılan kişilerin

(ortaklık ve yönetim ilişkisinin yanı sıra) hısımlık, borç/alacak vb. ticari ilişki içerisinde oldukları kişilerin de (belirli ölçüler konularak) yasaklılık kapsamına alınması düşünülebilir. Bu hususta Kanun'da bir düzenleme yapılmasının isabetli olacağı görüşündeyiz.

(6) Bir idarenin bünyesinde bulunan veya o idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler, o idarenin ihalelerine katılamazlar

Burada yasaklanan, KİK kapsamındaki idarelerin bünyelerinde bulunan veya idarelerle ilgili vakıf, dernek, birlik ve sendikalar ile bu vakıf, dernek, birlik ve sendikaların ortak oldukları şirketlerin, idarenin ihalelerine katılmasıdır.²²⁵ KİK kapsamındaki idarelerin kurdukları şirketler, idarelerin açtıkları ihalelere katılabilirler. Bu hususta bir yasaklama hükmü yoktur. Bu serbesti (kanun koyucunun bu tercihi), idarenin söz konusu şirketler lehine, rekabet ilkesine aykırı uygulamalar yapabileceği kaygısını gündeme getirdiğinden tartışmaya açıktır.²²⁶ Bu şirketlerin idarenin ihalelerine katılması halinde, eşit muamele, saydamlık, güvenilirlik ve rekabet ve ilkelerine riayet edilmesi halinde bu tartışmalar büyük oranda bertaraf edilebilir.

f. İhale üzerine kaldığı halde, usulüne göre sözleşme yapmaktan kaçınmak

Bu yasaklama sebebi Kanun'un 58/1 maddesinde yer almaktadır. Sözleşmenin imzalanması (KİK m. 5'te belirtildiği gibi) bir dizi işlem (işlemler zincirinden) oluşan²²⁷ ihaledeki (ihale sürecindeki) son işlemdir. Sözleşmenin imzalanmasıyla birlikte ihale sürecinin sona ermekte ve (KİSK'ye tabi olacak) sözleşme süreci başlamaktadır. Kesinleşen ihale kararının isteklilere bildiriyle başlayıp sözleşmenin imzalanmasıyla tamamlanan süreç, KİK'nin 41 ilâ 46.

²²⁵ KİGT'nin 17.7.1.1.3 ve 17.7.1.1.4. maddelerinde, fıkranın 4964 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki (uygulamada tereddütlere yol açan) hali ile 4964 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle yapılan değişiklikten sonraki hali hakkında açıklamalar yapılmıştır.

²²⁶ İdareler, kendi kurdukları şirketlerin ihaleye katılması halinde, rekabeti artırıcı düzenlemeler yapmak, ihaleye katılımı artıracak önlemleri almak zorundadırlar. (KİGT m. 17.7.1.1.4.)

²²⁷ "(...) İhale işlemleri nitelikleri bakımından birbirinden ayrılabilen **zincir işlemlerden oluşmakta** ve ihale sürecinin her aşamasında gerçekleşen bu işlemler, ihale sürecinin sonraki aşamalarını da hukuken etkileyebilmektedir. (...)" D13D, E. 2012/2330, K. 2017/1605, KT. 23.5.2017. www.danistay.gov.tr, 11.10.2017.

maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu süreç, kesinleşen ihale kararlarının bildirilmesi (m. 41), sözleşmeye davet (m. 42), kesin teminat (m. 43) ve ihalenin sözleşmeye bağlanması (sözleşmenin imzalanması) işlemlerini kapsar. Bu süreçte, ihale üzerine bırakılan isteklinin (müstakbel yüklenicinin) yükümlülükleri olduğu gibi (m. 44) idarenin de bir takım yükümlülükleri vardır²²⁸ (m. 45). Süreç ana hatlarıyla şöyle işlemektedir: Kesinleşen (ihale yetkilisince onaylanan) ihale kararı, (tekliflerin değerlendirmeye alınmama veya uygun bulunmama gerekçelerini de içeren bir yazıyla) ihaleye teklif veren isteklilere (her birine ayrı ayrı) tebliğ edilir. Tebliğ yapılmasını takiben on gün (21. maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün) geçmesi beklenir. Bu sürenin bitimini (ön mali kontrol yapılması gereken hallerde, bu kontrolün tamamlanmasını) takip eden üç gün içerisinde, ihale üzerinde kalan istekliye, tebliğ tarihinden itibaren on gün (yabancı istekliler için yirmi iki gün) içinde kesin teminatı vermesi ve ihale sözleşmesini imzalaması yazılı olarak bildirilir. İhale üzerinde kalan istekli, gerekli teminatı yatırarak sözleşme imzalamak zorundadır; bu zorunluluğa uymaması halinde KİK'nin 58/1 maddesinde yer alan hüküm gereğince hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir.²²⁹

²²⁸ İdarenin, sözleşmenin imzalanmasına yönelik yükümlülüklerini yerine getirmemesi, örneğin, ihale üzerinde kalan isteklinin idarece sözleşme yapmak üzere çağrılmaması veya çağrılmasına (ve kesin teminatın da verilerek sözleşme imzalamak üzere idareye gidilmesine) karşın ihale yetkilisinin (idareyi temsilen) sözleşmeyi imzalamaktan kaçınması halinde, ihale üzerinde kalan istekli, Kanun'da yer alan ihalelere katılmaktan yasaklama ve geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımları uygulanmaksızın taahhüdünden vazgeçme hakkına sahiptir. Buna ilişkin usul KİK'nin 45. maddesinde belirtilmiştir.

Öte yandan; idarenin sözleşme imzalamaktan (hukuka uygun bir gerekçe olmaksızın) kaçınması halinde ihale üzerinde kalan isteklinin açacağı bir tam yargı davasıyla, uğradığı zararın giderimi için tazminat isteminde bulunmasının mümkün olduğu görüşündeyiz. Tazminat istemine ilişkin tam yargı davasının idari yargıda ve (Anayasa'nın 40/3 maddesinde yer alan "**Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.**" ve yine Anayasa'nın 129/5 maddesinde yer alan "**...Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.**" düzenlemeleri gereğince), kusurlu memura rücu edilmek kaydıyla idare aleyhine açılması gerekmektedir.

²²⁹ KİGT'nin 17.6.4. maddesinde yer alan düzenlemeye göre; KİK'nin 10. maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerine ilişkin belgelerin ihale üzerinde kalan istekli tarafından ilgili yerlerden temin edilerek süresi içerisinde ihaleyi yapan idareye sunulması ve bu belgeler üzerinde yapılan inceleme sonucunda belgelerin taahhüt edilen duruma aykırı hususlar içerdiğinin anlaşılması (sosyal güvenlik prim veya vergi borcu bulunması gibi) halinde, sonradan ihalenin iptal edilip edilmediğine bakılmaksızın, bu durumda olanların ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedilmesi, fakat haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmemesi gerekmektedir. Anılan maddenin (h), (i) ve (j) bentlerindeki durumun söz konusu olması halinde ise, belirtilen yaptırımlara ilaveten ihalelere katılmaktan yasaklama kararı da verilmelidir.

Sözleşme imzalanmaması mücbir sebeplerden kaynaklanmış ise ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı uygulanamaz. Bu husus Kanun'da açıkça belirtilmiştir. KİK'de mücbir sebeplere ilişkin bir düzenleme yoktur; bu nedenle, KİSK'nin ilgili hükümlerinin kıyasen uygulanması mümkündür. KİSK m. 10'da; doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmî veya genel seferberlik ilânı ve gerektiğinde kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller, mücbir sebepler olarak düzenlenmiştir. Bu sebepler, ihale üzerinde kalan isteklinin sözleşmeyi imzalamamasının yanı sıra Kanun'da belirtilen süre içerisinde imzalamamasına (gecikmeli olarak imzalamasına) neden olabilecek sebepler olarak da düşünülmelidir. Böyle bir mücbir sebebin ortaya çıkması halinde, mücbir sebeplere ilişkin koşullar dâhilinde sözleşmenin gecikmeli olarak imzalanmasının olanaklı olduğu görüşünderiz.

C. 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na Göre Yasaklama

1. Genel Olarak

KİSK'de ihalelere katılmaktan yasaklama sebeplerine ve yasaklama işlemlerinde izlenecek usule ilişkin temel düzenleme, Kanun'un "Yasaklar ve Sorumluluklar" başlıklı üçüncü kısmının "İhalelere katılmaktan yasaklama" başlıklı 26. maddesinde yer almaktadır. Maddede yasaklamaya ilişkin düzenleme yapılmış, yasaklamaya sebep olan diğer fiil ve davranışların hangileri olduğu için ise Kanun'un "Yasak fiil ve davranışlar" başlıklı 25. maddesine başvurulması öngörülmüştür. Belirtilen maddelerin yanı sıra, sözleşme sürecinde vuku bulması olası çeşitli durumlarla ilgili olan, Kanun'un 16, 19, 20, 21, 22, 27, 30, 32, 33 ve 34. maddelerinde de, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımına ilişkin 26. maddeye yollama yapan veya konuyla yakından ilgili hükümler mevcuttur.

KİSK'nin, ihalelere katılmaktan yasaklama işlemine ilişkin **temel düzenlemeleri** içeren 26. maddesi şöyledir:

"25 inci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kanununun 2 nci ve 3 üncü maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik 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.

Bu fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler, yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak 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.

İdareler, 25 inci maddede belirtilen yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür.”

2. KİSK'nin Yasaklamayla İlgili Hükümlerinin Kapsamı

Bu başlık altında, hangi ihalelerdeki fiil ve davranışlar nedeniyle yasaklama işlemi yapılacağı, yasaklama işleminin kimler hakkında yapılacağı ve yasaklama kararının yürürlükte olduğu süre içerisinde yasaklı kişinin hangi ihalelere katılamayacağı konularında açıklama ve değerlendirmelerde bulunulacaktır.

a. Yasaklama İşlemi Yapılacak İhaleler Yönünden Kapsamı

KİSK'nin kapsamı gereğince (m. 2), Kanun'da (m. 26) düzenlenen ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı, kural olarak sadece sözleşme süreci KİSK'ye tabi olan ihaleleri, yani KİK'ye göre yapılan ihaleleri kapsamaktadır.

KİK'nin 3. maddesinde sayılan istisna kapsamındaki ihalelerin tabi olduğu **kanunda**, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı ve tabi olacağı hükümler yönünden KİSK'ye yollama yapılmış ise, bu ihalelerde de KİSK'nin ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. Hiyerarşik konumu gereği kanun gücünde olmayan düzenleyici işlemlerle, örneğin (KİK'nin geçici 4. maddesine dayanarak KİK'nin 3. maddesiyle Kanun'dan istisna edilmiş ve dolayısıyla KİSK'nin de kapsamında yer almayan ihalelerdeki esas ve usulleri düzenlemek üzere çıkarılan) “yönetmelik” ve “esaslar” formunda ve niteliğinde olup Cumhurbaşkanınca (Bakanlar Kurulunca) çıkarılan düzenlemelerde, bunlara tabi ihalelerde KİSK'nin yasaklamaya ilişkin hükümlerinin uygulanacağına yönelik hükümler bulunması (KİSK'nin yasaklamaya ilişkin hükümlerine yollama yapılması) halinde ise, idarenin kanuniliği ilkesinin bir bileşeni olan idari yaptırımlarda kanunilik ilkesine ve temel hak ve özgürlüklerin (bu

bağlamda, çalışma ve sözleşme hürriyetinin) sınırlandırılmasına ilişkin Anayasal kural ve ilkelere aykırı olduğundan, sözleşme aşamasında vuku bulan ve KİSK'de birer yasaklama sebebi olarak gösterilen fiil ve davranışların işlenmesi halinde (sözleşmede KİSK'nin söz konusu hükümlerinin uygulanacağına yönelik hükümler bulunsa dahi) idarece yasaklama kararı verilemeyeceği, verilmesi halinde işlemde yetki yönünden hukuka aykırılık oluşacağı görüşünderiz. Bununla birlikte, Danıştay böyle bir durumda da idarece yasaklama kararı verilebileceğini, bu tür durumlarda uygulanan yasaklama işlemlerinin, hem KİK'nin ve hem de KİSK'nin amaçlarına ve kamu ihalelerinde korunması gereken kamu menfaatine uygun olduğu görüşündedir; ancak aksi yönde Danıştay kararları da vardır.²³⁰

²³⁰ KİSK'nin ilgili hükümlerine göre ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının uygulanabilmesi için ihalenin KİK'ye tabi olmasının şart olmadığı, KİK'nin 3. maddesinde belirtilen istisnalar kapsamında yapılan ihaleler için de, kanun gücünde olmasa bile (Yönetmelik, Esaslar vb. şeklinde çıkarılan) kendi mevzuatında KİSK'nin ilgili hükümlerine yollama yapılmış olması şartıyla KİSK'deki yasaklama yaptırımının uygulanabileceğine değerlendirmesini içeren Danıştay kararının ilgili kısımları şöyledir: “(...) Bu durumda, 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihalelere özgü yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu kararlarında ya da ilgili kurumlar tarafından çıkarılan yönetmeliklerde, ceza ve yasaklamaya ilişkin esas ve usul hükümleri açısından 4735 sayılı Kanun'a atıf yapılması durumunda, söz konusu ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşme konusu işin yürütümü sırasında 4735 sayılı Kanun'da sayılan yasak fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde, yine 4735 sayılı Kanun uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilebilecektir. 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihalelere ilişkin esas ve usullerin ilgili kurumlar tarafından belirleneceği kuralının yer aldığı Kanunun Geçici 4. maddesi ile ortaya çıkan bu sistemin, hem 4734 sayılı Kanunun hem de 4735 sayılı Kanunun amacına ve kamu ihalelerinde korunması gereken kamu menfaatine ve ulaşılmaya amaçlanan hedeflere uygun olduğu sonucuna varılmaktadır. Nitekim, kamu ihalelerinde serbest rekabet ortamının sağlanması, toplumsal ihtiyaçların gecikmeksizin giderilmesi, kamu kaynaklarının etkili ve verimli biçimde kullanılması, kamu hizmeti niteliği olan faaliyetlerde aksamalar olmaması ve kamu zararının önlenmesi için öngörülen kuralların ve ihaleye katılmaktan yasaklamanın kapsamının belirlenmesinin kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır. Buna göre, 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihaleler sonucunda imzalanan sözleşmenin uygulanması sırasında yasak olan fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde, 4735 sayılı Kanun'un ceza ve yasaklama hükümlerinin evleviyetle uygulanması gerekir. Zira, 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamında gerçekleştirilen ihalelere ilişkin süreçte yasak olan fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde 4734 sayılı Kanun'a göre ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilebilmesi karşısında, kamu ihalelerinde korunması gereken kamu menfaati gereği, istisna kapsamındaki ihaleler sonucunda imzalanan sözleşmenin uygulanması sırasında yasak olan fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde ise 4735 sayılı Kanun'da yer alan ceza ve yasaklama hükümlerinin uygulanması yasa koyucunun amacına uygun bulunmaktadır. Hukuk devletinde, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gerekleri dikkate alınarak ceza siyasetini, idari yaptırımları, kamu düzeninin sağlanması için alınacak idari önlemleri belirleme yetkisi de kanun koyucuya aittir. Kanun koyucu, kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak çeşitli düzenlemeler yapabilir. 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihalelere ilişkin esas ve usullerin ilgili kurumlar tarafından belirleneceği anılan Kanun'un Geçici 4. maddesinde açıkça belirtildiğinden ve istisna kapsamındaki ihalelere özgü Bakanlar Kurulu kararları ya da kurumların çıkardığı yönetmelikler ile ceza ve yasaklama açısından 4735 sayılı Kanun'a yapılan atıf hukuk devleti bakımından yeterli olduğundan, 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihaleler sonucunda imzalanan sözleşme konusu işin yürütümü sırasında yasak olan fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde, 4735 sayılı Kanun'a uygun olmak kaydıyla ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesinde kanunilik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır. Dairemizin tüm üyelerinin katılımıyla 30.11.2016

Mevcut kanuni düzenlemelere göre; KİSK'ye tabi olmayan ihalelerin esas ve usullerini düzenleyen bir kanun varsa ve o kanunda yasaklama hükümlerine yer verilmiş ise ortada bir sorun yoktur; sorun (ve tereddüt), (hiyerarşik olarak kanun altı

tarihinde yapılan toplantıda "içtihat değişikliği"ne gidilmiş olup, anılan toplantıda; 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinde düzenlenen istisnalar kapsamında yapılan bir ihale sonucunda imzalanan sözleşme konusu işin yürütümü sırasında yasak fiil ve davranışların işlendiğinin anlaşılması hâlinde, 4735 sayılı Kanun uyarınca yasaklama işlemi tesis edilebileceği sonucuna varılmıştır. Dosyanın incelenmesinden, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin (b) bendi uyarınca yapılacak mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek amacıyla yürürlüğe konulan 20.04.2009 tarihli ve 2009/14973 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesinin Eki Esasların 10. maddesinin (a) fıkrası kapsamında davalı idarece açık ihale usulü ile ... tarihinde yapılan ... ihale kayıt numaralı "Köprücü Tankına Ait Asbest İçermeyen Yedek Parça Alımı" ihalesinin davacı şirket uhdesinde kaldığı ve 26.11.2013 tarihinde taraflar arasında sözleşme imzalandığı, beş kalem malzemenin yapılan muayenesi sonucunda, nitelikleri uygun bulunmayarak reddedildiği, firma tarafından muayene sonucuna itiraz edildiği, itiraz muayenesi sonucunda da nitelikleri uygun bulunmayarak reddedildiği, 16.03.2015 tarihinde sözleşmenin feshedildiği, kesin teminat mektubu hazineye irat kaydedilerek, dava konusu işlemle 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinin (f) fıkrası ile 26. maddesi uyarınca 1 yıl süreyle ihalelerden yasaklama işlemi tesis edildiği anlaşılmaktadır. 16.05.2009 tarih ve 27230 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun Geçici 4. maddesinin (a) bendine dayanılarak anılan Kanun'un 3. maddesinin (b) bendi uyarınca yapılacak mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek amacıyla yürürlüğe konulan 20.04.2009 tarihli ve 2009/14973 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi'nin Eki Esasların 34. maddesinde, bu Esaslarda düzenlenen ve 33. maddede düzenleneceği belirtilen hâllerin dışındaki hususlarda 4735 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı kurala bağlanmıştır. 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşme konusu işin yürütümü sırasında yasak olan fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde, 4734 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesine dayanılarak ilgili kurumlar tarafından yürürlüğe konulan düzenlemelerde yer alan atıf nedeniyle 4735 sayılı Kanun'un ceza ve yasaklama hükümleri uygulanmak suretiyle 4735 sayılı Kanun'a göre ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilebilecektir. Bu durumda, işlemin esasına yönelik olarak, davacının fiillerinin sözleşmeye aykırılık içerip içermediği, yasaklama sebeplerinin bulunup bulunmadığı hususunda bir inceleme yapılmak suretiyle karar verilmesi gerekirken, bu hususlar incelenmeden verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle; temyiz isteminin kabulü ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca Ankara 8. İdare Mahkemesinin 28/12/2015 tarih ve E:2015/1208, K:2015/2244 sayılı kararının BOZULMASINA, (...) oybirliğiyle karar verildi." D13D, E. 2016/2046, K. 2016/4369, KT. 23.12.2016. www.danistay.gov.tr, 11.10.2017.

Yine, başka bir Danıştay kararında şu değerlendirme bulunmaktadır (olayda, Danıştay 13. Dairesinin 25.11.2015 tarih E. 2010/4924 E. ve 2015/4132 K. sayılı kararının düzeltilmesi istemiyle davalı idarece yapılan başvuru Dairece kabul edilerek ilgili karar kaldırılmıştır): "(...) Bu durumda, 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihalelere özgü yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu kararlarında ya da ilgili kurumlar tarafından çıkarılan yönetmeliklerde, ceza ve yasaklamaya ilişkin esas ve usul hükümleri açısından 4735 sayılı Kanun'a atıf yapılması durumunda, söz konusu ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşme konusu işin yürütümü sırasında 4735 sayılı Kanun'da sayılan yasak fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde, yine 4735 sayılı Kanun uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilebilecektir. Ancak, davaya konu 17.12.2002 tarihinde imzalanan sözleşmenin 6095 sayılı Kanun'a tâbi olduğu, anılan Kanun'da yasaklamaya ilişkin hüküm bulunmadığı, 4735 sayılı Kanun'un 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe girdiği dikkate alındığında, anılan sözleşmeye ilişkin olarak 4735 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması mümkün olmadığından, davacı şirketin 4735 sayılı Kanun uyarınca 2 yıl süre ile ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemde hukuka uygunluk bulunmamaktadır. Dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptali yolundaki temyize konu Ankara 10. İdare Mahkemesinin 03.11.2010 tarih ve E:2010/941, K:2010/1729 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, temyiz istemi yerinde görülmeyle anılan Mahkeme kararının ONANMASINA,(...) oybirliğiyle karar verildi." D13D, E. 2016/1917, K. 2017/1850, KT. 7.6.2017. www.danistay.gov.tr, 11.10.2017.

konumda yer alan) düzenleyici idari işlemlere tabi ihalelerde ortaya çıkabilir. Nitelik olarak idari işlem özelliğine sahip olan ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının, Anayasal teminata da sahip bir ilke olan idari işlemlerde kanunilik ilkesi (ki, idarenin kanuniliği ilkesinin bir alt ilkesidir) gereğince, hiyerarşik olarak kanun gücünde olmayan düzenleyici işlemler aracılığıyla ihdas edilmesi doğru olmaz.

İhalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının amaç, etki ve sonuçlarının, sadece KİSK'nin kapsamındaki ihalelerde değil, kapsama dâhil olmayan idarelerce veya kapsama dâhil olmayan işler için gerçekleştirilen ihalelerde de söz konusu olması nedeniyle ve bu yaptırımı gerektirecek fiil ve davranışlar ile uygulamaya ilişkin esas ve usullerde yeknesaklık sağlanmasını teminen, KİK'nin **“Kapsam”** başlıklı 2. maddesinin son fıkrası ile **“İstisnalar”** başlıklı 3. maddesiyle KİK dışında tutulan ihalelerin sözleşme süreçlerinin de KİSK'nin ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını düzenleyen 26. maddesine tabi kılınması, bu amaçla bir kanuni düzenleme yapılması isabetli olacaktır.

b. Yasaklanacak Kişiler Yönünden Kapsamı

KİSK'nin 26/2 maddesinde yer alan (ve KİK'nin 58/2 maddesindeki hükmün lafzen dahi aynısı olan), **“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, (...) yasaklama kararı verilir.”** hükmünden, yasaklı fiil ve davranışta bulunulması halinde uygulanacak ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının, ilgili isteklinin yanı sıra kimleri kapsayacağı açıkça anlaşılmaktadır. Yukarıda KİK'nin yasaklanacak kişiler yönünden kapsamı konusunun incelendiği başlık altında yapılan açıklamalar KİSK'nin 26/2 maddesi için de geçerlidir.

c. Yasaklı Kişilerin Katılamayacağı İhaleler Yönünden Kapsamı

KİSK'nin yasaklamaya ilişkin hükümlerinin, yasaklı kişilerin katılamayacağı ihaleler yönünden kapsamını belirleyen 26/1 maddesinde yer alan ve KİK'nin 58/1. maddesindeki hükümle tam bir paralellik gösteren, **“...4734 sayılı Kanunun 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dâhil, bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir.”** ifadesi,

hakkında yasaklama kararı verilen kişilerin bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine (yasaklama süresi boyunca) katılamayacaklarını açıkça göstermektedir.²³¹ Hükümde, “bütün kamu ihalelerine” ifadesi kullanıldığından, yasaklı kişiler DİK’ye tabi ihalelere de giremezler. Öte yandan, yasaklama kararı, yürürlüğe girdiği (Resmi Gazetede yayımlandığı) tarihten itibaren etkisini gösterecek olmakla birlikte, KİSK m. 26/3 ve KİK m. 10/4-f gereğince, haklarında yasaklama kararı henüz verilmemiş kişilerin, verilecek yasaklama kararının yürürlüğe gireceği tarihe kadar geçen süre içerisinde, yasaklama kararını veren idarenin açtığı ihalelere katılmaları mümkün değildir.

3. Yasaklama Sebepleri

KİSK’nin yukarıda belirtilen hükümleri çerçevesinde yasaklama işlemi yapılmasını gerektiren (26. maddedeki yollama dolayısıyla 25. maddede belirtilen yasak fiil ve davranışlar başta olmak üzere) sebepler şunlardır:

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

b. Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek

Burada (a) ve (b) şeklinde iki başlık olarak belirttiğimiz yasaklama sebepleri Kanun’un 26/1 ve 25/1 maddelerinden kaynaklanmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, (yukarıda iki başlık olarak ifade edilen) bu fiillerin TCK’nin 236. maddesinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırmaya suçunu oluşturması kuvvetle muhtemeldir.

KİSK’nin 25/1-a ve 25/1-b maddelerinde yer alan bu yasak fiiller, KİK’nin 17/1-a ve 17/1-c maddelerindekilerle aynıdır; dolayısıyla, KİK’nin anılan maddeleriyle ilgili olarak yukarıda yaptığımız açıklama ve değerlendirmeler KİSK’deki yasaklama sebepleri için de geçerlidir. Özellikle belirtmek gerekir ki, sözleşme sürecinde işlenen yasak fiil ve davranışların yanı sıra, sözleşme sürecinden

²³¹ KİGT’nin 28.1.2.a maddesinde, Kanun’un anılan hükümlerine paralel biçimde; KİK’nin 58. ve KİSK’nin 26. maddelerine göre haklarında yasaklama kararı verilen gerçek ve tüzel kişilerin, KİK’nin 2. ve 3. maddeleri uyarınca istisna edilenler dâhil **bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanacağı** ifade edilmektedir.

önce (ihale sürecinde) işlenmekle birlikte sözleşme sürecinde ve hatta kesin kabulden sonra tespit edilebilen fiil ve davranışlar nedeniyle de yasaklama işlemi yapılmalıdır; bu husus KİSK m. 21’de açıkça ifade edilmiştir.

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

Bu yasaklar KİSK’nin 26/1 ve 25/1-c maddelerinden kaynaklanmaktadır. Bu fiillerin, ihale konusu işin ve ürünün kalitesini olumsuz etkilemek, hatta kimi zaman ihale konusu işten beklenen faydayı tümüyle ortadan kaldırmak, idareyi zarar tehlikesiyle karşı karşıya bırakmak, kamu hizmetini aksatmak gibi olumsuz sonuçlar doğurabileceği açıktır.

Bu hükmün, “**hileli malzeme, araç ve usuller kullanmak**” kısmı 25/1-a maddesinde yer alan (yukarıda belirtilen) düzenlemeyle, her ikisinin de fiilin “hile” unsurunu içermesi nedeniyle aynı olduğu söylenebilir; bununla birlikte, 25/1-a maddesindeki “hile” unsurunun kapsamı, sadece ihaleye konu işte kullanılan malzemeyi kapsayan 25/1-c maddesindeki “hile” kavramından daha geniştir. Hileli fiillerin, unsurların tümünün mevcut olması şartıyla, ceza hukuku yönünden de özellik göstermesi, suç teşkil etmesi mümkündür.

İhale konusu işin, kullanılacak malzemenin ve elde edilecek ürünün asgari nitelikleri ve standartları, sözleşmede, teknik şartnamede ve (ihale konusu işin özelliğine göre) ilgili mevzuatta belirtilmektedir.²³² İhaledeki edimini ifa eden yüklenicinin, sözleşme ve ilgili mevzuatın yanı sıra, genel olarak kabul gören fenni kural ve usullere de riayet etmesi gerekir. Asgari nitelik ve standartlara yönelik teknik sözleşme ve mevzuat hükümleri çoğu kez, ihale konusu işin güvenli, sağlıklı, ekonomik, konforlu ve estetik olmasını sağlamak amacıyla yönelik düzenlemelerdir. Dolayısıyla, bu hükümlere riayet edilmemesi, ihale sonucunda üretilen mal ve

²³² Örneğin, Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkında Yönetmelik’in (RG. 14.7.2007 - 26582) 3. maddesinde, “**(1) Afet bölgelerinde yapılacak yapıların, yapı malzemelerinin taşınması gereken özellikler bakımından 8/9/2002 tarihli ve 24870 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Yapı Malzemeleri Yönetmeliği (89/106/EEC) ile Türk Standartları uygulanır.**” denmektedir. Benzer şekilde, Deprem Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkında Yönetmelik’in (RG. 6.3.2007 - 26454) ekinde yer alan Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Esaslar’da, bir takım teknik ilke ve kurallara yer verilmiştir. Dolayısıyla, yapım işlerinde Yönetmelikte belirtilen standartlara uygun olmayan malzeme kullanılması veya belirtilen teknik ilke ve kurallara riayet edilmemesi halinde, KİSK’nin 25/1-c maddesinde belirtilen türden eksik, hatalı ve kusurlu malzeme kullanıldığı veya fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapıldığı sonucuna varılacaktır.

hizmetten yararlanacak kişilerin (idarenin hizmet verdiği toplumun veya kişilerin) haklarını ihlal edici, çoğu kez idarenin zararına da sebebiyet veren sonuçlar doğurur. İhale konusu işin, hileli araç veya usuller kullanılarak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu olup olmadığının, ihale şartnameleri ve işin yapılmasında fenni ve kalite yönünden kurallar öngören mevzuat hükümleri esas alınarak muayene ve kabul komisyonunca, varsa danışman ve yapı denetim görevlileri, gerektiğinde idare içindeki (ilgili konuda uzman olan) kamu görevlilerinin katılımıyla tespit edilmesi gerekmektedir.

Kesin kabul sırasında tespit edilen her türlü kusur ve eksikliğin, KİSK'nin 25/1-c maddesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Kabul işlemleri sırasında tespit edilen, hileli bir fiile dayanmayıp, giderilmesi idareye herhangi bir ek yükümlülük getirmeyecek ve idarenin zararına da yol açmayacak basit nitelikteki kusur ve noksanların, sözleşmede yer alan esas ve usullere göre giderilmesi mümkündür. Buna karşın, kesin kabulü temin edebilecek şartların sağlanması yüklenicinin akdi sorumluluğunun yerine getirilmesi anlamına gelmekle birlikte, cezai hükümler ve idari yaptırım (tedbir) mahiyetindeki ihalelere katılmaktan yasaklanmaya ilişkin hükümlerden kaynaklanan sorumluluğunu ortadan kaldırmadığından, yüklenicinin hangi saikle olursa olsun idareyi yanıltma kastıyla işlediği bir fiil söz konusu ise, kusur ve noksanlıklar giderilerek kesin kabul yapılsa bile, KİSK'nin 26. maddesindeki amir hüküm gereğince, idarece ihalelere katılmaktan yasaklama kararı alınmalı ve koşulları mevcut ise KİSK'nin 27. maddesi gereğince suç duyurusunda da bulunulmalıdır. Kesin kabul işlemlerindeki kusur ve noksanların giderilmesi Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği'nin 12. maddesinde de düzenlenmiştir.²³³

KİSK'nin 30. ve 31. maddelerine göre, yükleniciler, alt yükleniciler ve (denetim eksikliğinin söz konusu olması halinde) yapı denetimini yerine getiren idare görevlileri; hileli malzeme, araç veya usuller kullanılması, fen ve sanat kurallarına

²³³ Yönetmeliğin 12. maddesine göre, tespit edilen kusur ve noksanlıkların kabulün yapılmasına engel olmayacak nitelikte bulunması halinde kesin kabul tutanağı düzenlenmekle birlikte, tespit edilen kusur ve noksanlıklar kabul tutanağında gösterilir ve yine tutanakta belirtmek suretiyle eksiklik ve noksanlıkların giderilmesi için bir süre belirlenir. Tespit edilen eksikliklerin yüklenici tarafından ve öngörülen süre içerisinde giderilmesi halinde kabul tutanağı ve eksikliklerin giderildiğine yönelik olarak düzenlenen tutanak işleme konulur. Tespit edilen kusur ve noksanlıklar kabule engel olacak nitelikte ise, kesin kabul işlemi yapılmamakla birlikte, bunların giderilmeleri için bir süre belirlenir. Her iki durumda da, kusur ve noksanlıkların gereği gibi giderilmemesi halinde idare, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 41. ve 44. maddelerine göre kusur ve noksanlıkları yüklenici nam ve hesabına tamamlar.

aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapılması nedeniyle ortaya çıkan zarar ve ziyandan, kesin kabul tarihinden başlamak üzere onbeş yıl süreyle müteselsilen sorumludurlar.²³⁴ Benzer bir sorumluluk, Kanun'un 312. maddesinde, danışmanlık hizmeti sunucuları bakımından da düzenlenmiştir.

d. Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek

Kanun'un 25/1-d maddesiyle, yüklenicinin, taahhüdün yerine getirilmesi aşamasında idareye zarar vermesi bir yasaklama sebebi olarak düzenlenmiştir. Yüklenici, sözleşmeye uygun olarak taahhüdünü yerine getirmenin yanı sıra, taahhüdünü yerine getirirken (edimini ifa ederken) dürüstlük kurallarına uygun hareket etmek zorundadır.²³⁵ Bu yasaklama sebebi (idare zararı) çoğu kez, sözleşme ve şartnameye uygun olmayan biçimde yerine getirilen, örneğin, hileli yahut sözleşme ve şartnameye aykırı malzeme ve usuller kullanılarak yerine getirilen taahhüt nedeniyle yükleniciye hak edilenden fazla ödeme yapılmasıyla ortaya çıkar. Yine, bu yasaklama sebebini oluşturan fiillerin, Kanun'da sayılan diğer yasaklama sebeplerinin özelliklerini göstermesi de mümkündür.

e. Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya KİSK'nin 29. maddesinde düzenlenen "bilgi ve belgeleri açıklama yasağı"na aykırı hareket etmek

Kanun'un 25/1-e maddesindeki bu düzenleme, yüklenicinin ve danışmanlık hizmeti sunucusunun, bilgi ve deneyimlerini idarenin zararına kullanmasını ve muttali oldukları belge ve bilgileri (m. 29 ve sözleşme hükümlerine aykırı olarak) açıklamalarını yasaklamaktadır.

²³⁴ Kesin kabul yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa bile, sözleşme (edimin ifası) sürecinde işlenen ve ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını gerektiren fiillerden dolayı idarece yasaklama yaptırımını uygulanması gerektiğine ilişkin bir Danıştay kararı şöyledir: "(...) İşin geçici ve kesin kabulünün yapılmış olması sözleşmenin uygulanması aşamasında yasak fiil ve davranışların gerçekleşmesi halinde idarece yasaklama kararı uygulanabilmesine engel oluşturmayacağından, olayda söz konusu fiil ve davranışların gerçekleşip gerçekleşmediği irdelenerek dava konusu işlemin hukuka uygunluğunun tespit edilmesi gerekmektedir. İdare tarafından iddia edilen yasaklamayı gerektiren fiiller sözleşmenin uygulanması sürecinde meydana gelen fiiller olduğundan, geçici ve kesin kabulden sonra tespit edilmiş olsa dahi idarece yasaklama işlemi tesis edilebileceğinden, Mahkeme tarafından fiillerin sübuta erip ermediği noktasında değerlendirme yapılarak karar verilmesi gerekirken, idarenin sözleşmenin sona ermesinden ve kabuller yapıldıktan sonra 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Yasak Fiil ve Davranışlar" başlıklı 25 ve 26. maddeleri gereğince yasaklama kararı veremeyeceği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptal edilmesinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır. (...)" D13D, E. 2014/234, K. 2014/1194, KT. 27.3.2014. www.danistay.gov.tr, 11.10.2017.

²³⁵ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 154.

Bilgi ve deneyimin idarenin zararına kullanılmasının dürüstlük kurallarına aykırı olduğu açıktır. Bu fiil aynı zamanda (yukarıda incelenen) idarenin zararına sebep olmakla ilgili yasak kapsamına da girer. Bu hükümde, idarenin zararı ifadesinin yerine idarenin menfaatleri ifadesinin kullanılması daha isabetli olurdu görüşündeyiz. Şöyle ki, idarenin zararı denildiğinde ekonomik ve somut bir zarar anlaşılırken, idarenin menfaati dendiğinde, somut ve ekonomik (maddi) olarak ortaya çıkmasa bile idarenin menfaatine aykırı fiiller de kapsamış olacaktır.

Kanun'un 29. maddesinde, danışmanlık hizmeti sunucularına yönelik, bilgi ve belgeleri açıklama yasağına ilişkin bir düzenleme vardır. Kanun'un 25/1-e maddesi 29. maddeye aykırı fiilleri yasaklamış, 26. madde ise yasaklanan bu fiillerin işlenmesi halinde yasaklama yaptırımı uygulanmasını öngörmüştür. Belirtilen bu fiil ve uygulanacak yaptırıma ilişkin hükümler, taahhüdün yerine getirilmesi sürecinde (işin niteliğine göre) muttali olunan, açıklanması yasaklanmış bilgi ve belgeler hakkında danışmanlık hizmeti sunanlar için geçerli olduğu gibi, idareye (ihale konusu işe) ilişkin olup gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin açıklaması (veya idarenin zararına bu bilgilerin kullanılması) halinde yüklenici için de geçerlidir. Gerek ihale ve gerekse sözleşme sürecinde, sürece aktif birer aktör olarak katılan idare, yüklenici ve varsa danışmanlık hizmet sunucusu, ilgili mevzuat ve ihale dokümanı ile belirlenen sınırlar içerisinde faaliyetlerini gerçekleştirirken, birlikte çalışmanın zorunlu bir sonucu da olarak, birbirlerine ait ve gizli kalması (ticari ve gayri ticari bir takım nedenlerle ve kimi zaman da bir mevzuat gereği olarak) zorunlu olan bir takım bilgi ve belgelere muttali olabilmektedirler. Bu nitelikteki bilgi ve belgelerin, öngörülen kullanım amaçları dışında ve ilgili tarafın rızasına da aykırı biçimde kullanılmasının hukuka aykırı olduğu açıktır. Bu yasak, görevliler ve danışmanlık hizmeti sunanları bağlayacak bir içerikle Kanun'un 29. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Bu tür fiiller, açıklanan veya verilen "veri"nin (bilgi ve belgenin) niteliği ve diğer koşullara göre, suça ilişkin diğer unsurların da mevcut olması şartıyla, TCK m. 239'da 239. maddesinde düzenlenen, "Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması"²³⁶ veya TCK'nin 136. maddesinde düzenlenen "Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme"

²³⁶ TCK m. 239'da, meslek veya görev gereği vakıf olunan ticari sır veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeleri (fenni keşif ve buluşlar veya sınai uygulamaya ilişkin bilgiler de bu kapsamda kabul edilmiştir) yetkisiz kişilere vermek veya ifşa etmek suç olarak düzenlenmiştir. Suçun cezai yaptırımı hapis ve adli para cezasıdır. Suçun takibi şikâyete bağlıdır. TCK 136'da ise, kişisel verileri hukuka aykırı olarak bir başkasına vermek, yaymak veya ele geçirmek suç olarak düzenlenmiştir. Resen takibi gereken bu suçun cezai yaptırımı hapis cezasıdır.

suçlarını oluşturabilir.

f. Mücbir sebepler dışında ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdün yerine getirilmemesi

Kanun'un 26/1 ve 25/1-f maddelerinden kaynaklanan bir yasaklama sebebidir. Sözleşmeyi imzalayan yüklenici, taahhüt ettiği edimi,²³⁷ ihale dokümanında, sözleşmede ve ilgili mevzuatta yer alan hükümlere uygun biçimde yerine getirmek zorundadır. Aksi durumda yasaklama yaptırımı gündeme gelecektir.²³⁸

²³⁷ Taahhüt edilen edim denildiğinde, ihaleye konu işin anlaşılması gerektiği; bu nedenle, şartname ve sözleşmede bulunsa dahi, taahhüt edilen edimin yerine getirilmesine (doğrudan doğruya edime ve taahhüde) ilişkin olmayan koşulların Kanun'un bu hükmünün kapsamına girmediği ve bunların ihlalinin, taahhüdün sözleşme hükümlerine göre yerine getirilmemesi şeklinde değerlendirilerek anılan Kanun hükmüne göre yasaklama yaptırımı uygulanamayacağı savunulmaktadır. Yılmaz, **age.**, 1016. Bu görüşe göre, örneğin, iş deneyim belgesine sahip ortağın taahhüt tamamlanmadan ortaklıktan ayrılmayacağına yönelik bir hükmün şartnamede veya sözleşmede yer almasına rağmen bu hükmün riayet edilmemesi (ortağın taahhüt tamamlanmadan ortaklıktan ayrılması) halinde (bu durum gerekçe gösterilerek) anılan Kanun hükmüne göre yasaklama işlemi yapılamayacaktır. Ankara Bölge İdare Mahkemesinin 20.5.2010 tarih YD İtiraz No.: 2910/2338 s. kararı. Aktaran: **Ae.**, s. 1017. Biz bu görüşe iştirak etmiyoruz. Taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirilmemesi durumunu geniş kapsamda ele alarak, taahhüdün (ihaleye konu mal, hizmet ve yapının) niteliğine olumsuz yönde etki edebilecek (ve sözleşmede veya şartnamede özel olarak belirtilmiş bir koşula aykırı olan) her türlü fiil ve durumun bu kapsamda yer aldığının kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz.

²³⁸ Danıştayın, verilen ek süreler rağmen sözleşme ve şartnamede belirtilen standartlara göre ve süresinde inşaat yapmayan yüklenici hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı uygulanması gerektiğine ilişkin bir kararının ilgili kısımları şöyledir: "(...) *Dosyanın incelenmesinden, (...) seyircili spor salonu inşaatı yapım işi için 20.09.2011 tarihinde ihaleye çıktığı, (...) sözleşmenin 02.12.2011 tarihinde imzalandığı, yer tesliminin 07.12.2011 tarihinde yapıldığı, (...) Olayda, sözleşmeye konu "... Spor Salonu İnşaatı" yapım işinin 29.07.2013 tarihinde bitirilmesi gerektiği halde, sözleşmeye konu işin tamamlanabilmesi amacıyla sürenin, sözleşmenin feshedildiği 21.11.2014 tarihine kadar yaklaşık 16 ay uzatıldığı, davalı idare tarafından (1) nolu hakediş ödemesinin yapıldığı 10.01.2012 tarihinden (10) nolu hakediş ödemesinin yapıldığı 28.06.2013 tarihine kadar düzenli olarak davacı şirkete hakediş ödemesi yapıldığı, (11) nolu hakedişin 650.000,00.-TL'sinin 06.03.2014 tarihinde, 400.000,00.-TL'sinin ise 07.05.2014 tarihinde davacı şirkete ödenmesine rağmen davacı şirket tarafından (11) nolu hakediş ödemesinin eksik yapılması gerekçe gösterilerek işin tamamlanabilmesi için yeniden süre uzatımı verilmesinin talep edildiği, davalı idarenin davacıya gönderdiği 31.10.2014 tarihli ihtarname ile sözleşme konusu işin 10 gün içinde geçici kabule hazır hale getirilmesinin ihtar edildiği, nihayetinde davalı idare tarafından sözleşmeye konu taahhüdün ek süreler verilmesine karşın yerine getirilmediğinden bahisle sözleşmenin 21.11.2014 tarihinde feshedildiği, davalı idare tarafından pvc esaslı tribün koltuğu imalatının sözleşmeye uygun olarak yapılmadığının ve ahşap parke imalatına ait, projede ve teknik şartnamede yer alan FİBA onayının olmadığı tespit edildiği hususları dikkate alındığında, davacı şirketin işi süresinde ve sözleşmeye uygun olarak yerine getirmediği anlaşıldığından, davacı şirketin ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptali yolundaki temyiz konu İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle; temyiz isteminin kabulü ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca Ankara 3. İdare Mahkemesinin 29.02.2016 tarih ve E:2015/1678, K:2016/881 sayılı kararının BOZULMASINA,(...)" D13D, E. 2016/3567, K. 2017/406, KT. 20.02.2017. www.danistay.gov.tr, 11.10.2017.*

Sözleşmenin, Kanun'un 19. maddesine göre yüklenicinin mali acz içine düşmesi nedeniyle ve istemi üzerine veya 20. veya 21. maddelerine göre idarece feshedilmesi halinde, 22. maddenin son fıkrasında yer alan, **“19, 20 ve 21 inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, yükleniciler hakkında 26 ncı madde hükümlerine göre işlem yapılır...”** hükmü gereğince, yüklenici hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı uygulanır. Sözleşmelerin feshinde anılan maddelerde belirtilen usulün izlenmesi gerekmektedir.²³⁹ Bahsedilen fesih hallerinden hepsi için ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı uygulanır, ancak diğer hukuki yaptırımlar fesih hallerine göre değişiklik gösterebilmektedir. Bu husus Kanun'da ve KİGT'de düzenlenmiştir.

Genel kural, yüklenicinin sözleşmeye, ihale dokümanlarına ve mevzuata uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemesi halinde yaptırım uygulanması olmakla birlikte, taahhüt edilen edimin hiç, kısmen, süresi içerisinde veya gereği gibi yerine getirilmemesi (Kanun'un 10. maddesinde düzenlenen nitelikteki) mücbir sebeplerden kaynaklanmışsa, Kanun'da belirtilen şartların da sağlanması koşuluyla, öngörülen yaptırımların kısmen veya tamamen uygulanmayacağı bir durum gündeme gelmektedir. Borcun, sürekli imkânsızlık nedeniyle hiç ifa edilememesinden ziyade, geçici etki doğuran mücbir sebepler nedeniyle zamanında ifa edilememesi haliyle daha sık karşılaşılmaktadır.²⁴⁰ Taahhüdün hiç, kısmen, zamanında veya gereği gibi yerine getirilmemesi, yüklenicinin kasıt ve kusuru olmaksızın, tamamen yüklenicinin sorumluluk alanı dışında meydana gelmiş olan, öngörülemez ve önlenemez bir olaydan, yani bir mücbir (icbar edici/zorlayıcı) sebepten kaynaklanmış olabilir. Genel olarak hem kamu²⁴¹ ve hem de özel hukuk (borçlar hukuku) alanında borçlu yönünden sorumlulukları kaldırıcı yahut azaltıcı sonuçlar doğuran mücbir sebepler, sözleşmeye dayalı borç alacak ilişkilerinde, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olmayan, edimin ifası sürecinde meydana geleceği (basiretli bir tacirin bilgi ve deneyimine sahip olması beklenen) yüklenici tarafından öngörülemeyen ve²⁴²

²³⁹ Akyılmaz - Sezginer - Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 556.

²⁴⁰ Ş. Barış Özçelik, “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları”, **TBBD**, S. 123 (2016), s. 303.

²⁴¹ 213 s. Vergi Usul Kanunu'nun 13. maddesinde düzenlenen ve vergisel nitelikteki sorumluluklardan herhangi birinin yerine getirilmesinde eksiklik ve aksaklığa sebep olan olaylar, kamu hukuku alanındaki borç ilişkilerinde mücbir sebep kavramına ilişkin kanuni düzenlemelere bir örnek olarak gösterilebilir.

²⁴² Yüklenicinin, taahhüdünü yerine getirememesine sebep olan durumun (olayların) KİSK'nin 10/e maddesine göre mücbir sebep olarak kabul edilmesine yönelik isteminin Kurum tarafından reddine ilişkin işlemin iptali için yüklenici tarafından açılan davanın, mücbir sebep olarak kabul edilebilecek bir sebepte, **öngörülemezlik** ve **önlenemezlik** şartlarının bir arada

meydana gelmesinin (yüklenici tarafından) önceden alınabilecek bir tedbirle engellenmesi mümkün olmayan, meydana gelmesi halinde, yüklenicinin taahhüdünü yerine getirememesine neden olacak ağır sonuçlar doğuran, meydana geldikten sonra dahi taahhüdün yerine getirilememesine sebep olan etkisi ve sonucu yüklenici tarafından ortadan kaldırılamayan olaylardır.²⁴³

KİSK'de düzenlenen mücbir sebeplerin bir kısmı, somut olayın niteliği ve boyutuna göre, borcu sona erdiren sebepler olarak BK'nin 136 ve 137. maddelerinde düzenlenen ifa imkânsızlığı veya borçluya mahkemedan sözleşme koşullarında değişikliğe gidilmesini isteme veya sözleşmeden dönme hakkı verebilecek olan BK'nin 138. maddesinde düzenlenen aşırı ifa güçlüğü'nün özelliklerini gösterir. KİSK'de, mücbir sebeplerin ifa imkânsızlığı veya aşırı ifa güçlüğü sonuçlarından

gerçekleşmesi gerektiği, somut olayda bu şartların birlikte gerçekleşmediği gerekçesiyle idare mahkemesince reddi üzerine idarece yüklenici hakkında gerçekleştirilen ihalelere katılmaktan yasaklama işleminin hukuka uygun olduğuna ilişkin Danıştay kararında şu değerlendirmeler bulunmaktadır: "(...) konu ile ilgili olarak davacının yaptığı ... başvurusunda; Rusya'nın 2007, 2008, 2010 ve 2011 yıllarında ihracata tarife dışı engeller getirdiği, Rusya demiryollarının da ihracata yönelik tüm hububat sevkiyatını tüm alıcılar için durdurduğu, olumsuz hava koşullarının gemilere yükleme ve gemilerin limandan ayrılma tarihlerinde gecikmelere sebebiyet verdiği, limanlarda yoğunluk olduğu ve depo bulunmadığı vs. belirtilerek mücbir sebepler nedeniyle 30 günlük ek süre verilmesinin talep edildiği, ... Genel Müdürlüğü tarafından, sözleşmenin 25. maddesi uyarınca mücbir sebep sayılarak yükleniciye süre uzatımı verilip verilmeyeceği hakkında Kamu İhale Kurumu'ndan görüş sorulduğu Kurumun ... tarih ve ... sayılı yazısında, 4735 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi çerçevesinde mücbir sebep olarak değerlendirilmesinin koşullarının oluşmadığının bildirilmesi üzerine ... tarihinde sözleşmenin feshedildiği, ... tarih ve ... sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan işlem ile, davacı şirketin, sözleşme hükümlerine uygun olarak edimini yerine getirmediğinden bahisle 4735 sayılı Kanun'un 25/f ve 26. maddeleri uyarınca 1 yıl süreyle kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verildiği, dosyadaki mevcut bilgi ve belgelerin değerlendirilmesinden, davacının sözleşmeden doğan edimini ...-... teslim döneminde yerine getiremediği, kendisine 10 ve 3 günlük cezalı ilave süre verildiği ve bu süre sonunda da edimin sözleşmeye uygun şekilde yerine getirilemediği, bu defa, ... tarihli dilekçesi ile mücbir sebep nedeniyle 30 gün ek süre talebinde bulunduğu, ancak dilekçede belirtilen hususların Kamu İhale Kurumu tarafından mücbir sebep olarak değerlendirilmediği ve Kurum'un bu değerlendirmesine karşı açılan davada da Ankara 12. İdare Mahkemesinin 16.10.2015 tarih ve E:2015/1105, K:2015/1744 sayılı kararı ile öngörülemezlik ve önlenemezlik şartlarının bir arada gerçekleşmesi koşulunu oluşturmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verildiği, davacı şirketin ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek suretiyle 4735 sayılı Kanun'un 25/f maddesine aykırı davrandığı sübuta erdiğinden, dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir. Ankara 12. İdare Mahkemesinin 16.10.2015 tarih ve E:2015/1105, K:2015/1744 sayılı kararı Dairemizin 31.03.2017 tarih ve E:2016/1614, K:2017/874 sayılı kararı ile onanmıştır. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu Ankara 15. İdare Mahkemesinin 17.06.2016 tarih ve E:2015/1800, K:2016/2100 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, temyiz istemi yerinde görülmemekle anılan Mahkeme kararının ONANMASINA:(...)” D13D, E. 2016/3693, K. 2017/875, KT. 31.3.2017. www.danistay.gov.tr, 11.10.2017.

²⁴³ Yaptığımız bu tanımdan da anlaşılacağı gibi, mücbir sebep kavramının yapısında yer alan temel unsurlar, mücbir sebeplerin; haricilik (externality), kaçınılmazlık (unavoidability), öngörülemezlik (unforeseeability) nitelikleri olarak ifade edilmektedir. Bu unsurlar hakkında daha geniş açıklamalar için, bkz.: Özçelik, **agm.**, s. 303.

hangisini doğurduğu ayırt edilerek bir düzenleme yapılmadığı gibi, BK'deki ifa imkânsızlığı ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin hükümlere yollamada da bulunulmamıştır. Özel hukuka tabi olduğu genel ve temel bir ilke olarak kabul edilen sözleşme süreciyle ilgili olan KİSK'nin 10. maddesindeki düzenleme, ihaleye konu edimin ifası sürecine ilişkin özel nitelikteki bir düzenlemedir ve bu düzenlemelerin yanı sıra, KİSK'nin 36. maddesine göre (KİSK'de hüküm bulunmayan hallerde) uygulanması öngörülen BK'de yer alan ifa imkânsızlığı ve aşırı ifa güçlüğü düzenlemelerinin de ihaleye ilişkin edimin ifası sürecinde uygulama alanı bulması mümkündür.

İhale sözleşmesinde doğrudan veya KİK'nin ilgili maddelerine atıf yapılarak yer alması gereken,²⁴⁴ mücbir sebepler (mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller) Kanun'un 10. maddesinde; **doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmî veya genel seferberlik ilânı** şeklinde sıralanmış,²⁴⁵ ilaveten, gerektiğinde, yüklenicinin idareye başvurusu ve idarenin de Kuruma başvurusu üzerine Kurum tarafından mücbir sebep olduğuna yönelik karar alınacak²⁴⁶ benzeri sebeplerin de mücbir sebep olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Mücbir sebep konusuna ilişkin daha ayrıntılı düzenlemeler KİGT'nin 25.3. maddesinde yer almaktadır.

KİSK m. 20/2'de açıkça belirtildiği üzere, maddede sayılan mücbir sebep hallerinden (en az) birinin veya (sayılan sebepler kapsamında yer almamakla birlikte) maddenin (e) fıkrasına göre mücbir sebep sayılması gereken bir halin olduğu beyan edilerek yüklenici tarafından idareye başvuruda (mücbir sebep başvurusunda) bulunulması halinde, bildirilen gerekçenin mücbir sebep kavramına dâhil ve geçerli kabul edilebilmesi için bazı koşullar vardır. Bu koşulların bir kısmı 10. maddede belirtilmiştir; diğerleri ise, mücbir sebep kavramının nitelik ve unsurlarından çıkarılmakta ve uygulama alanı bulmaktadırlar. Buna göre, Kanun'da sıralanan veya Kurumca kabul edilen ve yukarıda belirttiğimiz gibi, imkânsızlık veya aşırı ifa güçlüğü halini doğuran olayın; yüklenicinin kusurundan kaynaklanmamış ve meydana gelmemesini sağlamaya (veya meydana geldikten sonra taahhüdün yerine

²⁴⁴ İhale sözleşmesinde, Kanun'da sıralanan sebeplerin yanı sıra, ihale dokümanında da belirtilmiş olmak şartıyla, ihalenin kendine özgü nitelikleri ve koşullarına göre mücbir sebep olarak kabul edilmesi öngörülen hallerin de yazılması (KİSK m. 7/1-o gereğince) zorunludur.

²⁴⁵ Ülkemizde yüklenicilerin edimlerini yerine getirememesinde gerekçe olarak ve mücbir sebep olarak ekonomik krizi ileri sürdükleri görülmektedir. Kamu İhale Kurumu "ekonomik kriz" in mücbir sebep sayılmayacağı görüşündedir. Kamu İhale Kurumu'nun 5.10.2019 tarih 2009/DK. D-137 s. kararı. Aktaran: Çaylı - Kılıç, *age.*, s. 1278.

²⁴⁶ Mücbir sebep hallerine ve özellikle, idarenin başvurusu üzerine bir halin Kurum tarafından mücbir sebep olarak belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar KİGT'nin 25.3. maddesinde düzenlenmiştir.

getirilmesini engelleyici etki ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına) yüklenicinin gücünün yetmemiş olması, sebebin yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmesini imkânsız kılması veya sözleşmenin imzalanması sırasında mevcut olmayan ve öngörülemeyen mücbir sebep niteliğindeki olayın, edimin ifasının bu sebebe (olaya) rağmen yükleniciden istenmesini dürüstlük kuralına aykırı düşecek derecede yüklenici aleyhine değiştirmiş olması,²⁴⁷ olayın meydana geldiğinin (ayrıca, niteliğinin ve ağırlığının) yetkili mercilerce tevsik edilmesi, son olarak, mücbir sebep teşkil eden olayın meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içerisinde yüklenici tarafından idareye yazılı olarak bildirimde bulunulması (mücbir sebep başvurusu yapılması) koşullarını sağlaması halinde mücbir sebep başvurusu kabul edilebilir.

Yüklenicinin mücbir sebep başvurusunun, belirtilen Kanun hükümleri ve KİGT'nin 25.3. maddesindeki düzenlemeler başta olmak üzere mevzuattaki hükümler çerçevesinde değerlendirilerek bir karara varılması, Kanun'un 10/1-e maddesi hariç olmak üzere idarenin yetki ve sorumluluğundadır. İdare, m. 10/1-e uyarınca mücbir sebep başvurusunda bulunulması halinde, bu talebi, kendi değerlendirmesini de ekleyerek Kurum'a intikal ettirecek ve Kurumca da maddede belirtilen ilke ve kurallara göre, bildirilen sebebin mücbir sebep teşkil edip etmediğine yönelik bir karara varılacaktır.²⁴⁸

Mücbir sebep nedeniyle taahhüdün yerine getirilememesi halinde, Kanun'un 23. maddesinde yer alan, **“Mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshedilmesi halinde, hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar iade edilir.”** hükmü ve 25. maddesinin 1-f bendindeki **“Mücbir sebepler dışında...”** ifadesi gereğince herhangi bir yaptırım (kesin teminatın gelir kaydedilmesi, gecikme cezası uygulanması, ihalelere katılmaktan yasaklama) uygulanmadan sözleşmenin feshedilmesi, kesin teminatın iade edilmesi ve işin genel hükümlere göre tasfiye edilmesi mümkün olduğu gibi, (mücbir sebebin niteliği, ağırlığı ve taahhüdün yerine getirilmesine etkisi dikkate alınarak) süre uzatımı, (Kanun'da mücbir sebebe bağlı olarak bu yönde bir düzenleme olmamakla birlikte) 15. maddeye göre sözleşmede değişiklik veya 16. maddeye göre sözleşmenin devri yollarına gidilmesi de mümkündür.

²⁴⁷ Burada, BK'nin 138. maddesinde düzenlenen aşırı ifa güçlüğünden farklı ve fakat benzerlikleri de olan bir durum söz konusudur.

²⁴⁸ KİGT'nin 25.3.5. maddesinde, mücbir sebep şartlarından “öngörülemezlik” ve “önlenebilirlik” unsurlarına vurgu yapılmış ve belirtilen şartları taşımayan mücbir sebep başvurularının Kurum'a intikal ettirilmemesi gerektiği ifade edilmiştir.

KİSK'nin 19. maddesine göre, sözleşme yapıldıktan sonra yüklenicinin mali acz içerisinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak bildirmesi (ve gerekçelerin idarece kabul edilmesi) halinde, ek ve kesin teminatlar gelir kaydedilir, sözleşme feshedilir ve hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Bu durumda da, yüklenici hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı (22. maddenin son fıkrasındaki açık hüküm gereğince) uygulanır. Böyle bir durumda, KİSK m. 26/2'ye göre, yüklenicinin yanı sıra fıkrada sayılanlar hakkında da yasaklama kararı verilmesi bizce mümkün değildir. Çünkü 22. maddenin son fıkrasında, **“(...) yükleniciler hakkında 26 ncı madde hükümlerine göre işlem yapılır.”** denmekte ve 26. maddede ise (yasaklama yaptırımı uygulanması gereken fiil ve haller olarak) 25. maddeye yollama yapılmaktadır. Dolayısıyla, 25. maddede belirtilen fiil ve hallerin mevcut olması halinde 26. maddenin bir bütün olarak uygulanması, yani yüklenicinin yanı sıra maddenin 2. fıkrasında sayılanlar hakkında da yasaklama kararı alınması, 22. maddenin son fıkrasındaki yollama nedeniyle 26. maddeye göre yüklenici hakkında yasaklama yaptırımı uygulanması halinde ise (maddelerin lafızları ve idari yaptırımlarda kanunilik ilkesi nedeniyle) sadece yüklenici hakkında yasaklama yaptırımı uygulanması gerekmektedir.

KİSK'nin bu başlık altında incelenen hükmüne göre idari yaptırım uygulanabilmesi için, gerek mevzuatında ve gerekse sözleşmede belirtilen usul izlenmek suretiyle edimin (taahhüdün) sözleşme ve şartnamede belirtilen şekilde yerine getirilmediğinin tespit edilmesi, yine (yasak fiil ve davranışlar söz konusu olmaksızın taahhüdün yüklenici tarafından yerine getirilememesi halinde) KİSK'ye tabi ihalelerde Kanun'un 20/a maddesine, diğer ihalelerde (varsa) kendi mevzuatındaki benzer hükme göre, tespit edilen eksikliklerin giderilmesi için yükleniciye yazılı ihtarda bulunulması gerekmektedir. Söz konusu usule riayet edilmeden verilen yasaklama kararları hukuka aykırı olacak ve hükmen iptal edilebilecektir.²⁴⁹

²⁴⁹ “(...) Dava; Aydın ili, Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliği tarafından 2013/193119 ihale kayıt numarası ile 11.02.2014 tarihinde yapılan ... hizmeti alım işi ihalesinde sözleşme imzalanan davacı şirketin, edimini ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmede gerekçesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25/f ve 26. maddeleri uyarınca bir yıl süre ile ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin ... tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan yasaklama işleminin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce; ihale konusu işin yürütüldüğü hastanelerin çeşitli birimlerinde görev yapan personel tarafından her ne kadar işin eksik olduğu yönünde bir kısım belirlemelerde bulunulmuş ise de; usulüne uygun biçimde oluşturulacak kontrol teşkilatlarının yapacağı denetim ve inceleme ile uzman kişilere yaptırılacak teknik inceleme

g. Sözleşmenin (16. maddeye aykırı olarak) devredilmesi veya devralınması

Bu yasaklama sebebi Kanun'un 26/1 ve 25/1-g maddelerinden kaynaklanmaktadır. KİSK'nin "Sözleşmenin devri" başlıklı 16. maddesine göre,²⁵⁰ sözleşme, zorunlu hallerde ve ancak ihale yetkilisinin yazılı izniyle başkasına devredilebilir. Devir halinde, devir sözleşmesinin noterce onaylandığı tarihten başlayarak üç yıl içerisinde yüklenicinin başka bir sözleşmeyi devretmesi veya devralması yasaktır. Kanun'un 16. maddesine göre; isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içerisinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez veya devralınmaz; aksi halde (Kanun'un 20, 22 ve 26. maddeleri çerçevesinde işlem yapılarak) sözleşme feshedilir, kesin ve ek kesin teminat gelir kaydedilir, hesap genel hükümlere göre tasfiye edilir ve yüklenici hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama işlemi yapılır.

h. Yüklenicilerin, alt yüklenicilerin, danışmanlık hizmet sunucularının, tedarikçilerin ve hizmet sunucularının, sözleşmeye aykırı fiilleriyle idarenin zararına sebep olmaları

Bu hususa ilişkin temel düzenlemeler Kanun'un 30, 32, 33 ve 34. maddelerinde yer almaktadır. KİSK'nin 25. maddesindeki hükümlerin de kapsamında bulunan bu kişiler için Kanun'un başlıkta belirtilen maddelerinde (aslında 25. maddedeki hükümlerin de kapsamına giren fiiller için) özel düzenlemelere yer verilmiştir. Bu maddelerde belirtilen, zarar ve ziyana sebep olan

sonucunda ihale konusu işin yapımındaki eksiklik ve kusurların tereddüde mahal vermeyecek biçimde tek tek ve somut bir biçimde belirlenerek, davalı idarece, bu eksikliklerin neler olduğu ve ihale dokümanı ile sözleşmenin hangi hükümlerine aykırı olduğu da açıklanmak suretiyle davacı şirkete usulüne uygun biçimde ihtarname gönderilerek söz konusu eksiklik ve kusurları gidermesi için verilecek süre içerisinde eksik ve kusurların giderilmemesi halinde sözleşmenin feshi ve yasaklama yoluna gidilmesi gerekirken; hastane personeli tarafından düzenlenen tutanakların hastane yöneticilikleri tarafından davacı şirkete tebliğ edilerek, tutanaklarda belirtilen hususların düzeltilmesinin istenilmesi sonrasında, edimin eksik ve kusurlu olduğu gerekçesiyle tesis edilen bir yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklama işleminde hukuka uygunluk bulunmadığından dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir. Dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptali yolundaki temyize konu Ankara 4. İdare Mahkemesinin 15.10.2015 tarih ve E:2014/2174, K:2015/1286 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, temyiz istemi yerinde görülmemeyerek anılan Mahkeme kararının ONANMASINA; ...oybirliğiyle karar verildi." D13D, E. 2016/515, K. 2016/1126, KT. 15.4.2016. www.danistay.gov.tr, 11.10.2017.

²⁵⁰ Sözleşmenin devri ve sebep olduğu yasaklamaya ilişkin ayrıntılar KİGT m. 27'de düzenlenmiştir.

fiiller aynı zamanda 25. maddenin kapsamına da girmektedir. Kanun'un 30, 32, 33 ve 34. maddelerindeki bu düzenlemelere göre, yapım işi yüklenicilerinin, tedarikçilerin, hizmet sunucularının ve danışmanlık hizmet sunucularının; edimlerini hiç ya da gereği gibi (sözleşme ve şartnameye uygun olmayan nitelik ve nicelikte yahut sürede) yerine getirmemeleri ve bunun sonucunda idarenin zararına sebep olmaları halinde, ortaya çıkan idare zararından sorumlu tutulmaları ve haklarında yasaklama işlemi yapılması gerekmektedir.

Zarar ve ziyana sebep olan fiiller faillerinin mali sorumluluğunu doğurduğu gibi, belirtilen maddelerin KİSK'nin 27. maddesine yollama yapması nedeniyle, işlenen fiiller ceza hukuku bakımından suç da teşkil ediyor ise haklarında suç duyurusunda bulunulması ve Kanun'un 20. maddesine göre sözleşmenin feshi ile kesin teminatın gelir kaydedilmesi de gerekmektedir.

D. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'na Göre Yasaklama

1. Genel Olarak

DİK'de ihalelere katılmaktan yasaklama sebeplerine ve yasaklama işlemlerinde izlenecek usule ilişkin temel düzenleme, Kanun'un "İhale İşlerinde Yasaklar ve Sorumluluklar" başlıklı dördüncü kısmının "İdarelerce ihalelere katılmaktan geçici yasaklama" başlıklı 84. maddesinde yer almaktadır. 84. maddede, sözleşme sürecinde yasaklamaya sebep olan fiil ve davranışlar düzenlenmiş, yanı sıra, yasaklamaya sebep olan diğer fiil ve davranışlar için Kanun'un "Yasak fiil ve davranışlar" başlıklı 83. maddesinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Kanun'un, yasaklama yaptırımıyla doğrudan ilgili olan 84 ve 83. maddelerinin yanı sıra (konunun geniş bir açıdan bir bütün olarak görülebilmesi için) 85, 57, 66, 67, 68, 69 ve 87. maddelerin de dikkate alınması gerekmektedir.

DİK'de düzenlenen yasaklama sebeplerinin, kapsam ve içerik olarak, KİK'de düzenlenen yasaklama sebepleriyle birçok yönden paralellik gösterdiği, ancak aralarında farklılıklar da bulunduğu görülmektedir. DİK'deki yasaklama sebepleri KİK'ye göre daha dar bir kapsama sahiptir. Örneğin, KİK'de yasaklama sebeplerinden biri olarak düzenlenen, ihaleye katılmayacağı belirtildiği halde ihalelere katılmak fiili, DİK'de yasaklama sebebi olarak düzenlenmemiştir. Bu

çelişkili durumun ortadan kaldırılması için bir kanuni düzenleme yapılması gerektiği düşünülmektedir.²⁵¹

DİK'nin, ihalelere katılmaktan yasaklama işlemine ilişkin **temel düzenlemeleri içeren** 84. maddesi şöyledir:

“83 üncü maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları anlaşılmalr, bu fiil ve davranışlar ihale safhasında vaki olmuşsa idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi fiil veya davranışlarının özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, haklarında bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir. Kararı veren idareler, bu kararı, Resmi Gazete’de ilan ettirirler. Bu kararlar ilgililerin müteahhitlik siciline de işlenir. İhalelere katılmaktan yasaklananlar, yasaklı oldukları süre içinde diğer idarelerce yapılacak ihalelere de müteahhit veya müşteri sıfatıyla katılamazlar.

Haklarında bu yolda işlem yapılanların sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilere de aynı müeyyide uygulanır.

Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhit veya müşteriler hakkında da, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir ve bu kararlar Resmi Gazete’de ilan ettirildiği gibi ilgililerin müteahhitlik sicillerine işlenir.

83 üncü maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulunanlar hariç olmak üzere, Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerden; şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsi kusurlarından kaynaklanan ve bu maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen fiil veya davranışları sebebiyle haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği idarece tespit edilenlerden, verilecek bir aylık süre içinde ihale bedelinin üç katı tutarında tazminatı peşin olarak ödeyenler hakkında ihaleden yasaklama kararı verilmez.

İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektiren bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili bakanlığa bildirmekle yükümlüdürler.”

2. DİK'nin Yasaklamayla İlgili Hükümlerinin Kapsamı

a. Yasaklama İşlemi Yapılacak İhaleler Yönünden Kapsamı

Yasaklama işlemi DİK'nin kapsamına giren (m. 35'te sayılan türden) **ihalelerde** yapılabilir. DİK m. 35'te belirtilen ihale türleri dışında gerçekleştirilen işlerde, diğer bir ifadeyle, DİK'de “İhale usullerine tabi olmayan işler” başlıklı üçüncü kısımda, 72 ilâ 82. maddeler arasında düzenlenen usullerde yasaklama yaptırımını uygulanamaz. Kanun'un, yasak fiil ve davranışları, yasaklama yaptırımını düzenleyen dördüncü kısmının başlığının “İhale İşlerinde Yasaklar ve Sorumluluklar” olması ve yasaklama yaptırımını düzenleyen 84. maddenin lafzında ihale dışı işlerin de madde kapsamında yer aldığı belirtilmemiş olması nedeniyle yasaklama yaptırımının sadece ihaleli işlerde uygulanabileceği sonucuna

²⁵¹ Kaya, “İhale Hukukunda Çalışma...”, s. 181.

varılmaktadır. Bununla birlikte, Kanun'un 85. maddesinin 2. fıkrasında, ihaleli işlerden daha geniş bir kapsama sahip olan **“Bu kanun kapsamına giren işlerden dolayı...”** ifadesi kullanıldığından, ceza sorumluluğu ve 85. maddedeki yaptırım ve tedbirlerin sadece ihaleli işlerde değil, Kanun kapsamındaki (ihale usulüyle veya ihale usulü dışındaki usullerle yapılan) tüm işlerde uygulama alanı bulacağı sonucuna varılmaktadır.

Bu hususta yukarıda (ihale kanunları ve temel mevzuatı başlığı altında) yapılan açıklama ve değerlendirmeler de dikkate alınmalıdır.

b. Yasaklanacak Kişiler Yönünden Kapsamı

Kanun'un “İdarelerce ihalelere katılmaktan geçici yasaklama:” başlıklı 84. maddesinin; 1. fıkrasında yer alan, **“(…) fiil veya davranışlarda buldukları anlaşılabilirler (...)**” ve 2. fıkrasında yer alan, **“Haklarında bu yolda işlem yapılanların sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilere de aynı müeyyide uygulanır.”** ve 3. fıkrasında yer alan, **“Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhit veya müşteriler hakkında da (...)**” ifadelerinden, yasaklanacak kişilerin, **ihale isteklileri** (sözleşme aşamasında yüklenici veya müşteri) ile birlikte bu kişilerin sermayesinin çoğunluğuna sahip olduğu şirketler olduğu anlaşılmaktadır.

DİK m. 84'de belirtilen bu kapsamın, KİK m. 58/2'de belirtilen kapsama göre daha dar olduğu görülmektedir. Bu durum, yasaklama yaptırımının her iki kanuna göre yapılan ihalelerde de aynı hukuki yararı korumayı hedef alması nedeniyle tutarsızlık oluşturmaktadır.

Kanaatimizce, DİK m. 84/1'deki, **“(…) fiil ve davranışlarda buldukları anlaşılabilirler (...)**” ibaresi, ihale isteklisi olmamakla birlikte (bir ihale isteklisinin çıkarına yönelik olarak) yasaklı fiil ve davranışlarda bulunan kişiler hakkında da yasaklama işlemi yapılacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Kanun metninde bu hususta bir netlik olmamakla birlikte, istekli ile çeşitli biçimlerde (gizli veya açık ortaklık, yönetim, istihdam, çıkar, taşeron vb.) irtibatı bulunan failin, gelecekte kamu ihalelerine katılma potansiyeli bulunan bir kişi (örneğin, gerçek kişi bir tüccar veya şirket) olması halinde, istekli ile birlikte bu kişinin de yasaklama işlemine dâhil

edilmesi yasaklama kurumunun ihdas amacına uygun bir davranış tarzı olacaktır. Aynı durum KİK için de geçerlidir. Bu hususta DİK'nin 84. maddesinde ve KİK'de bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır.

c. Yasaklı Kişilerin Katılamayacağı İhaleler Yönünden Kapsamı

Bu konu, Kanun'un 84. maddesinde belirtilmiş, KİGT'nin 28.1.2. maddesinde ise konuyla ilgili ilave açıklamalarda bulunulmuştur. Tebliğe göre, yasaklama kararının her yönden kapsamının tespitinde, Resmi Gazetede de yayımlanan karar metni esas alınmalıdır. Karar metninde (kapsamı daraltıcı nitelikte) herhangi bir özel sınırlama yok ise, Kanun'un 84. maddesinde geçen **"...bütün idarelerin..."** ifadesinden hareketle, kararın bütün idarelerin ihalelerine katılımı yasakladığı sonucuna varılmalıdır.

Kanun'un "İdarelerce ihalelere katılmaktan geçici yasaklama:" başlıklı 84. maddesinin 1. fıkrasındaki, **"(...) fiil ve davranışlar ihale safhasında vaki olmuşsa idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi (...) bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir. (...) İhalelere katılmaktan yasaklananlar, yasaklı oldukları süre içinde diğer idarelerce yapılacak ihalelere de (...) katılamazlar."** ve 3. fıkrasındaki, **"(...) ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir."** ifadelerinden; yasaklanan kişilerin, yasaklamaya sebep olan fiil ve davranışta buldukları ihaleye ve yasaklama kararı yürürlüğe girdikten sonra (tabii olduğu ihale mevzuatına bakılmadan, yasaklama süresinin sonuna kadar) **hiçbir idarenin** yaptığı ihaleye katılamayacakları sonucuna varılmaktadır. Maddedeki "bütün idareler" kavramının kapsam ve sınırlarının tespiti konusunda Kanun metninde açıklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum karşısında, idare kavramının organik yönden Anayasal kapsamı, DİK'nin yasaklamayı düzenleyen 84. maddesinin 1. fıkrası, KİK'nin ihaleye katılamayacak olanları düzenleyen 11. maddesinin 1-a bendinde yer alan **"Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile..."** ifadesi, yasaklama kurumunun amaçları da dikkate alınarak, DİK'ye göre ihalelere katılmaktan yasaklı olan kişilerin, KİK'nin genel kapsamının tarif edildiği 1. maddesinde sınırları çizilen (ki, bu sınırlar DİK'nin kapsamındaki idareleri de içine alır) alanda yer alan idarelerin ihalelerine katılamayacakları; daha kapsayıcı bir ifadeyle ortaya koyacak olursak,

yasaklı kişilerin; yasaklama kararında belirtilmiş ise, belirtilen kapsama dâhil idarelerin, belirtilmemiş ise, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelere (yasaklama süresi boyunca) katılamayacakları kabul edilmelidir. DİK'nin 84. maddesinde bir düzenleme yapılarak, yasaklı kişilerin DİK kapsamındaki ihalelerin yanı sıra, KİK kapsamındaki idarelerin (2. ve 3. maddelerle kapsam dışı tutulanlar dâhil olmak üzere) ihalelerine katılamayacakları hususunun açık ve net olarak ifade edilmesinde belirlilik ilkesi yönünden fayda bulunmaktadır.

3. Yasaklama Sebepleri

Yasaklama yaptırımına ilişkin temel hükmün yer aldığı DİK m. 84 ve bu maddenin yollama yaptığı (yasak fiil ve davranışları düzenleyen) DİK m. 83'te yer alan fiil ve davranışların, lafız yönünden değişiklikler olmakla birlikte anlam yönünden KİK ve KİSK'de yer alan yasak fiil ve davranışlarla büyük oranda (neredeyse tümüyle) aynı olduğu görülmektedir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, KİK'ye göre yapılan ihalelerde sözleşme süreci ayrı bir kanun olan KİSK'de düzenlenmesine karşın DİK'de hem ihale ve hem de sözleşme aşamaları birlikte düzenlenmiş, bu nedenle, yasaklama sebepleri de aynı Kanun içerisinde (m. 83 ve 84/3'de) düzenlenmiştir.

DİK'de yer alan yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışların içeriği (bir bütün olarak bakıldığında) KİK ve KİSK'de yer alan yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışlarla neredeyse bire bir örtüşmektedir. Bu nedenle, DİK'de yer alan ve aşağıda maddeler halinde incelenecek olan fiil ve davranışlar için yukarıda (KİK ve KİSK'ye ilişkin bölümlerde) yaptığımız açıklama ve değerlendirmelerin de dikkate alınması uygun olacaktır.

a. Hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek

Kanun'un 83/a maddesinde yer alan bu hüküm, KİK'nin 17/1-a ve KİSK'nin 25/1-a maddeleriyle aynı kapsama sahiptir. KİK'nin 17/1-a maddesinde, **anlaşma, irtikap ve rüşvet** de sayılmış, DİK'nin bu maddesinde ise KİK'nin anılan

maddesinden farklı olarak; **desise**²⁵² sözcüğü de kullanılmış ise de, her iki hükümde de yer alan “(...) veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.” ifadesi, anlaşma, irtikap, rüşvet ve desise kavram ve terimlerini de kapsadığından, her iki hükmün aynı zemini kapsadığını söylemek yanlış olmaz. Belirtilen ifade, maddenin anlam ve kapsamını genişletici bir işlev görmektedir. İhaleye fesat karıştırma yollarının (fiil ve davranışların) tümünü kazuistik bir usulle tek tek sayılması mümkün olmadığından, kanun koyucunun (haklı olarak) ihalelere hâkim olması gereken temel ilkelerle çatışan olası her türlü fiil ve davranış kapsama almak amacıyla belirtilen ifadenin kullanılması yoluna gittiği anlaşılmaktadır.

b. Açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde, isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kırarak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağırma ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak veya ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak

DİK'nin 83/b maddesindeki bu hükmün, lafız yönünden farklılıklar bulunmakla birlikte içerik yönünden KİK'nin 17/1-b maddesindeki hükümle büyük oranda örtüştüğü (metinlerin karşılaştırılmasından) görülmektedir. Bu nedenle, KİK'nin anılan hükümlerine ilişkin açıklama ve değerlendirmelerimiz bu hüküm için de geçerlidir.

c. İhale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek

²⁵² 765 sayılı (eski) TCK'nin “dolandırıcılık” suçunu düzenleyen 503. maddesinde kullanılan “sanialar veya hileler” ifadesi yerine 21.11.1990 tarih 3679 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle “hile ve desiseler” ifadesi getirilmişti. “Desise” terimi, 765 sayılı (eski) TCK'de, anılan maddenin yanı sıra birçok suç düzenlemesinde geçmekteydi. Terimin kullanımı, 5237 sayılı TCK'de, (dolayısıyla hukuk dilinde) “desise ve sanialar” ibaresinin bağlam içerisindeki anlam alanını da kapsadığı değerlendirilen “hileli davranış” kavramının benimsenmesiyle birlikte artık terk edilmiş gibi görünmektedir. DİK gibi eski tarihli kanunlarda ise bu terime rastlanabilmektedir. Yargıtay 11. Ceza Dairesinin, 30.9.2004 tarih 2004/4912 E. ve 2004/7003 K. sayılı kararında yer verdiği tanıma göre, *hile; nitelikli bir yalandır. Yalan, belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldırmalıdır. Desise ise, maddi nitelikteki fiil ve hareketlerle mağdurun hataya düşürmek için kullanılan aldatıcı vasıtalar.* www.yargitay.gov.tr, 29.10.2017.

işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak

Kanun'un 83/c maddesindeki bu hüküm, KİK'nin 17/1-c maddesi ve KİSK'nin 25. (özellikle 25/1-b, 25/1-f, 25-1/d, 25/1-c) maddesindeki hükümlerle aynı içeriktedir.

KİSK'ye tabi ihalelerden farklı olarak, DİK'ye tabi ihalelerde sözleşme (taahhüdün yerine getirilmesi) süreci ayrı bir kanunda düzenlenmiş değildir. Bunun zorunlu bir sonucu olarak, sözleşme (edimin ifası) aşamasındaki yasak fiil ve davranışlar KİSK'de olduğu gibi ayrı bir kanunda değil, DİK'nin içerisinde düzenlenmiştir. Taahhüdün kötü niyetle yerine getirilmemesi, mücbir sebepler dışında taahhüdün yerine getirilmemesi olarak anlaşılmalıdır. Mücbir sebeplerle taahhüdün yerine getirilememesi (aşağıda da belirtilecek olan) Kanun'un 84/3 maddesinde düzenlenmiştir. KİK ve KİSK'nin belirtilen hükümlerine ilişkin genel nitelikteki açıklama ve değerlendirmelerimiz bu hüküm için de geçerlidir.

d. Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmamak, sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçmek, mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmemek

Kanun'un 84/3 maddesinde yer alan bu hüküm, KİK'nin 58/1 ile KİSK'nin 25/1-f maddeleriyle aynı kapsama sahiptir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, KİSK'ye tabi ihalelerden farklı olarak, DİK'ye tabi ihalelerde sözleşme süreci ayrı bir kanunda düzenlenmiş değildir. Bunun zorunlu bir sonucu olarak, sözleşme (edimin ifası) aşamasındaki yasak fiil ve davranışlar KİSK'de olduğu gibi ayrı bir kanunda değil, DİK'nin içerisinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte, sözleşme (edimin ifası) aşamasına dâhil olmayan sözleşmenin ihale yetkilisi ve ihale üzerinde kalan istekli (yüklenici aday) tarafından imzalanması (KİK'ye tabi ihalelerde) KİSK'de değil (ihale sürecinin düzenlendiği) KİK'de (m. 46) düzenlenmiştir; bu nedenle, sözleşme imzalamaktan kaçınılması hali de (yasaklama gerektiren bir sebep olarak) KİK'de (m. 58/1) düzenlenmiştir.

DİK'nin 57. maddesine göre, yüklenici veya müşteri, onaylanan ihale kararının kendisine bildirimini izleyen 15 gün içerisinde geçici teminatı kesin teminata çevirerek noterlikçe tescil edilmiş sözleşmeyi idareye vermek, satışlara

ilişkin ihalelerde aynı süre içerisinde ihale bedelini ve yükümlüsü olduğu vergi ve diğer giderleri ödemek zorundadır. Bu zorunluluklara uymadığı takdirde idare (protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın) ihaleyi bozar ve (varsa) teminat gelir kaydedilir. Belirtilen şekilde sözleşmenin düzenlenip idareye teslim edilmemesi yasaklama yaptırımını gerektiren bir fiil (içtinap) olarak düzenlenmiştir.

Kanun'un 62. maddesine göre, taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine göre yerine getirilmemesi (ve en az 10 gün süreli ihtar rağmen aynı durumun devam etmesi) halinde kesin teminat gelir kaydedilir, sözleşme feshedilir, hesap genel hükümlere göre tasfiye edilir ve yasaklama işlemi yapılır. Taahhüdün yerine getirilmemesinin

Kanun'da, gerekçeleri mevcut olsa bile yasaklama yaptırımını yapılmamasını sağlayan bir yol vardır. DİK m. 84/4'te yer alan;

“83 üncü maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulunanlar hariç olmak üzere, Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerden; şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsi kusurlarından kaynaklanan ve bu maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen fiil veya davranışları sebebiyle haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği idarece tespit edilenlerden, verilecek bir aylık süre içinde ihale bedelinin üç katı tutarında tazminatı peşin olarak ödeyenler hakkında ihaleden yasaklama kararı verilmez.”

Hükmüne göre, belirtilen şartlar çerçevesinde, tazminat niteliğindeki ödemenin yapılması halinde tüzel kişi hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama işlemi yapılmaması (dolayısıyla bu yaptırımın uygulanmaması) gerekir. Kanun koyucu bu hükümle, belirli şartlar altında olmak kaydıyla, yasaklama yaptırımına (maddi nitelikte) seçenek bir yaptırım uygulanabilmesi olanağını tanımıştır.²⁵³

²⁵³ DİK'nin 84/3 maddesine göre idarece yasaklama kararı verilmesi gerektiğinin tespiti halinde anılan maddede belirtilen koşullarla, ihale bedelinin üç katı tutarında tazminatın ödenmesi halinde idarece yasaklama işlemi yapılmayacağına ilişkin bir değerlendirmenin yer aldığı Danıştay kararının ilgili kısımları şöyledir: “(...) Dava; 19.06.2007 tarihinde gerçekleştirilen taşınmaz kiralama ihalesinin onaylandığı 03.07.2007 tarihinden itibaren (15) gün içerisinde ihale bedelinin yatırılarak sözleşme imzalanmamış olması nedeniyle, ihale bedelinin (9.100,00-TL) üç katı olan 27.300,00-TL'nin bir ay içerisinde ödenmemesi halinde davacının ihalelerden yasaklanması hususunda Bakanlığa bilgi verileceğine ilişkin 06.05.2014 tarih ve 315 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce; 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesi çerçevesinde, 83. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulunanlar hariç olmak üzere, Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerden; şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsi kusurlarından kaynaklanan ve bu maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen fiil veya davranışları sebebiyle haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği idarece tespit edilenlerden, verilecek bir aylık süre içinde ihale bedelinin üç katı tutarında tazminatı peşin olarak ödeyenler hakkında ihaleden yasaklama kararı verilmeyeceğine ilişkin hükmü uyarınca, ihale bedeli olan 9.100,00-TL'nin üç katı olan 27.300,00-TL'nin bir ay içerisinde ödenmemesi halinde ihalelerden yasaklanması hususunda Bakanlığa bilgi verileceğine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu Bursa 1. İdare Mahkemesinin 04.02.2015 tarih ve E:2014/984, K:2015/101 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan

Anayasa Mahkemesi bu uygulamayı (kanun koyucunun bu içerikte yaptığı düzenlemeyi) devletin, belirtilen şartları yerine getiren kişiler açısından yaptırım uygulama yetkisinden feragat etmesi şeklinde değerlendirmiştir.²⁵⁴ Yüksek Mahkemenin bu değerlendirmesinin, **yaptırım uygulama yetkisinden feragat etme** olarak değil de, **yasaklama yaptırımı uygulama yetkisinden feragat etme** şeklinde düşünmek daha isabetli bir yaklaşım olacaktır; çünkü böyle bir uygulama yapıldığında da bir yaptırımın (tazminat) söz konusu olduğu açıktır.

E. İdarece Gerçekleştirilen Yasaklama İşleminde Yetki, Şekil ve Usul

Yasaklama işlemini, hukuki niteliği itibarıyla bir (bireysel) idari işlem (idari karar) olduğundan, herhangi idari işlemde olduğu gibi, yetki, şekil, usul (yöntem), sebep, konu ve amaç (gaye) unsurları yönünden ele alınarak incelemek yerinde bir yaklaşım olacaktır. Yasaklama işleminin konusu, kişinin belirli bir süre boyunca kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasıdır. İşlemin sebep unsuru, yukarıda (yasaklama gerektiren fiillerin incelendiği yerde) belirtilen icrai ve ihmali fiil ve davranışlardır. İşlemin genel nitelikteki amacı (tüm idari işlemlerde/yaptırımlarda olduğu gibi) kamu yararadır. İşlemin özel nitelikteki amaçları yukarıda müstakil bir başlık altında incelenmiştir. Yasaklama işleminde yetki, şekil ve usul kurallarına ilişkin düzenlemeler KİK, KİSK ve DİK'nin yasaklama kurumunu düzenleyen maddelerinde belirtilmiş, uygulamaya ilişkin çeşitli hususlar ise (KİK ve KİSK'ye tabi işler yönünden) KİGT m. 28.1'de açıklanmıştır. KİK m. 58'de düzenlendiği üzere, yasaklama kararı; **ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan**

bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, temyiz istemi yerinde görülmeyle anılan Mahkeme kararının ONANMASINA;(…) oybirliğiyle karar verildi.” D13D, E. 2015/2471, K. 2015/3259, KT. 30.9.2015. www.danistay.gov.tr, 11.10.2017.

²⁵⁴ DİK m. 83/4'teki söz konusu hükümlerin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemiyle açılan dava Anayasa Mahkemesince reddedilmiştir. İlgili karar metnindeki şu değerlendirmeler dikkate değer bulunmuştur: “(...) Bu bağlamda kamu ihalelerinde serbest rekabet ortamının sağlanması, toplumsal ihtiyaçların gecikmeksizin ivedi bir şekilde giderilmesi, bu yapılırken de kamusal kaynakların en etkili ve verimli biçimde kullanılması, kamu hizmeti niteliği de olan faaliyetlerinde önemli ölçüde aksamlar olmaması, az sayıda tüzel kişinin faaliyette bulunduğu sektörlerde rekabetin engellenmemesi ve vatandaşların hizmet alma kalitesinin olumsuz yönde etkilenmemesi ve kamu zararının önlenmesi için öngörülen kurullarla ihaleye katılmaktan yasaklamanın kapsamının, süresinin ve bu yaptırımdan ne şartlarla vazgeçilebileceğinin belirlenmesinin kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır. (...) Böylelikle kanun koyucu kurullarda belirlenen şartları yerine getiren kişiler açısından yaptırım uygulama yetkisinden feragat etmiştir. Dolayısıyla kanun koyucunun takdiri yetkisine dayanarak kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla düzenlediği kuralın hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan bir yönü bulunmamaktadır. (...)” AyM, E. 2014/92 K. 2016/6, KT. 28.1.2016, RG. 3.3.2016, sy. 29642.

bakanlık,²⁵⁵ herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri,²⁵⁶ il özel idareleri ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı²⁵⁷ tarafından verilir.²⁵⁸ KİK’de yer alan bu yetki durumunun, KİSK m. 26’da düzenlendiği üzere, sözleşme sürecinde verilen idari yasaklama kararı bakımından da geçerli olduğu görülmektedir. KİSK m. 26/1’de yer alan bu husustaki düzenlemenin KİK m. 58/1 ile neredeyse aynı olduğu, aradaki tek farkın, ihale süreciyle ilgili olarak **“ihaleyi yapan bakanlık”** ifadesi kullanılırken sözleşme süreciyle ilgili olarak **“sözleşmeyi uygulayan bakanlık”** ifadesinin kullanıldığı anlaşılmaktadır.²⁵⁹ DİK’ye tabi ihalelerde (hem ihale ve hem de sözleşme sürecinde) yasaklama kararını verecek makam, Kanun’un 84. maddesinde, **“...ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık**

²⁵⁵ Bakanlıklara bağlı, ilişkili, ilgili kurum ve kuruluşlar ile diğer kurum ve kuruluşların teşkilatı, aynı isimle çıkarılan 15.7.2018 tarih 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile (RG. 15.7.2018 - 30479) düzenlenmiştir. Dolayısıyla, bu Kararnamede, kurum ve kuruluşlar için öngörülen bağlılık, ilişkililik ve ilgililik durumu, ihalelere katılmaktan yasaklama işlemine ilişkin (KİK m. 58, KİSK m. 36 ve DİK m. 84’te yer alan) yetki kurallarının yorum ve uygulanmasında esas alınmalıdır.

²⁵⁶ Üniversitelerin gerçekleştirdiği ihalelerle ilgili olarak yasaklama kararı verme yetkisi (üniversiteye ve YÖK’e değil) Milli Eğitim Bakanlığına aittir: “(...) 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 3. maddesine göre, üniversitenin bilimsel özerkliğe ve kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu; 7. maddesinin (k) fıkrasında, “Yükseköğretim üst kuruluşları ile üniversitelerce hazırlanan bütçeleri teklif ve onayladıktan sonra Milli Eğitim Bakanlığına sunmak”; Yükseköğretim Kurulu’nun görevi sayılmıştır. Bu düzenlemeler uyarınca üniversiteler yönünden, Yükseköğretim Kurulu’nun ilgili bakanlığının Milli Eğitim Bakanlığı olduğu anlaşıldığından, 4735 sayılı Yasa’nın 25. maddesinde belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilen yükleniciler hakkında Milli Eğitim Bakanlığı tarafından yasaklama kararı verilebileceğinden, üniversitelerce doğrudan yasaklama kararı verilmesine olanak bulunmamaktadır. Üniversitelerde, YÖK Milli Eğitim Bakanlığıyla i... olduğu için yasaklama kararı Milli Eğitim Bakanlığı tarafından verilecektir. (...)” D13D, E. 2006/951, K. 2007/2607, KT. 30.4.2017. www.danistay.gov.tr, 3.6.2018.

²⁵⁷ KİK’nin 59. ve KİSK’nin 26. maddesinde yer alan yetkiye ilişkin düzenlemelerde 29.11.2018 tarih 7153 sayılı Kanun’un (RG. 10.12.2018 - 30621) 28. maddesiyle (16. ve 17. fıkralarla) değişiklik yapılmıştır. Değişiklikten önce maddelerdeki “...belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri...” şeklinde olan ibare, “bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik” şeklinde değiştirilmiştir. 7153 sayılı Kanun’un 28. maddesinin gerekçesinde, bu değişiklikle ilgili olarak, İçişleri Bakanlığına bağlı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğünün kapatılması ve görevlerinin Çevre ve Şehircilik Bakanlığına bağlı olarak kurulan Yerel Yönetimler Genel Müdürlüğüne devretmesi doğrultusunda uyum düzenlemesi yapıldığı ifade edilmektedir. mevzuat.tbmm.gov.tr, www.kik.gov.tr, 2.5.2019

²⁵⁸ Hazine ve Maliye Bakanlığının ilgili kuruluşu olan Merkezi Finans ve İhale Birimi aracılığıyla (AB Komisyonu ile imzalanan ve 30.1.2003 tarih 4802 ve 10.5.2006 tarih 5500 sayılı Kanunlarla uygun bulunan mutabakat zaıtları ve 1 No.’lu Ek mutabakat zaptı kapsamında sağlanan fonların kullanılması kapsamında) gerçekleştirilen ihaleler için de KİK’de yer alan ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımına ilişkin hükümler uygulanır. Bu ihalelerle ilgili yasaklama kararı Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından verilir.

²⁵⁹ KİSK’nin “Birden fazla idarenin ortak ihtiyaçları için ihale yapılması” başlıklı Ek 7. maddesine göre yapılan ihalelerde, ihaleyi yapan idare ile sözleşmeyi uygulayan idareler farklıdır. Bu usule göre gerçekleştirilen ihalelerde, yasaklama kurumunun uygulanmasında ihale ve sözleşme süreçlerinde yetkili olacak idarelerin de farklı olacağı açıktır.

tarafından,...” şeklinde ifade edilmiştir. DİK’de (KİK ve KİSK’den farklı olarak) İl özel idareleri ve belediyelerin ihalelerinde bu yetkinin kime ait olduğu (açık bir hükümle) düzenlenmemiştir. Görüş niteliğindeki bir kararında Danıştay, DİK’ye tabi işlerde bu yetkinin, KİK’ye ve KİSK’ye tabi işlerde olduğu gibi, İçişleri Bakanlığına ait olduğunu ifade etmiştir.²⁶⁰

KİK ve KİSK’de, yasaklama kararını verme görev ve yetkisine ilişkin düzenleme yapılırken, ihaleci ve sözleşmecii idarenin; bakanlık, bakanlığa bağlı kuruluş veya bakanlıkla ilgili kuruluş olma durumuna göre bir ayırım yapılmış, ancak, “ilişkili kuruluş”lar için²⁶¹ açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir.²⁶² Bu nedenle karar verme görev ve yetkisinin, KİK m. 58’de yer alan, “**...herhangi bir bakanlığın ilgili ve bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, (...) tarafından verilir.**” hükmünden hareketle ihale yetkilisine ait olduğu düşünülmelidir. Benzer bir durum DİK bakımından da söz konusudur. DİK’de yasaklama kararını verme görev ve yetkisine ilişkin düzenleme yapılırken, ihaleci idarenin; bakanlık veya bakanlıkla ilgili kuruluş olma durumuna göre bir ayırım yapılmış, “ilgili kuruluş” ve “ilişkili kuruluş” kavramlarına yer verilmemiştir. Bu hususlarda (anılan kanunlarda) bir düzenleme yapılmasında fayda vardır.²⁶³

Yetkili olmayan bir idari merci tarafından verilen yasaklama kararının, yetki yönünden hukuka aykırı olduğu için (açılacak bir iptal davasında) iptal edilmesi gerekmektedir.²⁶⁴

Yasaklama yaptırımını gerektiren bir fiilin işlendiğini tespit eden ihaleci idarenin, fiilin yararına işlendiği istekliyi ihaleye kabul etmemenin ve (bir suçun

²⁶⁰ Danıştay İdari İşler Kurulu’nun, 1.6.1995 tarih 1995/68 E. ve 1995/120 K. sayılı istişari nitelikteki görüşü. Aktaran: Kaya, “İhale Hukukunda Çalışma...”, s. 164.

²⁶¹ Pozitif hukukumuzda geçmekle birlikte açıkça tanımlanmamış olan “ilişkili kuruluş” ibaresi hukukumuzda ilk olarak Rekabet Kurumu için öngörülmüş, daha sonra birçok bağımsız idari otorite için de benimsenmiştir. Bu tanımlama ile, “ilgili kuruluş” ibaresinden (ve elbette “bağlı kuruluş” ibaresinden) farklı olarak, hiyerarşik ilişkinin hiç olmadığı, idari vesayet bağının ise (ilgili kuruluşa göre) çok daha yumuşak olduğu vurgulanmak istenmiştir. Ali Dursun Ulusoy, **İdarenin Yapılanması: T.C. İdari Teşkilatı (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ders Notu (2/B)**, s. 90. www.law.ankara.edu.tr, 20.10.2018.

²⁶² Kanun’da bu hususta açık bir düzenleme bulunmama ile birlikte, KİGT m. 28.1.4.2’de, ilişkili kuruluşların, yasaklama gerektiren tespitlerini ilişkili buldukları bakanlığa bildirmeleri gerektiği düzenlenmiştir. Bir düzenleyici işlem olan KİGT’nin normlar hiyerarşisindeki konumu dikkate alındığında (Kanunda yer almayan bu hususun) Tebliğ ile düzenlenmesinin doğru bir uygulama olmadığı açıktır.

²⁶³ Yasin Sezer, **Kamu İhalelerine Katılma Yasağı**, Ankara, Adalet, 2012, s. 108, 112.

²⁶⁴ Yukarıda ilgili kısımları dipnot olarak belirtilen kararda (D13D, E. 2006/951, K. 2007/2607, KT. 30.4.2017) yüksek mahkeme, üniversitenin ihaleci idare olduğu bir ihale kapsamında verilen yasaklama kararının Milli Eğitim Bakanlığı tarafından verilmemesinin işlemin yetki yönünden hukuka aykırı olması sonucunu doğurduğu gerekçesiyle yasaklama işleminin iptal edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

işlenmiş olabileceği izlenimini veren bir hal var ise)²⁶⁵ Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunmanın yanı sıra, ilgililer hakkında yasaklama kararı alınması istemiyle ve gecikmeden konuyu yukarıda belirtilen karar mercilerine bildirmesi gerekmektedir.²⁶⁶ Bu husus KİK'nin 58. maddesinin son fıkrasında da açıkça

²⁶⁵ CMK m. 160/1'e göre, "bir suçun işlendiği izlenimini veren bir halin varlığı" Cumhuriyet savcısının (kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere) harekete geçmesini, araştırma yapmasını gerektirir. Dolayısıyla, idarenin Cumhuriyet başsavcılığına hangi durumlarda bildirim yapacağını asgari ölçütü olarak da CMK'de belirtilen bu düzenlemenin esas alınması uygun olacaktır.

²⁶⁶ İhale sürecinde yasaklı fiil ve davranışlarda bulunduğu tespit eden idarenin, hakkında yasaklama işlemi yapılması gerekenlere (hakkında yasaklama işlemi yapılacağı hususunda) bildirimde bulunmasına gerek yoktur. Ancak, yasak fiil ve davranışlar nedeniyle ihale dışı bırakılan istekli, ihale dışı bırakılma gerekçesi kendisine bildirileceğinden konu hakkında zaten bilgi sahibi olacaktır. Sözleşme sürecinde ise, yüklenicinin taahhüdünü sözleşme ve ihale dokümanında belirtilen koşullara uygun olarak yerine getirmemesi halinde KİK'nin 25/a maddesine göre sözleşmenin feshi, gecikme cezası ve yasaklama yaptırımını uygulanabilmesi için Kanun'un 20/a maddesine göre yükleniciye yazılı ihtarında bulunulması gerekirken, yüklenicinin sözleşmenin uygulanması sırasında yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu (örneğin, sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullandığının, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yaptığının) tespit edilmesi halinde, yani KİK'nin 25/b maddesinde belirtilen durumda KİK'nin 26. maddesine göre yasaklama ve diğer yaptırımların uygulanabilmesi için yükleniciye ihtar vb. herhangi bir yazılı bildirimde bulunulmasına gerek yoktur. Bu hususa işaret eden bir Danıştay kararı şöyledir: "(...) 4735 sayılı Kanun'un 20. maddesinin (a) bendi, "yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi" hâllerine özgü olarak sözleşmenin süreli fesih bildiriyle sona erdirilebileceğini, (b) bendi ise "sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25. maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi hâlinde" ayrıca fesih bildiriminde bulunmaya gerek olmaksızın yüklenicinin feshedilebileceğini düzenlemiştir. Bir başka ifadeyle, idare, işin yürütülmesi sırasında yüklenicinin yasak fiil ve davranışlarını tespit etmişse, Kanun'un 20. maddesinin (b) bendine göre herhangi fesih bildiriminde bulunmaya gerek olmaksızın (on günlük ihtar vermeksizin) tek yanlı olarak sözleşmeyi feshedebilir. Nitekim Kanun'un 20. maddesinin gerekçesinde, "Akde bağlanan bir taahhüdün yüklenici tarafından yerine getirilmemesi hâlinde, Borçlar Kanunu'nun 106'ncı maddesine uygun olarak sözleşmenin süreye bağlı bildirimli feshi ile yüklenicinin sözleşmenin uygulanması sırasında Kanun'da belirtilen yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespiti hâlinde bildirim yapılmaksızın fesih düzenlenerek, protesto çekmeye ve karar almaya gerek kalmaksızın kesin teminatın gelir kaydedilmesi ve sözleşmenin feshi öngörülmüştür." ifadelerine yer verilerek, Kanun'un 20. maddesinin (a) bendi ile (b) bendi arasındaki farklılığa dikkat çekilmiş, idarenin sözleşmenin uygulanması sırasında yasak fiil ve davranışların tespiti hâlinde "bildirimde bulunmaya gerek olmaksızın" sözleşmeyi tek yanlı feshedebileceği vurgulanmıştır. ... Baştabipliği ile davacı arasında 01.02.2012 tarihinde imzalanan "2012 yılı Metal Destekli Kron (Seramik) İskelet Protez Metal Döküm Hizmeti" ihalesine ilişkin sözleşme ile 30.000 adet metal destekli kron (seramik) ve 4.000 adet iskelet protez metal alımının öngörüldüğü, taraflar arasında akdedilen sözleşmenin 16.1.1 maddesinde, sözleşme süresince mücbir sebepler dışında yükleniciye ait laboratuvarın teknik şartnamede belirtilen hükümlere aykırı fiil ve davranışlarda bulunamayacağı, teknik şartnamenin 6.1 maddesine göre laboratuvar hatasına bağlı teknik ve bilimsel seviyeye uymayan işlerin geri çevrileceği, bu durumda geri çevrilen işlerin ücretsiz olarak yenileneceği (RPT), kabul edilebilir RPT oranlarının aylık yüzde 3 olduğu ve bu oranın üzerindeki geri çevrilen işlerin varlığı hâlinde teknik şartnamenin 8.7 maddesinin uygulanacağı, teknik şartnamenin 8.7 maddesine göre birinci aşamada yazılı uyarı, ikinci aşamada sözleşme bedelinden %0.5 ücret hakediş kesintisi, üçüncü aşamada sözleşme bedelinden %1 ücret hakediş kesintisi, dördüncü aşamada ise tek taraflı fesih koşullarının uygulanacağı hususlarına yer verildiği; sözleşmenin 16. maddesinde de aynı kuralın tekrarlandığı taraflar arasında sözleşmenin yürütülmesi sırasında Ocak-Şubat 2012 dönemine ait işlerin Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin 32. ve 34. maddelerine uygun şekilde davacı şirket yetkililerinin de bulunduğu sırada Muayene Komisyonu tarafından kabul edildiği, ancak 04.02.2012, 06.02.2012 ve 09.02.2012 tarihlerinde

düzenlenmiştir. Bu bildirim yapıldığında ihale yetkilisinin birincil düzeyde sorumlu olduğu kabul edilmelidir.²⁶⁷ Yasaklama gerektiren fiile muttali olan ihaleci idare, maddi gerçeği inceleme, araştırma, denetleme vb. bir hazırlık işlemiyle tespit ettikten sonra, yasaklama kararını verecek makama, yasaklama kararı verilmek üzere durumu bildirmek zorundadır. İhaleci idarenin bu konuda bir takdir hakkı yoktur.²⁶⁸ Belirtmek gerekir ki, idare bünyesinde gerçekleştirilen söz konusu inceleme, araştırma, denetleme vb. işlemler ile ihaleci idarenin yasaklama kararını verecek makama yaptığı bildirim de bir tür idari işlemdir (idarenin icrai olmayan bir işlemidir); ancak, bu işlemler, yasaklama kararını veren makamın işlemi olduğu gibi kesin ve yürütülebilir (icrai) bir işlem olmayıp, **hazırlık işlemi** niteliğindedirler.²⁶⁹

teslim edilen işlerin teknik şartnamenin 3.2.5, 3.2.6, 3.2.7, 5.1,-5.2, 7.1.2, 7.1.5. maddelerine uygun olmadığı, yüklenicinin bu durumla ilgili olarak sözleşmenin 16. maddesi uyarınca 09.02.2012 tarihinde ilk uyarı yazısının, 13.03.2012 tarihinde ikinci ve 10.4.2012 tarihinde de üçüncü uyarı yazılarının yazıldığı ve gerekli ceza kesintilerinin uygulandığı, RPT oranının yüksek olması sebebiyle ciddi zaman ve emek sarfiyatı oluştuğuna yönelik klinik hekimlerce tutanaklar düzenlendiği, Şubat-Mart 2012 ve Mart-Nisan 2012 dönemlerinde de çok sayıda hastanın benzer şikâyetlerde bulunduğu, ilk uyarı yazısından itibaren geçen iki aylık süre içerisinde yüklenici tarafından teslim edilen işlerin teknik şartnamede belirtilen özelliklere sahip olmadığına ilişkin eksikliklerin ve hataların uyarı yazıları ve cezalara rağmen devam ettiğinin tutanaklarla tespit edildiği dosyanın incelenmesinden anlaşılmaktadır. Bu hususun 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinin (f) bendinde yer alan "mücbir sebepler dışında, ihale doküman ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmeme" olarak değerlendirileceği açıktır. Bu itibarla, 4735 sayılı Kanun'un 20. maddesinin (b) bendi uyarınca, yasak fiil ve davranışları tespit edilen davacı şirket yönünden idarenin herhangi bir bildirimde bulunmaksızın sözleşmeyi tek taraflı feshetmesinde ve Kanun'un 26. maddesine uygun şekilde tesis edilen yasaklama işlemi hukuka aykırılık bulunmadığından, dava konusu işlemin iptali yönündeki temyize konu İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır. Öte yandan idarenin teknik şartname ve sözleşmeye uymayan işler bakımından davacı şirketin uyarılması ve eksikliklerin dış tedavisi yapılan hastalar nezdinde yarattığı zorluk açısından ivedi olarak giderilmesi yolunda yapılan uyarılara rağmen yeni teslim edilen işlerde de teknik şartnameye aykırı şekilde benzer hataların devam ettiği tespiti yanında ayrıca davacının idare aleyhine açtığı tazminat davasında aralarında dış hekiminin de bulunduğu bilirkişi kurulu tarafından aylık ortalama RPT'nin yüksek olmasının bilimsel olarak kabul edilemeyeceği, bu hususun 4735 sayılı Kanun'un 25/c maddesinde yer alan "sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak" kapsamında yer alan yasaklama sebepleri arasında değerlendirilebileceği tespiti yapılmış bulunmaktadır. (...)" D13D, E. 2013/1188, K. 2017/1033, KT. 17.4.2017. www.danistay.gov.tr, 11.10.2017.

²⁶⁷ Taşdelen, **agm.**, s. 314.

²⁶⁸ Bildirim (kasıtlı olarak) yapılmaması sonucunda ilgili kişiler aleyhine yasaklama kararı verilememesi halinde, bildirim yapmayan idare yetkilisi bakımından görevi kötüye kullanma suçunun (TCK m. 257/1) oluştuğu düşünülmelidir; çünkü görevin gereklerine aykırı hareket edilmek suretiyle ilgili kişiler hakkında haksız menfaat sağlanmış olmaktadır.

²⁶⁹ Kaya, "İhale Hukukunda Çalışma...", s. 164.

Hazırlık işlemleri, kesin ve icrai bir idari işlemin yapılması (idari kararın verilmesi) öncesinde tesis edilen, (genellikle) karar makamını bağlamayan ve icrai olmayan, teklif, rapor, mütalaa, tutanak vb. işlemlerdir. Cemil Kaya, Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler, **GÜHFD**, C. 26, S. 1-2, 2004, s. 261.

KİK ve KİSK'ye tabi işlerde yasaklama kararı, Kanun'da belirtilen merci tarafından, ihaleci idarenin yasaklamaya ilişkin bildirim tarihinden itibaren kırkbeş gün içinde verilmeli ve karar tarihinden itibaren onbeş gün içerisinde Resmi Gazetede yayımlanmak üzere (Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğüne) gönderilmelidir. KİK'de ve KİSK'de yer alan ve güvence niteliğinde olan (kırkbeş günlük) bir süre DİK'de öngörülmemiştir. DİK'de bu konuda bir süre öngörülmemiş olması bir eksikliklerdir. Bu eksiklik uygulamada tereddütlere ve keyfi davranışlara yol açabileceğinden, DİK'nin 84. maddesinde bir düzenleme yapılarak KİK ve KİSK'de olduğu gibi kırkbeş günlük bir süre öngörülmesi gerekmektedir.²⁷⁰

Kararın yazılı olarak verilmesi işlemin şekil şartı iken, Resmi Gazetede yayımlanması yürürlük şartıdır. Diğer bir ifadeyle, yasaklama kararı (irade beyanı) yetkili merci tarafından alındığında geçerlilik kazanmakta, kararın yürürlüğe girmesi ise Resmi Gazetede yayımlanması ile olmaktadır.²⁷¹ Yasaklama işleminin aslı teşkil eden işlem (asli işlem) yasaklama kararının verilmesidir. Bu asli işlemin hukuki sonuçlarını eksiksiz biçimde doğurması için yürürlüğe girmesi gerekmektedir. Kararın yürürlüğe girmesini sağlamak için gerçekleştirilen tamamlayıcı işlem niteliğindeki işlem ise Resmi Gazete'de yayımdır. Resmi Gazete'de yayımlama şartının bir şekil şartı olduğu görüşünde olan yazarlar da bulunmaktadır.²⁷² Belirttiğimiz gibi, bizce, Resmi Gazete'de yayımlanma, yasaklama işleminin (kararının) şekil değil yürürlük (yürürlüğe ilişkin usul) şartıdır; bu husus, KİK'nin 59. maddesindeki, **"...Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer."** ifadesinden de anlaşılmaktadır. Kararın (bireysel idari işlemlerin genel bir kural olarak tabi olduğu tebliğ edilme şartından bağımsız tutularak) Resmi Gazete'de

İdari işlemlerin, hukuki sonuç ve etkileri bakımından; hazırlayıcı, asli ve tamamlayıcı işlemler olmak üzere üç aşamalı bir oluşum sürecinden geçerek tekemmül ettikleri ifade edilmektedir. Balta, *age.*, s. 179.

İdarenin icrai olmayan işlemleri; hazırlık işlemleri, görüş (mütalaa) belirten işlemler, bildirici işlemler, iç düzen işlemleri ve uygulamaya ilişkin işlemler şeklinde sınıflandırılarak incelenmektedir. Öte yandan, İcrai olmayan bu tür işlemlere karşı iptal davası açılması halinde, dava dilekçesi üzerinde ilk inceleme aşamasında durumun anlaşılması üzerine, İYUK'nin 14/3-d ve 15/1-b hükümleri gereğince davanın reddedilmesi gerekir. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, 2. bsk., Ankara, Savaş, 2019, s. 269 - 282.

²⁷⁰ Kaya, "İhale Hukukunda Çalışma...", s. 182.

²⁷¹ İsbir, *age.*, s. 111; Volkan Sırabaşı, "Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Süresi, Sürenin Başlangıcı ve Hukuki Niteliği", **ABD**, S. 2011/4, s. 380.

²⁷² Akel, *age.*, s. 284, 285. Yazar, DİK'de yasaklama işleminin yazılı şekle tabi olduğuna yönelik açık bir hüküm bulunmadığını, bununla birlikte, Resmi Gazete'de yayım şartının, yasaklama kararının yazılı olmasını (fiilen) zorunlu hale getirdiğini, dolayısıyla işlemin yazılı şekle tabi olduğunu, kararın Resmi Gazete'de ilan edilmesinin ise işlemin şekil unsuruna dâhil olan bir şart olduğunu savunmaktadır.

yayımlanması, işlemin yürürlüğe girmesinin yanı sıra, Resmi Gazete'nin idareler başta olmak üzere geniş bir muhatap alanına sahip olması nedeniyle, yasaklama işleminden kamuoyunun bilgilendirilmesini de sağlamaktadır. Yasaklama işlemi **bireysel idari işlem** niteliğinde olmasına (düzenleyici idari işlem niteliğinde olmamasına) karşın, anılan kanuni düzenlemeler nedeniyle, bireysel işlemlerde genel olarak geçerli olan tebliğ şartı, yasaklama işleminde aranmamakta, işlem, yasaklama kararları düzenleyici idari işlemler gibi (Resmi Gazete'de) ilanla yürürlüğe girmektedir. İdari işlemlerde, ilgisinin lehine olan idari işlemlerin aksine, ilgisinin aleyhine olan işlemlerin yürürlüğe girmesi için aranan tebliğ koşulunun (kuralının) ihalelere katılmaktan süreli yasaklama işleminde aranmaması, haklarında yasaklama kararı verilecek kişilerin yasaklama kararı verilinceye kadar olan süreçten ve Resmi Gazetede yayımlanan karardan haberdar olamamaları ihtimalinin (hayatın olağan akışı içerisinde sık karşılaşılan bir durum olmamakla birlikte) doğması, dava açma süresinin başlangıç tarihini tartışmalı hale getirmesi ve yasaklanan kişilerin hukuksal güvenliği yönünden sakıncalı olması²⁷³ nedeniyle (bizce de haklı olarak) eleştirilmektedir.²⁷⁴ Anayasa m. 125'te yer alan **“İdarî işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar.”** hükmü ve İYUK m. 7/2-a'da yer alan, **idari uyuşmazlıklarda dava açma süresinin yazılı bildirim tarihini izleyen günden başlayacağını öngören** hüküm karşısında, bireysel idari işlem niteliğinde olan yasaklama kararının ilgisine tebliğ edilmemesi, KİK, KİSK ve DİK'deki bu hususa ilişkin hükümleri tartışmalı hale getirmektedir.²⁷⁵

Yasaklama kararının yazılı olarak verilmesi gerekir. Bu, işlemin şekil unsurudur. Yasaklama işleminde yazılılık koşulu Kanun'da özel bir hükümle ve açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte; Anayasa'nın 40. maddesinin 3. fıkrasında yer alan, bireysel işlemlerde, işleme muhatap olan kişilerin hangi kanun yolları ve

²⁷³ Taşdelen, **agm.**, s. 314.

²⁷⁴ İsbir, **age.**, s. 111.

²⁷⁵ Yasaklama kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasına karşın yasaklanan kişiye işlemin tebliğ edilmemesi nedeniyle yasaklanan kişinin hakkında tesis edilen işlemden haberdar olmaması halinde, işlemin iptaline yönelik açılacak davada dava açma süresi belirlenirken, yasaklanan kişinin (davacının) yasaklama kararından haberdar olduğu tarihin esas alınması gerektiği görülmektedir. Nitekim Danıştay bir kararında; *yasaklama işleminin (düzenleyici değil) bireysel idari işlem olduğunu, yasaklama kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasının işlemin bireysel işlem niteliğini değiştirmediğini, bununla birlikte, Anayasa m. 125 ve İYUK m. 7'de yer alan hükümlere göre, işleme karşı dava açma süresinin, yasaklanan kişinin (davacının) yasaklama kararını öğrendiği tarihi takip eden günden itibaren hesaplanması gerektiğini (nitekim benzer bir uyuşmazlık hakkında İdari Dava Daireleri Kurulu'nca verilen 30.01.2013 tarih 2011/21 E. ve 2013/121 K. sayılı kararın da bu yönde olduğu belirtilerek) değerlendirmiş, bu değerlendirmeye göre oy birliğiyle karar almıştır. D13D, E. 2012/731, K. 2013/687, KT. 12.3.2013. www.danistay.gov.tr, 30.6.2018.*

mercilere başvuracağı ve başvuru sürelerinin belirtilmesine ve ihale kanunlarımızda yer alan, yasaklama işleminin Resmi Gazete’de yayımlanmasına yönelik amir hükümlerin de zorunlu bir sonucu olarak, yasaklama kararın yazılı olarak verilmesi gerektiği (bizce) tartışmadan uzaktır.

İhale kanunlarında, yasaklama kararlarının gerekçeli olarak verilmesini zorunlu kılan (yasaklama yaptırımına ilişkin özel nitelikte) bir hüküm bulunmamaktadır.²⁷⁶ Öte yandan, bu hususa ilişkin genel nitelikte bir düzenlemenin idari usule ilişkin pozitif hukukumuzda da yer almadığı görülmektedir. Aslında, ihalelere katılmaktan yasaklamayı konu alan bir idari işlemde, işlemin sebep unsurunun (ihale kanunlarında belirtilen fiil ve davranışın) işleme ilişkin kararda belirtilmesi halinde gerekçe ilkesine uygun hareket edilmiş olunacaktır. Yine de, bizce, ihale kanunlarında gerekçeye ilişkin açık hüküm bulunmaması bir eksiklik. Gerekçenin (gerekçe ilkesinin) önemi ve gerekliliği, yargısal içtihatlar ve öğretide açıkça ifade edilmekle ve savunulmaktadır. İdari işlemlerin bir sebebe dayanması ve idari kararların gerekçeli olarak verilmesi hukukun genel ilkelerindedir. İdari yaptırımlarda bir usul ilkesi olarak kabul edilmesi gereken gerekçe, idarenin keyfi hareket etmesini önlemek, yaptırım uygulanan kişiyi hukuka uygunluk yönünden tatmin etmek ve nihayetinde yargısal denetimi kolaylaştırmak bakımından önemlidir.²⁷⁷ Gerekçe ilkesi, idarenin takdir yetkisinin sınırlarını hukuka uygunluğu sağlayıcı biçimde sınırlamakta, bu yetkinin kullanımının denetimini sağlamaktadır.²⁷⁸ Danıştay da kararlarında, bu ilkenin önemine ve idari işlemlerde uygulanmasının gerekliliğine vurgu yapmaktadır.²⁷⁹ Yüksek Mahkemenin de ifade ettiği gibi, gerekçe

²⁷⁶ İdari usulde gerekçe zorunluluğunu öngören bir kanuni düzenlemenin bulunmaması bir eksiklik olarak değerlendirilmekte ve genel nitelikli bir kanunda bu ilkenin düzenlenmesi gerektiği (bizce de haklı olarak) savunulmaktadır. Hayrettin Kurt, “İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler”, **GÜHFD**, C. XVIII, S. 1, 2014, s. 142.

²⁷⁷ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, Yapı Kredi, 2002, s. 457.

²⁷⁸ Sinan Seçkin - Gül Üstün, “İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi”, **MÜHFAD**, C. 21, S. 2, 2015, s. 524.

²⁷⁹ Danıştayın, idari işlemlerde gerekçe ilkesinin anlam ve önemi, ilkenin takdir hakkını sınırlayıcı işlevi ve idari işlemin sebep unsuruyla irtibatı hakkındaki görüş ve değerlendirmeler de içeren (Resmi Gazete’de yayımlanan bir yönetmeliğin belirli hükümlerine ilişkin) bir yürütmeyi durdurma kararının ilgili kısımları şöyledir: “(...) *Bu bağlamda, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, idareler bireysel ya da düzenleyici işlemler tesis ederken sınırsız bir takdir yetkisine sahip olmayıp, bu takdir yetkisini hukuka, kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanmalıdırlar. (...) Ayrıca, işlemlerde gösterilen **sebeple ve gerekçe**, işlemin hukuka uygunluğunu değerlendirme ve itiraz etmeme konusunda ilgililere yardımcı olmasının yanında, idarenin saydamlığı, savunma hakları ve idareye güven ilkeleri ve yukarıda belirtilen hukuk devleti anlayışının oluşumu bakımından da büyük öneme sahiptir.* D8D, E. 2009/8191, KT. 15.1.2010. http://www.tdb.org.tr/tdb/v2/ekler/Danistay_8.Dairesi_Karari_Esas_No_2009-8191.pdf, 11.4.2019.

ilkesi, idari makamlar üzerinde; hukuka uygun kararlar alma (hukuka uygun olmayan kararlar almama) ve alınan kararları denetleme yönünde zorlayıcı bir etki oluşturmakta, bu suretle, idarenin saydamlığı, idari istikrar, idareye güven ve hukuk devleti gibi ideallerin gerçekleştirilmesine somut katkılar sağlamaktadır.²⁸⁰ Açıklanan sebeplerle, pozitif hukukumuzda bu hususta emredici bir hüküm bulunmasa bile, yasaklama kararlarının gerekçeli olarak verilmesine dair temel ilkelere uygun olarak ilgili kanun maddelerinde düzenleme yapılmasında fayda bulunmaktadır.

İhale kanunlarında, yasaklama kararı verilmeden önce ilgili kişilerin (hakkında yasaklama işlemi yapılacak kişi veya kişilerin) savunmalarının alınmasını (çelişme usulünün uygulanmasını) zorunlu kılan (yasaklama yaptırımına ilişkin özel nitelikte) bir hüküm de bulunmamaktadır. Genel olarak bakıldığında, ceza usulü yönünden normatif dayanaklarla teminat altına alınan ve katı biçimde uygulanan **savunma hakkının** (çelişme usulünün) idari usulde (dolayısıyla idari yaptırımlarda da), ilgili kanunda savunma alınmasına ilişkin emredici bir hüküm bulunmaması²⁸¹ halinde uygulama alanı bulmadığı görülmektedir. Dinlenilme ve savunma hakkının hem yargısal ve hem de idari süreçlerde evrensel ve temel bir hak olarak kabul edilmesi, hak arama özgürlüğünün ve demokratik hukuk devleti olmanın

²⁸⁰ İdarenin kararlarında gerekçe göstermekle yükümlü olduğu ilkesi, Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nin "İyi idare hakkı" başlıklı 41. maddesinde de yer almıştır. <https://www.avrupa.info.tr/tr/avrupa-birligi-temel-haklar-bildirgesi-708>, 20.4.2019.

İdari işlemlerde gerekçe ilkesi, Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası'nın 18. maddesinde de yer almıştır. Yasa metni: <https://www.ombudsman.europa.eu/pdf/tr/3510>, 20.4.2019.

Bu Yasada yer alan temel idare ilkeleri, Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in (RG. 28.3.2013 - Mükerrer 28601), Kurumun incelemelerinde gözetileceği ilkeler içerisinde yer alan yönetim ilkelerini düzenleyen, "İyi yönetim ilkeleri" başlıklı 6/1 maddesinde, "*Kurum, inceleme ve araştırma yaparken idarenin, insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde; kanunlara uygunluk, ayrımcılığın önlenmesi, ölçülülük, yetkinin kötüye kullanılmaması, eşitlik, tarafsızlık, dürüstlük, nezaket, şeffaflık, hesap verilebilirlik, haklı beklentiye uygunluk, kazanılmış hakların korunması, dinlenilme hakkı, savunma hakkı, bilgi edinme hakkı, makul sürede karar verme, kararların gerekçeli olması, karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi, kararın geciktirilmeksizin bildirilmesi, kişisel verilerin korunması gibi iyi yönetim ilkelerine uygun işlem ve eylem ile tutum veya davranışta bulunup bulunmadığını gözetir ve iyi yönetim ilkelerine uyar.*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme gereğince Kuruma yapılacak başvurulara konu idari işlemler Kurum tarafından, içerisinde savunma hakkı, dinlenilme hakkı ve kararların gerekçeli olması ilkesi de bulunan çok temel ve evrensel ilkelere uygunluk yönünden de değerlendirilmektedir.

²⁸¹ Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesi, yargı mercileri önünde savunma hakkını teminat altına almıştır. Maddeye göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Bu hükmün, idari yaptırımları da kapsadığını tereddütsüz biçimde söyleyebilmek bizce olanaklı değildir.

vazgeçilmez bir koşulu olduğundan,²⁸² bu durumun tasvip edilmesi bizce mümkün değildir. Öğretide de, idari yaptırım kararı alınmadan önce ilgililerin savunmalarının alınması gerektiği görüşü genel olarak kabul görmektedir.²⁸³ Bu nedenle, yasaklama işlemi tesis edilmeden önce, hakkında yasaklama işlemi yapılacak ihale isteklisine savunma hakkı verilmesini zorunlu kılan kanuni düzenleme yapılması isabetli olacaktır. Bu hususta kanuni düzenleme olmasa bile, savunma alınmamasının doğurduğu sakıncaların giderilmesini teminen, ihaleci idarenin karar merciine yasaklama işlemi yapılması önerisiyle bildirim yaparken, aynı zamanda, haklarında yasaklama kararı verilmesi önerilen kişilere de (haklarında yasaklama işlemi yapılmasına yönelik işlemlere başlandığına ilişkin) yazılı bildirim yapılması sağlanması yerinde bir uygulama olacaktır. Bu suretle, haklarında yasaklama kararı verilmesi önerilen kişiler, karar merciinin konu hakkındaki işlemlerini takip etme ve daha da önemlisi karar merciinin azami kırkbeş gün olan karar sürecinde kendilerini (karar mercii nezdinde) dinlenilme ve savunma haklarını kullanma olanağına kavuşacaklar²⁸⁴ ve aleyhlerine verilen (Resmi Gazetede yayımlanan) karardan haberdar olmadıklarını ileri süremeyeceklerdir.

Yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışlarda bulunduğu kendisine (ihaleci idarece) bildirilen karar merciinin yasaklama kararı verip vermeme konusunda bir takdir yetkisinin olmadığı görüşündeyiz; çünkü yasaklama kararı alma yetkisi “bağlı

²⁸² Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, idarenin kamu gücüne dayalı olarak gerçekleştireceği işlemlere yönelik ilkeler olarak dikkate alınmak üzere çıkardığı 28.9.1977 tarihli ve (77) 31 sayılı **Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması Hakkında Karar**'da, haklarında işlem tesis edilen bireylerin savunma ve dinlenilme haklarına sahip olması gerektiği ifade edilmiştir. Odyakmaz - Keskin, **agm.**, s. 638; Kanlıgöz, **agm.**, 184.

Savunma ve dinlenilme hakkının (yukarıda belirtilip açıklanan gerekçe ilkesinde olduğu gibi) **Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi**'nin “İyi idare hakkı” başlıklı 41. maddesinde ve Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası'nın 18. maddesinde de yer aldığı; yine bu ilkeye (anılan Bildirge ve Yasa'ya paralel olarak) Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in (RG. 28.3.2013 - Mükerrer 28601), Kurumun incelemelerinde gözetileceği ilkeler içerisinde yer alan yönetim ilkelerini düzenleyen, “İyi yönetim ilkeleri” başlıklı 6/1 maddesinde yer verildiği görülmektedir.

²⁸³ Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, s. 863.

²⁸⁴ Dinlenilme hakkı, idare hukukunda temel usul ilkelerinden ve bu bağlamda hukuk devletinin gereklerinden olan bir ilkedir. Bu ilkenin uygulanmasıyla kişiye, hak ve menfaatlerini ihlal eden bir işlem tesis edilirken fikrini açıklama fırsatı verilmesinin yanı sıra, bir olayın araştırılarak aydınlatılması konusunda idari makama yarar sağlayan bir araçtır. Akyılmaz - Sezginer - Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 565.

Korunmaları hukuk devletinin gereklerinden olan dinlenilme ve savunma hakları, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin, 28.9.1977 tarihli ve (77) 31 sayılı Bireyin **İdari İşlemler Karşısında Korunması Hakkında Karar**'ında (üye devletlerce “esinlenilmesi” ve yararlanılması öngörülen idari usul ilkeleri belirtilirken) yer verdiği haklardandır. Odyakmaz - Keskin, **agm.**, s. 638; Kanlıgöz, **agm.**, 184. Söz konusu kararın tam metni (Türkçe) için, bkz.: Kuntbay, “İdarenin İşlemleri Hakkında Bireyin Korunması Hakkında Karar”, (Karar metninin Türkçeye çevirisi), **AİD (TODAİE)**, S. 11/4, 1978, s. 3.

yetki” niteliğindedir.²⁸⁵ KİK'nin 58, KİSK'nin 26.ve DİK'nin 84. maddelerinin son fıkralarında idarelerinin yasaklamayı gerektirir fiil ve davranışı tespit etmeleri halinde gereğinin yapılması için ilgili veya bağlı buldukları bakanlığa bildirimde bulunmak zorunda oldukları açıkça düzenlemiştir. KİGT'de de aynı yönde düzenleme vardır (m. 28.1.1.2). Yasaklama kararının alınması konusunda ise, anılan kanunlarda “...yasaklama kararı verilir.” ifadesinin kullanılmış olması, bizce, idarenin bu konuda bir takdir yetkisinin olmadığını, diğer bir ifadeyle (Kanun'da belirtilen fiillerin işlendiğinin tespit edilmesi durumunda) yasaklama kararı verme görev ve yetkisinin bağlı yetki niteliğinde olduğunu göstermektedir. İdarenin buradaki takdir yetkisi, olsa olsa, işlenen fiilin nitelemesi, yani fiilin Kanun'da belirtilen yasaklama sebeplerinden olup olmadığı konusunda bir değerlendirme şeklinde olabilir ki böyle bir takdir yetkisinin, örneğin, rüşvet, ihaleye fesat karıştırma vb. bir fiilin sabit olması halinde mevcut olamayacağı tartışmadan uzaktır. Bununla birlikte, öğretide, karar merciinin yasaklama kararı verip vermeme konusunda takdir yetkisine sahip olduğunun savunulduğu da görülmektedir.²⁸⁶

Yasaklama kararı alınabilmesi için (var ise) ceza davasının sonucunun beklenmesine gerek yoktur. İdare (karar mercii) maddi gerçeği tespit etmeli ve tespit edilen fiil ve davranışın yasaklama yaptırımını gerektirip gerektirmediğini (fiil ve davranışın ihale kanunlarında belirtilen yasaklama sebeplerine uyup uymadığını) tarafsız ve objektif biçimde değerlendirerek bir sonuca varmalıdır.²⁸⁷

²⁸⁵ Sezginer, **age.**, s. 1004.

KİK'nin 58, KİSK'nin 26.ve DİK'nin 84. maddelerinin son fıkralarında idarelerinin yasaklamayı gerektirir fiil ve davranışı tespit etmeleri halinde gereğinin yapılması için ilgili veya bağlı buldukları bakanlığa bildirimde bulunmak zorunda oldukları açıkça düzenlemiştir. KİGT'de de aynı yönde düzenleme vardır (m. 28.1.1.2). Yasaklama kararının alınması konusunda ise, anılan kanunlarda “...yasaklama kararı verilir.” ifadesinin kullanılmış olması, idarenin bu konuda bir takdir yetkisinin olmadığını, diğer bir ifadeyle yasaklama kararı verme görev ve yetkisinin bağlı yetki niteliğinde olduğunu göstermektedir.

²⁸⁶ Kaya, “İhale Hukukunda Çalışma...”, s. 164, 173, 179. Makalede bu görüş “...ilgili veya bağlı bulunan bakanlığın, ihaleyi yapan idarenin teklifi (hazırlık işlemi) üzerine yasaklama kararı verip vermeme konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır.” şeklinde ifade edilmiştir.

²⁸⁷ Danıştay bir kararında, yasaklama kararı alınması için adli soruşturma ve kovuşturma sonucunun beklenmemesi gerektiğine vurgu yapmıştır: “(...) Dosyanın incelenmesinden, davacı şirketin yüklenicisi olduğu ... Merkez Polis Okulu ile ilgili iddialar üzerine ... müfettişlerince hazırlanan ... tarihli inceleme raporuna göre, imalat sırasında kullanılan ... imalatı ile ilgili malzeme nakillerinde fazla hesaplamalara bağlı olarak 2004 yılı birim fiyatlarıyla davacı firmaya toplam 1.238.901,95 TL fazla ödemede bulunduğu, bu nedenle idareyi zarara uğrattığı belirlenen davacı şirketin 2886 sayılı Kanun'un 83/c maddesine uyan eyleminden dolayı 1 yıla kadar tüm devlet ihalelerine katılmaktan yasaklanmasının teklif edildiği, bu doğrultuda 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesi uyarınca davacı şirketin 1 yıl süreyle bütün ihalelere katılmaktan yasaklanmasına karar verildiği, anılan işlemin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, idarenin yasaklama kararı verebilmek için konuyla ilgili yürütülen ceza soruşturması ve adli yargıda açılan alacak davasında yaptırılacak olan bilirkişi incelemesi

Yukarıda da belirtildiği gibi, yasaklama kararı Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer (KİK m. 58/4). Yetkili merci tarafından verilen yasaklama kararının, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarih olduğu kabul edilen, ihaleci idarenin yasaklamaya yetkili mercie yasaklama önerisini bildirdiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içerisinde verilmesi gerekmektedir. Kanun’da belirtilen kırkbeş günlük süre, **sınırlandırıcı** ve **güvence nitelikli** bir süre olduğundan (sadece **hızlandırıcı** ve **disiplinler** nitelikte bir süre olmadığından) bu süre geçtikten sonra karar verilmesi, işlemi zaman bakımından yetkisizlik (“ratione temporis” yetkisizlik)²⁸⁸ ile sakatlar.²⁸⁹ Bununla birlikte, söz konusu kırkbeş günlük sürenin başlangıç tarihinin, ihaleci idarenin yasaklamayı gerektiren fiili tespit ettiği tarih mi, tespiti yapan idarenin yetkili makamının yasaklamaya yetkili mercie yasaklama yapılması yönünde öneri yapılmasına (yazılı olarak, onay, tutanak vb. bir işlemle) karar verdiği tarih mi, yasaklama önerisini yetkili mercie bildirildiği yazının yetkili mercie ulaştığı (tebliğ edildiği) tarih mi olduğu hususu (idare uygulamasında ve Danıştay kararlarında olmasa da) oldukça tartışmalıdır. Bu tartışmalı durum, KİK’nin ve KİSK’nin anılan fıkralarında geçen “**tespit edildiği tarih**” ifadesine farklı anlamlar verilmesinden ve ihaleci idarenin, yasaklamaya sebep olan fiil ve davranışları fiilen tespit ettiği tarih olarak kabul edilmesi halinde, (teftiş, inceleme, değerlendirme, onay vb.) bürokratik işlemler ve tebligatta yaşanabilecek gecikmeler nedeniyle yasaklama kararı alınması için öngörülen kırkbeş günlük sürenin geçirilebileceği (ve bu nedenle yaptırım uygulanamayacağı) düşüncesinden kaynaklandığı görüşünderiz. Uygulamada (KİGT’de belirtilen²⁹⁰ ve Danıştayın da benimsediği²⁹¹ görüşe göre)

sonucunu bekleme zorunluluğu bulunmadığından, açılan davalar sonuçlanmadan da idari yaptırım niteliğindeki yasaklama kararını verebileceği açık olup, yasaklama kararının hukukî denetimi yapılırken, davacının idareyi zarara uğrattığına ilişkin idare hukuku ilkelerine göre yapılacak değerlendirme neticesinde tespit edilmesi ve yasaklamaya neden olan fiil nedeniyle açılan ceza davası varsa, fiilin işlenmediğinin anlaşılması nedeniyle verilmiş bir beraat kararı olup olmadığı dikkate alınmak suretiyle karar verilmesi gerekirken, İdare Mahkemesince, davacı hakkında açılan alacak davası ve ceza davasına ilişkin yargısal aşamaların sonucu beklenilmeden idarece ihaleden yasaklama kararı verilmesinin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda verilen kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, (...) davalı tarafın temyiz isteminin kabulüne, Ankara 1. İdare Mahkemesi’nce verilen 23.10.2007 tarih ve E:2006/1760, K-2007/2354 sayılı kararın bozulmasına, (...) oybirliğiyle karar verildi.” D13D, E. 2008/2779, K. 2009/9319, KT. 23.10.2009. www.danistay.gov.tr, 29.10.2017.

²⁸⁸ Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, s. 803.

²⁸⁹ Kaya, “İhale Hukukunda Çalışma...”, s. 176, 183.
Bu husus KİGT m. 28.1.5.1.2’de de belirtilmiştir.

²⁹⁰ KİGT m. 28.1.4.2.

²⁹¹ Danıştay, kırkbeş günlük sürenin, ihaleci idarenin yasaklama kararını vermeye yetkili mercie konuyu bildirdiği (buna ilişkin yazının tebliğ edildiği) tarihten itibaren hesaplanması gerektiğini

ihaleci idarenin yasaklama önerisini (ve durum tespitini) karar merciine (örneğin, bağlı olunan bakanlığa) bildirdiği yazının karar merciine ulaştığı (daha doğru bir ifadeyle tebliğ edildiği) tarih esas alınmaktadır. Bununla birlikte, karar mercii aynı zamanda ihaleci idare ise, yani ihale, aynı zamanda karar mercii olan bakanlık tarafından yapılmış ise, kırkbeş günlük sürenin başladığı tarihin, bakanlığın yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışı (teftiş, inceleme, değerlendirme, onay vb. bir işlemle) tespit ettiği tarih olduğu kabul edilmektedir.²⁹² Uygulama bu yönde olmakla birlikte; Anayasa'da yer alan "idarenin bütünlüğü" kuralından ve Kanun'da belirtilen kırkbeş günlük sürenin güvence niteliğinde bir süre olmasından dolayı, bu sürenin, ihaleci idarenin yasaklama önerisini yasaklama yetkisine sahip mercie (örneğin Bakanlığa) bildirme tarihinden başladığı görüşü (ve Danıştayın bu yöndeki kabulü) eleştirilmekte ve sürenin ihaleci idarenin tespit tarihi esas alınarak (örneğin, sözleşme sürecinde sözleşmenin fesih tarihi esas alınarak) hesaplanması gerektiği savunulmaktadır.²⁹³ Yasaklama kurumunun amacı dikkate alındığında bu husustaki uygulamanın hukuka uygun olduğu görüşündeyiz. Bununla birlikte, anılan kanun hükümlerinden (madde metninden) kaynaklanan söz konusu tartışmalı durumun

içtihat etmektedir: "(...) 4734 sayılı Yasa'nın (...) 4964 sayılı Yasa'nın 35. maddesiyle değişik 4. fıkrasında, "Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir.." hükmü yer almıştır. Anılan hükümlerden, kamu ihalelerinin 4734 sayılı Kanun'da belirlenen ilkelere uygun olarak yapılmasını sağlamak, idarelerin zararına sebep olunmasını önlemek, işlerin zamanında ve düzenli olarak yapılmasını gerçekleştirmek amacıyla, yasak olan fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenlerin, fiil veya davranışlarının özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık tarafından haklarında maddede belirlenen süre ile kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği, idareler tarafından verilen yasaklama kararlarının gecikmeye neden olunmadan işleme konulmasını sağlamak üzere yapılacak işlemler için süre belirlenerek, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihten itibaren en geç kırkbeş gün içinde idarece yasaklama kararı verileceği, verilen bu kararların Resmî Gazete'de yayımlanmak üzere en geç 15 gün içinde gönderileceği ve yayını tarihinden itibaren yürürlüğe gireceği anlaşılmaktadır. İhalelere katılmaktan yasaklanma konusundaki yaptırım, ihaleyi yapan idarenin, yasak fiil veya davranışın işlendiği yolundaki değerlendirmesine dayanılarak, ilgili veya bağlı bulunan bakanlık tarafından doğrudan uygulanmaktadır. Burada fiilin işlendiği tarih esas alınmadığından, yasaklanan bir fiil veya davranışın tespiti esas olduğundan, bu fiil veya davranışların, yasaklanması gereken bir fiil veya davranış olduğu hususu, ancak, ihaleyi yapan idarenin isteklinin yasaklanmasının gerekli bulunduğu yönündeki iradesinin anlaşılması ile mümkündür. Bu nedenle, idarenin ilgili veya bağlı bulunan bakanlığa, yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği tarihin, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarih olarak alınması düzenlemenin amacına uygun olacaktır. (...)" D13D, E. 2006/4272, K. 2007/1029, KT. 5.3.2007. www.danistay.gov.tr, 25.8.2018.

²⁹² Danıştay bir kararında, somut olayda yasaklama kararını vermesi gereken Bayındırlık Bakanlığının, karar verme görev ve yetkisinin İçişleri Bakanlığına ait olduğu yanılısıyla anılan Bakanlıkla yaptığı yazışmanın zaman alması kırkbeş günlük karar verme süresinin geçirilmiş olması dolayısıyla artık (Bayındırlık Bakanlığınca) yasaklama kararı verilemeyeceği değerlendirmesinde bulunmuştur. D13D, E. 2010/4070, K. 2010/8691, KT. 22.10.2010. Aktaran: Sezginer, *age.*, s. 1009.

²⁹³ Bu husustaki görüş ve mevcut uygulamanın eleştirisi için bkz.: Sezginer, *age.*, s. 1012.

ortadan kaldırılması için Kanun'da mevcut uygulamayı öngören bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır.

Yasaklama kararını verme görev ve yetkisine sahip merci, Kanun'da belirtilen alt ve üst sınırlar arasında (KİK m. 58'e göre altı aydan bir yıla veya bir yıldan iki yıla kadar, KİSK m. 26'ya göre bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, DİK m. 84'e göre bir yıla kadar) bir yasaklama süresine, (KİK m. 58'de, KİSK m. 26'da ve DİK m. 84'te geçen "fiil ve davranışların özelliğine göre" ifadesiyle işaret edildiği üzere) idari yaptırımlarda **ölçülülük** ve **adalet** ilkelerine de riayet ederek karar verir.

İhale sürecindeki yasaklama sebepleri yönünden KİK ve DİK, sözleşme sürecindeki yasaklama sebepleri yönünden ise KİSK ve DİK arasında, yasaklama sürelerinin alt ve üst sınırları bakımından mevcut olan farklılığın, yasaklama yaptırımının amaç ve işlevleri ile korunan hukuki değerlerin aynı zeminde bulunması nedeniyle bir tutarsızlık bulunduğu, bu tutarsızlığın eşitsizliğe sebep olduğu,²⁹⁴ bu olumsuz durumun kanuni düzenleme ile giderilmesinin isabetli olacağı görüşündeyiz.

İdare, Kanun'da belirtilen alt ve üst sınırlar arasında kalmak şartıyla yasaklama süresini belirlerken, bu hususta sahip olduğu takdir yetkisini, ölçülülük ve kamu yararı ilke ve kurallarını mutlak surette gözeterek kullanmalıdır. Ciddi nitelikteki, örneğin, rüşvet, belgede sahtecilik, cebir, tehdit vb. fiiller nedeniyle verilecek yasaklama kararlarında alt sınırdan yasaklama süresi belirlemek veya haksızlık içeriği belirtilen suçları oluşturan fiillere göre daha hafif olan, isteklileri tereddüde düşürmek (KİK m. 17/1-b) vb. fiiller nedeniyle verilecek yasaklama kararlarında üst sınırdan yasaklama süresi belirlemek, ölçülülük ve adalet ilkelerine, dolayısıyla hukuka uygun olmayacaktır. Danıştay, özel bir ağırlaştırıcı sebep yoksa yasaklama kararının alt sınırdan verilmesi gerektiğini kabul etmektedir.²⁹⁵ Yasaklama süresinin alt sınırdan olmaması halinde kararda makul bir gerekçenin gösterilmesi gerektiği, aksi halde kararın bu yönden hukuka aykırı olacağı görüşü genel olarak kabul görmekte ise de,²⁹⁶ bizce, hem alt sınırdan ve hem de alt sınırı aşar şekilde yasaklama kararı verilmesinde, süre yönünden gerekçenin kararda belirtilmesi gerekmektedir. Alt sınırdan verilen yasaklama kararlarında gerekçe yazılması, karar makamının, hakkında yasaklama kararı verilecek kişiyi hukuka

²⁹⁴ Kaya, "İhale Hukukunda Çalışma...", s. 182.

²⁹⁵ Sezginer, *age.*, s. 1044.

²⁹⁶ Ankara 4. İdare Mahkemesinin 16.9.2004 tarih 2008/532 E. ve 2009/591 K. sayılı kararı. Aktaran: *Ae.*, s. 1044.

aykırı olarak koruması tehlikesine karşı; üst sınırdan veya alt sınırdan çok uzaklaşarak verilen yasaklama kararlarında gerekçe yazılması ise, yasaklama yaptırımında ölçülülük ve adalet ilkelerinin ihlal edilmesi ihtimalini azaltacak şekilde karar mercii nezdinde bir denetim işlevi görerek hukuka uygun kararlar alınmasına karşı olumlu yönde sonuçlar doğurabilir. Bunun yanında gerekçenin, yasaklama kararının yargısal denetiminin daha kolay ve etkin yapılmasına fayda sağlayacağı da açıktır. Belirtilen nedenlerle, KİK, KİSK ve DİK'nin yasaklama yaptırımını öngören maddelerinde, yasaklama kararlarının (özellikle yasaklılık süresi yönünden) gerekçeli olması kuralını öngören bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır.

KİK, KİSK ve DİK'ye göre verilen ve Resmi Gazetede yayımlanan yasaklama kararları Kamu İhale Kurumu tarafından bir sicil sistemi çerçevesinde izlenmektedir. Kurum'un bu görevi KİK m. 53/b-5'te, **“haklarında idarece ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak”** şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca, KİK m. 58/4 ve KİSK m. 26/3'te de yasaklı idarelere ilişkin kayıtların (sicillerin) Kurumca tutulması hususu düzenlenmiştir. Oluşturulan sicil, ihaleci idarelerin bilgilendirilmesi ve uyarılması işlevini görmektedir. İdareler Kurumun internet üzerinden erişilebilen Elektronik Kamu Alımları Platformu (EKAP) aracılığıyla (bir isteklinin yasaklı olup olmadığını öğrenmek amacıyla) sorgulama yapabilmektedirler.

F. Uygulanması Mahkeme Kararını Gerektiren İhalelere Katılmaktan Yasaklama Yaptırımı

1. Genel Olarak

Bu yaptırıma ilişkin temel düzenlemeler, KİK m. 59, DİK m. 85 ve KİSK m. 27'de yer almaktadır. İhale kanunlarımız, idarece herhangi bir mahkeme kararına ihtiyaç duymadan uygulanması nedeniyle idari yaptırım kavramı içerisinde değerlendirilen ihalelere katılmaktan idarece yasaklama yaptırımının yanı sıra, uygulanmasına mahkemece hükmedilecek olan, ihalelere katılmaktan (sürelili veya süreklili) yasaklama yaptırımı da öngörmüştür.²⁹⁷ Bu yaptırım, TCK'de yer almamakla birlikte, uygulanmasına mahkemece hükmedildiğinden cezai yaptırım (yargısal yaptırım) kavramı kapsamında değerlendirilmektedir ve cezai yaptırımlardan **güvenlik tedbirlerinin** özelliklerini göstermektedir. TCK'de düzenlenen temel ihale

²⁹⁷ Kaya, “İhale Hukukunda Çalışma...”, s. 176.

suçları olan ihaleye fesat karıştırma (TCK m. 235) ve edimin ifasına fesat karıştırma (TCK m. 236) suçlarında uygulanması olası olan bu yaptırımın esasları, KİK'nin 59, KİSK'nin 27 ve DİK'nin 85. maddelerinde düzenlenmiştir. Çalışmamız ihale ve sözleşme süreçlerinde uygulanan idari yaptırımları kapsamakla birlikte, çalışmamızın kapsamına giren konuların bir bütünlük içerisinde ortaya konulabilmesi bakımından, ceza yargılaması sonucunda mahkemece hükmedilen ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı ile ilgili açıklama ve değerlendirmelerde bulunulması uygun görülmüştür.

2. Bir Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Güvenlik Tedbirleri

Bir cezai yaptırım türü (grubu) olarak güvenlik tedbirleri; suç işleyen kişi hakkında ya da suçun konusu ile veya suçun işlenmesinde kullanılan araç ile ilgili olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımlarıdır.²⁹⁸ Suç işleyen kişi hakkında, gösterdiği tehlikelilik durumu göz önünde bulundurularak, kendisini ve toplumu koruyucu nitelikte güvenlik tedbirlerine hükmolunabilir.²⁹⁹ Ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralının bir sonucu olarak, tüzel kişiler hakkında ceza uygulanamamakla birlikte, belirli durumlarda ve belirli koşullar altında güvenlik tedbirlerine hükmedilebilir. Aynı şekilde, suçlu veya ilgili tüzel kişi dışındaki kişi, eşya ve kazançla ilgili olarak da, Kanun'da düzenlenen usul ve esaslar çerçevesinde çeşitli güvenlik tedbirleri uygulanabilir.

Yargılama sonucunda verilecek hüküm kapsamında yer alan güvenlik tedbirleri ile soruşturma ve kovuşturma aşamalarında başvuru koruma tedbirleri (eşyaya, kazançta, taşınmazlara el konulması ve şirket yönetimi için kayyım tayini gibi türleri olup CMK m. 116 ilâ 134 ve 248'de düzenlenmişlerdir) birbirinden farklı özelliklere sahip iki ayrı kurumdurlar.

Güvenlik tedbirlerinde, hapis ve adli para cezasında da olduğu gibi kanunilik ilkesi geçerlidir; bu husus TCK'nin "Suçta ve cezada kanunilik ilkesi" başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasında;

"(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz."

Denilmek suretiyle ifade edilmiştir; ancak, cezalardan farklı olarak, güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için, hakkında güvenlik tedbirine hükmedilecek kişinin

²⁹⁸ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 789.

²⁹⁹ Arslan, *age.*, s. 249.

ilgili suç kapsamında kusurlu olması şart değildir; bu duruma tipik bir örnek olarak, “akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri” verilebilir.³⁰⁰

Güvenlik tedbirleri kurumunun uygulanmasında (cezada olduğu gibi) orantılılık ilkesine riayet edilmelidir; bu husus TCK'nin “Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi” başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasında, “**(1) Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.**” denilmek suretiyle açıkça ifade edilmiştir.

TCK'de düzenlenen güvenlik tedbirleri şunlardır: belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma (m. 53), eşya müsaderesi (m. 54), kazanç müsaderesi (m. 55), çocuklara özgü güvenlik tedbirleri (m. 56), akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri (m. 57), mükerrirlere ve özel tehlikeli suçlulara özgü güvenlik tedbirleri (m. 58), tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri (m. 60).

TCK'de düzenlenen güvenlik tedbirlerinden hangilerinin ve ne suretle uygulanacağına, ilgili suçun türü ve somut olayın sahip olduğu özelliklere göre mahkemece karar verilecektir. TCK'de düzenlenen bu güvenlik tedbirlerinin yanı sıra, özel nitelikteki kanunlarda da güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümler bulunabilir. Nitekim KİK'nin “İsteklilerin ceza sorumluluğu” başlıklı 59, KİSK'nin “Yüklenicilerin ceza sorumluluğu” başlıklı 27 ve DİK'nin “Ceza sorumluluğu ve sonuçları” başlıklı 85. maddesinde düzenlenen ve (hem KİK'ye göre yasak fiil ve davranışlardan ve hem de TCK'ye göre ihaleye fesat karıştırma veya edimin ifasına fesat karıştırma suçu başta olmak üzere bir veya birden fazla suçu oluşturan fiiller nedeniyle hükmolunacak cezanın yanı sıra) mahkemece hükmedilecek “ihalelere katılmaktan yasaklama” yaptırımı da bir tür güvenlik tedbiridir.

TCK'de düzenlenen hapis ve adli para cezasının yanı sıra uygulanması öngörülen güvenlik tedbirlerinin kapsamına, hapis ve adli para cezası dışında olup Kanun'da düzenlenen esas ve usullere göre mahkemece hükmedilen bütün yaptırımlar girmektedir. Bu yaptırımlar, faile, faille veya suçla ilişkili gerçek ve tüzel kişiye, suçla ilgili maddi her türlü varlığa, örneğin eşyaya ve kazanca yönelik olabilir.

İhaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçlarında, yukarıda çerçevesi çizilen hükümler uyarınca ilgili gerçek kişiler ve bilhassa TCK'nin “Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri “ başlıklı 60. maddesiyle birlikte

³⁰⁰ Koca - Üzülmez, age., s. 584.

aynı Kanun'un "Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulaması" başlıklı 242. maddesinde yer alan ve ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçlarını da kapsayan ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçların³⁰¹ işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi gerekmektedir.

Aşağıda, KİK, KİSK ve DİK'de yer alan ve mahkeme kararına dayalı olarak uygulanması öngörülen ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını incelenecek, çalışmamızın esas konularından olmadığından, TCK'de düzenlenen güvenlik tedbirleriyle ilgili olarak daha ayrıntılı açıklama ve değerlendirmelerde bulunulmayacaktır.

3. KİK'ye Göre Yasaklama

KİK'de süreli ve sürekli olmak üzere iki tür yasaklama öngörülmüştür. KİK'nin "İsteklilerin ceza sorumluluğu" başlıklı 59. maddesinin 1. fıkrasında süreli yasaklama yaptırımını düzenlenmiştir. Buna göre; taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, Kanun'un "Yasak fiil veya davranışlar" başlıklı 17. maddesinde beş bent halinde düzenlenen fiil ve davranışlardan TCK'ye göre suç da teşkil edenlerin işlenmesi nedeniyle (bu fiillerin faileri hakkında) **mahkemece cezaya hükmolunması halinde**, hükmolunacak cezanın yanı sıra ve idarece Kanun'un 58. maddesine göre uygulanan yasaklamamın süresini takiben uygulamaya girecek şekilde, ihale isteklisi veya yüklenicisi ve fiil ve davranışlarda bulunanlarla birlikte (fıkra yapılan atıf dolayısıyla) KİK m. 58/2'de belirtilen gerçek ve tüzel kişiler hakkında da, bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar, **KİK kapsamındaki kurum ve kuruluşların ihalelerine** katılmaktan yasaklamaya da hükmedilir. Mahkemece verilecek bu hükmün, sadece KİK kapsamındaki kurum ve kuruluşların ihalelerine katılmaktan yasaklanmayı konu aldığı maddede açıkça belirtilmiştir. Bu husus bizce oldukça tartışmalı ve eleştiriye açıktır.³⁰² Bu yaptırımın, tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerini (istisna

³⁰¹ Bu suçlar, TCK'nin 235 ilâ 241. maddelerinde (topluma karşı suçlar başlıklı üçüncü kısmın ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar başlıklı dokuzuncu bölümünde) yer alan; ihaleye fesat karıştırma (m. 235), edimin ifasına fesat karıştırma (m. 236), fiyatları etkileme (m. 237), kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma (m. 238), ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (m. 239), mal veya hizmet satımından kaçınma (m. 240) ve tefecilik (m. 241) suçlarıdır.

³⁰² Kaya, "İhale Hukukunda Çalışma...", s. 182.

edilenler dâhil) kapsamı, bu amacı teminen maddede düzenleme yapılması gerektiği görüşündeyiz.

Yukarıda da belirtildiği gibi, maddenin 1. fıkrasında süreli, 3. fıkrasında sürekli yasaklama yaptırımı düzenlenmiş olup, 1. fıkrada yer alan hükme göre, 17. maddede düzenlenen yasak fiil ve davranışlarda bulunanlar hakkında, yasak fiil ve davranışın suç teşkil etmesi nedeniyle açılan dava ve yapılan yargılama sonucunda suçlu bulunmaları halinde mahkemece, idarece verilen süreli yasaklama kararının infazı tamamlandıktan sonra uygulanmak ve m. 58/2’de sayılan kişileri de kapsamak üzere, ihalelere katılmaktan süreli yasaklama kararı; 3. fıkrada yer alan hükme göre ise, söz konusu fiil ve davranışlar nedeniyle haklarında mahkemece mükerrer cezaya hükmolunanlar ile bu kişilerin (sermayesinin % 50’sinden fazlasına) ortak olduğu sermaye şirketleri veya (hisse oranı ne olursa olsun) şahıs şirketleri hakkında, kamu ihalelerine katılmaktan sürekli olarak yasaklama kararı verilecektir. Bu kararlar Kamu İhale Kurumuna ve ilgili meslek odalarına bildirilir. Sürekli yasaklamaya ilişkin kararlar Resmi Gazetede yayımlanır.

Madde gerekçesinde yer alan;³⁰³

“Suç işlemeyi alışkanlık haline getirenlerin kamuya karşı mesleklerini gerektiği şekilde yapamayacakları gerekçesiyle de bu fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hükmolunanlar ile bunların şirketlerinin mahkeme kararıyla sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmaları hükme bağlanmıştır.”

Açıklamasından da anlaşıldığı gibi, ihalelere katılmaktan sürekli yasaklama yaptırımı, güvenlik tedbiri olarak uygulanan yasaklama yaptırımının **tekerrür** nedeniyle ağırlaştırılmış halidir.

TCK’nin “Suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular” başlıklı 58. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi, tekerrür, kişinin daha önce işlediği suç nedeniyle belli bir cezaya mahkûm edilmiş olmasına rağmen suç işlemede gösterdiği kararlılıkla (yeniden suç işlemesiyle) toplum açısından gösterdiği tehlikeliliği ifade eder. Suçta tekerrür, TCK m. 58’de, Kanun’da hapis cezası ile adli para cezasının seçimlik yaptırımlar olması halinde adli para cezasına hükmedilememe (hapis cezasına hükmetme) nedeni, cezanın infazı sırasında dikkate alınacak (infaz rejimini etkileyen) bir neden ve nihayet infazdan sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulamasını gerektiren bir neden olarak düzenlenmiş, tekerrür dolayısıyla cezada artırım öngören (765 sayılı Kanun’da yer alan eski) sistemden vazgeçilmiştir.

³⁰³ mevzuat.tbmm.gov.tr, 4.4.2019.

İhalelere katılmaktan sürekli yasaklanma yaptırımı, sürekli bir hak yoksunluğunu doğurması nedeniyle, 5237 sayılı TCK'nin getirdiği (m. 53), **hak yoksunluğunun süresiz olamayacağı** ilkesine aykırıdır. Bu ilkenin, TCK'nin 5. maddesi gereğince, diğer kanunların (dolayısıyla KİK'nin de) hapis cezasına sonuç bağladığı her durumda uygulanması gerekmektedir.³⁰⁴ Belirtilen nedenle, sürekli olarak yasaklanan kamu ihalelerine katılma hakkının, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun "Yasaklanmış hakların geri verilmesi" başlıklı 13/A maddesine göre iade edilmesi mümkündür.

Sürekli yasaklamanın yasaklanacak kişiler yönünden kapsamının, süreli (geçici) yasaklamanınkinden daha dar olduğu görülmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken bir husus da şudur: mükerrer cezaya hükmedilmesi halinde, 59. maddenin 3. fıkrasında belirtilen koşulları taşıyan kişiler hakkında sürekli yasaklama kararı veren mahkemenin, aynı zamanda, 1. fıkrada (ve yapılan atıf dolayısıyla 58. maddenin 2. fıkrasında) sayılan kişiler hakkında süreli yasaklama kararı verilmesi gerekmektedir. Yani aynı davada, hüküm kapsamında bazı kişiler hakkında sürekli, bazıları hakkında ise sürekli yasaklamaya hükmedilecektir.

Yasaklama yaptırımına hükmedilmesini gerektirecek suç türleri, maddenin kapsamını belirleyici ve sınırlayıcı şekilde sayılmamış, **"...hükmolunacak cezanın yanı sıra..."** ifadesi kullanılarak kapsam, belirsizliğe de neden olacak şekilde geniş tutulmuştur. KİK'nin 17. maddesinde sayılan fiillerden, idari yaptırımı gerektirenlerin yanı sıra TCK'ye göre suç da teşkil edenlerin büyük bir olasılıkla ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacağı söylenebilir ise de, ihaleye fesat karıştırma suçunun unsurlarını tümüyle taşımaması nedeniyle bu fiillerin ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmayan ve fakat TCK'de düzenlenen başka bir suç oluşturduğu fiiller olması da mümkündür. Maddenin mevcut halinde, suç türleri yönüyle kapsamın belirtilmemiş olması (belirsiz olması) nedeniyle, ihale süreciyle ilgili olarak işlenen fiiller nedeniyle idarenin suç duyurusu sonucunda açılan bir davada, unsurların tam olarak mevcut olmaması nedeniyle ihaleye fesat karıştırma suçu dışında herhangi bir suçtan dolayı cezaya hükmedilmesi halinde de, hükmedilen cezanın yanı sıra yasaklama yaptırımına da hükmedilmesi gerekmektedir. Yasaklama hükmünün hangi suçlarda uygulanacağını madde metninde sınırlayıcı biçimde belirtilmemiş olmasının, suç ve cezada kanunilik ilkesi, özellikle bu ilkenin bir

³⁰⁴ Koca - Üzülmüş, **age.**, s. 593.

bileşeni olan belirlilik ilkesi yönünden bir kusur oluşturduğu, bu nedenle maddede bir düzenleme yapılması gerektiği görüşündeyiz. Bu düzenleme kapsamında hükmün ihaleye fesat karıştırma suçundan dolayı cezaya hükmedilmesi haliyle sınırlı tutulması veya kanun koyucunun tercihine göre ihale sürecinde işlenen belirli suçların da kapsama alınması mümkündür. Öte yandan, KİK m. 59'da yer alan **“...hükmolunacak cezanın yanı sıra...”** ifadesi yerine **“...hükmolunacak ceza ve güvenlik tedbirlerinin yanı sıra...”** veya **“...mahkemece hükmolunacak diğer yaptırımların yanı sıra...”** ifadesinin kullanılması daha uygun olurdu. Şöyle ki, bu ifade, cezanın yanı sıra TCK m. 53'e göre bir güvenlik tedbiri uygulanması halinde, ayrıca bu maddeye göre (güvenlik tedbiri özelliğini gösteren bir yaptırım olan) ihalelere katılmaktan yasaklamaya hükmedilmesinin gerekip gerekmeyeceği konusunda bir tereddüde sebep olmaktadır.

Yasaklama hükmünün, yasaklı fiil ve davranışta bulunanları, yasaklı fiil ve davranışın lehine işlendiği ihale isteklisini (fiil ve davranış ihale sonuçlandıktan sonra tespit edilmiş ise yükleniciyi) ve (m. 58/2'de sayıldığı üzere) yasaklanan şahıs şirketi ise şirket ortaklarının tamamını, yasaklanan sermaye şirketi ise sermayenin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortakları, yasaklanan gerçek ve tüzel kişinin ortak olduğu şahıs şirketlerini, yasaklanan gerçek ve tüzel kişinin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketlerini de kapsamına alması gerektiği değerlendirilmektedir; ancak, maddede, fiil ve davranışlarda bulunanlar ile o işteki ortak ve vekilleri hakkında yapılacak ceza yargılaması sonucunda hükmedilecek ceza ile birlikte süreli yasaklama kararının da verileceği belirtildiğinden, yasaklama kararının yasak fiil ve davranışın failleri (dolayısıyla haklarında cezaya hükmedilen gerçek kişiler) ile Kanun'un 58/2 maddesinde sayılanları kapsayacağı anlaşılmaktadır. Yine KİK m. 59'la ilgili olarak; mahkemece verilen yasaklama hükmünün, yasak fiil ve davranışın failleri (dolayısıyla haklarında cezaya hükmedilenler) ile Kanun'un 58/2 maddesinde sayılanları kapsayacağı anlaşılmaktadır. Madde hükmü dar yoruma tabi tutulduğunda, yasaklı fiil ve davranışın lehine işlendiği tüzel kişi istekli ve yüklenici ile hakkında cezaya hükmedilmeyen gerçek kişi istekli ve yüklenicinin yasaklama kapsamında olmadığı sonucuna varılabilmektedir. Bizce 59. maddenin bu yaklaşımı isabetli değildir. Bunların da yasaklama kapsamına alınmasının, (yasaklama kapsamında olduklarının açıkça belirtilmesinin) yasaklama kurumunun amaçlarına (ve belirlilik ilkesine)

uyum açısından gerekli olduğu görüşündeyiz. Dolayısıyla, bu hususta bir kanuni düzenleme yapılmasında fayda vardır.

Maddede yer alan “...yasaklanırlar.” ibaresinden, mahkemenin bu konuda bir takdir yetkisinin olmadığı, bir ile üç yıl arasında bir yasaklamaya hükmetmek zorunda olduğu sonucuna varılmaktadır.

Hükmün kesinleşmesinin, idarece gerçekleştirilen yasaklama süresinin bitmesinden sonraki bir tarihe rastlaması halinde, idarece uygulanan yasaklama süresi tamamlanmış olsa dahi, KİK m. 59/2 maddesindeki hüküm gereğince, yargılama tamamlanıncaya kadar, kanundan kaynaklanan tedbir nedeniyle, **fiili** bir yasaklılık süresi geçerli olacaktır. Ancak, “yargılama sonuna kadar” ibaresi hükmün kesinleşme sürecini kapsamadığından, ceza mahkemesinin hüküm tarihi ile hükmün kesinleşme tarihi arasındaki zaman diliminde ihalelere katılma yasağının uygulanıp uygulanamayacağı hususu bizce tartışmalıdır.³⁰⁵ Öte yandan, yargılama sonu yerine hükmün kesinleşme tarihinin esas alınması halinde ise, hükmün kesinleşmesinin makul bir süre olmaması, çok uzun olması halinde, özellikle hükmün sanıklar lehine bozulduğu durumlarda yine sanıklar aleyhine bir durumun ortaya çıkacağı, Anayasa ile teminat altına alınan çalışma ve sözleşme hürriyetinin ihlaline sebep olunacağı açıktır.

KİK’ye göre idarece verilen yasaklama kararının uygulanmasını müteakip ayrıca uygulanması öngörülen ve ceza yargılamasını yapan mahkemece hükmedilen yasaklama yaptırımının yanı sıra, TCK’nin güvenlik tedbirlerini düzenleyen 53. maddesine göre, kasten işlenen suçlar nedeniyle hapis cezasına mahkûmiyetin bir sonucu olarak kişi (sanık) belli hakları kullanmaktan (mahkemece karar alınmaksızın, Kanun’dan kaynaklanan bir sonuç olarak) yoksun kalır. Yine aynı maddeye göre (maddede belirtilen hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde) sanık, belli hak ve yetkilerin kullanılmasından yoksun bırakılabilir. Bu kapsamda, (somut olayda koşulları mevcut ise) m. 53/1’e göre sanık; şirket yöneticisi veya deneticisi olmaktan, bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etme hakkından (cezanın infazı tamamlanıncaya kadar) yoksun

³⁰⁵ Bununla birlikte, Kamu İhale Kurulunun 26.2.2014 tarih 2014/DK.D-21 s. kararında, KİK m. 59/2’de yer alan “...yargılamanın sonuna kadar...” ifadesinden, ilk derece mahkemesinin karar verdiği tarihe kadar olan sürecin anlaşılması gerektiği yönünde karar alınmıştır. www.ihale.gov.tr, 22.8.2018.

kalacaktır. Yine, m. 53/5'e göre (söz konusu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde) sanığın, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkilerin kullanılmasının yasaklanmasına mahkemece karar verilir. Böylece, ihale sürecinde işlenen ve suç (ihaleye fesat karıştırma örneğinde olduğu gibi suç da) oluşturan bir fiil nedeniyle, ilki idarece bir idari işlemle tesis edilip Resmi Gazetede yayım tarihinden itibaren işlemeye başlayarak tüketilen, ikincisi ise mahkemece hükmedilerek (ilkinin kapsadığı süre tamamlandıktan hemen sonra) işlemeye başlayacak olan en az iki adet yasaklama dönemi (zorunlu olarak) uygulanmış olacak, ilaveten, TCK m. 53'e göre sanık gerçek kişi hakkında belirtilen güvenlik tedbirleri de uygulanabilecektir.

KİK'de, mahkeme kararını gerektirmeyen, tedbir işlevi gören ve kişinin kamu ihalelerine katılamaması sonucunu doğuran bir hüküm daha vardır. Kanun'un 59/2 maddesinde yer alan;

“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.”

Hükmü gereğince,³⁰⁶ haklarında KİK'nin 17. maddesinde düzenlenen fiillerden biri veya bir kaç dolayısıyla kamu davası açılmasına karar verilenler (aşağıda açıklanacak olan sebeplerle, kamu davasına açılmasına karar verilmesini, iddianamenin düzenlenmesi olarak kabul etmek gerektiği görüşündeyiz)³⁰⁷ KİK'nin 58/2 maddesinde sayılanlarla birlikte, ceza mahkemesinin hüküm tarihine kadar KİK kapsamındaki idarelerin ihalelerine katılamayacaklardır. Maddenin bu fıkrasında **“...ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler...”** denmekte, fıkranın gerekçesinde ise, **“(…) Ayrıca, yargılama sonunda suçun sabit görülme olasılığı dikkate alınarak yeni ihtilaflara yol açılmaması için, yargılama sonuna kadar ilgililerin kamu ihalelerine katılmaları önlenmektedir.”** açıklaması yer almaktadır. Fıkradaki hüküm ile amaçlananın, şüpheli ve bilahare (iddianamenin kabulü ile) sanık sıfatını taşıyacak kişiler ile bunlarla irtibatlı gerçek ve tüzel

³⁰⁶ Bu hususta KİGT'nin, “Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler.” başlıklı 28.2. maddesinde ayrıntılı açıklamalar yapılmıştır.

³⁰⁷ Maddede belirtilmemiş olmakla birlikte, düzenlenen iddianamenin mahkemece kabul edilmiş olmasının (bu hükümle öngörülen uygulama için) gerektiği savunulmaktadır. Sadettin Doğanıyigit, **Açıklamalı - İçtihatlı - Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**, 17. bsk., Ankara, Seçkin, 2018, s. 1129.

kişilerin, iddianamenin hazırlandığı tarihten ilk derece mahkemesince hüküm kurulduğu tarihe kadar ihalelere katılmalarının (tedbir niteliğinde bir yaptırım olarak) engellenmesi olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi de bir kararında, Kanun'un öngördüğü bu uygulamanın bir **tedbir (önlem) olduğunu**, **“ceza yaptırımı” olarak kabul edilmemesi gerektiğini** ve Anayasaya aykırı olmadığını değerlendirmiştir.³⁰⁸ Bizce, uygulanan tedbir (yaptırım kavramını geniş anlamda düşündüğümüzde) -ağırlıklı olarak tedbir işlevi gören- bir yaptırımdır; ancak bu yaptırım bir cezai yaptırım değildir. Çünkü cezai yaptırımdan bahsedilebilmesi için, yaptırım kararının ceza mahkemesi kararına dayanması gerekir. Bu yaptırımın bir idari yaptırım olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir; çünkü idarece alınan bir karar ile uygulanmamaktadır. Bu yaptırım, Kanun'un belirli bir durum karşısında tedbir amaçlı olarak ve doğrudan doğruya (herhangi bir idari ve yargısal merciin kararına ihtiyaç duymadan) uygulamaya girmesini öngördüğü, temel özelliği ve işlevi “tedbir” olan ve geniş anlamda yaptırım (müeyyide) kavramının kapsamında değerlendirilebilecek olan bir yaptırımdır. Hakkında (ihale ve sözleşme sürecinde işlediği fiilden dolayı suç isnadıyla) iddianame düzenlenen bir kişinin suçlu olduğu yönünde yeterli şüphe bulunduğu kabulü gerekmektedir. Çünkü CMK'nin sisteminde iddianame düzenlenebilmesi için (en azından) **“yeterli şüphe”**nin varlığı esaslı bir koşuldur. Diğer bir ifadeyle, soruşturma evresinde toplanan deliller suçun işlendiğine yönelik yeterli şüphenin oluşmasına neden oluyorsa iddianame düzenlenmesi gerekir.³⁰⁹ Yeterli şüphe, mahkûmiyete hükmedilme ihtimalinin beraat ihtimalinden yüksek olması³¹⁰ (bizce, suçun hakkında iddianame düzenlenen kişi veya kişilerce işlenmiş olması ihtimalinin, işlenmemiş olması ihtimalinden yüksek olması) demektir. İhale sürecinde ve ihale nedeniyle bir suç işlediği yönünde yeterli (veya kuvvetli) şüphe bulunan kişi veya kişilerin, bilahare iştirak edecekleri ihalelerde de benzer fiilleri işleyebilecekleri değerlendirilerek, ceza davası sonuna kadar kamu ihalelerine katılmasının engellenmesi amacını taşıyan KİK m. 59. maddedeki düzenleme hukuken (özellikle, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin Anayasa m. 13'e göre) meşru ve yerindedir.

Madde gerekçesi ve CMK m. 2/1'deki **“e) Soruşturma: Kanuna göre**

³⁰⁸ AyM, E. 2007/68 K. 2010/2, KT. 14.10.2010, RG. 28.4.2010, sy. 27565. Bu kararın ilgili kısımlarına, yukarıda, yasaklama yaptırımının Anayasa yönünden değerlendirilmesiyle ilgili başlık altında (155 numaralı dipnotta) yer verilmiştir.

³⁰⁹ Bahri Öztürk vd., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, 11. bsk., Ankara, Seçkin, 2017, s. 441.

³¹⁰ **Ae.**

yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi,” ve “f) Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi,” tanımları ile m. 175/1’deki, “İddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar.” şeklindeki tanım ve düzenlemeler dikkate alındığında, KİK m. 59/2’de kullanılan “soruşturma” teriminin CMK ile uyum içerisinde olmadığı görülmektedir. Bu durumun KİK’nin CMK’dan önce 2002 yılında (hazırlanarak) kanunlaşmasından, yani, belirtilen terim ve kavramların CMUK döneminde geçerli olan anlamlarıyla kullanılmasından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Sonuç olarak, fıkradaki hükmün CMK ile uyumunu sağlamak amacıyla, metindeki “...kovuşturma yapılarak haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler...” ifadesinin, “...haklarında ceza davası açılanlar...” şeklinde düzenlenmesinin daha uygun olacağı görüşündeyiz.

4. DİK’ye Göre Yasaklama

KİK ve KİSK’de olduğu gibi DİK’de de, süreli ve sürekli olmak üzere iki biçimde bu yaptırıma yer verilmiştir. DİK’nin 85. maddesinde yer alan düzenlemenin, KİK’nin 59/2 maddesiyle genel olarak paralellik göstermekle birlikte farklı yönlerinin de bulunduğu, şöyle ki, DİK’deki düzenlemenin KİK ve KİSK’deki düzenlemeye göre yasak fiil ve davranışlar ve haklarında yasaklamaya hükmedilecek kişiler yönünden kapsamının daha dar, yasaklı kişilerin katılamayacağı ihaleler yönünden ise kapsamının daha geniş olduğu³¹¹ (DİK’ye göre uygulanan yasaklamanın bütün ihalelere katılımı engellemesine karşın KİK’ye göre uygulanan yasaklamanın sadece KİK’ye tabi ihaleleri kapsadığı); öte yandan, bu hükmün (KİK’den farklı olarak) sözleşme (edimin ifası) sürecinde gerçekleştirilen yasak fiil ve davranışları da kapsadığı görülmektedir.

DİK’nin “Ceza sorumluluğu ve sonuçları” başlıklı 85/1 maddesinde süreli yasaklama yaptırımını düzenlenmiştir. Buna göre; **iş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra anlaşılmış olsa dahi, Kanun’un 83/c maddesinde yazılı fiil ve davranışlarda buldukları tespit edilenler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında, bu fiilleri nedeniyle hükmedilen cezanın yanı sıra, bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere girmekten yasaklamaya da hükmedilir.** DİK’nin 83/c

³¹¹ Bu husustaki eleştiri ve önerimiz, yukarıda, KİK’ye Göre (Mahkemece) Yasaklama konusunun açıklandığı başlık altında belirtilmiştir.

maddesinde yer alan yasak fiil ve davranışlar; **sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmaktır.**

Maddenin 2. fıkrasında, KİK'nin 59/2 maddesindeki hükme benzer bir hüküm bulunmaktadır. Ancak, bu hüküm (KİK'dekinden farklı olarak) hem ihale ve hem de sözleşme sürecini kapsamaktadır. Buna göre, **Kanun kapsamına giren işler dolayısıyla haklarında soruşturma açılan müteahhitlere yargılama sonuna kadar yeni iş verilmez.**

Maddenin 4. fıkrasında sürekli yasaklama yaptırımı düzenlenmiştir. Buna göre; rüşvet verme suçu ile 765 sayılı (eski) TCK'nin 339, 340 ve 342. maddelerine göre bu Kanun kapsamındaki suçlar nedeniyle haklarında tekerrür hükümleri uygulananlar, mesleklerini icradan men olunurlar ve herhangi bir ad altında müteahhitlik yapamazlar. 765 sayılı (eski) TCK'nin 339, 340 ve 342. maddeleri, 5237 sayılı TCK'deki 204 ve 205. maddelere tekabül etmektedir. Rüşvet suçu ise TCK'nin 252. maddesinde düzenlenmiştir.³¹²

Maddenin 5. fıkrasına göre, bu mahkûmiyete ilişkin kararlar, ilgililerin meslek ve müteahhitlik sicillerine işlenir.

DİK'ye tabi ihalelerin ihale ve sözleşme süreçlerinde işlenen fiiller nedeniyle mahkemece hükmedilen söz konusu yaptırımlara ilişkin hükümlerin KİK'de aynı öngörülen yaptırımlara ilişkin hükümlerle tam bir uyum içerisinde olmadığı görülmektedir. Bu durum, farklı kanunlara tabi olsa bile esasen aynı amaca yönelik yaptırımlarda kanun koyucunun farklı yaklaşımlarda bulunmuş olması nedeniyle bizce eleştiriye hak etmektedir. Bu hususta (iki Kanun arasında) birliğin (ya da, en geniş oranda bir paralelliğin) sağlanmasının isabetli olacağı görüşündeyiz.

³¹² DİK'nin 765 s. eski TCK'ye ait maddelere yaptığı yollamaların, 5252 s. Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 3. maddesinde yer alan, "**Madde 3- (1) Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır.**" düzenlemesi gereğince, belirttiğimiz suçlara (bu suçların düzenlendiği maddelere) yapıldığı kabul edilmelidir.

5. KİSK'ye Göre Yasaklama

KİK'de olduğu gibi KİSK'de de bu yaptırıma yer verilmiştir. KİSK'nin 27. maddesindeki düzenlemenin KİK'nin 59/2 maddesindekiyle paralellik gösterdiği, neredeyse aynı içerikte olduğu görülmektedir.

KİSK'nin "Yüklenicilerin ceza sorumluluğu" başlıklı 27/1 maddesine göre; taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, Kanun'un "Yasak fiil veya davranışlar" başlıklı 25. maddesinde yedi bent halinde düzenlenen fiil ve davranışlardan TCK'ye göre suç da teşkil edenlerin işlenmesi nedeniyle bu fiillerin faileri hakkında mahkemece cezaya hükmolunması halinde, hükmolunacak cezanın yanı sıra ve idarece Kanun'un 26. maddesine göre uygulanan yasaklamanın süresinin tüketilmesinden hemen sonra uygulanmak şartıyla, yüklenici ve fiil ve davranışlarda bulunanlarla birlikte (fıkra yapılan atıf dolayısıyla) KİSK m. 26/2'de belirtilen gerçek ve tüzel kişiler hakkında da, bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar, Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşların ihalelerine katılmaktan yasaklamaya hükmedilir. KİK ve KİSK'ye göre yasaklamanın kişiler yönünden kapsamının aynı olduğu görülmektedir.

KİK m. 59/1'de yer alan ve ihale sürecinde işlediği fiil nedeniyle hakkında kamu davası açılmasına karar verilenlerin (m. 58/22'de belirtilen kişilerle birlikte) dava sonuna kadar Kanun kapsamındaki ihalelere katılmalarının önlenmesini sağlayan tedbir niteliğindeki hükümlerle paralel nitelikte bir hükmün KİSK'de (KİK m. 59'un KİSK'deki karşılığı olan m. 27'de) yer almadığı görülmektedir. Bizce bu bir eksikliklerdir. KİSK m. 27'ye de bu yönde bir hüküm konulmasının isabetli olacağı görüşündeyiz.

G. Uygulanması Mahkeme Kararını Gerektiren Özel Hukuk Tüzel Kişisine İdari Para Cezası Yaptırımı

KİK, DİK ve KİSK'de yer alan yasaklı fiil ve davranışların (idari yaptırımları sonuçlayan haksızlıkların yanı sıra) ihaleye fesat karıştırma (TCK m. 235), edimin ifasına fesat karıştırma (TCK m. 236) ve rüşvet (TCK m. 252) suçları gibi (ihale ve sözleşme sürecinde karşılaşılabilecek) suçlar başta olmak üzere KK'nin 43/A maddesinde sayılan suçlardan en az birini oluşturması halinde, yukarıda incelenen idari yaptırımların yanı sıra, ceza mahkemesi kararına dayalı olarak; suçu işleyen gerçek kişilere TCK'de öngörülen hapis cezası, güvenlik tedbirleri ve KK m.

43/A'da düzenlenen idari para cezası da³¹³ uygulanmaktadır.

KK m. 43/A'da düzenlenen bu yaptırımın; KK'de düzenlenmiş olması ve isminde “idari” sıfatının bulunması dolayısıyla idari yaptırım tanımı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği savunulabilir ise de, diğer idari yaptırımlardan farklı olarak, uygulanmasına **sadece ceza mahkemesi tarafından** hükmedilebilmesinin (idare tarafından hiçbir durumda uygulanamamasının) yanı sıra, bir **kabahate karşılık** olarak uygulanması öngörülen bir yaptırım olmaması, bir **suça karşılık** uygulanması öngörülen bir yaptırım olması nedeniyle (çalışmamızın ilk bölümünde, idari yaptırım ve idari yaptırım-cezai yaptırım ayırımına ilişkin başlıklar altında yer alan tanım ve değerlendirmeler gereğince) cezai yaptırım özelliğini gösterdiği görüşündeyiz. Burada kullandığımız “cezai yaptırım” ifadesini, “ceza kanunu yaptırımı”ndan ayırt etmek gerekmektedir. Bu yaptırımın, TCK'nin sistemindeki adli para cezasının dışında bir para cezası yaptırımı olduğu açıktır. TCK'nin öngördüğü yaptırım sistemi dışında yer alan bu yaptırımın KK'de düzenlenmesi isabetli bir yaklaşım değildir. Çünkü, karşılığında idari yaptırım uygulanması öngörülen fiiller suç teşkil etmeyen içerik ve ağırlıkta haksızlıklardır. Bu yaptırımda ise, yaptırımın sebep unsurunun kabahat veya (idari yaptırım gerektiren) bir fiil olmadığı, gerçek kişi tarafından işlenen bir suç olduğu açıktır. Bu yönüyle değerlendirildiğinde bu yaptırımın KK'de veya herhangi bir kanunda düzenlenen idari yaptırımlardan tümüyle farklı bir özellikte olduğu görülmektedir. Bu yaptırım, (5237 s. TCK'nin kabul ettiği sistemde) tüzel kişilere TCK'ye göre ceza (dolayısıyla, adli para cezası da) verilememesinden kaynaklanan zorunluluk nedeniyle KK kapsamında düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK'nin kabul ettiği sistemde, tüzel kişilerin hareket ve kusur yeteneklerinin bulunmaması nedeniyle cezaya (adli para cezasına) muhatap olamayacağı kabul edilmiştir. Bu kural, TCK'nin 20/2 maddesinde, “**Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.**” düzenlemesinde açıkça ifade edilmiştir. Ancak bu kural TCK'de düzenlenen cezalar bakımından geçerli olup KK'de ve diğer özel kanunlarda düzenlenen idari yaptırımlar

³¹³ KK'nin “İçtima” başlıklı 15. maddesinin 3. fıkrasına göre, bir fiil kanunlarda hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır. KK'de düzenlenen bu yaptırım, TCK'de düzenlenen diğer cezai yaptırımların yanı sıra uygulandığından, belirtilen içtima düzenlemesine istisna teşkil etmektedir.

bakımından geçerli değildir.

KK'nin "Organ veya temsilcinin davranışından dolayı sorumluluk" başlıklı 8/1 maddesinde;

"(1) Organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir."

Denmek suretiyle bu husus açıkça düzenlenmiştir.

TCK ile benimsenen ceza ve yaptırım sisteminin temel ilkelerinden biri olan bu ilke nedeniyle (özellikle belli suçlar bakımından) suçla mücadelede (uygulanan yaptırımlar yönünden) ortaya çıktığı savunulan yetersizliğin giderilmesi ve ülkemizin taraf olduğu uluslararası anlaşmalardan doğan yükümlülüklerin (ve özellikle, AB'nin katılım müzakerelerinin devamı için öngördüğü zorunluluğun) yerine getirilmesi amacıyla, ihaleye fesat karıştırma suçunun da aralarında bulunduğu bazı suçlarda, suçun tüzel kişinin yararına işlenmesi (suçun işlenmesi sonucunda tüzel kişinin yarar sağlaması) halinde tüzel kişiye, ilgili suç nedeniyle açılacak davaya bakmakla görevli mahkeme tarafından idari para cezası uygulanması öngörülmüş, kanuni düzenleme KK'nin (43. maddesine 20.6.2009 tarih 5918 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle eklenen) 43/A maddesinde³¹⁴ yapılmıştır.³¹⁵

³¹⁴ KK'nin 26.6.2009 tarih 5918 sayılı Kanun'la değişik 43/A maddesinde; bir özel hukuk tüzel kişinin organı, temsilcisi veya görevlisi tarafından TCK'de düzenlenen; dolandırıcılık, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, rüşvet, suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama suçlarının; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçunun, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda düzenlenen kaçakçılık suçunun, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun Ek 5. maddesindeki suçun veya 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesindeki suçun tüzel kişinin yararına işlenmesi halinde tüzel kişiye 10.000 TL'den 2.000.000.-TL'ye kadar idari para cezası verileceği; belirtilen cezaları vermeye, bu suçlardan dolayı yargılama yapmaya görevli ve yetkili mahkeme tarafından hükmedileceği düzenlenmiştir. www.mevzuat.tbmm.gov.tr, 12.3.2018.

³¹⁵ Düzenlemenin yapılmasında, uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi amaç ve kaygısının oynadığı rol, 5918 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde, "(...) *Bu bağlamda, Avrupa Birliği (AB) ile tam üyelik müzakereleri ve Ülkemizin üyesi olduğu Avrupa Konseyi (AK) ve Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) gibi uluslararası kuruluşlar nezdinde yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerin birbiriyle örtüştüğü gözlemlenmektedir. Avrupa Birliği müzakereleri sürecinde yolsuzlukla mücadele konusu; "özgürlük, güvenlik ve adalet", "sermayenin serbest dolaşımı", "mali kontrol" gibi birden fazla müktesebat başlığında ele alınmakta olup; bunlardan "sermayenin serbest dolaşımı" faslında, "Ülkemizin karapara aklanmasının önlenmesine ilişkin mevzuatını müktesebatla uyumlaştırması" hususu müzakerelerin başlaması için açılış kriteri olarak öngörülmüştür. Nitekim bu hususlar, 2007 Türkiye İlerleme Raporunda da vurgulanmıştır. Diğer yandan, OECD bünyesinde çalışmalarını yürüten Mali Eylem Görev Gücü (FATF) ve Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Çalışma Grubu Tavsiye Kararları ile Avrupa Konseyi bünyesindeki Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu (GRECO) tavsiye kararları; karapara aklama da dâhil olmak üzere yolsuzlukla mücadele ile ilgili mevzuatımızda muhtelif değişiklik çalışmalarını gündeme getirmiştir. Bu bağlamdaki uluslararası yükümlülüklerimizi yerine getirmek amacıyla hazırlanan Tasarıyla Türk Ceza Kanununda, Ceza Muhakemesi Kanununda, Kabahatler Kanununda ve Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunda çeşitli*

Buna göre, ihaleye fesat karıştırma suçunun (ve edimin ifasına fesat karıştırma suçunun) özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcisi veya tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından ve tüzel kişinin yararına yönelik olarak (menfaati amaçlanarak) işlenmesi halinde, tüzel kişiye, **onbin Türk Lirasından ikimilyon Türk Lirasına kadar idari para cezası** verilir. Maddede açıkça düzenlendiği gibi, idari para cezası, ihaleye fesat karıştırma suçunda (ve edimin ifasına fesat karıştırma suçunda) yargılamayı yapmakla görevli olan mahkeme tarafından verilir. İhale suçlarında bu mahkeme (şahıs itibariyle başka bir yargı organının yetkili olmaması şartıyla) asliye ceza mahkemesidir.³¹⁶

Maddenin uygulanmasında, suçun faili ile ilgili koşulun üzerinde durulması gerekmektedir. Maddede bahsi geçen “organ”, “temsilci” ve “tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişi” kavramları, bu koşulun kapsamını ve sınırlarını belirtmektedir. Failin maddede belirtilen bu kişilerden olup olmadığı muhakeme edilirken, somut olayda ilgili tüzel kişiye ilişkin özel hukuk normları (Türk Ticaret Kanunu, Dernekler Kanunu, Borçlar Kanunu vd.) ile birlikte tüzel kişinin yetkili organ ve kişilerince gerçekleştirilen görevlendirme ve yetkilendirmeye ilişkin irade açıklamaları da dikkate alınacaktır.³¹⁷

Maddede, idari para cezası uygulanmasını gerektirecek suçlar (ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçlarını da içerecek şekilde) tek tek sayılmıştır. Dolayısıyla, bu suçların dışında başka bir suç işlenmesi, idari para cezasının uygulanmasına gerekçe olamayacaktır.

*değişiklikler yapılmaktadır.” şeklinde açıkça belirtildiği gibi, 43/A maddesinin gerekçesine de belirgin şekilde yansımıştır. KK'nin 43/A maddesini oluşturan 26.6.2009 tarih 5918 sayılı Kanun'un 9. maddesinin gerekçesinde, “(...) Yolsuzlukla mücadele ile ilgili olarak taraf olduğumuz sözleşmeler bakımından uluslararası alanda maruz kaldığımız eleştirilerin önüne geçmek amacıyla, Kabahatler Kanununa eklenen yeni bir maddeyle, bir özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından, yolsuzluk olarak nitelenen bazı suçların tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, tüzel kişiye de idari para cezası verilmesine imkân tanınmıştır.” ifadelerine yer verilmek suretiyle bu husus vurgulanmıştır. Erdener Yurtcan, **Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu**, 2. bs., Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2016, s. 360.*

³¹⁶ İhaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçunda görevli mahkeme, 5235 s. Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 11. maddesi gereğince (yargılanacak kişi bakımından başka bir yargı organının yetkili kılınmamış olması şartıyla) asliye ceza mahkemesi, yetkili mahkeme ise, CMK'nin 12/1 maddesi gereğince, suçun işlendiği yer mahkemesidir. Suç (bu husus tartışmalı olmakla birlikte, bizce) “sırf hareket suçu” niteliğine sahip olduğundan, “suçun işlendiği yer” ifadesinden “fiilin işlendiği yer”i anlamak gerekmektedir; dolayısıyla, yetkili mahkeme, ihalenin yapıldığı yerdeki asliye ceza mahkemesi, suçun fiil unsurunun ihalenin yapıldığı yerden başka bir yerde gerçekleşmesi halinde ise fiilin işlendiği yer asliye ceza mahkemesidir. Çetin Arslan, **İhaleye Fesat Karıştırma Suçu**, 4. bs., Ankara, Yetkin, 2017, s. 247.

³¹⁷ Yurtcan, **age.**, s. 359.

İdari para cezasının uygulanabilmesi için, suçun tüzel kişinin “yararına olarak” işlenmesi şarttır. Suçun tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi, failin fiili tüzel kişiye yarar sağlama kastıyla, yani, tüzel kişinin yararı amaçlanarak işlenmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Suç teşkil eden fiili işleyen failin amacı (saiki) sadece kendisine veya üçüncü bir kişiye yarar sağlamak ise, yani fail tüzel kişinin yararını hedef almamış ise, fiilin işlenmesi sonucunda dolaylı olarak tüzel kişinin bir yararı doğmuş olsa dahi tüzel kişiye idari para cezası verilmesinin hukuka uygunluğu tartışmalı olacaktır. Nitekim KK'nin organ veya temsilcinin davranışından dolayı sorumluluğu düzenleyen 8. maddesinde, tüzel kişiye yaptırım uygulanabilmesi için failin fiilini “görevi kapsamında” işlemiş olması gerektiği açıkça düzenlenmiştir.

Maddede düzenlenen idari para cezası yaptırımına hükmedilebilmesi için, fail hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş olması şart değildir.³¹⁸ Suçun unsurları itibariyle mevcut olmasına rağmen, herhangi bir sebeple kovuşturma yapılamaması veya yapılan kovuşturma sonucunda dava açılmaması veya yargılamanın mahkûmiyetle sonuçlanmaması durumunda da idari para cezası uygulanacaktır.³¹⁹ Dolayısıyla, örneğin, suçun faili gerçek kişinin tespit edilememesi nedeniyle davanın açılmaması veya dava açılmakla birlikte, yargılama sonucunda, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması yahut yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması (son iki durumda, tüzel kişiyle maddede belirtilen türden ilgisi olan başka bir kişi tarafından işlenmiş olması) nedeniyle sanık hakkında beraat kararı verilmesi veya (CMK m. 223/ 4 gereğince) ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi veya (CMK m. 223/8 gereğince) sanığın ölümü ve af (TCK m. 64, 65) gibi sebeplerle davanın düşmesine karar verilmesi hallerinde dahi, suçun mevcut ve tüzel kişinin yararına sonuç doğacak şekilde işlendiği sabit ise idari para cezası

³¹⁸ Maddenin kanunlaşma sürecinde, hükümetin teklif ettiği metinde yer alan “(...) **hüküm kuran mahkeme yetkilidir.**” ifadesi, mahkemece fail hakkında yargılama yapılarak hüküm kurulması gerektiği koşulunu getirdiğinden, Adalet Komisyonunda, “**Madde metnindeki “hükümü kuran” ibaresi, tüzel kişiye idari para cezası verilebilmesi için, mutlaka kovuşturma aşamasının tamamlanarak bir hükümle yargılamanın bitirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu durum ise maddede sayılan suçlardan birinin işlendiği ve işlenen suçtan dolayı tüzel kişinin bir yarar elde ettiğinin tespit edilmesine rağmen; herhangi bir nedenle kovuşturmanın başlayamaması veya başlayan kovuşturmanın mahkûmiyetle sonuçlanmaması durumlarında tüzel kişiye idari para cezası verilemeyeceği gibi bir netice ortaya çıkarmaktadır. Bu duruma engel olmak amacıyla fıkra değişikliği yapılmıştır**” şeklinde bir gerekçeyle, “**yargılama yapmakla görevli mahkeme yetkilidir.**” ifadesine dönüştürülmüştür. Bu nedenle, hükümet tasarısında yer alan madde gerekçesindeki “(...) **bu suçları işleyen kişiler hakkında mahkûmiyet kararı verildiği takdirde (...)**” ifadesi, idari para cezasının uygulanabilmesi için mahkûmiyete karar verilmesinin zorunlu olduğu şeklinde anlaşılmalıdır.

³¹⁹ Hüsamettin Uğur, “Kabahatler Kanunu ve 5252 Sayılı Kanun’a Göre İdari Para Cezası ve Yargıtay Uygulaması”, **TBB**, S. 85, 2009, s. 197.

yaptırımına hükmedilmelidir.

Bu cezaya hükmedilmesinde zamanaşımı (idari para cezasının miktarı esas alınarak zamanaşımı sürelerini belirleyen KK'nin 20/2-a maddesine göre, ceza miktarı esas alındığında beş yıl olarak hesaplanmakla birlikte), Kanun'un 20/5 maddesinde yer alan, **“Kabahati oluşturan fiilin aynı zamanda suç oluşturması halinde suça ilişkin dava zamanaşımı hükümleri uygulanır.”** hükmü gereğince, ihaleye fesat karıştırma suçunda dava zamanaşımı süresi olan (TCK m. 66/1-d) onbeş yılın bu ceza için de geçerli olduğu sonucuna varılmaktadır.

Mahkeme tarafından verilen idari para cezasına ilişkin kesinleşen karar, 6183 sayılı AATUHK'ye göre tahsil edilmek üzere tahsil dairesine gönderilir. Cezanın tahsili için de bir zamanaşımı öngörülmüştür. KK'nin “Yerine getirme zamanaşımı” başlıklı 21. maddesi,³²⁰ cezanın miktarına göre zamanaşımı sürelerini düzenlemektedir. Belirtilen sürelerin geçmesi halinde para cezasına ilişkin karar yerine getirilemez.

KK'nin 27/5 maddesinde yer alan, **“(5) İdari yaptırım kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde, bu karara karşı ancak itiraz yoluna gidilebilir.”** düzenlemesi gereğince, söz konusu idari para cezasına karşı da itiraz yoluna gidilmelidir. İtirazı incelemeye yetkili merci, CMK'nin 268/3-c maddesi gereğince, kararı veren asliye ceza mahkemesinin yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesidir. Ancak, ihaleye fesat karıştırma suçu dolayısıyla özel hukuk tüzel kişinin (gerçek kişi olan) organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişiler hakkında kovuşturma yapılarak CMK m. 223'te düzenlenen (beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet ve güvenlik tedbiri türünden) hükümlerle birlikte tüzel kişi hakkında idari para cezasına da hükmedilmesi ve kurulan hükme (idari para cezası dâhil) karşı temyiz veya istinaf kanun yoluna başvurulması halinde, kurulan hüküm kapsamında yer alan idari para cezası da, temyiz veya istinaf istemi kapsamında incelemeye yapan merci tarafından incelenecektir.³²¹

³²⁰ Anılan maddede yerine getirme zamanaşımı süresi, cezanın miktarına göre dilimlerde halinde düzenlenmiştir. Bu süreler; 10.000 TL'den az olan cezalarda üç yıl, 10.000 TL'den 20.000 TL'ye kadar olan cezalarda dört yıl, 20.000 TL'den 50.000 TL'ye kadar olan cezalarda beş yıl ve nihayet 50.000 TL ve daha fazla olan cezalarda yedi yıldır. Zamanaşımı süresi, kararın kesinleştiği yılı takip eden takvim yılı başından itibaren işlemeye başlar. Maddede ayrıca mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin zamanaşımı süresi on yıl olarak düzenlenmiştir.

³²¹ Uğur, “Kabahatler Kanunu ve...”, s. 198.

III. TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLMESİ

A. Amacı, Hukuki Niteliği, Anayasa ve Kabahatler Kanunu Yönünden Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

İhale sürecinde, isteklilerden geçici, yükleniciden ise kesin teminat alınmaktadır.³²² Alınan (tesis edilen) teminat, Kanunda düzenlenen ve Kanuna ve/veya sözleşmeye ilişkin esaslı kurallara aykırılık teşkil eden belirli fiillerin işlenmesi veya belirli hukuki durumların oluşması halinde idareye gelir kaydedilmektedir. Mali etki ve sonuçları olan ve mahkeme kararına ihtiyaç duyulmadan (idarece resen) uygulanan bu işlemlerden; geçici teminatın gelir kaydedilmesi işlemi her halükarda; kesin teminatın gelir kaydedilmesi işlemi ise (aşağıda açıklanacak olan) belirli hallerde idari yaptırımlar kategorisi içerisinde değerlendirilir.

Sözleşme aşaması (genel bir kural olarak) özel hukuka tabidir. Bu aşamada, sözleşmeden (sözleşme hukukundan) kaynaklanan ve özel hukuk alanında kalan yükümlülüklerin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesini konu alan fiiller nedeniyle taraflarca resen veya mahkeme kararına dayalı olarak uygulanan yaptırımlar nitelik itibarıyla özel hukuk yaptırımlarıdır. Buna karşın, sözleşme aşamasında işlense bile, hukuki rejimi yönünden özel hukuka tabi olmayan, kanuna aykırı (yasaklı) fiil ve davranışlar nedeniyle uygulanan kesin teminatın gelir kaydedilmesi işlemi, (özel hukuk yaptırımı değil) idari yaptırım niteliğindedir.³²³ Örneğin, KİSK'de (m. 21, 25) belirtilen, ihale sürecinde işlenen ve sadece taahhüdün yerine getirilmesiyle ilgili olmayıp kamu hukuku alanında kalan kurallara aykırılık oluşturan bir kısım yasak fiil ve davranışlar, örneğin KİSK m. 25/1-a'da belirtilen, irtikap, rüşvet, tehdit, çıkar sağlama fiillerinin işlenmesi halinde uygulanan kesin teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımının idari yaptırım olarak; aynı maddede düzenlenen, taahhüdün (mücbir haller dışında) yerine getirilmemesi halinde uygulanan kesin teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımının ise özel hukuk yaptırımı

³²² Teminat alınması genel nitelikte bir kural olup, Kanun'da düzenlenen bazı durumlarda geçici ve kesin teminat alınmamakta veya (idarenin takdirine bağlı olarak) alınmayabilmektedir. Örneğin, KİK'nin 33. maddesine göre, ihale dokümanında belirtilmesi şartıyla danışmanlık hizmeti ihalelerinde geçici teminat alınması zorunlu değildir. DİK'nin 61. maddesine göre de, ihale kararının onayını izleyen 15 gün içerisinde taahhüdün yerine getirilmesi halinde teminat alınmasına gerek kalmamaktadır.

³²³ Sezginer, *age.*, s. 974.

olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Özel hukuk yaptırımını olması nedeniyle, bundan kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargının görevine girer.³²⁴

Teminat tesisine ilişkin temel kurallar KİK'nin 33, 34, 35, 43; KİSK'nin 12 ve DİK'nin 25, 26, 27, 54, 55 ve 61. maddelerinde yer almaktadır. Kanuni düzenlemelerin yanı sıra ve hiyerarşik olarak onlardan sonra gelmek üzere, ihale uygulama yönetmeliklerinde ve KİGT'de de teminata ve gelir kaydedilmesine ilişkin düzenlemeler vardır. KİK, KİSK ve DİK'de yer alan teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin hükümler, bu Kanunlara tabi olmayan ihalelerde (istisna kapsamındaki ihaleleri düzenleyen mevzuatta aksi yönde bir hüküm bulunması durumu hariç olmak üzere) uygulanmayacaktır.

Nelerin geçici ve kesin teminat olarak kabul edilebileceği ve buna ilişkin çeşitli koşullar KİK'nin 33 ve DİK'nin 26. maddelerinde düzenlenmiştir. Teminat olarak kabul edilebilecek şeyler (genel olarak); Türk Parası,³²⁵ devlet iç borçlanma senetleri ve banka teminat mektuplarıdır.

İhale üzerinde kalan isteklinin kesinleşmesinden sonra, bu isteklinin ve ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin sahibi isteklinin geçici teminatları saymanlıklara veya muhasebe müdürlüklerine teslim edilir, diğer isteklilerin geçici teminatları ise iade edilir (KİK m. 34). İhale üzerinde kalan isteklinin tesis etmiş olduğu geçici teminat, kesin teminatın tesis edilip sözleşmenin de imzalanmasından hemen sonra (KİK m. 44), sözleşme imzalanırken tesis edilen kesin teminat ise, taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanına uygun olarak yerine getirildiği ve yüklenicinin bu işten dolayı idareye herhangi bir borcunun olmadığı tespit edildikten sonra (KİSK m. 13) yükleniciye (Kanun'da belirtilen çeşitli koşullar ve usul

³²⁴ Uyuşmazlık Mahkemesinin, salt sözleşmeye dayalı işlemler ile idarenin tek taraflı iradesine dayalı işlemler arasındaki farka ve bunlarla ilgili uyuşmazlıklarda görevli yargı yerinin tespitine ilişkin değerlendirmelerini de içeren; 20.2.2017 tarih 2016/91 E. ve 2017/3 K. ve 22.10.2018 tarih 2018/538 E. ve 2018/651 K. sayılı kararlarına, aşağıda, yaptırımlara karşı yargısal başvuru yolunun incelendiği başlıklar altında (473 numaralı dipnotlarda) yer verilmiştir.

³²⁵ Yabancı para üzerinden teminat verilebilmesi olanağına Kanun'da yer verilmemiştir. Teminatın Kanun'a aykırı olarak yabancı para olarak tesis edilmesi durumda, isteklinin ihale dışı bırakılmasının yanı sıra tesis edilen teminatın gelir kaydedilebileceği savunulmaktadır. Adnan Gerçek, **Türk Mali Hukukunda Teminat Kurumu**, Ankara, Seçkin, 2013, s. 28. Kanun'a aykırı olarak yabancı para üzerinden teminat tesis edilmesi halinde, doğrudan doğruya ihale dışı bırakma ve teminatı gelir kaydetme yaptırımlarını uygulamak yerine, isteklinin tesis ettiği yabancı para teminatın, cari döviz kuruyla Türk Lirası karşılığının, tesis edilmesi öngörülen Türk Lirası teminat miktarını karşılıyor olması şartıyla, yabancı para cinsinden tesis edilen teminatın Türk Lirasına dönüştürülmesi konusunda istekliye makul bir süre verilmesinin daha isabetli bir uygulama olacağı görüşüdeyiz.

çerçevesinde) iade edilir.³²⁶ DİK’de de (m. 54 ve 56) geçici ve kesin teminatın iadesine ilişkin benzer hükümler bulunmaktadır.

KİK’nin 33. maddesinde geçici teminat tutarının, teklif edilen bedelin % 3’ünden az olmamak şartıyla isteklinin ihtiyarına bırakıldığı belirtilmiştir. İsteklinin % 3 oranının üzerinde bir geçici teminat yatırmış olması ve ihale sürecinde geçici teminatın gelir kaydedilmesi gereğinin ortaya çıkması halinde, teminatın tamamının mı yoksa (% 3’ten az olmayacak şekilde) Kanun ve şartnamede belirtilen orana tekabül eden kısmının mı gelir kaydedileceği konusu tartışmalıdır. Böyle bir durumda, Kanun’da belirtilen orana tekabül eden teminat kısmının gelir kaydedilebileceğine yönelik Danıştay kararı da bulunmakla birlikte³²⁷ Sayıştay bir kararında,³²⁸ KİK’de geçici teminat gelir kaydedilirken herhangi bir hesaplama yapılması gerektiği yönünde bir hüküm bulunmadığından, ilgilisi tarafından Kanun’da öngörülen orandan fazla yatırılmış olsa dahi, tesis edilmiş teminatın

³²⁶ Kesin teminatın iade edilmemesini gerektiren (ihaleci idarenin mağduriyetinin tazmin yoluyla giderilmesinin yanı sıra) başka sebepler de vardır. KİK’nin 13. maddesine göre, yüklenicinin ihaleye konu iş nedeniyle idareye ve SGK’ye olan borçları ile ücret ve ücret sayılan ödemelerden yapılan kanunî vergi kesintilerinin, yapım işlerinde kesin kabul tarihine, diğer işlerde kabul tarihine veya varsa garanti süresinin bitimine kadar ödenmemesi halinde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın kesin teminatlar paraya çevrilerek borçlarına karşılık mahsup edilir, varsa kalanı yükleniciye geri verilir. Yüklenicinin SGK’ye olan prim ve idari para cezası borçlarının kesin teminatın karşılanması ilişkin usul ve esaslar, Sosyal Güvenlik Kurumu Prim ve İdari Para Cezası Borçlarının Hakedişlerden Mahsubu, Ödenmesi ve İlişiksizlik Belgesinin Aranması Hakkında Yönetmelik’te (RG. 29.9.2008 - 2. Mükerrer 27012) düzenlenmiştir.

³²⁷ D13D, E. 2009/4962, K. 2014/254, KT. 17.6.2014. www.kazanci.com, 13.11.2017.

³²⁸ Sayıştay Temyiz Kurulunun 29.3.2017 tarih 40620 D. ve 42911 T. numaralı kararının ilgili kısımları şöyledir: “(...) Kanununun 33 üncü maddesinin gerekçesine bakıldığında; Kanun koyucu isteklilerce asgari olarak belirlenmiş olan % 3 oranının üzerinde teminat verilerek tekliflerin, bir başka anlatımla yaklaşık maliyetin de gizliliğini sağlamayı amaçlamış, verilecek olan geçici teminat için “en az” oranı belirleyerek, bu oranın üzerinde geçici teminat verilmesini isteklilerin ihtiyarına bırakmıştır. İstekliler teklif ettikleri ihale bedelinin en az % 3’ü kadar teminat vermek zorundadırlar. Ancak % 3 oranının üzerinde de teminat verilmesi mümkündür. % 3’ün üzerinde teminat verilmiş olsa bile bu artık geçici teminat teriminin karşılığını oluşturmakta ve 4734 sayılı Kanun açısından geçici teminata ilişkin düzenlemelere de herhangi bir oran kısıtlaması olmaksızın tabi hale gelmektedir. ...Büyükşehir Belediyesi Destek Hizmetleri Müdürlüğü tarafından 22.07.2013 tarihinde yapılan “Saha Tanzimi Yapım İşi” ihalesi üzerinde kalan isteklinin sözleşme imzalanmadan önce sosyal güvenlik prim borcu ve kesinleşmiş vergi borcu olduğu idare tarafından tespit edilmiş, bunun üzerine de istekli tarafından sunulan geçici teminatın gelir kaydedilmesine karar verilmiştir. Kanununun 10 uncu maddesinde; ihale üzerinde kalan istekli tarafından taahhüt altına alınan durumu tevsik eden belgelerin sözleşme imzalanmadan önce verilmemesi halinde bu durumda olanların ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedileceği hüküm altına alınmış olup, geçici teminatın gelir kaydedilmesinde herhangi bir oran belirtilmemiş, sadece ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatından söz edilmiştir. İhale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı da Kanununun 33 üncü maddesi gereğince asgari % 3 olmak üzere istekli tarafından kendi iradesi dâhilinde verilmiş olan tutardır. Dolayısıyla geçici teminatın gelir kaydedilmesi durumunda da istekli tarafından teklif edilen ihale bedelinin % 3’ü değil, istekli tarafından verilmiş olan teminatın bütününe dikkate alınması gerekmektedir. Sorumlunun savunmasına dayanak olarak gösterdiği, Danıştay, Ankara 7 nci İdare Mahkemesi ve Kamu İhale Kurulu kararlarının olaya münhasır olduğu, bahse konu olay açısından herhangi bir bağlayıcılığının bulunmamaktadır. (...)” www.sayistay.gov.tr, 13.11.2017.

tamamının gelir kaydedilmesi gerektiğini değerlendirmiştir. Bu hususta Kanun'da bir düzenleme yapılmasının isabetli olacağı açıktır.

2. Amacı

Yukarıda, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının amacıyla ilgili başlık altında da ifade edildiği üzere; idari yaptırımların amaçlarıyla ilgili olarak (yaptırım kavram ve teriminin tartışıldığı başlıklar altında) belirtilip tartışılan amaçlar, kamu ihalelerine katılmaktan süreli yasaklama yaptırımı ve teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımı için de geçerlidir. Bunlar, her idari yaptırımın genel nitelikteki amaçlarıdır. Genel nitelikteki bu amaçların yanı sıra, teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımına özgü amaçların da belirtilip tartışılması gerekmektedir.

İhalelerde geçici ve kesin teminat alınmasının ihale düzeninin sağlanması ve idarenin menfaatlerinin korunmasına yönelik amaçları vardır. Bizce, geçici teminat alınması; isteklilerin ihale sürecindeki fiil ve davranışlarında iyi niyetli ve ciddi davranmalarını, ihale ilkelerine aykırı olması nedeniyle işlenmesi yasaklanmış fiil ve davranışlarda bulunmaktan kaçınmalarını sağlamayı, bu amaç çerçevesinde idareye maddi nitelikte bir teminat oluşturmayı amaçlamaktadır. Geçici teminat alınması yoluyla, ihale sürecinde yasaklı fiil ve davranışlarda bulunmaları halinde verdikleri teminatın iade edilmeyebileceğini, dolayısıyla maddi kayba uğrayacaklarını göz önünde bulunduran isteklilerin, iyi niyetli, ciddi ve ihale ilke ve kurallarına uygun fiil ve davranışlarda bulunmaları yönünde bir etki ve sonuç yaratılmak istenmektedir. Benzer şekilde, kesin teminat alınması da, sözleşmenin imzalayacak isteklinin (müstakbel yüklenicinin), sözleşme sürecindeki fiil ve davranışlarında iyi niyetli ve ciddi olmasını, ihale ilkelerine, şartnameye ve sözleşmeye aykırı olması nedeniyle işlenmesi yasaklanmış fiil ve davranışlarda bulunmamasını, edimini şartname ve sözleşmeye uygun biçimde ifa etmesini sağlamayı, bu amaç çerçevesinde idareye maddi bir teminat oluşturmayı amaçlamaktadır.

Özellikle belirtmek gerekir ki, geçici teminatın gelir kaydedilmesi (dolaylı yoldan böyle bir etki yaratmakla birlikte) idarenin zararını giderme amacıyla gerçekleştirilen bir işlem olmadığı gibi teminatın gelir kaydedilmesi kurumunun ihdas amacı da bu değildir. Diğer biri ifadeyle, geçici teminat alınması ve bu teminatın gelir kaydedilmesiyle idarenin oluşması muhtemel ve oluşan zararının

giderilmesi amacı arasında bir doğrudan bir illiyet rabıtası yoktur.³²⁹ İdare geçici teminatı gelir kaydettikten sonra, zararına sebep olunmuş ise tazminini yargısal yoldan isterken (talep ederken), gelir kaydettiği teminatın miktarını dikkate almadan, oluşan zararın tamamını isteyecektir.

KİK'nin; geçici teminatı düzenleyen 33. maddesinin (kanunlaşan ilk halinin) gerekçesinde, **“(...) İşi yapmaya istekli ve yeterli kişilerin teklif vermelerini sağlamak üzere, (...) geçici teminat alınması gerekli görülmüştür.”** ifadesi bulunmaktadır. Kanun'un, kesin teminatı düzenleyen 43. maddesinde, **“Taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, (...) kesin teminat alınır.”**; 43. maddenin gerekçesinde ise, **“İdareye karşı yükümlülüğün yerine getirilmesinin garanti edilmesi amacıyla, (...) istekliden sözleşmenin yapılmasından önce ihale bedelinin % 10'u oranında kesin teminat alınması düzenlenmiştir.”** demek suretiyle, kanun koyucunun bu yaptırımı ihdas amacının ve yaptırımın işlevinin ifade edildiği anlaşılmaktadır. Teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımı ile ilgili (özellikle, yaptırımın amaç ve işlevleri konusundaki) yargısal içtihatların da genel olarak aynı ekseninde bir içeriğe sahip olduğu söylenebilir. Danıştay'a göre, geçici teminat alınmasının amacı, ihale üzerinde kalan firmanın sözleşmeyi imzalaması ve kesin teminat vermesinin garanti altına alınması; geçici teminat alınmasının amacı ise, yükleniciyi sözleşme imzalamaya ve üstleneceği işi sözleşme ve şartname hükümlerine uygun biçimde yapmaya yönlendirmektir.³³⁰ Anayasa Mahkemesine göre, kesin teminatın alınması,

³²⁹ DİD, E. 1995/86, K.1995/102, KT. 4.4.1995. DİK'ye göre yapılan bir ihaleye ilişkin karardır. Aktaran: Sezginer, **age.**, s. 989.

³³⁰ DİK'ye göre yapılan ihalelerde geçici teminatın amacı, yüklenicinin haklı bir nedene dayanarak ihaleyi feshetmesi halinde geçici teminatın gelir kaydedilebileceği, ihalelere katılmaktan yasaklama ve teminatın gelir kaydı yaptırımlarının birlikte verilmesinin mükerrer ceza verilmesi olarak kabul edilemeyeceği değerlendirmelerini içeren, DİDDK'nin 7.12.2006 tarih 2003/538 E. ve 2006/2103 K. sayılı kararının ilgili bölümleri şöyledir: *“(...) Dosyanın incelenmesinden, davalı idarece kapalı teklif usulüyle 29.9.1994 tarihinde ihaleye çıkarılan Belkis - Nizip Pompaj Sulaması II. kısım İnşaatı işinin ihalesine, ihaleye katılma belgesi alan 36 istekliden 34 'ünün teklif verdiği, davacı teklifinin uygun teklif olarak belirlenerek ihalenin ita amirince onaylandığı, bu arada gelen iki adet ihbar mektubuna istinaden yapılan inceleme sonucunda, davacı şirketinde aralarında bulunduğu 6 adet firmanın yeterlik belgesi komisyonuna gerçek dışı beyanda bulunarak idareyi yanılttıkları ve davacı şirketin ihaleyi hile sonucu aldığı tespit edildiği gerekçesiyle sözleşme imzalanmayarak ihale kararının iptal edildiği, davacı şirket hakkında 2886 sayılı Yasanın 84.maddesi uyarınca bir yıl ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı alındığı, ihale kararının iptalinden sonra aynı işin yeniden ihaleye çıkarılarak 29.9.1995 tarihinde bir başka firmaya ihale edildiği, bu arada, davacı firmadan alınan geçici teminat mektubu için yapılacak işlem hakkında tereddüde düşülmesi üzerine Danıştay İdari İşler Kurulu'nun 15.6.1995 tarih ve E:1995/74, K:1995/130 sayılı kararıyla onanan Danıştay 1. Dairesinin 4.5.1995 tarih ve E:1995/86, K:1995/102 sayılı kararı doğrultusunda geçici teminatın gelir kaydedildiği anlaşılmıştır. (...)İhale üzerinde bırakılan istekli, müteahhit olarak anılma hakkını kazanmaktadır. İhaleye katılan tüm*

(KİSK'nin 54. maddesinde de belirtildiği gibi) yüklenicinin yükümlülüğünü sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmesini sağlama amacına hizmet etmektedir.³³¹ Sayıştayın geçici teminatın amaç ve işlevine ilişkin değerlendirmesi de benzer içeriktedir.³³² Yine Anayasa Mahkemesi. (teminatın gelir kaydedilmesi ve ihalelere katılmaktan yasaklama işlemine muhatap olan bir şirketin, adil yargılanma ve mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yaptığı bireysel başvuruya yönelik) bir kararında,³³³ *teminatın gelir kaydedilmesinin, ihale yasaklarına ve önlemlerine aykırı davranılması karşılığında uygulanan mali nitelikte bir yaptırım olduğunu, bu yaptırımın ihdasıyla, kurulan sosyal ve ekonomik düzenin devamlılığının ve korunmasının, bu bağlamda, kamunun zarara uğratılmaması ilkesi çerçevesinde kamu ihalelerinin belirli bir düzen içinde yürütülmesinin, ihale usulsüzlüklerinin*

isteklilerden geçici teminat alınmasının amacı da, ihale üzerinde kalan firmanın, sözleşmeyi imzalaması ve kesin teminat vermesinin garanti altına alınmasını temin etmektedir. Dava konusu olayda, firmalardan geçici teminat alınmış ve ihale sonuçlandırılarak müteahhidin davacı şirket olduğu belirlenmiştir. Bu aşamada davacı şirket, kesin teminat vermeyip, sözleşme imzalamaktan da imtina etmiş bulursa idi, geçici teminatın irat kaydedilmesinde herhangi bir duraksama olmayacaktı. Geçici teminat mektubunun işlevi, müteahhidi sözleşme imzalamaya ve giderek, üstleneceği işi sözleşme ve şartname hükümlerine uygun biçimde yapmaya yöneltmek olduğuna göre, idarenin davacı şirketin kötü niyetini işin hemen başında saptayıp ihaleyi feshetmesini, müteahhidin imzadan kaçınmasından daha az bir yaptırımla karşılanacağını, ihaleyi kazanamayan isteklilerle bir tutulup teminat mektubunun iade edilmesini kabul etmeye hukuken imkan bulunmamaktadır. Davalı idarece, davacı şirketin daha işin başında yasal olmayan bazı işlemlere başvurduğunun belirlenip haklı bir nedene dayanarak ihaleyi feshetmesi üzerine geçici teminatı hazine lehine irat kaydetme hakkı oluştuğundan, dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir. Öte yandan, davacı hakkında 1 yıl süre ile ihalelere katılmaktan yasaklama cezası verilmiş ise de; geçici teminat mektubunun irat kaydedilmesi işlemi, kamu cezası olarak nitelendirilemeyeceğinden mükerrer cezadan söz edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla temyize konu kararın, geçici teminat mektubunun nakde çevrilmesine ilişkin işlemin iptali ve 12.900.000.000 liranın yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine ilişkin kısımda hukuki isabet bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle davalı idarenin temyiz isteminin kabulüne, Danıştay Onuncu Dairesinin 26.11.2002 günlü, E:2001/4887, K:2002/4510 sayılı kararının; "davacı şirketten alınan 12.900.000.000 liralık geçici teminat mektubunun nakde çevrilmesi işleminin iptali, tutarın nakde çevrilme tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine" ilişkin kısmının bozulmasına 7.12.2006 günü oyçokluğu ile karar verildi." www.danistay.gov.tr, 1.12.2016.

³³¹ Anayasa Mahkemesinin bu husustaki bir değerlendirmesi şöyledir: "(...) Sözleşme düzenlenmesi aşamasında idarece yükleniciden kesin teminat alınması, yüklenicinin yükümlülüğünü sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmesini sağlamak amacını gütmektedir. Kesin teminat ve ek kesin teminat, idare bakımından bir güvence niteliği taşımaktadır. Kamu İhale Kanunu uyarınca yasak fiil veya davranışlarda bulunması nedeniyle sözleşmesi feshedilen yüklenicinin, kusurlu davranışına dayalı olarak sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı ve uğrayacağı zararı karşılamak üzere kesin teminatın gelir kaydedilmesi ve hesabın genel hükümlere göre tasfiye edilmesi tabiidir. (...)" AyM, E. 2007/68 K. 2010/2, KT. 14.10.2010, RG. 28.4.2010, sy. 27565. Bu kararın ilgili kısımlarına daha geniş biçimde, yukarıda, yasaklama yaptırımının Anayasa yönünden değerlendirilmesiyle ilgili başlık altında (155 numaralı dipnotta) yer verilmiştir.

³³² Sayıştay Temyiz Kurulunun 29.3.2017 tarih 40620 D. ve 42911 T. sayılı kararında şöyle denmektedir: "(...) İhaleye katılan isteklilerden geçici teminat istenmesi, işi yapabilecek nitelikteki ciddi isteklilerin ihaleye katılımını sağlayacağı gibi, ihale üzerinde bırakılan isteklinin sözleşme yapmaması halinde o ana kadar ortaya çıkabilecek muhtemel idare zararının da karşılanmasını temin edecektir. (...)" www.sayistay.gov.tr, 13.11.2017.

³³³ AyM, Başvuru No. 2014/1759, KT. 11.12.2018, RG. 2.1.2019, sy. 30643.

önlenmesi suretiyle kamu hazinesinin korunmasının amaçlandığını değerlendirmiştir.

Teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımının; teminat tesis eden istekli veya yüklenici üzerindeki mali etkisi ve çoğu durumda başka idari ve cezai yaptırımlarla birlikte uygulanması nedeniyle, ihale ve sözleşme süreçleri için hukuk düzeninin öngördüğü kural ve ilkelere uygun davranılmasını sağlama amacına etkin biçimde hizmet eden bir yaptırım olduğu görüşünderiz.

3. Hukuki Niteliği

Yukarıda incelenen, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı gibi, teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımı da (hukuki niteliği itibarıyla) bir **idari işlem**dir. İhalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının idari işlem olma bağlamında hukuki niteliği konusunda yukarıda verilen bilgiler, yapılan açıklama ve değerlendirmeler teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımı için de geçerlidir.

Teminat teşkil eden değer, kişinin (isteklinin veya yüklenicinin) maddi nitelikteki bir varlığı olduğundan, dolayısıyla, teminatın gelir kaydedilmesiyle kişinin mal varlığında bir eksilme yahut borçlarında bir artış meydana geleceğinden,³³⁴ teminatın gelir kaydedilmesi işlemi (Anayasa'nın 35. maddesi ve AİHS'nin 1 No.'lu Protokolünün 1. maddesiyle³³⁵ teminat altına alınmış olan) mülkiyet hakkına müdahaleyi içeren bir idari yaptırım ve işlemdir. Bu hususa aşağıda, Anayasa yönünden değerlendirme başlığı altında daha ayrıntılı olarak değinilecektir.

4. Anayasa Yönünden Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi, teminatın gelir kaydedilmesini, bu işleme muhatap olan kişinin mal varlığında bir eksilmeye (veya borçlarında bir artmaya) yol açtığından, Anayasanın 35. maddesiyle teminat altına alınan mülkiyet hakkına müdahale oluşturan bir yaptırım (ve işlem) olarak değerlendirmektedir. Nitekim Anayasa

³³⁴ Tesis edilen teminatın bir aktif varlık (örneğin para, hazine tahvili veya bonusu) olması halinde, teminatın gelir kaydedilmesiyle kişinin aktif varlığında **doğrudan doğruya** bir azalma meydana gelecektir. Tesis edilen teminatın (bankalardan temin edilen) teminat mektubu olması halinde ise, teminatın gelir kaydedilmesiyle (bu miktar artık kişinin bankaya borcu haline geleceğinden) kişinin pasif varlığında (borçlarında) bir artış meydana gelecek ve bu artış kişinin net aktif varlığında (servetinde) bir azalmaya yol açacaktır.

³³⁵ Anılan maddede, mülkiyetten yoksun bırakılmanın ancak kamu yararı uyarınca ve yasanın ve uluslararası hukuk genel ilkelerinin öngördüğü koşullara tabi olduğu hükmü yer almaktadır. H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 6)**, Ankara, Avrupa Konseyi Program Ofisi, 2018, s. 1.

Mahkemesi (ihalelere katılmaktan süreli yasaklama ve teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımına muhatap olan bir şirketin yaptığı bireysel başvuru üzerine verdiği bir kararda) “*İhaleye katılırken verilen kesin teminatın irat kaydedilmesinin mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği açıktır.*” değerlendirmesinde bulunmuştur.³³⁶ Anayasa’nın 35. maddesinde, **mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği ve mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı** hükümlerine yer verilmiştir. Temel hak niteliğindeki mülkiyet hakkına yönelen bu sınırlamanın, (diğer temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlamalar için de geçerli olan) Anayasa’nın 13. maddesinde düzenlenen kurallar ve çizilen sınırlar çerçevesinde düzenlenmesi ve gerçekleştirilmesi gerekmektedir;³³⁷ buna göre, **temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın, Anayasa’da belirtilen sebeplere bağlı olarak, sadece kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlama, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.** Anayasanın 13. maddesinde yer alan bu kural ve sınırlamalar, temel haklardan olan mülkiyet hakkına müdahale içeren teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımına ilişkin KİK, KİSK ve DİK’de yer alan düzenlemeler için de geçerlidir. Teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımı, yukarıda incelendiği gibi, kamu yararına hizmet eden birçok amacı temin ettiği gibi, ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkeleri ile de uyumludur.³³⁸

5. Kabahatler Kanunu Yönünden Değerlendirilmesi

Teminatın gelir kaydedilmesi idari yaptırımı (uygulanması mülkiyetin nakli sonucunu doğurduğundan mülkiyet hakkına doğrudan müdahale niteliğinde bir yaptırım ve idari işlem olduğu açık olmasına karşın) KK’nin 16/2 ve 18. maddelerinde belirtilen ve düzenlenen “mülkiyetin kamuya geçirilmesi” kapsamında olan (dolayısıyla KK’nin anılan hükümlerine tabi olan) bir yaptırım değildir.³³⁹

³³⁶ AyM, Başvuru No. 2014/1759, KT. 11.12.2018, RG. 2.1.2019, sy. 30643.

³³⁷ Anayasa’nın, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin koşulları düzenleyen 13. maddesine ilişkin açıklama ve değerlendirmelere, yukarıda, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının Anayasa yönünden değerlendirilmesiyle ilgili başlık altında yer verilmiştir.

³³⁸ Nitekim Anayasa Mahkemesi, KİSK m. 21/1’de yer alan (ihale sürecinde yasaklı fiil ve davranışlarda bulunulduğunun sözleşme aşamasında tespit edilmesi halinde teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin) hükmün Anayasa’ya aykırı olmadığını değerlendirmiştir. AyM, E. 2007/68 K. 2010/2, KT. 14.10.2010, RG. 28.4.2010, sy. 27565. Bu kararın ilgili kısımlarına, yukarıda, yasaklama yaptırımının Anayasa yönünden değerlendirilmesiyle ilgili başlık altında (155 numaralı dipnotta) yer verilmiştir.

³³⁹ Taşdelen, **agm.**, s. 293.

Çünkü (KK m. 18/1’de düzenlendiği üzere) mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımından bahsedebilmek için, **kabahatin konusunu oluşturan veya kabahatin işlenmesi suretiyle elde edilen eşyanın varlığı temel ve ön bir koşuldur.** İhalelerde alınan geçici ve kesin teminatın bu tarifin kapsamına girmediği açıktır. Öte yandan, Danıştayın bir kararında da ifade ettiği gibi, bu yaptırımı bir ceza (Danıştayın ifadesiyle “kamu cezası”) olarak nitelemek de mümkün değildir.³⁴⁰ Bu değerlendirmenin de bir sonucu olarak, idari yaptırım niteliğinde olan teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımının, ceza kanunu yaptırımlarıyla birlikte uygulanması **ne bis in idem** ilkesine aykırılık oluşturmaz.

B. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’na Göre Teminatın Gelir Kaydedilmesi

1. Genel Olarak

KİK’de teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin temel nitelikteki düzenlemeler, Kanun’un 10, 11, 37, 44 ve 52. maddelerinde yapılmıştır.

KİK’de, aşağıda da incelenecek olan belirli fiil ve davranışlarda bulunulması halinde geçici teminatın gelir kaydedilmesi öngörülmüş olmakla birlikte, Kanun’un 17. maddesinde düzenlenen yasak fiil ve davranışlarda bulunulması (m. 17/1-e’de belirtilen, **“e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.”** hükmü hariç olmak üzere) geçici teminatın gelir kaydedilmesini gerektiren bir durum olarak düzenlenmemiştir.³⁴¹ Öte yandan, KİSK m. 21’de yer alan, ihale sürecinde yasaklanmış fiil ve davranışlarda bulunulduğunun sözleşme aşamasında tespit edilmesi halinde sözleşmenin -belirli koşullar altında- feshi ile kesin teminatın gelir kaydedilmesini öngören bir düzenleme bulunmaktadır. KİK’nin söz konusu yaklaşımının, geçici teminat tesis edilmesi uygulamasının amaç ve işlevleriyle çatıştığı ve (teminatın gelir kaydedildiği diğer durumlar ile KİSK’nin

³⁴⁰ DİDDK’nin 7.12.2006 tarih 2003/538 E. ve 2006/2103 K. sayılı kararı. www.danistay.gov.tr, 1.12.2016. Bu kararın ilgili kısımlarına daha geniş biçimde, yukarıda, teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımının amacıyla ilgili başlık altında (330 numaralı dipnotta) yer verilmiştir.

³⁴¹ Kamu İhale Kurulunun 11.3.2010 tarih 2919/UH.II-752 s. kararında da bu husus ifade edilmiştir. Kararın ilgili kısımları şöyledir: *“(…) Kanun’un Dördüncü Kısımında 17’nci maddede belirtilen fiil ve davranışlarda buldukları tespit edilenlerin geçici teminatlarının gelir kaydedileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, başvuru sahibinin idaredeki alacaklarından geçici teminat tutarı kadar gelir kaydedilmesi işlemi mevzuata uygun bulunmamış ve düzeltici işlem belirlenmesine karar verilmiştir.(…)”* Aynı yöndeki bir değerlendirme Kurulun 25.4.2014 tarih 2014/UM.I-1921 s. kararında da vardır. Aktaran: Çaylı - Kılıç, *age.*, s. 815, 817.

anılan hükmü karşısında) tutarsızlık içerdiği açıktır. Bu tutarsız durumun giderilmesi için bir kanuni düzenleme yapılması gerektiği görüşündeyiz.

2. Teminatın Gelir Kaydedilmesini Gerektiren Fiil ve Durumlar³⁴²

a. İhaleye katılımda yeterlik durumunun araştırılması kapsamında istekli tarafından imzalanan taahhütnamelerde beyan edilen hususların gerçeğe aykırı olduğunun tespit edilmesi veya beyan edilen hususların süresi içerisinde istekli tarafından belgelendirilememesi

KİK'nin 10. maddesinde, ihaleye katılmak isteyenlerden, ekonomik, mali, mesleki ve teknik yeterliliklerinin tespit edilebilmesi için çeşitli belge ve bilgiler isteneceği düzenlenmiştir. İhale yönetmeliklerinde ve KİGT'de (m. 16.6.) de bu hususta düzenlemeler vardır. Kanun, ilgili yönetmelik ve tebliğ hükümleri kapsamında, bazı hususlar için belge istenmekte, bazı hususlar için ise Kurum tarafından belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde, sözleşme aşamasında belgesi sunulmak kaydıyla başvuru aşamasında ihaleye katılmak isteyen kişiden (belgesini bilahare/gerektiğinde sunacağı beyan ve taahhüdünü içeren) taahhütname alınması yeterli görülebilmektedir. İlgili fıkra ve gerekçesinden³⁴³ anlaşıldığı üzere, bazı hususlar için belge yerine taahhütname alınmasının amacı, ihaleye başvuru ve katılım aşamasında istenen belge sayısının, dolayısıyla bürokrasinin azaltılmasıdır.

Kanun'un 10/6. maddesine göre; istenen belge ve bilgilerin süresi içerisinde teslim edilmemesi, taahhütname sunulan hallerde, taahhütnamede beyan edilen hususların gerçeğe aykırı olduğunun tespit edilmesi, belge ve bilgilerin sözleşme

³⁴² Teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımıyla birlikte (aynı zamanda) yasaklama yaptırımını da sonuçlayan fiil ve durumlarla ilgili olarak, yukarıda da (KİK'ye göre yasaklama yaptırımının incelendiği yerde de) açıklama ve değerlendirmeler yapılmıştır.

³⁴³ Maddeye 28.3.2007 tarih ve 5615 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle eklenen ek fıkranın gerekçesi şöyledir: "İkinci fıkra ile getirilen düzenlemeyle ise, ihaleye katılım aşamasında aranan belgelerden Kurum tarafından belirlenecek olanların, ihaleye katılan her aday veya istekli tarafından ihaleye katılım aşamasında sunulması yerine, aday veya isteklilerden bu durumlarda olmadıklarına dair bir taahhütnamenin alınması ve buna ilişkin kanıtlayıcı belgelerin ihale üzerinde bırakılan istekli tarafından sözleşmenin imzalanması aşamasında sunulmasına ilişkin düzenleme yapılması konusunda Kuruma yetki verilmektedir. Böylece, ihaleye katılım aşamasında talep edilen belge sayısının azaltılması suretiyle bürokratik işlemlerin ve ihaleye katılım maliyetlerinin en aza indirilmesi hedeflenmektedir." www.kik.gov.tr, 30.6.2018.

imzalanıncaya kadar sunulabilmesine imkân tanınan hallerde ise, ihale üzerinde kalan isteklinin sözleşme imzalanıncaya (veya öngörülen sürenin sonuna) kadar, taahhütnamede beyan edilen hususlarla ilgili ve bu hususların doğruluğunu gösteren belgeleri idareye teslim etmemesi halinde (ihale iptal edilmiş veya ilgili kişi başka bir sebeple ihale dışı bırakılmış olsa dahi) geçici teminatının gelir kaydedilmesi (yani sıra isteklinin ihale dışı bırakılması) gerekmektedir.

Kanun'un 10/6. maddesinde, fıkroda belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde geçici teminatın gelir kaydedilmesinin yanı sıra ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı da uygulanacağına ilişkin bir hüküm yoktur. Bununla birlikte, KİGT'nin 17.6.4. maddesinde yer alan;

“(…) Bu çerçevede; sözleşme imzalamaya davet edilen istekli tarafından taahhüt edilen hususlara ilişkin yukarıda belirtilen belgelerin sözleşme imzalama süresi içinde sunulmaması halinde, bu istekli hakkında 4734 sayılı Kanununun 58 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar” kapsamında değerlendirme yapılacak ve ayrıca anılan Kanununun 44 üncü maddesi gereğince geçici teminatı gelir kaydedilecektir.”³⁴⁴

Düzenlemesine göre, ihale üzerinde kalan isteklinin, ihale sürecinde taahhütname ile beyan etmek suretiyle taahhüt ettiği hususları sözleşmenin imzalanması için tanınan süre içerisinde belgelendirmemesi ve Kanun, sözleşme ve şartname gereğince kendisinden istenen sair belgeleri sunmaması halinde, bu fiili, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapılmaması olarak değerlendirilerek (Kanun'un 58/1 maddesi gereğince) hakkında yasaklama yaptırımı da uygulanacaktır. Bu belgelerin sunulması ve fakat içerikleri itibarıyla taahhüt beyanlarına uygun olmaması halinde ise, sadece geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımı uygulanacak, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı uygulanmayacaktır.

b. KİK'nin 11. maddesine göre ihaleye katılmayacak olan kişilerin ihaleye katılması

³⁴⁴ Maddenin devamı şöyledir: “Ancak, 4734 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerine ilişkin belgelerin ihale üzerinde kalan istekli tarafından ilgili yerlerden temin edilerek süresi içerisinde ihaleyi yapan idareye sunulması ve bu belgeler üzerinde yapılan inceleme sonucunda belgelerin taahhüt edilen duruma aykırı hususlar içerdiğinin anlaşılması (sosyal güvenlik prim veya vergi borcu bulunması gibi) halinde, sonradan ihalenin iptal edilip edilmediğine bakılmaksızın, bu durumda olanların ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedilmesi, fakat haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmemesi gerekmektedir.” www.kik.gov.tr, 11.6.2019.

KİK'nin 11. maddesinde kimlerin ihaleye katılamayacağı düzenlenmiştir.³⁴⁵ Bu madde gereğince ihaleye katılmaması gereken bir kişinin ihaleye katıldığıının ihalenin herhangi bir aşamasında tespit edilmesi halinde, tesis ettiği geçici teminat gelir kaydedilir ve istekli ihale dışı bırakılır. İhalenin her nasılsa bu kişi üzerinde kalmış olması halinde ise, ihalenin onaylanması ve sözleşmenin imzalanması durumuna göre geçici teminat veya kesin teminat gelir kaydedilerek ihalenin iptal edilmesi, yanı sıra, yukarıda incelendiği üzere, bu kişi hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının da uygulanması gerekmektedir.³⁴⁶

c. İhale komisyonu tarafından tekliflerin değerlendirilmesi çalışmalarında tespit edilen, tekliflerdeki net olmayan hususların ve belgelerdeki bilgi eksikliklerin idarenin yazılı bildirimine rağmen süresi içerisinde giderilmemesi

Kanun'un 37/2 maddesinde belirtilmiştir. Bu husus, tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında ortaya çıkabilecek bir durumdur.³⁴⁷ İhalenin her aşamasında, isteklilerin ihaleye katılma koşullarını taşıyıp taşımadıkları ve sunulan belgelerin içeriğinin doğru ve eksiksiz olup olmadığı idarece denetlenmektedir. Bu kural, tekliflerin değerlendirilmesi aşaması bakımından da geçerlidir. Tekliflerin değerlendirilmesine ilişkin usul ve esaslara ilişkin kanuni düzenleme, KİK'nin "Tekliflerin Değerlendirilmesi" başlıklı dördüncü bölümünde yer alan 36 ilâ 40. maddelerinde yapılmıştır. Tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında ihale komisyonunca yapılan ikinci oturumda (m. 37), teklifin esasını değiştirmeyecek nitelikte olmak şartıyla, sunulan tekliflerde net olmayan hususlar ve belgelerdeki bilgi eksiklikleri olduğu görülürse, bu eksikliklerin giderilmesi için ihale katılımcısına (istekliye) yazılı bildirim yapılır. Bu bildirimde, belirlenen eksikliklerin bildirimde yazılı süre³⁴⁸ içerisinde tamamlanması istenir. Eksiklikleri öngörülen süre içerisinde

³⁴⁵ KİK m. 11'e ilişkin açıklama ve değerlendirmeler, çalışmamızın "ihalelere katılmaktan idarece yasaklanma" yaptırımı ile ilgili yerinde yapılmıştır.

³⁴⁶ Bu durum sözleşme imzalandıktan sonra tespit edilmiş ise, (KİGT m. 28.1.8.'de de belirtildiği üzere) sözleşmenin KİSK m. 21'e göre (maddede belirtilen fesih dışı seçeneklerin uygulanma olanağı yok ise) feshi, hesabın genel hükümlere göre tasfiyesi, kesin (ve var ise ek kesin) teminatın gelir kaydedilmesi ve ihalelere katılmaktan yasaklama işlemi yapılması gerekir.

³⁴⁷ Eksik bilgilerin tamamlattırılması, Kanun'un 37. maddesindeki temel düzenlemenin yanı sıra KİSK'nin 16.6. maddesinde de düzenlenmiştir.

³⁴⁸ Bu sürenin ilgilinin eksikliği gidermesine yetecek, makul bir süre olması gerekir. MAİUY m. 55/5 ve 57/A-9 ve YİUY m. 57/5'te bu sürenin iki iş gününden az olmamak üzere makul bir süre olması gerektiği düzenlenmiştir.

giderilen teklifler değerlendirmeye alınır, giderilmeyenler ise değerlendirme dışı bırakılır ve ilgili isteklilerin geçici teminatları gelir kaydedilir. Bu aşamada isteklinin kendisinden yazılı olarak istenen bilgiyi vermemesi nedeniyle hakkında yasaklama yaptırımı uygulanması mümkün değildir. Ancak, Kanun'un yasaklama yaptırımını gerektiren fiil ve durumları düzenleyen hükümlerine aykırı bir fiil ve durumun bu aşamada tespiti halinde de yasaklama yaptırımının uygulanacağı açıktır.

Tekliflerin Kanun'un 37. maddesine göre değerlendirilmesi aşamasında aşırı düşük teklifler (m. 38) nedeniyle teminatın gelir kaydedilmesi uygulaması yapıp yapılmayacağı konusunu değerlendirmek gerektiği görüşünderiz. Aşırı düşük tekliflere ilişkin uygulama Kanun'un 38. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, aşırı düşük teklifler ihale komisyonunca reddedilmeden önce ilgili istekliden aşırı düşük teklifin teknik ve finansal dayanaklarını bildirmesi yazılı olarak istenir. İsteklinin yapacağı açıklamaların uygun bulunması halinde teklifler değerlendirmeye alınır, uygun bulunmaması veya isteklinin idarenin bu istemine cevap vermemesi halinde teklif reddedilir. İsteklinin idarenin açıklama istemine cevap vermemesi halinde teminatın gelir kaydedileceğine yönelik bir hüküm 38. maddede bulunmamaktadır. Bizce, isteklinin idarenin açıklama istemine cevap vermemesi halinde teminatın gelir kaydedilmesini öngören bir düzenlemenin 38. maddede yer almaması isabetli değildir. İsteklinin, ihale ilkelerine aykırı çeşitli amaçlarla (kabul edilmeyeceğini bilerek) aşırı düşük teklif vermesi ve bu teklifindeki bu aşırı düşüklüğün ekonomik ve teknik dayanaklarını idarenin yazılı istemine rağmen idareye bildirmemesi halinin de geçici teminatın gelir kaydedilmesini sonuçlayan bir fiil olarak düzenlenmesi (bu amaçla Kanun'un 38. maddesinde bir düzenleme yapılması) gerektiği görüşünderiz.

d. İhale üzerinde kalan isteklinin kesin teminatı tesis etmemesi ve sözleşme imzalamaması

Buna ilişkin temel düzenleme Kanun'un 44. maddesinde yer almaktadır. Haklı bir gerekçe olmadan kesin teminat tesis etmekten ve sözleşme imzalamaktan kaçınılmasının hukuksuz bir davranış (ve içtinap) olduğu tartışmasızdır. Yukarıda, teminat kurumunun amacına ilişkin başlık altında da belirtildiği gibi, teminat alınmasının temel amaç ve işlevi, teminat sahibinin bu tür (kasıtlı ve hukuka aykırı) davranışlarda bulunmamasını sağlamaktır.

Kesinleşen ihale kararının isteklilere bildirimini, kesin teminatın tesisi ve

sözleşmenin imzalanmasına ilişkin temel düzenlemeler Kanun'un 41 ilâ 46. maddelerinde yapılmıştır. İhale yönetmelikleri ve KİGT'de de bu konuya ilişkin düzenlemeler vardır. Bu süreçte, idarece Kanun'da belirtilen usul ve esaslara göre yapılan yazılı bildirim takiben ihale üzerinde kalan isteklinin kesin teminatı tesis ederek sözleşme imzalaması gerekmektedir. Bu yükümlülüklerini yerine getirmeyen isteklinin tesis etmiş olduğu geçici teminat gelir kaydedilir.³⁴⁹ Kesinleşen ihale kararının bütün isteklilere bildirilmesinden (ve bildirim takiben 41/3. maddede belirtilen beş veya on günlük süre de geçtikten) sonra, ihale üzerinde bırakılan istekliye, tebliğ tarihinden itibaren on gün içerisinde (43. madde, şartname ve ilgili mevzuatı uyarınca) kesin teminatı tesis etmesi ve (44. maddede düzenlenen yükümlülüğünü yerine getirerek) sözleşme imzalaması için yazılı bildirim yapılır. Kanun'un 44. maddesinde açıkça düzenlendiği üzere, yapılan bildirimle rağmen, belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, yani kesin teminatın tesis edilmemesi ve sözleşme imzalanmaktan kaçınılması halinde (protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek olmaksızın) üzerine ihale kalan isteklinin tesis etmiş olduğu geçici teminat gelir kaydedilir. Böyle bir durumda ihale, ihale yetkilisinin onayıyla, ekonomik açıdan ikinci en uygun teklifi veren istekliye verilebilir. Bu yola gidilmesi ve fakat bu isteklinin de kesin teminatı tesis edip sözleşme imzalamaktan kaçınması halinde bu isteklinin tesis ettiği geçici teminat da gelir kaydedilir ve ihale iptal edilir. Kanun'un 44. maddesinde düzenlenen bu yaptırımın yanı sıra, 58/1. maddesinde açıkça düzenlendiğinden, sözleşme imzalamaktan kaçınan istekliler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı da uygulanır.³⁵⁰

e. Danışmanlık hizmet ihalelerinde geçici teminatın gelir kaydedilmesi

KİK m. 52/5'te düzenlenen teminatın gelir kaydedilmesi sebebi, yukarıda incelenen m. 37/2'deki düzenlemenin; benzer şekilde, m. 52/12'de düzenlenen sebep ise m. 44/2'de ve m. 44/3'deki düzenlemelerin **danışmanlık hizmet ihalelerindeki karşılığdır.**

³⁴⁹ KİGT m. 17.6.4.

³⁵⁰ Bu husus, KİGT'nin 17.6.4. maddesinde, "17.6.4. İhale üzerinde kalmasına rağmen süresi içinde sözleşme imzalamaya gelmeyenlerin ise Kamu İhale Kanununun 44 üncü maddesi gereğince geçici teminatının gelir kaydedilmesi ve anılan Kanunun 58 inci maddesi uyarınca kamu ihalelerinden yasaklanması gerekmektedir." şeklinde ifade edilmiştir. www.kik.gov.tr, 11.6.2019.

Danışmanlık hizmet ihaleleri de, diğer ihaleler gibi (ilgisi olduğu ölçüde) KİK'nin bütün hükümlerine tabi olmakla birlikte Kanun'un "Danışmanlık Hizmet İhaleleri ile İlgili Özel Hükümler" başlıklı Beşinci Bölümünde bu tür ihalelerle ilgili çeşitli özel hükümler vardır. Bu tür ihalelerde teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin hükümler, "Tekliflerin değerlendirilmesi ve ihalenin yapılması" başlıklı 52. maddede yer almaktadır.

Danışmanlık hizmet ihalelerinde geçici teminatın gelir kaydedilmesini gerektiren sebepler, yukarıda incelenen sebeplerden farklı değildir. Danışmanlık hizmet ihalelerine Kanun'da özel hükümler öngörülmüş olması nedeniyle, diğer ihaleler bakımından da geçerli olan (ortak) sebeplerden iki tanesine, bu ihalelere özgü özel hükümlerin yer aldığı 52. maddede aynen (tekraren) yer verilmiştir.

Kanun'un 52. maddesine göre; tekliflerin değerlendirilmesi sırasında, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmamak kaydıyla, belgelerde bilgi eksikliği bulunması halinde eksikliğin giderilmesi istekliden yazılı olarak istenir; öngörülen süre içerisinde eksikliğin giderilmemesi halinde ise istekli değerlendirme dışı bırakılır ve geçici teminatı gelir kaydedilir. Yine diğer ihalelerde olduğu gibi, ihale üzerinde kalan isteklinin sözleşme imzalama yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde de geçici teminatı gelir kaydedilir. Bu durumda, ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla ihale ikinci en yüksek puana sahip istekliye verilebilir; bu isteklinin de sözleşme imzalamaması halinde geçici teminatı gelir kaydedilir.

C. 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na Göre Teminatın Gelir Kaydedilmesi

1. Genel Olarak

Daha önce de ifade edildiği üzere, sözleşme süreci esasen özel hukuka tabidir. Dolayısıyla, bu süreçte uygulanan yaptırımların esasen özel hukuk yaptırımı olarak nitelendirilmesi ve bunlara ilişkin uyuşmazlıkların adli yargıda görülmesi gerekir. Bu genel ve temel kurala karşın, sözleşme aşamasında gerçekleştirilse bile, yüklenicinin, doğrudan doğruya ve sadece sözleşmeye konu (ve özel hukuka tabi) taahhüdünü hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle değil, (hukuki rejimi yönünden özel hukuka tabi olmayan) yasaklı fiil ve davranışlar (özellikle, suç teşkil eden fiiller) nedeniyle de kesin teminatın gelir kaydedilmesi yoluna gidilebilmektedir. Böyle bir durumda idare, sözleşmeye değil, kamu gücüne dayanarak ve tek yanlı olarak tesis

ettiği bir idari işlemle kesin teminatı gelir kaydetmektedir. Dolayısıyla, bu hallerde yaptırımın idari yaptırım olarak nitelendirilmesi ve yargısal denetiminin idari yargı tarafından yapılması gerekmektedir. KİSK’de bu duruma ilişkin tipik bir örnek olarak Kanun’un 21. maddesinde düzenlenen, sözleşmeden önceki yasak fiil ve davranışlar nedeniyle fesih gösterilebilir. Maddeye göre, sözleşme yapıldıktan sonraki süreçte, yüklenicinin ihale sürecinde yasaklanmış fiil ve davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi halinde kesin teminat gelir kaydedilecektir. Buradaki gelir kaydetme işlemi idari bir işlemdir ve (dolayısıyla) yargısal denetimi idari yargı tarafından yapılacaktır.³⁵¹

KİSK’de kesin teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin düzenlemeler Kanun’un 19, 20, 21 ve 22. maddelerinde yer almıştır. Bu maddelerde yer alan, teminatın gelir kaydedilmesi işleminin sebep unsurunu teşkil eden fiil ve davranışlar aşağıda incelenecektir.

2. Teminatın Gelir Kaydedilmesini Gerektiren Fiil ve Durumlar³⁵²

a. Sözleşmenin Kanun’a aykırı olarak devredilmesi ve devralınması

Buna ilişkin temel düzenlemeler Kanun’un 16, 20 ve 22. maddelerinde yer almaktadır. Sözleşmenin Kanun’un 16. maddesine aykırı biçimde devredilmesi ve devralınması, Kanun’un 25/g maddesinde yasak fiil ve davranış olarak da düzenlenmiştir. Bu hususta, yukarıda (KİGT’ye göre yasaklama yaptırımını gerektiren sebeplerle ilgili yerde) yaptığımız açıklama ve değerlendirmelere de bakılmalıdır.

Kanun’un 16. maddesinde sözleşmenin devrine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre, sözleşmenin zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izniyle başkasına devredilmesi mümkündür. Ancak, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içerisinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez ve

³⁵¹ Uyuşmazlık Mahkemesinin 20.2.2017 tarih 2016/91 E. ve 2017/3 K. ve 22.10.2018 tarih 2018/538 E. ve 2018/651 K. sayılı kararlarında, sözleşme aşamasında gerçekleştirilen teminatın gelir kaydedilmesi işlemlerinin hukuki rejimleri bakımından ayrımları ve bu ayrımların görevli yargı kolu bakımından doğurduğu sonuç açıklanmıştır. Bu kararların ilgili kısımları, aşağıda, yargısal başvuru konusunun anlatıldığı başlıklar altında (473 numaralı dipnotta) aktarılmıştır.

³⁵² Teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımıyla birlikte (aynı zamanda) yasaklama yaptırımının uygulanmasını gerektiren fiil ve durumlarla ilgili olarak, yukarıda (KİSK’ye göre yasaklama yaptırımının incelendiği yerde) açıklama ve değerlendirmeler yapılmıştır.

devralınmaz. İhale yetkilisinin yazılı izni olmadan veya üç yıllık süre dolmadan devredilen sözleşmeler, idarece Kanun'un 20 ve 22. maddeleri çerçevesinde feshedilir ve devreden ve devralan yükleniciler hakkında Kanun'un (yasaklama ve cezai yaptırımlara ilişkin) 26. maddesi uygulanır.

Sözleşmenin Kanun'a aykırı şekilde devredilmesi veya devralınması konusu KİGT'de de (m. 27.7, 27.8 ve 27.9) düzenlenmiştir. Buna göre; sözleşmenin Kanun'a aykırı şekilde devredilmesi veya devir alınması halinde, **tespit tarihi itibarıyla sözleşme feshedilmiş sayılır**. Bu tarihleri izleyen yedi gün içinde idare tarafından fesih kararı alınır. Bu karar, karar tarihini izleyen beş gün içinde yükleniciye bildirilir. Kanun'un 20. maddesi uyarınca, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye³⁵³ edilir. Tasfiye, yapım işlerinde tamamlanamayan taahhüdün safahatı dikkate alınarak borç ve alacaklar ile (idari bir yaptırım olmayıp, özel hukuka tabi tutulan sözleşme sürecindeki sözleşmeye aykırı fiillerden ve haksız fiillerden kaynaklanan) tazminatın tespiti ve istenilmesini içeren bir süreçtir. Kanun'un 22. maddesi gereğince kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar, alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar Türkiye İstatistik Kurumunca yayımlanan yurt içi üretici fiyat endeksine (ÜFE) göre güncellenir, güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminat tutarları arasındaki fark yükleniciden tahsil edilir. Hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle teminat alınan hallerde, alıkonulan tutar gelir kaydedilir ve sözleşmenin feshedildiği tarihten sonra yapılmayan iş miktarına isabet eden teminat tutarı da aynı şekilde güncellenerek yükleniciden tahsil edilir. İzinsiz devretme veya devralma ile üç yıllık süre içinde başka bir sözleşmenin devredilmesi veya devir alınması hallerinde ayrıca bu gerçek veya tüzel kişiler hakkında Kanun'un 26. maddesi uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir.

Sözleşmenin Kanun'a uygun olmayan biçimde devredilmesi sözleşmenin idarece feshini gerektiren durumlardan biridir. Böyle bir sebeple sözleşmenin feshedilmesi halinde Kanun'un 22. maddesine göre kesin teminatın gelir kaydedilmesi ve yine 22. maddede yapılan yollama uyarınca 26. maddeye göre işlem yapılması gerektiği düzenlenmiş olduğundan, 16. maddenin son cümlesinde yer alan,

³⁵³ Sözleşmenin feshi ile hesabın tasfiyesi konusunda, (Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin ekindeki) Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin "Sözleşmenin Feshi ve Tasfiye Durumları" başlıklı 47. maddesinde ayrıntılı bir düzenleme vardır.

Kanun'un 20, 22 ve 26. maddelerine yollama yapan hükmün tekrar niteliğinde olduğu, 16. maddedeki hüküm bulunmasa bile sözleşmenin kanuna uygun olmayan biçimde devredilmesi halinde 20, 22 ve 26. maddede yer alan yaptırımların uygulanacağı anlaşılmaktadır.

b. Yüklenicinin iflas etmesi

Kanun'un 17. maddesinde, yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkûmiyeti halinde uygulanacak hükümler düzenlenmiştir. Maddenin 1-b fıkrasında belirtildiği üzere, yüklenicinin iflas etmesi halinde sözleşmenin idarece feshedilmesi ve **yasaklama (m. 26) hariç olmak üzere**³⁵⁴ hakkında Kanun'un 20 ve 22. maddesinde yer alan hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla, yüklenicinin iflas etmesi halinde de kesin (ve varsa ek kesin) teminat gelir kaydedilerek sözleşme feshedilir ve ihaleye ilişkin hesaplar genel hükümlere göre tasfiye edilir. Teminatın gelir kaydedilmesi sırasında, Kanun'un 22/2 maddesi gereğince, teminatın alındığı tarihten gelir kaydetme işleminin yapıldığı tarihe kadar TÜİK tarafından açıklanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenmesi, aradaki farkın da yükleniciden tahsil edilmesi ve (m. 22/son hükmü gereğince) fesih nedeniyle (oluşmuş ise) idarenin uğradığı zararın tazmin ettirilmesi gerekir. Ancak, iflasın (dolayısıyla taahhüdün yerine getirilememesinin) mücbir sebeplere dayanması halinde Kanun'un 23. maddesine ve ilgili diğer maddelerine göre hareket edilmesi gerekecektir.

c. Yüklenicinin ağır hastalık, tutukluluk veya hapis nedeniyle taahhüdünü yerine getiremediği hallerde, taahhüdün yerine getirilmesi için, idarenin kabul edeceği bir yasal temsilcinin atanmaması

Kanun'un 17/1-c maddesinde belirtildiği üzere, yüklenicinin belirtilen gerekçelerle taahhüdünü yerine getirememesi halinde, taahhüdün yerine getirilebilmesi için iradi veya kanuni olarak bir yasal temsilci atanması ve bu yasal temsilcinin idarece kabul edilmesi gerekmektedir. Yasal temsilci atanmaması veya (atanan temsilcinin) hukuka uygun bir gerekçeyle idarece kabul görmemesi halinde sözleşmenin idarece feshedilerek yasaklama (m. 26) hariç olmak üzere Kanun'un 20

³⁵⁴ Akyılmaz - Sezginer - Kaya, **Türk İdare Hukuku**, 556.

ve 22. maddelerinde yer alan hükümlerin uygulanması, bu kapsamda kesin teminatın gelir kaydedilmesi, hesabın genel hükümlere göre tasfiye edilmesi gerekmektedir. Kanun'un 22/2 maddesi gereğince, kesin teminatın gelir kaydedilmesi sırasında, kesin teminatın alındığı tarihten gelir kaydetme işleminin yapıldığı tarihe kadar TÜİK tarafından açıklanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenmesi, aradaki farkın da yükleniciden tahsil edilmesi gerekir.

d. Yüklenicisi ortak girişim olan ve pilot/koordinatör ortak bulunan ihalelerde, ortak girişimin dağılması, pilot/koordinatör ortağın iflası, pilot/koordinatör ortak gerçek kişi ise ağır hastalığı, tutukluluğu, hapis cezasına mahkûmiyeti

Kanun'un 18. maddesine göre, ortak girişimlerce yerine getirilen taahhütlerde, ortak girişimi oluşturan kişilerden birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûm olması veya dağılması sözleşmenin devamına engel olmaz. Ancak, bunlardan biri idareye pilot veya koordinatör ortak ise, (gerçek veya tüzel kişi olmasına göre) pilot veya koordinatör ortağın iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyeti halinde veya ortak girişimin dağılması hallerinde sözleşme idarece feshedilerek yasaklama (m. 26) hariç olmak üzere Kanun'un 20 ve 22. maddelerinde yer alan hükümlerin uygulanması bu kapsamda kesin teminatın gelir kaydedilmesi, hesabın genel hükümlere göre tasfiye edilmesi gerekmektedir. Kanun'un 22/2 maddesi gereğince, kesin teminatın alındığı tarihten gelir kaydetme işleminin yapıldığı tarihe kadar TÜİK tarafından açıklanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenmesi, aradaki farkın da yükleniciden tahsil edilmesi gerekir.

Gerçek kişi olan pilot veya koordinatör ortağın ölümü halinde sözleşme feshedilir, yapılmış işler tasfiye edilerek kesin teminat iade edilir. Ancak, sözleşmenin feshini gerektiren söz konusu durumların meydana gelmesini izleyen otuz gün içinde, ortak girişimin diğer ortaklarının teklifi, taahhüt dışı kalan pilot veya koordinatör ortağın yükümlülüklerinin teklif sahibi ortaklarca üstlenilmesi ve idarenin teklifi kabul etmesi halinde sözleşme yenilenerek işe devam edilebilir.

e. Yüklenicinin mali acze düşmesi nedeniyle taahhüdünü yerine getirememesi

Bu husus temel olarak Kanun'un 19 ve 22. maddelerinde düzenlenmiştir. Sözleşme (taahhüdün yerine getirilmesi/edimin ifası) sürecinde yüklenicinin mücbir sebepler hariç olmak üzere herhangi bir sebeple mali acze düşmesi sonucunda taahhüdünü yerine getirememesi halinde (yüklenicinin bu durumu idareye yazılı olarak bildirmesinden sonra) kesin (ve varsa ek kesin) teminat gelir kaydedilerek sözleşme feshedilir ve ihaleye ilişkin hesaplar genel hükümlere göre tasfiye edilir. Kanun'un 22/2 maddesi gereğince, kesin teminatın alındığı tarihten gelir kaydetme işleminin yapıldığı tarihe kadar TÜİK tarafından açıklanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenmesi, aradaki farkın da yükleniciden tahsil edilmesi gerekir. Sözleşmenin feshi ve teminatın gelir kaydının yanı sıra, (m. 22/son hükmü gereğince) yüklenici hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı uygulanması ve (oluşmuş ise) fesih nedeniyle idarenin uğradığı zararın yükleniciye tazmin ettirilmesi de gerekir. Buradaki (ve aşağıda f, g ve h başlıkları altındaki) "tazmin" yaptırımı, niteliği itibarıyla bir idari yaptırım değil, özel hukuk alanındaki sözleşme ilişkisinden (KİSK m. 4) kaynaklanan bir özel hukuk yaptırımıdır ve (bu niteliğinin zorunlu bir sonucu olarak) idarece resen değil mahkeme kararına (hükme) dayanarak uygulanabilir.

f. Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşmeye uygun olarak yerine getirmemesi

Bu husus Kanun'un 20/1-a, 20/1 ve 22. maddelerinde düzenlenmiştir. Yüklenicinin taahhüdünü (mücbir sebep ve mali acz halleri dışında) ihale dokümanında ve sözleşmede belirtilen şartlara uygun olarak veya süresinde yerine getirmemesi halinde, sözleşme hükümlerine göre gecikme cezası uygulanmak üzere idarece yükleniciye en az on gün süreli bir ihtarname gönderilir. İhtarnameden sonra da (ihtarnameye rağmen) aynı durumun devam etmesi halinde kesin teminat ve varsa ek kesin teminat (m. 22/2 gereğince) alındığı tarihten gelir kaydetme işleminin yapıldığı tarihe kadar Türkiye İstatistik Kurumu tarafından açıklanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenerek (aradaki fark yükleniciden tahsil edilerek) gelir kaydedilir, sözleşme feshedilir ve hesabın genel hükümlere göre tasfiyesi yoluna gidilir. Bu durumda (m. 22/son hükmü gereğince) yüklenici hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı da uygulanır; ayrıca, var ise, fesih nedeniyle idarenin uğradığı zarar yükleniciye tazmin ettirilir.

Bu madde gereğince uygulanacak **gecikme cezası**, BK'nin 179, 180, 181 ve 182. maddelerinde düzenlenen ve sözleşmede hüküm bulunması halinde uygulanabilen bir özel hukuk yaptırımıdır. Bu ceza, sözleşmede hüküm bulunması kaydıyla ifa ile birlikte istenebilir (ifaya eklenen ceza şartı). Aksi halde ya borcun ya da cezanın ifası istenebilecektir. Cezanın istenmesi, sözleşme hükümleri çerçevesinde ve ifanın hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi şartı dışında herhangi bir zarar koşuluna tabi değildir. BK'nin söz konusu hükümlerinin, KİSK'nin özel hükümleri ve sözleşme hükümleri de dikkate alınarak uygulanması gerekmektedir.

g. Yüklenicinin sözleşmenin uygulanması sırasında yasak fiil veya davranışlarda bulunması

Uygulamada sık karşılaşılan bu yasaklama sebebi Kanun'un 20/1-b, 20/2, 22 ve 25. maddelerinde düzenlenmiştir. İhale sürecinde olduğu gibi sözleşme sürecinde de bir takım fiil ve davranışlarda bulunulması yasaklanmıştır. Sözleşme aşamasına ilişkin yasak fiil ve davranışlar KİSK'nin 25. maddesinde düzenlenmiş olup, yüklenicinin sayılan fiil ve davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi halinde (protesto çekmeye gerek kalmaksızın), kesin teminat ve varsa ek kesin teminat (m. 22/2 gereğince) alındığı tarihten gelir kaydetme işleminin yapıldığı tarihe kadar TÜİK tarafından açıklanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenerek (güncelleme sonucu yüklenici aleyhine oluşan fark da tahsil edilerek) gelir kaydedilir, sözleşme feshedilir ve hesabın genel hükümlere göre tasfiyesi yoluna gidilir. Sözleşmenin feshi ve kesin teminatın gelir kaydının yanı sıra, (m. 22/son hükmü gereğince) yüklenici hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını uygulanması ve (oluşmuş ise) fesih nedeniyle idarenin uğradığı zararın yükleniciye tazmin ettirilmesi de gerekir.

h. İhale aşamasında yasak fiil ve davranışlarda bulunulduğunun sözleşme aşamasında tespit edilmesi

Bu husus KİSK'nin 21 ve 22. maddelerinde düzenlenmiş olup, KİK'nin 17. maddesiyle de doğrudan irtibatlıdır. Yüklenicinin ihale aşamasında KİK'de düzenlenen yasak fiilleri işlediğinin (ihale aşamasında ortaya çıkmayıp) sözleşme aşamasında durumun tespit edilmesi olasıdır. Böyle bir durumda, kesin teminat ve varsa ek kesin teminat alındığı tarihten gelir kaydetme işleminin yapıldığı tarihe

kadar TK tarafından açıklanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenerek (güncelleme sonucu yüklenici aleyhine oluşan fark da tahsil edilerek) gelir kaydedilir, sözleşme feshedilir ve hesabın genel hükümlere göre tasfiyesi yoluna gidilir (m. 21/1 ve 22/2).³⁵⁵

Sözleşmenin feshi ve kesin teminatın gelir kaydının yanı sıra, (m. 22/son hükmü gereğince) yüklenici hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı uygulanması ve (olumu ise) fesih nedeniyle idarenin uğradığı zararın (zel hukuk hükümlerine göre) yükleniciye tazmin ettirilmesi de gerekir.

Yasaklı fiil ve davranışın tespiti halinde sözleşmenin feshi esas olmakla birlikte, KSK'nin 21. maddesinde, sözleşmenin feshedilmediği alternatif bir usul öngörülmüştür; buna göre, ihale aşamasında yasaklı fiilleri işlediği tespit edilen yüklenicinin taahhüdün en az % 80'inin tamamlanmış olması ve kalan en fazla % 20'lik kısmın sözleşmeyi feshetmeden tamamlattırılmasında kamu yararı bulunduğunun (bu husus idarenin değerlendirme ve takdiriyle belirlenir) anlaşılması n şartlarıyla birlikte;

a) İvediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması,

b) Taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının mümkün olmaması,

c) Yasak fiil veya davranışın, yüklenici tarafından taahhüdün tamamlanmasını engelleyecek nitelikte olmaması; koşullarından en az birinin somut olayda mevcut olması halinde, yükleniciden taahhüdünün kalan kısmını tamamlaması istenir; yüklenicinin bu isteme uygun olarak taahhüdünü tamamlaması halinde, kesin teminat gelir kaydedilmez, ancak yüklenici hakkında 26. maddeye göre yasaklama yaptırımı uygulanır ve **kesin teminatının (varsa ek kesin teminatı dâhil) miktarı kadar "ceza" tahakkuk ve tahsil edilir.** Ceza tutarı, yüklenicinin hakedilerinden kesinti yapılarak da tahsil edilebilir. Maddede belirtilmemiş olduğundan,  ık halinde sayılan bu şartların tümünün aynı anda mevcut olması zorunlu olmayıp, birinin mevcut olması yeterlidir. Belirtilen koşulların somut olayda mevcut olup olmadığı, objektif ve takdir hakkını (kısmen de olsa) içeren bir yaklaşımla değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır. Sözleşmenin feshine alternatif olan bu usul, gereği gibi uygulanmak şartıyla, kamu yararı amacıyla uyumludur.

³⁵⁵ Anayasa Mahkemesi, KSK m. 21/1'de yer alan hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığını değerlendirmiştir. AyM, E. 2007/68 K. 2010/2, KT. 14.10.2010, RG. 28.4.2010, sy. 27565. Bu kararın ilgili kısımlarına, yukarıda, yasaklama yaptırımının Anayasa yönünden değerlendirilmesiyle ilgili başlık altında (155 numaralı dipnotta) yer verilmiştir.

Tahsil edilen bu ceza, idarece resen ve hükme ihtiyaç duyulmadan uygulanması nedeniyle idari yaptırım niteliğini göstermekle birlikte, uygulanması yüklenicinin taahhüdün tamamlanmasına rıza göstermesini gerektirdiğinden bizce idari yaptırım olarak değerlendirilmemesi de mümkündür. Bizce bu yaptırım, özel hukuka tabi sözleşme ilişkisi çerçevesinde, sözleşmeye ve Kanun'a aykırı olarak yasaklanmış fiil ve davranışlar nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi yerine belirli şartlar altında taahhüdün tümüyle yerine getirilmesini mümkün kılan, Kanun'a dayanarak ve sözleşmeye de bu yönde hüküm konularak uygulanan bir tür cezai şart olarak nitelendirilmelidir. İdare Kanun'da yer alan hükümler gereğince ve belirtilen şartlara uyarak, ifa ile birlikte cezanın da ödenmesini istemekte, yüklenici ise, sözleşmenin feshedilmesinin doğuracağı olumsuz sonuçları, özellikle idarenin olası tazminat talebini bertaraf etmek için (teminat tutarı kadar) ceza ödemeyi kabul etmektedir. Ancak, bu ceza ödenerek taahhüt yerine getirilse dahi, yüklenici hakkında Kanun'un (yasaklama ve cezai sonuçlara ilişkin) 26. maddesi uygulanacaktır.

D. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'na Göre Teminatın Gelir Kaydedilmesi

1. Genel Olarak

DİK'de teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin düzenlemeler, Kanun'un 54, 57 ve 62. maddelerinde bulunmaktadır.

2. Teminatın Gelir Kaydedilmesini Gerektiren Fiil ve Durumlar³⁵⁶

a. İhale üzerinde kalan isteklinin usulüne göre kesin teminatı tesis etmemesi ve sözleşmeyi idareye vermemesi

Kanun'un 54. ve 57. maddelerine göre, ihale üzerinde kalan isteklinin, Kanun ve şartname hükümlerine göre kesin teminatı tesis etmesi, noterce onaylı sözleşmeyi idareye vermesi (sözleşmeyi imzalaması), (satışlara ilişkin ihalelerde) yükümlüsü olduğu giderleri (ve vergi, resim ve harçları) yatırması gerekmektedir. Yüklenici

³⁵⁶ Teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımıyla birlikte (aynı zamanda) yasaklama yaptırımını da sonuçlayan fiil ve durumlarla ilgili olarak, yukarıda da (DİK'ye göre yasaklama yaptırımının incelendiği yerde de) açıklama ve değerlendirmeler yapılmıştır.

veya müşterinin bu yükümlüklerinden birini hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde (protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek olmaksızın) ihale bozulur ve (alınmış ise) geçici teminatı gelir kaydedilir. Kesin teminatın gereği gibi tesis edilmesi ve sözleşmenin de imzalanması halinde ise geçici teminat iade edilir.

b. Yüklenici veya müşterinin taahhüdünü hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi

Bu sebep, sözleşme (edimin ifası) aşamasına ilişkindir. Kanun'un 62. maddesine göre, sözleşme yapıldıktan sonra yüklenici veya müşterinin taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü, şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi üzerine, idarenin en az 10 gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın kesin teminatı gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Hesabın tasfiyesi, yapım işlerinde veya içeriğinde yapım işi de olan diğer ihalelerde söz konusu olmaktadır.³⁵⁷ KİK'ye tabi ihalelerden farklı olarak, DİK'ye göre yapılan ihalelerde bu yaptırım uygulanırken teminatın TÜİK tarafından açıklanan fiyat endeksi esas alınarak güncellenmesi şeklinde bir uygulamanın Kanun'da öngörülmediği görülmektedir.³⁵⁸ Mücbir sebepler dışında taahhüdün hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi halinde (teminatın gelir kaydının yanı sıra) idarece ihalelere katılmaktan yasaklama işlemi de yapılmalıdır.

³⁵⁷ DİK'ye tabi işlerde, işin tasfiyesine ilişkin olarak (KİK'ye tabi ihalelerde uygulanan) Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin ekindeki Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin "Sözleşmenin Feshi ve Tasfiye Durumları" başlıklı 47. maddesi hükümlerinden (hükümlerin DİK'ye tabi ihalelere uyarlanması suretiyle) yararlanılması mümkündür. Ünal - Erol, **age.**, 237.

³⁵⁸ Sayıştay Temyiz Kurulunun 20.10.2015 tarih 39585 D. ve 40922 T. numaralı kararında şöyle denmektedir: "(...) Rapor dosyası ve ekleri incelendiğinde; ihalenin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre yapıldığı, müteahhidin sözleşme hükümlerine göre yükümlülüklerini yerine getirmemesi üzerine sözleşmenin feshedildiği, teminatın gelir kaydedildiği ve gelir kaydının yapılmasından sonra faiz talebi ile ilgili olarak adli yargıda dava açıldığı anlaşılmaktadır. İhale 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre yapılmış olup, sözleşmeye ilişkin tasfiye ve teminat mektuplarının gelir kaydedilmesi işlemlerinin de 2886 sayılı Kanun'a göre yapılması gerekmektedir. 2886 sayılı Kanun'un "Müteahhit veya müşterinin sözleşmenin bozulmasına neden olması" başlıklı 62. maddesinde;...denilmektedir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere "kesin teminatın gelir kaydedileceği" belirtilmiş ancak teminatın güncelleneceğine ilişkin herhangi bir ifade yer almamıştır. **Gerek 2886 sayılı Kanun'da gerekse yapılan sözleşmede, teminatın gelir kaydedilmesi sırasında güncelleneceğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığından idare tarafından yapılan işlem mevzuata uygundur. Kaldı ki, teminatın gelir kaydının yapılmasından sonra faiz talebi ile ilgili olarak adli yargıda dava da açılmıştır. Bu itibarla 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 55'inci maddesinin 7'nci fıkrası uyarınca, yukarıda belirtilen hususların tekrar değerlendirilmesini teminen 202 sayılı ilamın 14. maddesi ile verilen tazmin hükmünün BOZULARAK dosyanın Dairesine TEVDİİNE, Karar verildiği 20.10.2015 tarih ve 40922 sayılı tutanakta yazılı olmakla işbu ilam tanzim kılındı.** www.sayistay.gov.tr, 1.4.2018.

c. Sözleşmenin izinsiz devri

Bu hususta KİK'de yer alan hükümlere benzer hükümler DİK'de de bulunmaktadır. Kanun'un 66. maddesine göre, sözleşmenin ita amirinin yazılı izni ve ihale kapsamında aranan şartların devralacak kişi bakımından da mevcut olması şartıyla devri mümkündür. Kanun hükümlerine ve şartnameye aykırı olarak ihalenin devredilmesi halinde sözleşme bozulur ve müteahhit veya müşteri hakkında 62. madde hükmü uygulanır, anılan maddede, idarece yazılı ihtarda bulunulması, ihtar rağmen Kanun'a aykırılığın giderilmemesi halinde (ayrıca protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın) kesin teminatın gelir kaydedileceği, sözleşmenin feshedileceği, hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği belirtilmiştir.

d. Yüklenici veya müşterinin, iflas etmesi nedeniyle taahhüdünü yerine getirememesi ve bunun idarenin zararına neden olması

Kanun'un 68. ve 62. maddelerinde bu hususla ilgili temel düzenlemeler yer almaktadır. Müteahhit veya müşterinin iflas etmesi halinde sözleşme bozulur. İflas ve fesih nedeniyle idarece bir zarar doğarsa, 62. maddeye göre işlem yapılır. Yukarıda da belirtildiği gibi, 62. maddede, idarece yazılı ihtarda bulunulması, ihtar rağmen Kanun'a aykırılığın giderilmemesi halinde (ayrıca protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın) kesin teminatın gelir kaydedileceği, sözleşmenin feshedileceği, hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği belirtilmiştir. İflas halinde taahhüdün ifasına devam olunamayacağından, sözleşmenin feshedilmesi ve kesin teminatın gelir kaydedilmesi gerekmektedir.

e. Müteahhit veya müşterinin ağır hastalığı, tutukluluk ve mahkûmiyet halinde taahhüde devam etmek üzere vekil veya kayyum tayin edilerek taahhüde devam edilmemesi (m. 69/3)

Kanun'un 69. maddesinde düzenlendiği üzere, müteahhit veya müşterinin sözleşmenin yerine getirilmesine engel olacak derecede ağır hastalığı, tutukluluğu ve hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm olması halleri taahhüdün yerine getirilmesine engel değildir.³⁵⁹ Bu tür durumların meydana gelmesi halinde, otuz gün içerisinde

³⁵⁹ Kanun'un 70. maddesinde düzenlendiği üzere, birden fazla gerçek veya tüzel kişi (ortak girişim) tarafından birlikte bulunulan taahhütlerde, pilot firma olarak bildirilen gerçek kişinin ölmesi veya gerçek veya tüzel kişi olan pilot firmanın iflas etmesi yahut ortak girişimin dağılması hallerinde

müteahhit veya müşteri tarafından (idarenin de kabul edeceği) bir vekil tayin edilerek taahhüde devam edilmesi gerekir. Müteahhit veya müşterinin kendi serbest iradesi ile vekil tayin etme imkânından mahrum bulunması halinde, yerine ilgililerce otuz gün içerisinde genel hükümlere göre bir kayyum tayin edilmesi gerekir. Belirtilen şekilde bir vekil veya kayyum tayin edilmezse, sözleşme bozulur ve bu nedenle bir zarar doğar ise 62. maddeye göre işlem yapılır. Yukarıda da belirtildiği gibi, 62. maddede, idarece yazılı ihtarla bulunulması, ihtara rağmen Kanun'a aykırılığın giderilmemesi halinde (ayrıca protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın) kesin teminatın gelir kaydedileceği, sözleşmenin feshedileceği, hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği belirtilmiştir.

E. Teminatın Gelir Kaydedilmesi İşleminde Yetki, Şekil ve Usul

İhale sürecinde teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin olarak özel nitelikte olan yetki, şekil ve usul kurallarına KİK, DİK ve KİSK'de yer verilmemiştir. Yukarıda incelenen ve teminatın gelir kaydedilmesini zorunlu kılan fiil ve davranışların (sebeplerin) tespit ve tevsik edilmesi ve Kanun'un teminatın gelir kaydedilmesi için aradığı şartların oluşması üzerine, ihale yetkilisinin ve idarenin bu konuda yetkili makamının istem ve kararları gereğince teminatın gelir kaydedilmesi işlemi idarenin muhasebe birimleri tarafından gerçekleştirilir. Yukarıda incelendiği gibi, teminatın gelir kaydedilmesini gerektiren işlemler, ihale dışı bırakılma veya sözleşmenin feshi gibi başka idari işlemlerle birlikte gerçekleştirilmektedir. Gerçekleştirilen bu işlemler ilgisine, (Anayasa m. 40/2'nin de bir gereği olarak) başvuru yolları ve başvuru sürelerini de içerecek şekilde yazılı olarak bildirilmektedir.

sözleşme kendiliğinden sona erer. Ancak, bu hallerden birinde, diğer ortağın teklifi ve idarenin de kabul etmesi halinde sözleşme yenilenerek işe devam edilebilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İHALE VE SÖZLEŞME SÜRECİNDE YER ALAN KAMU GÖREVLİLERİNE YÖNELİK İDARİ YAPTIRIMLAR

I. GENEL OLARAK

İdarece resen (yargı kararına ihtiyaç duymadan) uygulanmaları nedeniyle birer idari yaptırım olarak kabul edilmeleri gereken bu yaptırımlar; disiplin cezası, memur hakkında memuriyet sıfatının kaybını³⁶⁰ tespit eden idari işlem yapılması ve idari para cezası şeklinde sıralanabilir.

İhale ve sözleşme süreçlerinde yer alan kamu görevlilerinin, ihalelerde uyulması zorunlu ilkelere, ihale ve sözleşme sürecine ilişkin mevzuat hükümlerine yahut tabi oldukları personel mevzuatında yer alan (doğrudan ihale ve sözleşme sürecine ilişkin olan veya genel nitelikte olup ihale sürecindeki fiil ve davranışları da kapsayan emir ve yasaklar öngören) hükümlere aykırılık oluşturan fiil ve davranışlarda bulunmaları halinde, bu fiil ve davranışların disiplin yaptırımlarını gerektiren disiplin suçlarını oluşturması mümkündür.

Disiplin cezası yaptırımının yanı sıra, kamu görevlilerinin ihale ve sözleşme süreçlerinde işledikleri kasıtlı veya taksirli fiilleriyle idarenin veya kişilerin ekonomik yönden zarara uğramalarına sebep olmaları halinde, uğranılan zararın kamu görevlisince genel hükümlere göre (idari yaptırım sayılmayacak biçimde³⁶¹) tazmin edilmesi ve kamu görevlisine (yine idari yaptırım niteliğinde olan) para cezası verilmesi de söz konusu olabilir.

İhale ve sözleşme sürecinde görevleri dolayısıyla katılan idare görevlilerine yönelik olarak, KİK'nin 17, 42, 60, 61 ve 62., KİSK'nin 28, 29 ve 31. ve DİK'nin ise 86 ve 87. maddelerinde (sorumluluk, emir ve yasaklar içeren) hükümler bulunmaktadır. Bu hükümlere aykırı fiil ve davranışlarda bulunan kamu görevlileri

³⁶⁰ DMK m. 48/A-5'te yer alan memur olma koşullarından bir veya bir kaçının memurluk statüsüne girildikten sonraki süreçte kaybedilmesi hali, ilerde (müstakil bir başlık altında) ele alınacaktır.

³⁶¹ İhale ve sözleşme süreçlerinde yer alan kamu görevlisinin kasıt ve ihmali ile oluşan idare zararının KMYKK ve (Kanun'un 71. maddesinde öngörüldüğü üzere çıkarılan) **Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik**'e göre ilgili kamu görevlisinden tahsil edilmesi (tazmini), genel hükümler çerçevesinde ve hükmen uygulanan (idarece resen uygulanmayan) bir yaptırım olduğu için idari yaptırım olarak nitelendirilmemelidir. Bu nedenle tezimizde bu konuyla ilgili genel bilgiler verilmesiyle yetinilecek, ayrıntılı olarak açıklama ve değerlendirmelerde bulunulmayacaktır.

hakkında (yukarıda genel olarak belirtilen ve aşağıda incelenecek olan) idari yaptırımların uygulanması olasıdır. Belirtmek gerekir ki, kamu görevlilerine yönelik sorumluluk, emir ve yasaklar içeren kurallar, sadece aşağıda (dipnotta) metinleri belirtilecek olan kanun maddelerindekilerden ibaret olmayıp, ihale ve sözleşme sürecine katılan görevlilerin tabi olduğu personel mevzuatında, ihale ve sözleşme sürecine ilişkin çeşitli kanunlarda ve kanun altı mevzuatta da (örneğin ihale yönetmeliklerinde, KİGT’de ve 657 sayılı DMK’nin 125. maddesinde de) kamu görevlilerine yönelik emir ve yasak öngören hükümler olup, bu hükümlere ihale ve sözleşme sürecine ilişkin işlerde uyulmaması idari yaptırımların uygulanmasını sonuçlayabilir.

II. İHALE VE SÖZLEŞME SÜREÇLERİNE KATILAN KAMU GÖREVLİLERİ

KİK, DİK ve KİSK kapsamında gerçekleştirilen bir kamu ihalesine ve sözleşme sürecine katılan kamu görevlilerinin³⁶² başında; **ihale yetkilisi, ihale komisyonunda görev alanlar ve muayene ve kabul komisyonlarında görev alanlar** gelmektedir. Bunların yanı sıra şu görevlileri de belirtmek gerekir:³⁶³ yaklaşık maliyet tespitinde görev alanlar, ihale dokümanının hazırlanmasında görev alanlar, yapı denetim görevlileri, kontrol teşkilatı görevlileri, hakedişleri düzenleyen ve onaylayanlar, ön mali kontrolü yapanlar, gerçekleştirme görevlileri ve muhasebe yetkilileri.

³⁶² İhale ve sözleşme süreçlerindeki esaslı görevler ve işler için, (bu Kanun’a tabi idarelerde) 657 sayılı DMK’nin 4/a maddesinde belirtilen statüde istihdam edilen memurların görevlendirilmesi esastır. Bununla birlikte, idare bünyesinde yeterli sayı veya nitelikte memur ve diğer kamu görevlisi bulunmaması nedeniyle, idarenin üst yöneticisi tarafından görevlendirilmek ve yetkilendirilmek suretiyle, anılan Kanun’un 4/B maddesinde belirtilen statüde (sözleşmeli personel olarak) istihdam edilen kişilerin görevlendirilmesi de mümkündür. Ancak, bu durumda, İş Kanunu’na göre akdedilen iş sözleşmesine dayalı olarak çalıştırılan işçilerin, ihale ve edimin ifası sürecindeki karar alma, muayene, kabul vb. esaslı irade açıklamalarını içeren işlerde görevlendirilmeleri gerekmektedir. Öte yandan, işçilerin bu süreçler içerisinde suç veya disiplin suçu teşkil eden fiiller işlemeleri halinde, özel faillik gerektiren suçlar bakımından fail sıfatını alamayacaklarından (duruma göre) azmettiren veya yardım eden olarak, herkesin fail olabileceği suçlar bakımından ise fail olarak sorumlu tutulmaları, disiplin suçu teşkil eden fiiller işlemeleri halinde ise, iş akitlerindeki hükümler ve İş Kanunu’na (daha genel bir ifadeyle iş hukukuna) ilişkin kurallar çerçevesinde hareket edilerek iş akitlerinin feshedilmesi veya sözleşme veya Kanun’da öngörülen diğer yaptırımların uygulanması gerekmektedir. Ancak, ceza hukuku yönünden özellikle gösteren fiillerin değerlendirilmesinde, TCK m. 6’da yer alan “kamu görevlisi” tanımının da dikkate alınması, kanuna uygun bir görevlendirmeye ihale ve sözleşme sürecine süreli veya geçici olarak katılan işçilerin de kamu görevlisi sayılması gerekmektedir.

³⁶³ Nurdoğan Ünal, Ramazan Erol, Mesut Erol, **İhale ve Sözleşme Yönetimi Süreçlerinde Kamu Görevlilerinin Cezai-İdari-Mali Sorumlulukları**, Ankara, Seçkin, 2015, s. 75.

A. İhale Yetkilisi

İhale yetkilisi, KİK m. 4'te yer alan tanıma göre; idarenin ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlileridir. Bu tanıma göre, (KMYKK çerçevesinde belirlenen) harcama yetkilisi aynı zamanda ihale yetkilisidir. KİK, DİK ve (var ise) kendine özgü ihale mevzuatına tabi bulunan genel yönetim kapsamındaki³⁶⁴ idarelerin harcama usul ve esaslarına ilişkin temel düzenlemeler içeren KMYKK'nin 31. maddesine göre, Kanun'a tabi idarelerde harcama yetkilisi, dolayısıyla ihale yetkilisi de (kanunda veya idarenin düzenleyici bir işleminde aksi yönde hüküm bulunmamak şartıyla) harcama biriminin³⁶⁵ en üst yöneticisidir.³⁶⁶

DİK m. 3'e göre ihale yetkilisi ita amiridir. İta amiri, mülga 1050 sayılı MUK'de geçen,³⁶⁷ bugünkü karşılığı harcama yetkilisi veya en üst yönetici olması gereken kamu görevlisidir. Dolayısıyla DİK'ye göre yapılan ihalelerde, idarenin en üst yöneticisi (KMYKK m. 11'e göre, Bakanlıklarda müsteşar, diğer kamu idarelerinde en üst yönetici, il özel idarelerinde vali ve belediyelerde belediye başkanı; ancak, Milli Savunma Bakanlığında Bakan) aynı zamanda ihale yetkilisidir.

B. İhale Komisyonunda Görev Alanlar

Bunlar, ihale komisyonunun başkanı ve üyeleridir.

³⁶⁴ KMYKK'ye ait olan "genel yönetim" kavramı, genel ve özel bütçeli idareler, mahalli idareler, sosyal güvenlik kurumları ve düzenleyici ve denetleyici kurumlardan oluşan gruba ifade etmektedir. Kanun'a ekli (I) sayılı cetvelde genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri, (II) sayılı cetvelde özel bütçeli idareler (YÖK, üniversiteler ve yüksek teknolojik enstitüleri ile özel bütçeli diğer idareler), (III) sayılı cetvelde düzenleyici ve denetleyici kurumlar ve (IV) sayılı cetvelde sosyal güvenlik kurumları listelenmiştir.

³⁶⁵ Harcama birimi, kamu idaresi bütçesinde ödenek tahsis edilen ve harcama yetkisi bulunan birimi ifade etmektedir (KMYKK m. 3/k).

³⁶⁶ Harcama yetkilisinin kim olacağı KMYKK m. 31'de düzenlenmiştir. Bu husustaki ayrıntılı düzenlemeler ise (hangi kurum ve kuruluşta harcama yetkilisinin kim olduğu vb. hususlar) (Seri No.: 1) Harcama Yetkilileri Hakkında Genel Tebliğ'de (RG. 31.12.2005 - 26040) ve (Seri No.: 2) Harcama Yetkilileri Hakkında Genel Tebliğ'de (RG. 28.4.2006 - 26152) yapılmıştır. KMYKK m. 31'e göre; harcama biriminin en üst yöneticisinin harcama yetkilisi olması genel kuraldır. Harcama yetkilisinin tespitinde çeşitli sebeplerle güçlük bulunan idarelerde harcama yetkilisi üst yönetici tarafından (mahalli idarelerle ilgili olarak İçişleri Bakanlığı, diğer idarelerle ilgili olarak ise Maliye Bakanlığının onayı alınmak suretiyle) belirlenir. Yükseköğretim Kurulu ile üniversiteler ve yüksek teknoloji enstitülerinde, harcama yetkilileri ödenek gönderme belgesiyle belirlenir. Bu idarelerde ödenek gönderme belgesi ile ödenek gönderilen birimler harcama birimi, kendisine ödenek gönderilen birimin en üst yöneticisi ise harcama yetkilisidir. Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinde; idareler, merkez ve merkez dışı birimler ve görev unvanları itibarıyla harcama yetkililerinin belirlenmesine, harcama yetkilisinin bir üst yönetim kademesinde birleştirilmesine ve devredilmesine ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca belirlenir.

³⁶⁷ İta amiri (âmiri ita) MUK m. 10'da, "**Devlet hizmetlerine müteallik masarifin muvakkat veya katî surette tediyesi hakkında muhاسبlere tahrirî emir ve mezuniyet verenlere âmiri ita denir.**" şeklinde tanımlanmıştır. www.tbmm.gov.tr, 30.3.2018. Bu tanım, KMYKK'de tanımlanan harcama yetkilisi ve idarenin en üst yöneticisine tekabül etmektedir.

KİK m. 9'a göre ihale komisyonu, ihale yetkilisi tarafından, ilgili idarenin personeli arasından, (en az) ikisi ihale konusu için uzmanı³⁶⁸ ve biri ise muhasebe veya mali işlerden sorumlu olmak kaydıyla seçilen en az beş (ve tek sayıda) kamu görevlisinden oluşur. İhale yetkilisi tarafından aynı sayı ve nitelikte yedek üye belirlenir. İhaleyi yapan idarede belirtilen nitelikte görevli bulunmaması halinde, Kanun kapsamındaki başka bir idareden görevlendirme yapılabilir. İhale yetkilisi ihale komisyonuna üye olamaz. İhale komisyonunun başkan ve üyeleri ise muayene ve kabul komisyonları ile kontrol teşkilatında görevlendirilebilir. İta amiri bu komisyona katılamaz.

DİK m. 13'e göre ita amirleri (harcama yetkilisi veya idarenin en üst yöneticisi) tarafından, ilgili idarenin memurlarından biri başkan olmak üzere iki³⁶⁹ görevli ile bir maliye görevlisinin katılımıyla kurulan üç kişilik (veya tek sayıda olmak şartıyla daha fazla sayıda kişiden oluşan) ihale komisyonunu görevlendirir. İl özel idarelerde il daimi encümeni, belediyelerde ise belediye encümeni, büyükşehirlerde büyükşehir belediye encümeni ihale komisyonu görevini yerine getirir. İhale komisyonu veya bu işi gören kurulların KİSK ve DİK başta olmak üzere hukuka aykırı fiiller işlemeleri halinde, kurul üyeleri ile başkanının (fiilin özelliğine göre) idari, mali ve cezai sorumlulukları gündeme gelebilecektir.

C. Muayene ve Kabul Komisyonlarında Görev Alanlar

KİK'ye tabi ihalelerde, KİSK'nin "Denetim muayene ve kabul işlemleri" başlıklı 11. maddesine göre, teslim edilen mal, hizmet, yapım veya yapılan işin muayene ve kabul işlemleri, idarelerce kurulacak en az üç kişilik muayene ve kabul komisyonları tarafından yapılır.

Muayene ve kabul komisyonları ile (yapım işlerinde) geçici ve kesin kabul komisyonlarının kuruluşu, ihaleye konu işin türüne göre ilgili yönetmeliklerde³⁷⁰ düzenlenmiştir.

DİK'ye tabi ihalelerde, DİK'nin "Muayene ve kabul işlemleri" başlıklı 91. maddesine göre, muayene ve kabul işlemleri, idarelerce kurulacak en az üç kişilik

³⁶⁸ Danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde, muhasebe ve mali işlerden sorumlu görevli dışındaki tüm üyelerin ihale konusu işin uzmanı olması zorunludur (DHAİUY m. 19/2).

³⁶⁹ Yapım işlerinde her iki görevlinin de işin uzmanı olması gerekir (DİK m. 13).

³⁷⁰ Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik (m. 6), Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği (m. 5), Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği (m. 3), Danışmanlık Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği (m. 5).

muayene ve kabul heyetleri tarafından yapılır.³⁷¹

Bu komisyonlar (ve heyetler), sözleşmeye konu edimin gereği gibi ifa edilip edilmediğini anılan yönetmeliklerde yer alan usul ve esaslara göre denetleyerek, gereği gibi ifa edilmiş ise (geçici ve kesin) kabul tutanaklarını düzenlemekle görevlidirler. Muayene ve kabul işlemlerinin gereği gibi yapılmaması, işlemler sırasında anılan yönetmeliklerde yer alan usul ve esaslara aykırı fiil ve davranışlarda bulunulması ve özellikle muayene ve kabule konu mal, hizmet ve yapının, KİSK, sözleşme ve şartnameye aykırı olmasına rağmen kabulünün yapılması (veya uygun olmasına rağmen kabulünün yapılmaması) halinde komisyon görevlilerinin (duruma göre) idari, mali ve cezai sorumlulukları doğacaktır.

D. Diğer Görevliler

İhale ve sözleşme sürecinde kamu görevlisi olarak yer alan birincil düzeydeki görevliler yukarıda belirtilmiştir. Şüphesiz ki, ihale ve sözleşme sürecine katılımı olan kamu görevlileri sadece belirtilenlerden ibaret değildir. Belirtilenlerin yanı sıra; yaklaşık maliyet tespitinde görev alanlar, ihale dokümanının hazırlanmasında görev alanlar, (yapım işlerinde) yapı denetim görevlileri, (hizmet alımı işlerinde) kontrol teşkilatı görevlileri, (yapım ve hizmet alımı işlerinde) hakedişleri düzenleyen yapı denetim görevlileri, kontrol teşkilatı ve hakedişi onaylayan ihale yetkilisi, (taahhüt evrakı ve sözleşme tasarılarının 5018 sayılı KMYKK'ye göre kontrolünün yapıldığı hallerde) ön mali kontrolü yapanlar, (yine 5018 sayılı KMYKK'ye göre) ödeme emri belgesini hazırlayan gerçekleştirme görevlileri ve ödeme ve muhasebeleştirme aşamasında görevli olan muhasebe yetkilileri, ihale ve sözleşme süreciyle ilgili olarak (iç ve dış) denetim ve teftiş yapan (müfettiş, denetçi, kontrolör vb.) denetim elemanları da bu süreçlere görevleri sebebiyle katılmaktadırlar.³⁷²

III. DİSİPLİN CEZALARI

A. Genel Olarak Disiplin Suçu ve Disiplin Cezası

İdareye, bünyesinde istihdam ettiği görevlilerinin belirli fiillerine karşılık disiplin cezası uygulama yetkisi ve görevi verilmiştir. İdarenin bu bağlamda yaptığı hukuksal ve idari uygulamalar ile bunlara ilişkin kural ve ilkeler bir bütün olarak

³⁷¹ DİK'ye tabi ihalelerde bu komisyonların oluşum ve çalışma usul ve esaslarını düzenleyen Muayene ve Kabul İşlemlerine Ait Yönetmelik, 2006/10933 s. Kararname ile (RG. 5.10.2006 - 26310) yürürlükten kaldırılmıştır.

³⁷² Nurdoğan Ünal, **İhale Suçları - İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma**, Ankara, Seçkin, 2017, s. 78.

disiplin rejimini oluşturur. Disiplin rejiminin amacı, kamu görevlisinin görevleri sebebiyle, görevleri sırasında ve hatta görevi dışında olmakla birlikte görevlisi olduğu idareyi veya görevini etkileyebilecek fiil ve davranışlarının görevin ve hizmetin gereklerine, diğer bir ifadeyle hukuksal kurallara, statülere ve kamu yararına uygun olmasını sağlamaktır. Nitekim DMK m. 124/2’de disiplin cezası verilmesinin amacı “**Kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak**” şeklinde ifade edilmiştir. Birincil amacı ve işlevinin önleyicilik ve caydırıcılık olduğunu düşündüğümüz disiplin rejiminin, amaç ve işlev olarak esasen önleyici değil cezalandırıcı (bastırıcı, *repressive*) olduğu da savunulmaktadır.³⁷³ Disiplin suçlarının yaptırımını olan disiplin cezaları, kamu görevlisi üzerinde gösterdiği caydırıcılık ve tembih (uyarı, uyarma, hatırlatma) işlevi sayesinde kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi ve bireyler nezdinde kamu görevlisinin ve dolayısıyla idarenin güvenilirliğinin ve saygınlığının korunması amaçlarına yönelik katkılar sağlamaktadır.

Ceza hukukunun ilgi alanında yer alan suçlar, toplum düzenine aykırı fiiller özelliğini göstermekte iken disiplin suçları esasen bir kurum veya kuruluşun düzenine aykırı davranışlar özelliğini gösterirler; bununla birlikte bir kısım disiplin suçlarının hem toplum düzenine ve hem de kurum veya kuruluşun düzenine aykırı etki ve sonuçlar doğurması (diğer bir ifadeyle, hem suç ve hem de disiplin suçu oluşturması) mümkündür; bu durumda memur hakkında hem ceza ve hem de disiplin kovuşturması yapılacağı açıktır.³⁷⁴ Disiplin yaptırımını (disiplin cezası) ile cezai yaptırım kavramları, nitelikleri ve içerdikleri haksızlığın ağırlığı yönünden kolayca ayrılabilirler ise de, amaçları yönünden belirli bir alanda birleştikleri (kesiştikleri) söylenebilir. Çünkü her ikisi de, ıslah ve ibret esasının hâkim olduğu yaptırımlarla müşterek düzeni tesis etmeyi amaçlamaktadırlar.³⁷⁵

Disiplin cezası ile **iç düzen tedbirleri**, kimi durumlarda benzer amaç ve etkilere sahip olmakla birlikte farklı kavramlardır. İç düzen tedbirleri, amirin hiyerarşik yetkisine dayanarak gerçekleştirdiği işlemlerdir. İç düzen tedbirleri, disiplin cezalarının verilmesine ilişkin usule tabi değildirler. Disiplin cezası verilmesi işlemi yargısal denetim kapsamında yer almasına karşın, kişisel hakları ihlal etmeyen, hukuka aykırı bir yükümlülük doğurmeyen basit nitelikteki iç düzen

³⁷³ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 747.

³⁷⁴ Nuri Tortop, “Disiplin, Disiplin Cezaları ve Disiplin Suçları”, **AİD (TODAYE)**, S. 16/3, 1983, s. 91.

³⁷⁵ Yılmaz Günel, “Disiplin Cezaları”, **AÜSBFD**, C. 13, S. 2, 1958, s. 194

tedbirlerine karşı dava açılmaz. Ancak hak ihlali teşkil eden veya hukuka aykırı yükümlülükler doğuran iç düzen tedbirleri (özellikle, cezalandırma amacıyla gerçekleştirilenler) idari davaya konu edilebilirler.³⁷⁶

Disiplin suçuna ilişkin farklı biçimlerde ve fakat genel olarak aynı öze sahip birçok tanım yapılabilir. Örneğin, disiplin suçu, **memurun göreviyle ilgili kusurlu bir fiildir;**³⁷⁷ **memurların devlet memurluğu statüsünü düzenleyen kurallara uymamaları nedeniyle kurum düzenini bozan fiilleridir.**³⁷⁸ Disiplin cezalarına karşılık uygulanan cezalar ise (idari yaptırım niteliğine sahip olan) disiplin cezalarıdır. Disiplin cezasını çeşitli şekillerde tanımlamak mümkündür. Disiplin cezası, **memurun mesleki hayat ve vazifesinde görülen yolsuzluklar nedeniyle kendisine tatbik edilen bir kısım zecri müeyyidelerdir.**³⁷⁹ Başka bir tanıma göre, **disiplin suçu teşkil eden fiiller nedeniyle uygulanan idari yaptırımlardır.**³⁸⁰ Pozitif hukukumuzda disiplin suçunun ve disiplin cezasının bir tanımı (doğrudan doğruya) yapılmamış olmakla birlikte, DMK'nin 124. maddesinde yer alan;

“Kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve yönetmeliklerin Devlet memuru olarak emrettiği ödevleri yurt içinde veya dışında yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre 125 inci maddede sıralanan disiplin cezalarından birisi verilir.”

Hükmü, (dolaylı olarak da olsa) disiplin suçunu ve disiplin cezasını tanımlamış; mevzuatın emrettiği ödevlerin yerine getirilmemesi, uyulması zorunlu kıldığı hususların yapılmamasını disiplin suçu, disiplin suçuna karşılık uygulanan cezayı ise disiplin cezası olarak ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi bir kararında³⁸¹ disiplin cezalarını, **“Disiplin cezaları, kamu görevlilerinin görev, yetki ve sorumlulukları kapsamında kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve kamu yararının devamlılığının sağlanması amacıyla yasal olarak düzenlenmiş yaptırımlardır...”** şeklinde tanımlamış ve tanımın devamında, **“Kamu hizmetlerini yürüten kamu görevlilerinin görev anlayışları, yetki ve sorumlulukları kamu hizmeti ve hizmet gerekleri ile sınırlandırılmış, bu sınırlar dışına çıkanların ise disiplin cezaları ile cezalandırılmaları öngörülmüştür...”** değerlendirmesini yapmıştır.

³⁷⁶ İç düzen tedbirlerinin memura yönelik disiplin cezası etkisi yaratmak amacıyla gerçekleştirilmesi halinde (bu amacı taşıyan bir işlem “kılık değiştirmiş disiplin cezası” olarak da isimlendirilmektedir) işlem amaç yönünden sakat olur ve yetki saptırması (işlemin cezalandırma amacıyla gerçekleştirilmesi) nedeniyle iptal edilebilir. Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 682.

³⁷⁷ Gözler - Kaplan, **age.**, s. 658.

³⁷⁸ Akyılmaz - Sezginer - Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 765.

³⁷⁹ Onar, **age.**, C. II, s. 1188.

³⁸⁰ Akyılmaz - Sezginer - Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 765.

³⁸¹ AyM, E. 2010/28 K. 2011/139, KT. 20.10.2011, RG. 7.2.2012, sy. 28197.

Anayasa’da, disiplin hukuku açısından üç temel ilke öngörülmüştür. Bunlar; kanunilik, savunma hakkı ve yargı yoluna gidebilme güvencesidir. Bu ilkelere, ölçülülük³⁸² ve başvuru yollarının gösterilmesi gibi başka anayasal ilkeler de eklenebilir.³⁸³ Daha geniş bir açıdan bakılırsa, disiplin cezalarında geçerli olan ilkelere esaslı olanları; kanunilik,³⁸⁴ ne bis in idem,³⁸⁵ geçmişe etkili olmama, ölçülülük, bir derece hafif olan cezayı verebilme, gerekçe, hürriyeti bağlayıcı disiplin cezası verilememe ve kılık değiştirmiş disiplin cezası³⁸⁶ verilememe olarak³⁸⁷ sıralayabiliriz.³⁸⁸

Disiplin rejimini oluşturan kurallarda kanunilik ilkesinin Anayasal kaynağı Anayasa’nın 128/2 maddesinde yer alan **“Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.”** hükmüdür. Disiplin suçları yönünden konu tartışmalı olmakla birlikte disiplin cezası (ceza tipleri) yönünden bu ilkenin geçerliliği konusunda bir fikir birliği olduğu görülmektedir. Öğretide bu kanunilik ilkesinin disiplin suçlarında geçerli olmadığı

³⁸² Disiplin cezalarında ölçülülük ilkesi (tüm idari yaptırımlarda olduğu gibi) cezanın hukuka uygun olması bakımından kritik önemi haizdir. Ölçülülük ilkesi, disiplin suçu oluşturan fiilin haksızlık niteliği ve ağırlığı ile verilen disiplin cezası arasında adil bir dengeyi bulması gerekliliğini ifade eden bir ilke ve kavramdır. (Bu ilkeyle ilgili olarak yargısal içtihatlarla da yollama yapılmak suretiyle çalışmamızın geride kalan bölümlerinde ve dipnotlarda ayrıntılı açıklamalar yapılmıştır.)

³⁸³ Bahtiyar Akyılmaz, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, **GÜHFD**, C. 6, S. 1-2, 2002, s. 245.

³⁸⁴ Kanunsuz ceza olmaz (nulla poena sine lege) ilkesi kastedilmiştir. Kanunsuz suç olmaz (nullum crimen sine lege) ilkesi yönünden konu tartışmalıdır.

³⁸⁵ Bir fiile birden fazla disiplin suçunu oluşturması halinde ne **bis in idem** ilkesi gereği birden fazla ceza verilemez; bununla birlikte, ceza mahkemelerince hükmedilen (ceza hukukunun alanında yer alan) cezalarla disiplin cezalarının aynı fiile uygulandığı hallerde bu ilkenin ihlal edildiği söylenemez. Yücel Oğurlu, “Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu, Ne Bis İn İdem Kuralı”, **AÜHFD**, C. 52, S. 2, 2003, s. 104.

³⁸⁶ Kılık değiştirmiş disiplin cezası, iç düzen tedbiri alma yetkisinin disiplin cezası amacıyla (yetki saptırması yoluyla) kullanılmasıdır. Bu tür işlemler; kanunda öngörülmediği, amaç unsuru yönünden sakat olduğu ve yetki saptırması özelliğini gösterdiği için idari yargıda iptal edilebilirler. Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. s. 754.

³⁸⁷ Gözler - Kaplan, **age.**, s. 660.

³⁸⁸ Disiplin suç ve cezaları ile soruşturmasına ilişkin ilkelerin, çok daha kapsayıcı biçimde incelendiği bir çalışma için, bkz.: Cemil Kaya, “Memur Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler”, **AİD (TODAİE)**, C. 38, S. 2, 2005, s. 61. Makalede bu ilkeler; kanunilik ilkesi, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi, geçmişe yürümezlik ilkesi, kesinleşen cezanın geri alınmaması ilkesi, memurun lehine olan hükmün uygulanması ilkesi, ölçülülük ilkesi, ne bis in idem ilkesi, şüpheden sanık yararlanır ilkesi, bir derece hafif olan cezayı verebilme ilkesi, cezanın bildiriminde başvuru yollarının gösterilmesi ilkesi, ceza verme yetkisinin devredilememesi ilkesi, aleyhte düzeltme yapılamaması (reformatio in pejus (peius)) ilkesi, yargı yolu güvencesi ilkesi, eşitlik ilkesi, suç ve cezada şahsılık ilkesi, disiplin soruşturmasının bağımsızlığı ilkesi, doğrudan disiplin cezası verilememesi yasağı, savunma hakkı tanınması ilkesi, doğrudan doğrudanlık (yüzyüzelik (vicahilik)) ilkesi, tarafsızlık ilkesi, çelişme ilkesi, gizlilik ilkesi ve denklik ilkesi şeklinde ayrı başlıklar altında sistematize edilerek incelenmiştir.

görüşünde olan yazarlar olduğu gibi³⁸⁹ aksi görüşte olan, yani disiplin cezalarında olduğu gibi disiplin suçlarını oluşturan fiillerin de kanunla düzenlenmesi gerektiğini savunan yazarlar da vardır.³⁹⁰ Mevcut disiplin hukuku sistemimizde (özellikle pozitif hukukumuzda) bu ilkenin disiplin cezalarını (ceza tiplerini) kapsadığını, suç düzenlemelerini ise kısmen kapsadığını söylemek gerekir; çünkü disiplin hukukumuzda kanunda sınırları çizilen çerçeve içerisinde kalınması (Anayasaya ve kanunla düzenlenen temel kurallar ile idare hukukunun temel ilkelerine uygun olması) şartıyla idarenin düzenleyici işlemleriyle de disiplin suçu teşkil eden fiillere ilişkin düzenlemeler yapılabilmekte ve DMK m. 125'te yer alan **“Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir.”** hükmünde de açıkça ifade edildiği gibi, cezayı sonuçlayan fiilin nitelendirilmesinde kıyasa başvurulabilmektedir.³⁹¹ Bununla birlikte, Kanunda belirtilen disiplin ceza tiplerinden başka bir disiplin cezasının verilmesi veya bunu mümkün kılan bir düzenleyici idari işlem yapılması mümkün değildir; buna aykırı bir uygulamanın, disiplin cezalarında kanunilik ilkesinin yanı sıra idarenin kanuniliği ilkesine de aykırılık teşkil ettiği (bizce) açık olduğu gibi, idareye cezalarda kanunilik ilkesine aykırı biçimde yetki veren bir kanunun, Anayasa'nın yasama yetkisinin devredilemeyeceğini öngören 7. maddesine de aykırılık oluşturacağı düşünülebilir.³⁹² Bu nedenle, örneğin (DMK'ye tabi memurlara) DMK'de düzenlenen uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma cezasından başka isim altında bir disiplin cezası verilemeyeceği gibi, bu tür bir uygulamaya imkân tanıyan bir düzenleyici işlemin tesis edilmesi de mümkün değildir.

³⁸⁹ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 755.

³⁹⁰ Kaya, “Memur Suç ve Cezalarına...”, s. 65.

³⁹¹ Anayasa Mahkemesi de, idari yaptırımlarda, kanunda temel esasların belirlenmesi şartıyla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesi yürütmenin düzenleyici işlemleriyle yapılabileceğini, bu durumun kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmediğini kabul etmektedir. AyM, E. 1997/37 K. 1997/69, KT. 27.11.1997, RG. 10.12.2011, sy. 28138.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi 2015 yılında verdiği bir kararında (bu güne kadar olan uygulamayı hukuka uygun bulmayarak) hem disiplin suçlarında ve hem de disiplin cezalarında kanunilik ilkesinin ceza hukukunda (suç ve cezalarda) olduğu gibi katı biçimde uygulanması gerektiğini içtihat etmiştir. AyM, E. 2014/100 K. 2015/6, KT. 14.1.2015, RG. 7.4.2015, sy. 29319. Bu kararın, disiplin hukukunda genel olarak kabul gören ve uygulanan, kanunsuz disiplin suçu olur ilkesine aykırı olması nedeniyle eleştiriye açık olduğu savunulmaktadır. Gözler - Kaplan, **age.**, s. 661.

³⁹² Akyılmaz, **agm.**, s. 247.

Disiplin cezaları bakımından geçerli olan kanunilik ilkesinin, kamu hizmetlerinin, kurum ve kuruluşların ve kamu görevlilerinin (meslek gruplarının) farklı özelliklerinin temel ilkeler itibarıyla aynı ve fakat disiplin suçu olarak kabul edilebilecek fiil ve davranışlar yönünden birbirinden farklı olabilecek suç düzenlemelerini gerektirdiği, bu nedenle disiplin suçları (disiplin cezasını gerektiren fiiller) yönünden bu ilkenin ceza hukukundaki (Anayasa m. 38, TCK m. 2) gibi katı biçimde uygulanamayacağı haklı olarak savunulmakla birlikte, Anayasada yer alan hukuk devleti kuralının kapsamında yer alan hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi için, suç ve cezalara ilişkin esasları içeren Anayasa'nın 38/1 maddesinde yer alan kanunilik ilkesine ilişkin hükmün aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve memuriyetten çıkarma gibi (uyarma ve kınama cezasına kıyasla) ciddi sonuçları olan disiplin suçları bakımından kanunilik ilkesinin mutlak surette geçerli olması, uyarma ve kınama cezası gerektiren suçlarda ise kıyasa imkân tanınması gerektiği görüşündeyiz.

Disiplin suç ve cezalarında savunma hakkının temel kaynağı, Anayasa'nın **“Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez.”** şeklinde olan 129/2 maddesidir. Anayasal temele sahip olan bu hak, DMK'nin “Savunma hakkı” başlıklı 130. maddesinde de **“Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez...”** hükmüyle yer almıştır. Bu hakkın varlığının zorunlu bir sonucu olarak, savunma alınmadan verilen disiplin cezalarının idari yargı mercilerince iptal edilmesi kaçınılmazdır.

Disiplin cezalarında yargı yoluna gidebilme güvencesinin Anayasal temeli, Anayasa m. 125/1'de yer alan ve idarenin her türlü eylem ve işlemlerini kapsayan **“İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.”** şeklindeki, idarenin her türlü eylem ve işlemlerini kapsayan hükmünün yanı sıra, bu güvenceyi doğrudan doğruya teminat altına alan 129/3 maddesinde yer alan **“Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz.”** hükmü ile tesis edilmiştir. Bu güvence DMK'nin **“İtiraz:”** başlıklı 135. maddesinin son fıkrasında **“Disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir.”** hükmüyle yer almıştır. Disiplin yaptırımına karşı yargı yolunun yanı sıra idari başvuru yolu da öngörülmüştür. Disiplin cezalarına karşı başvuru yollarına ilişkin aşağıda müstakil bir başlık altında açıklama ve değerlendirmeler yapılacaktır.

Memurların disiplin cezalarına ilişkin temel usul ve esaslar ile disiplin suçunu oluşturan fiiller DMK'nin 124 ilâ 135. maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, ihale sürecinde görev alan kişiler genellikle DMK'ye tabi devlet memuru olmaları nedeniyle haklarında DMK'nin disiplin hükümlerinin uygulanacak olmasına karşın, KİK'nin kapsamındaki ihaleci kurum ve kuruluşların bazılarının personeli kısmen veya tamamen DMK'ye değil kendilerine özgü personel ve dolayısıyla yine kendilerine özgü disiplin mevzuatına tabidirler.³⁹³ Bu nedenle, ihale sürecinde görev alan idare görevlilerinin fiillerinin disiplin hukuku yönünden değerlendirilmesinde (KİK, DİK ve KİSK'nin aşağıda incelenecek olan hükümleri ile birlikte) bu kişilerin tabi oldukları özel nitelikteki personel mevzuatında yer alan disiplin hükümlerinin esas alınması gerekmektedir. Nitekim DMK m. 125'te yer alan, **“Özel kanunların disiplin suçları ve cezalarına ilişkin hükümleri saklıdır.”** hükmü de buna işaret etmektedir.

B. İhale ve Sözleşme Süreçlerinde Disiplin Suç ve Cezaları

KİK, KİSK ve DİK'de (ve iş, kurum ve kuruluşlar özelinde farklı bir ihale usulü öngören diğer mevzuatta) ihale ve sözleşme sürecinde görev alan kamu görevlilerine yönelik emir ve yasaklar içeren hükümler vardır. Bunlardan bazıları disiplin hukukuna ve uygulamalarına atıf yapmakta, yani bu emir ve yasaklara aykırı fiillerin işlenmesi halinde disiplin yaptırımlarının uygulanması emretmektedir. Bu emir ve yasaklara aykırı fiillerin disiplin yaptırımını gerektirdiği açıktır. KİK, KİSK ve DİK'de belirtilen ve ilgili kamu görevlisinin uyması gereken bazı kurallar (örneğin, yukarıda “Kamu İhalelerinde Uyulması Zorunlu Temel İlkeler” başlığı altında incelenen ve idare görevlileri yönünden bağlayıcı olan ilke ve kurallar) için madde metinlerinde doğrudan doğruya disiplin hukukuna ve uygulamalarına atıf yapılmamıştır; buna karşın, bu emir ve yasaklara aykırı fiiller de disiplin yaptırımını gerektirmektedir. Yine, KİK, KİSK ve DİK'de, disiplin sorumluluğunu gerektirecek bazı somut fiil tiplerinin belirtilmesinin yanı sıra, **“...görevlerini kanuni gereklere uygun ve tarafsızlıkla yapmadıklarının...”** ifadesi kullanılarak, kamu görevlisinin ihale ve sözleşme süreçleri içerisindeki göreviyle ilgili olup kanun ve (yönetmelik, genelge vb. adlarla çıkarılmış) düzenleyici işlem niteliğindeki her türlü mevzuatta yer alan emir ve yasaklara aykırı fiillerin de cezalandırılması amaçlanmıştır.

³⁹³ DMK m. 1'in son fıkrasında sayılan kurum ve kuruluşlarda görevli memurlar DMK'ye tabi değildir. Dolayısıyla DMK'de yer alan disiplin hükümleri bunlar hakkında uygulanmaz. Kapsam dışındaki bu kamu görevlileri hakkında disiplin hükümleri özel kanunlarında yer almaktadır.

Örneğin, kamu görevlisinin disiplin yönünden tabi olduğu (DMK m. 125 başta olmak üzere) kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmeliklerde yer alan disiplin cezasını gerektiren fiillerin veya nitelik ve ağırlık itibarıyla bu fiillere benzer fiillerin ihale ve sözleşme sürecinde işlenmesi halinde (ihale kanunlarında bu fiiller yasaklı fiiller olarak açıkça düzenlenmemiş olsa bile) haksızlık teşkil eden³⁹⁴ bu fiillerden dolayı kamu görevlisine disiplin cezası verilmesi gerekebilecektir.

C. İhale Kanunlarında Disiplin Cezasını Gerektirdiği Belirtilen Fiiller

1. KİK'ye Göre

KİK'nin "Görevlilerin ceza sorumluluğu" başlıklı 60. maddesinde, ihalenin tüm aşamalarında görev alan kamu görevlilerinden, Kanun'un 5. maddesinde yer alan ilkelere ve 62. maddesinde yer alan kurallara aykırı olarak ihaleye çıkılmasına izin verdiği, Kanun'un 17. maddesinde belirtilen fiil ve davranışlarda bulunduğu, görevlerini kanuni gereklere uygun ve tarafsızlıkla ve yapmadığı, tarafların (yüklenici veya idare) zararına neden olacak hareketlerde bulunduğu tespit edilenler hakkında (tabi oldukları mevzuata göre) disiplin işlemi yapılması, ayrıca, işlenen fiil suç teşkil ediyor ise, soruşturma ve kovuşturma yapılmasını teminen suç duyurusunda bulunulması gerektiği düzenlenmiş, ayrıca, Kanun kapsamındaki işlerle ilgili olarak işledikleri fiillerden dolayı haklarında yargı organlarınca cezaya hükmedilenlerin, Kanun kapsamına giren bütün kamu kurum ve kuruluşlarında Kanun'un ve ilgili diğer mevzuatın uygulanması ile görevli ve yetkili kadrolara atanamayacaklarını ve bu kapsamda görev de alamayacakları belirtilmiştir.

KİK m. 25'e göre sözleşmenin yapılmamasında kamu görevlisinin kasıt ve ihmali varsa, yüklenicinin geçici teminatını tesis etmek için yaptığı giderleri idareden istenmesi mümkündür. İdarece ödenecek bu gider kamu zararını oluşturduğundan, sebep olan kamu görevlisinin tazmin yükümlülüğü doğacak, ayrıca, sözleşmenin yapılmamasıyla sonuçlanan olaydaki kasıt veya ihmali nedeniyle hakkında disiplin işlemi de yapılabilecektir.

KİK m. 61'e göre, ihale sürecinde gizli kalması gereken belge ve bilgilerin açıklanması yasaklanmıştır. Dolayısıyla, ihale sürecinde görev alan kamu

³⁹⁴ Memur yönünden disiplin suçu teşkil eden her fiil, ihalelere hâkim olması gereken ilkelere (en az birine) aykırılık göstermekte veya kişilerin mağduriyetine sebep olmaktadır.

görevlisinin bu bilgilere ilgisiz kişilerin muttali olmasını kasten veya ihmali fiil sonu sağlaması halinde hakkında disiplin işlemi yapılabilecektir.

KİK m. 62'de, ihalelerde idarelerce uyulması gereken çeşitli kurallar düzenlenmiştir. Bu kurallara aykırı hareket eden kamu görevlilerinin de disiplin sorumluluğunun doğabileceği açıktır.

Disiplin yaptırımını gerektiren bu fiiller aşağıda maddeler halinde incelenecektir.

a. KİK'nin 17. maddesinde belirtilen (yasaklanan) fiil ve davranışlarda bulunulması

KİK'nin 60. maddesi, ihale sürecinde görev alan kamu görevlilerinin, Kanun'un 17. maddesinde düzenlenen yasak fiil ve davranışlarda³⁹⁵ bulduklarının tespiti halinde haklarında disiplin işlemi yapılması hükmünü amirdir.

KİK m. 17'de yer alan yasaklar sadece ihale isteklilerini değil, ihale sürecinde görev alan kamu görevlilerini de kapsamaktadır. Bu fiiller ihale isteklileri tarafından işlenebileceği gibi, kamu görevlisinin de bu fiilleri işlemesi, işlenen fiile (fail olarak) iştirak etmesi, faili azmettirmesi, faile yardımda bulunması, işlenen fiile göz yumması da olasıdır. Maddede belirtilen fiillerden bazıları, ihale sürecine ilişkin sonuçlarının yanı sıra ceza hukuku yönünden de özellik göstermekte, örneğin, (m. 17/1-a bendinde yer alan fiillerde olduğu gibi) ihaleye fesat karıştırma, rüşvet, irtikap, görevi kötüye kullanma suçlarını da oluşturabilmektedirler. İhale sürecinde görev alan kamu görevlisinin bu fiilleri işlemesi, işlenen fiile iştirak etmesi, faili azmettirmesi, faile yardımda bulunması, işlenen fiile göz yumması vb. hallerde, (kamu görevlisi olmayan failin ceza hukuku sorumluluğunun yanı sıra) kamu görevlisi yönünden ceza hukuku sorumluluğu ile birlikte disiplin sorumluluğunun da doğacağı muhakkaktır.³⁹⁶ Aynı şekilde, m. 17/1-c'de yer alan fiilin kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde, belgede sahtecilik suçunun oluşması nedeniyle hem ceza hukuku ve hem de disiplin sorumluluğu doğacaktır.

³⁹⁵ KİK m. 17'de yer alan yasak fiil ve davranışlarla ilgili ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler, tezimizin ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımıyla ilgili yerinde yapılmıştır. Burada tekrarına gerek görmüyoruz.

³⁹⁶ Burada, genel bir kural olarak, kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlediği fiilin suç oluşturması halinde disiplin sorumluluğunun da mutlaka doğacağını söylemek yanlış olmaz.

b. Görevin kanuni gereklere uygun ve tarafsızlıkla yapılmaması

KİK'nin "Görevlilerin ceza sorumluluğu" başlıklı 60. maddesinde yer alan, **görevin kanuni gereklere uygun olarak yapılmaması** ifadesi, genel ve çok geniş kapsamlı bir ifadedir ve ihale sürecinde yer alan kamu görevlisinin ihaleyle ilgili görevi ve yetkisi kapsamında gerçekleştirdiği **tüm fiil ve işlemlerin** KİK başta olmak üzere her türlü mevzuatta yer alan kurallara uygun olması gerektiğine işaret etmektedir. Bu hüküm, kamu görevlisinin, ihaleye konu ihtiyacın ortaya çıkmasından itibaren ihale sürecinin sonuna yani sözleşmenin imzalanması aşamasına (bu aşama dâhil olmak üzere) gerçekleştirdiği, ihale ile ilgili tüm fiil ve davranışlarını kapsamaktadır. Bu nedenle, örneğin KİK m. 17'de belirtilen fiillerin işlenmesi de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Aslında bu hükmün mevcudiyeti, Kanunda yer alan diğer sorumluluk hükümlerini gereksiz kılmakta yahut sahip oldukları özel önem nedeniyle bu hükmün yanı sıra Kanun'da ayrıca belirtilen özel hükümler olarak kabul edilmelerine sebep olmaktadır.

Memurların ödev ve sorumluluklarından biri tarafsızlıktır.³⁹⁷ Bu ödev ve sorumluluk, ihale isteklileri arasında herhangi bir gerekçeyle ayırım yapılmamasını, tarafsızlığın korunmasını zorunlu kılar. Kamu görevlisinin taraflı olması halinde, temel ihale ilkelerinin hayata geçirilememesi ve bunun sonucunda idare ve toplum aleyhine sonuçlar doğabilir. Tarafsızlık kuralına aykırı fiillerin, fiilin oluşturduğu haksızlığın ağırlığı ve ihale sürecindeki etkisi de dikkate alınmak suretiyle disiplin cezası uygulanması sonucunu doğurabilecektir. Taraflı davranmak suretiyle kişilere haksız yarar sağlanması veya kişilerin yahut kamunun zararına sebep olunması halinde ise, disiplin sorumluluğunun yanı sıra mali ve cezai sorumluluk da gündeme gelebilir.

c. Sözleşmenin idarece süresi içerisinde yapılmaması nedeniyle yüklenicinin taahhüdünden vazgeçmesi

KİK'nin "Sözleşme yapılmasında idarenin görev ve sorumluluğu" başlıklı 45. maddesine göre, Kanun'un "Sözleşmeye davet" başlıklı 42 ve "Kesin teminat" başlıklı 43. maddelerde belirtilen süreler içerisinde sözleşme yapılması hususunda idare üzerine düşen görevi yapmazsa, yüklenicinin taahhüdünden vazgeçme, geçici

³⁹⁷ Tarafsızlık, devlet memurlarının ödev ve sorumluluklarından biri olarak DMK m. 7'de yer almıştır.

teminatını geri alma ve teminat vermek için yaptığı giderleri idareden isteme hakkı doğacaktır. İstenen ödemenin yapılması halinde bir kamu zararı doğmuş olacağından, sözleşmenin imzalanamamasına kasıt veya ihmal ile neden olan kamu görevlisinin mali sorumluluğunun yanı sıra disiplin sorumluluğu da bulunmaktadır.

d. İsteklilerle ilgili olup gizli kalması gereken bilgileri ifşa etmek veya kişisel yarar için kullanmak

KİK'nin "Bilgi ve belgeleri açıklama yasağı" başlıklı 61. maddesine göre, ihale süreciyle ve isteklilerle ilgili olup gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin ve işin yaklaşık maliyetinin ifşa edilmesi (yani, ilgisiz kişilerin bu bilgilere muttali olmasının sağlanması) yahut bu bilgilerin kişisel yarar için kullanılması yasaktır. Bu nedenle, yasağa aykırı hareket eden, kasıtlı olarak veya ihmal suretiyle bu bilgileri ifşa eden kamu görevlilerinin disiplin (ve kimi durumlarda cezai sorumluluğu da) doğacaktır.

Bu hüküm, ihalelere hâkim olması gereken ilkelere olan gizlilik ilkesinin hayata geçirilmesini (kamu görevlileri yönünden) temin etmeye yöneliktir. Gizlilik ilkesi, idarenin ihaleye yönelik bir takım işlemlerini, örneğin KİK'nin 9. maddesine göre hesaplanan yaklaşık maliyete ilişkin bilgi ve belgeleri kapsadığı gibi, isteklilerin değerlendirilmek üzere idareye sundukları, ticari ve teknik nitelikteki gizli kalması gereken verileri içeren bilgi ve belgeleri de kapsar. Bu nitelikteki bir fiilin TCK m. 235/2-b'de düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçunu veya TCK m. 239'da düzenlenen ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması suçunu meydana getirmesi de olasıdır.

e. İhaleye çıkılmadan önceki süreçte riayet edilmesi gereken bir takım kurallara aykırı hareket etmek

KİK'nin "İdarelerce uyulması gereken diğer kurallar" başlıklı 62. maddesinde, ihale işlemleri ve ödenek kullanımına ilişkin bazı kurallara yer verilmiştir. Belirtilen kurallara aykırı hareket edilmesi de ihale yetkilisi başta olmak üzere ilgili kamu görevlisinin disiplin ve mali sorumluluğunu sonuçlayabilecektir.

Maddede belirtilen kurallardan bazıları şunlardır:

- Yapım işlerinde, arsa temin edilmeden, mülkiyet, kamulaştırma ve gerekli hallerde imar işlemleri tamamlanmadan³⁹⁸ ve uygulama projeleri yapılmadan³⁹⁹

³⁹⁸ Arsa temini şartı, mülkiyet ve kamulaştırma işlemlerinin tamamlanması şartı, baraj ve büyük sulama, içme suyu isale hattı, enerji nakil hattı, trafo, trafo merkezleri, şalt tesisleri, kaptajlar, su

ihaleye çıkılamaz (m. 62/1-c).

- Yapım işlerinde, anahtar teslimi götürü bedel teklif alınarak ihale yapılması zorunludur (m. 62/1-c).⁴⁰⁰

- İdarelerin bütçeleri programlanırken ve ihalelerde verilen teklifler değerlendirilirken kullanılacak olan yaklaşık maliyete ilişkin bilgilerin gizli tutulması, isteklilere (bu bilgiye erişim yetkisi olmayan diğer kişilere) duyurulmaması gerekir (m. 62/1-d).

- İdarelerce istihdam edilen kadrolu personelin yeterli olması halinde,⁴⁰¹ yardımcı işlere ilişkin hizmetlerde çalıştırılmak üzere personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalesi yapılamaz (m. 62/1-e-1). Bu hususta m. 62/1'deki düzenlemelere riayet edilmelidir. Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihaleleri yapılabilmesi izne tabidir (Ek m. 8).⁴⁰²

2. KİSK'ye Göre

KİK'ye göre gerçekleştirilen ihalelerin sözleşme (edimin ifası) sürecine uygulanacak olan KİSK'de, sözleşme sürecinde görev alan kamu görevlilerinin disiplin ve mali sorumluluklarına ilişkin genel düzenleme, Kanun'un "Görevlilerin Sorumluluğu" başlıklı 28. maddesinde yer almaktadır. Maddenin KİK m. 60 ve DİK m. 86 ile paralellik gösterdiği ve kamu görevlilerinin neredeyse tüm fiillerine uygulanabilecek genişlikte bir kapsama sahip olduğu görülmektedir.

Maddede yer alan hükümler, muayene ve kabul komisyonlarının başkan ve üyeleri, yapı denetim görevlileri ve sözleşme sürecindeki her aşamada görev alan

depoları, karayolu, liman ve havaalanı, demiryolu, petrol ve doğalgaz boru hattı projelerinde aranmaz.

³⁹⁹ Ancak; ihale konusu işin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin gerekli olan nitelikte belirlenemediği hallerde, doğal afetler nedeniyle uygulama projesi yapılması için yeterli süre bulunmayan yapım işlerinde, her türlü onarım işleri ile işin yapımı sırasında belli aşamalarda arazi ve zemin etütleri gerekmesi veya uygulamada imar ve güzergâh değişikliklerinin muhtemel olması nedenleriyle ihaleden önce uygulama projesi yapılmayan, bina işleri hariç yapım işlerinde kesin proje üzerinden ihaleye çıkılabilir.

⁴⁰⁰ Maddede belirtilen gerekçelerle uygulama projesi olmadan (kesin proje üzerinden) ihaleye çıkılan işlerde, her bir kalem iş için birim fiyat teklif suretiyle ihale yapılabilir.

⁴⁰¹ Madde 62/1-e-2'ye göre, idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı ile 4857 s. İş Kanunu m. 2/7 esas alınmak suretiyle, idareye ait bir işyerinde yürütülen asıl işin bir bölümünde idarenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde hizmet alımı ihalesine çıkılabilir.

⁴⁰² KİK m. 8'e göre; personel çalıştırılmasını konu alan hizmet alımları (danışmanlık hizmet alımları hariç) için ihaleye çıkılmadan önce (maddede belirtilen mercilerden) uygunluk görüşü (izin) alınması gerekmektedir. Sözleşme süresinin altı ayı geçmemesi halinde bu izne gerek yoktur. Bu izin alınmadan ihaleye çıkılması halinde, ilgili kamu görevlisinin disiplin sorumluluğu doğacaktır. Alınması öngörülen izinle ilgili düzenlemeler **Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımlarında Uygun Görüş Alınması, Görevlilerin Sorumlulukları ile Yaptırımlar Hakkında Yönetmelik**'te (RG. 6.2.2015 - 29259) yer almaktadır.

diğer ilgililerin; görevlerini kanuni gereklere uygun ve tarafsızlıkla yapmadıklarının, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulduklarının tespiti halinde, haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası verilmesini, idare tarafından tazmin edilmesi halinde oluşan kamu zararının sorumlu kamu görevlisinden tahsilini, ayrıca, tespit edilen fiil ceza hukuku yönünden de özellik gösteriyorsa ceza kovuşturması yapılması yapılmasını teminen suç duyurusunda bulunulmasını öngörmektedir. Öte yandan, tespit edilen fiiller nedeniyle yapılan yargılama sonucunda haklarında cezaya hükmolunan kamu görevlilerinin KİSK kapsamındaki işlerde görevlendirilmeleri de gerekmektedir.

Bunun maddenin yanı sıra, Kanun'un (KİK m. 61'e benzer hükümler içeren) "Bilgi ve belgeleri açıklama yasağı" başlıklı 29. maddesinde, kamu görevlilerinin yüklenicilerin gizli kalması gereken bilgilerini ifşa edemeyecekleri ve kendi yararlarına kullanamayacakları, aksi halde ilgisine göre 26 veya 28 inci maddede belirtilen yaptırımların uygulanacağı öngörülmüştür. Yine, "Yapı denetim görevlilerinin sorumluluğu" başlıklı 31. maddede, yapım ve onarım işlerini konu alan ihalelerde denetimle görevli idare görevlilerinin denetim eksikliği nedeniyle işin fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmamasından ortaya çıkan zarar ve ziyandan yüklenici ile birlikte (onbeş yıl süreyle) zincirleme olarak sorumlu oldukları, haklarında 28. madde hükümlerinin de uygulanacağı hususu düzenlenmiştir.

Kamu görevlilerinin disiplin ve mali sorumluluklarına ilişkin KİSK'de yer alan maddelerde, KİK m. 60'da olduğu gibi, yasak fiil ve davranışları düzenleyen maddeye yollama yapılmadığı görülmektedir. Bununla birlikte, 28. maddenin kapsamına yasak fiil ve davranışların da girdiği açıktır.

3. DİK'ye Göre

DİK'de, ihale sürecinde görev alan kamu görevlilerinin disiplin ve mali sorumluluklarına ilişkin genel düzenleme, Kanun'un "Görevlilerin Sorumluluğu:" başlıklı 86. maddesinde yer almaktadır. Bunun yanında, "Hileli inşaat ve onarım:" başlıklı 87. maddede, inşaat ve onarım işlerinde işin nezareti kendisine tevdi edilen kamu görevlilerine özgü bir sorumluluk hükmü yer almaktadır.

DİK m. 86'nın KİK m. 60 ile benzer içerikte olduğu görülmektedir. Maddeye göre; görevlerini kanuni gereklere göre, tarafsızlıkla yapmadıkları ve taraflardan birinin zararına yol açacak ihmal ve kusurlu hareketlerde buldukları tespit edilen kamu görevlileri hakkında disiplin cezası uygulanır; suç teşkil eden bir fiil söz

konusu ise idarece suç duyurusunda da bulunulur. DİK m. 87'ye göre ise, taşınmaz yapım ve onarımını konu alan ihalelerde, malzemenin hileli olmasından veya yapım ve onarımın teknik icaplara uygun olarak yapılmaması halinde işin nezareti kendisine tevdi edilen (mühendis, mimar vb.) kamu görevlileri hakkında 86. madde hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmektedir.

D. Disiplin Cezaları

İhale ve sözleşme sürecinde görev alan kamu görevlisinin, disiplin cezasını gerektiren bir fiil işlediğinin tespit edilmesi halinde, disiplin hükümleri yönünden tabi olduğu kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya yönetmelikte belirtilen ve fiiline uyan disiplin cezasıyla cezalandırılması gerekmektedir. İşlenen fiil hem ceza hukuku ve hem de disiplin hukuku yönünden özellik gösterebileceği gibi, (ceza hukuku yönünden suç oluşturmayıp) sadece disiplin hukuku yönünden özellik gösteren bir fiil de olabilir. Örneğin, ihaleye fesat karıştırma veya edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturan bir fiilin işlenmesi halinde idarenin hem (TCK m. 279, CMK m. 158/4 ve KİK m. 58, 59 gereğince) Cumhuriyet başsavcılığına şikâyet ve ihbarda bulunması ve hem de ilgili kamu görevlileri hakkında (disiplin soruşturmasının bağımsızlığı kuralının yer aldığı DMK m. 131 gereğince adli soruşturmanın ve kovuşturmanın sonucu beklenmeden) disiplin soruşturması yaparak memura (DMK m. 125/E-g maddesine göre, memurluk sıfatıyla bağdaşmayacak derecede yüz kızartıcı ve utanç verici fiil ve hareket niteliğinde olan ihaleye fesat karıştırma fiili nedeniyle) **devlet memurluğundan çıkarma** cezası vermesi gerekmektedir. Disiplin suçu oluşturduğu konusunda bir tereddüt bulunmayan (fiilin sübut bulduğu) bu tip durumlarda idarenin (atamaya yetkili amirin veya disiplin amirinin) disiplin soruşturması açıp açmama konusunda bir takdir yetkisi olmadığı gibi disiplin soruşturması sonucunda suçun sübut bulması halinde disiplin cezası vermeme yetkisi (olumlu hizmet ve sicil durumu nedeniyle bir derece alt ceza verilmesi konusundaki yetki hariç olmak üzere) yoktur;⁴⁰³ bu tür durumlarda disiplin

⁴⁰³ DMK'nin "Disiplin amiri ve disiplin cezaları:" başlıklı 124. maddesinin son cümlesindeki "...disiplin cezalarından birisi verilir." ifadesinde "...verilir." denmesi (takdir yetkisine işaret edecek şekilde "...verilebilir." denmemesi) de bu yetkinin bağlı yetki olduğu görüşünü teyit etmektedir. Öte yandan, Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik'in "Disiplin amirlerinin sorumlulukları:" başlıklı 19/2-a maddesinde yer alan "a) Memurların uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve memurluktan çıkarma cezalarından biriyle cezalandırılması gereken disipline aykırı davranışlarını öğrendikleri tarihten itibaren kanunen belli süreler içinde disiplin soruşturmasını başlatarak; gerekli cezayı uygulayarak, disiplin cezası verme yetkisinin zaman aşımına uğramasını önlemek,"

amirinin ve disiplin kurulunun yetkisinin “bağlı yetki” niteliğinde bir yetki olduğu görüşündeyiz. Uyarma ve kınama gibi cezaları gerektiren bazı fiil tiplerinde fiilin disiplin cezasını gerektirip gerektirmeyeceği konusunda ve DMK m. 125’te yer alan bir derece alt ceza uygulanması konusunda ise idarenin takdir yetkisi vardır. Bu yetki atamaya yetkili amir veya disiplin amiri tarafından kullanılır.⁴⁰⁴

Disiplin suç ve cezaları ile bunlara ilişkin usul kuralları sadece DMK’de değil kurum ve kuruluşun ve personelinin özelliklerine göre birbirinden çeşitli farklılıklar gösteren çeşitli nitelikte (kanun, yönetmelik vb.) yazılı kaynakta düzenlenmiştir. Bununla birlikte DMK, memuriyete ilişkin diğer konularda olduğu gibi disiplin hukukunda da temel bir kanun niteliğine sahiptir. Özel nitelikteki disiplin mevzuatında yer alan hükümlerin bu Kanun’daki hükümlerle büyük oranda uyum içerisinde olduğu görülmektedir. Çalışmamızda DMK’de yer alan fiil ve disiplin cezası türleri esas alınarak açıklama ve değerlendirmeler yapılacaktır.

Disiplin cezalarına ilişkin düzenlemeler DMK’nin, “Hizmet Şartları ve Şekilleri” başlıklı 4. Kısımının “Disiplin” başlıklı 7. Bölümünde 124 ilâ 135. maddelerinde yer almaktadır. Devlet memurunun disiplin suç teşkil eden fiilleri (fiil tipleri) ile bunlara karşılık uygulanacak disiplin cezaları Kanun’un 125. maddesinde⁴⁰⁵ sayılmıştır. Bu maddeye göre, devlet memurlarının disiplin suçu teşkil eden fiillerine karşılık verilecek disiplin cezaları; uyarma (m. 125/1-A), kınama (m. 125/1-B), aylıktan kesme (m. 125/1-C), kademe ilerlemesinin durdurulması (m. 125/1-D) ve devlet memurluğundan çıkarma (m. 125/1-E) cezalarıdır.

DMK’de disiplin suç ve cezalarının, suçun manevi unsurunun kasıttan dikkatsizliğe kadar olan aralıkta hangi seviyede yer aldığına ve haksızlık teşkil eden fiilin nicelik, nitelik ve ağırlığına göre belirlendiği söylenebilir. Kanun’da, suçun manevi unsuru olarak en hafif nitelikte olan dikkatsizlikten en ağır nitelikte olan kasta kadar bir derecelendirme yapılmış, dikkatsizlikten kaynaklanan suçlara uyarma gibi hafif bir ceza öngörülürken daha üst derecedeki, manevi unsur olarak kusur ve

düzenlemesi, disiplin amirlerinin soruşturma açmak veya açmamak konusunda bir takdir yetkisi bulunmadığını, disiplin suçu işlenmesi halinde disiplin soruşturmasını başlatmak zorunda olduklarını açıkça göstermektedir.

⁴⁰⁴ DMK m. 125’te yer alan, “**Geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmalarını olumlu olan ve ödül veya başarı belgesi alan memurlar için verilecek cezalarda bir derece hafif olanı uygulanabilir.**” hükmü dikkate alındığında bu husustaki takdir hakkının sınırsız olmadığı sonucuna varılmaktadır.

⁴⁰⁵ DMK’nin “Disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller:” başlıklı 125. maddesine göre, devlet memurlarına verilecek disiplin cezaları, uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarmadır. Maddede, hangi fiillerin hangi disiplin cezasını gerektirdiği düzenlenmiştir.

kasıttan kaynaklanan suçlarda ise (dereceli olarak) kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve nihayet devlet memurluğundan çıkarma cezası öngörülmüştür. Tezimizin kapsamına giren ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları, Kanun'un 125/E-g maddesinde belirtilen, **yüz kızartıcı ve utanç verici fiil ve davranışlar** kapsamında yer almakta ve devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektirmektedir. DMK'nin devlet memurluğundan çıkarma cezasının uygulanmasını öngördüğü 125/E maddesinde, TCK'de yer alan suç tiplerinden (kanun koyucunun uygun gördüklerinin) ismen sayılmamış olması bizce belirlilik ilkesi yönünden doğru olmayan bir yaklaşım olmuştur. Disiplin uygulamasında idareye, hukuka uygun olmak kaydıyla geniş bir hareket alanı (esneklik) sağlayan 125/E-g maddesinin mutlak surette muhafaza edilmesi kaydıyla, bu maddede, **memur olabilmenin genel ve özel şartlarının düzenlendiği DMK m. 48'de yapıldığı gibi**, TCK'de (veya suç ve ceza hükümleri içeren diğer kanunlarda) düzenlenen ve kanun koyucunun devlet memurluğu ile bağdaşmayacağını öngördüğü suçların (bu bağlamda, ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçlarının da) ismen sayılmasının yararlı olacağı görüşüdeyiz.

DMK m. 125'te, gerektirdiği disiplin cezasına da işaret edilerek belirtilen fiil tiplerinden (veya maddede yer alan, **“Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir.”** hükmü nedeniyle, bu fiil tiplerine nitelik ve ağırlık itibarıyla benzer fiillerin) ihale ve sözleşme süreçlerinde görevli devlet memurları tarafından işlenmesi halinde de disiplin cezası verilmesi gerekmektedir.

DMK m. 125'te sıralanan fiil tiplerinin bazıları, ihale ve sözleşme sürecinde karşılaşılması veya bu süreçlerle irtibatlandırılması olası fiillerden değildirler.⁴⁰⁶ İhale ve sözleşme sürecinde idarenin görevlilerinin ihale ve sözleşme sürecine ilişkin ilke ve kurallara aykırı fiil ve davranışlarda bulunması halinde, fiil ve davranışın niteliği ve ağırlığı ile diğer verilere göre fiilin uygun DMK m. 125'te sıralanan fiil tiplerinden hangisine uygun düştüğünün tespit edilmesi ve ilgili disiplin cezasının verilmesi gerekmektedir.⁴⁰⁷

⁴⁰⁶ Örneğin, “belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak” (m. 125/1-D-j) ve “belirlenen kılık ve kıyafet hükümlerine aykırı davranmak” (m. 125/1-A-g) fiillerinin ihale ve sözleşme süreciyle bir ilgisi olamayacağı açıktır.

⁴⁰⁷ Açık ihale usulü yerine pazarlık usulünün kullanılmasının ihale ilkelerine aykırılık teşkil ettiği ve disiplin (DMK m. 125/1-C-a maddesine göre aylıktan kesme) cezasını haklı kıldığı, yanı sıra,

(aylıktan kesme ve üzerindeki cezalar için varlığı zorunlu olan) “kast” unsuru ile ilgili tanımlama ve değerlendirmeleri içeren bir Danıştay kararının ilgili bölümleri şöyledir: “(...) Dava; Diyarbakır İli Ergani İlçesi Devlet Hastanesi'nde müdür yardımcısı olarak görev yapan davacının, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/C-a maddesi uyarınca 1/30 oranında aylıktan kesme cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin 20/1/2010 tarih ve 11776 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır. İdare Mahkemesince, davacı hakkında isnat edilen fiilde kasıtlı olarak hareket ettiğinin hukuken geçerli bilgi ve belgelerle ortaya konulmadığından tesis edilen işlemden hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. Davalı idare tarafından, mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizen incelenip incelenip istenilmektedir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/C-a. maddesinde; “Kasıtlı olarak; verilen emir ve görevleri tam ve zamanında yapmamak, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasları yerine getirmemek, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçleri korumamak, bakımını yapmamak, hor kullanmak” aylıktan kesme cezasını gerektiren fiil ve haller arasında sayılmıştır. Kasıt unsurunun varlığının kabulü için isnat olunan eylemin fail tarafından bilerek ve istenilerek işlenilmiş olması ve ayrıca failin, eylemin sonuçlarını bilmesi (öngörmesi) ve istemesi gerekmektedir. Kasıt unsuru ortaya konulurken, olay öncesi, olay sırası ve olay sonrası davranışlar bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Kastın varlığının tespiti için; kişinin durumu (ortaya çıkan netice hakkında sorumluluk sahibi olup olmadığı, ortaya çıkan neticeyi bilebilecek durumda olup olmadığı, statüsü ve statüden kaynaklanan yükümlülükleri), olayın gelişimi (netice öncesi ve sonrası, neticenin devam ettiği süreç) , davranış ve davranışın ortaya çıkış şekli (talimatla süreci yönlendirme, neticenin ortaya çıkmasına göz yumma, yapması gereken davranışları yapmama veya neticeyi ortaya çıkaran davranışta ısrar) ve ortaya çıkan neticenin (eylemin etkilerinin boyutu, neticenin ortadan kalkması için gayret gösterilip gösterilmediği, süreç içerisinde eylemin etkilerinin ağırlaşarak devam etmesi) birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Dosyanın incelenmesinden, davacının ihale komisyonu üyesi olarak görevlendirildiği 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21/b maddesi gereğince Pazarlık Usulü ile ... tarihinde gerçekleştirilen ... ihalesi ile ilgili olarak yapılan şikâyet üzerine açılan soruşturma neticesinde düzenlenen soruşturma raporunda; Diyarbakır İli Ergani İlçesi Devlet Hastanesi'nde ... tarihinde ihale komisyonu tarafından gerçekleştirilen ve onaya sunulan ... alımı ihalesinin, Başhekim tarafından, "Teklifler arasında aşırı farklılık olduğundan ihalenin, fiyat araştırmasının daha sağlıklı olarak yeniden yapılması" gerekçe gösterilerek iptal edildiği, iptal edilmesinden sonra aynı ihalenin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21/b maddesi gereğince Pazarlık Usulü ile gerçekleştirilmesi için ... tarih ve ... sayılı ihale onayı verildiği, ancak ihale dosyasında ihtiyacın acil olduğuna dair ilgili birimden bir talebin bulunmadığı, şartları oluşmadığı halde alımın ilansız olarak pazarlık usulü ile yapıldığı, iptal edilen açık ihalede en düşük fiyatı veren ... Firmasının da ihaleye davet edilmesi gerekirken, bu yolun tercih edilmeyerek sadece ... firması ile ... firmasının davet edildiği, söz konusu ihale için hazırlanan idari şartnamede 13 kalem, teknik şartnamede ise 31 kalem malzemeye yer verilerek ihaleye çıkıldığı, çelişkili olan bu durumun ihale mevzuatına aykırı ve rekabeti engelleyici olarak görüldüğü, gerek ihale yetkilisi gerekse ihale komisyonu üyelerinin söz konusu ihaleyi iptal etmeleri gerekirken, bu gerekleri yerine getirmeyip ihaleyi sürdürerek sonuçlandırdığı, keza, açık usulle yapılan ... Cihazı Teknik Şartnameyi, pazarlık usulü ile yapılan Biyokimya Kit alımı ihalesinde kullanmak suretiyle, İhale Kanununun temel ilkelerine aykırı davrandıkları belirtilerek, ... tarihinde pazarlık usulü ile yapılan ihalenin komisyon üyesi olan davacının 657 sayılı Yasanın 125. maddesinin (C/a) bendi gereğince aylıktan kesme (1/30 oranında) cezası ile cezalandırılmasının teklif edildiği, teklif doğrultusunda tesis edilen 20/01/2010 tarih ve 11776 sayılı işlemlerle de davacının 1/30 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırılması üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacının yaptığı görev itibarıyla söz konusu ihalenin ivedilik unsurunu taşımaması nedeniyle pazarlık usulüyle yapılamayacağını bilmemesinin ve bu ihaleye yönelik eksiklikleri ve hataları tespit edememesinin mümkün olmadığı, kasıt unsuru taşıyan eylemleri nedeniyle uygulanan disiplin cezasında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme kararının bozulmasına, (...) oyçokluğu ile karar verildi.” D12D, E. 2012/6999, K. 2015/5119, KT. 8.10.2015. www.danistay.gov.tr, 6.4.2018.

Teklif mektuplarının alınması ve yaklaşık maliyetin tespitine yönelik fiyat araştırmasında bir kısım isteklilerin çıkarına yönelik davranışlarda bulunulmasının (kişilerin yarar ve zararını hedef tutan davranışlarda bulunmak düzenlemesini içeren DMK m. 125/1-D-1 maddesine aykırılık içermesi nedeniyle) disiplin cezasını gerektirdiği değerlendirilmesini içeren Danıştay kararı şöyledir: “(...) Dava; ... ihalesi sürecinde yaklaşık maliyetin muvazaalı ve yüksek tespit edilmesi suretiyle hazine

E. Memur Olma Koşullarının Kaybına Sebep Olan İhale Suçları

İhaleye fesat karıştırma veya edimin ifasına fesat karıştırma suçlarından hapis cezasına mahkûm edilen bir kişi, TCK m. 53'te düzenlendiği üzere mahkûmiyetin bir sonucu ve güvenlik tedbiri niteliğinde bir yaptırım olarak, kamu görevinin üstlenilmesinden yoksun bırakılır. Bu mahkûmiyet, memur olmak isteyenler ve

*zararına sebep olduğundan bahisle 3 yıl süreyle kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılmasına ilişkin ... tarih ve ... sayılı İl Disiplin Kurulu kararının iptali ile bu işlem nedeniyle uğranılan özlük ve parasal hak kayıplarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır. İdare Mahkemesince, davacının görevin yerine getirilmesinde kişilerin yarar veya zararını hedef tutan davranışlarda bulunmak fiilini işlediği hususunun, somut bilgi ve belgelerle şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya konulmadığı sonuç ve kanaatine varıldığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. Davalı idare tarafından, mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülmekte ve kararın temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir. (...) Dosyanın incelenmesinden; davacının Mersin İli Tarsus İlçesi 70. Yıl Tarsus Devlet Hastanesi'nde müdür yardımcısı olarak görev yapmakta iken, kendisi ile birlikte bir kısım hastane personeli hakkında yürütülen ve söz konusu hastaneye düzenlenen ihalelerin genellikle aynı firma üzerinde kaldığı yolundaki şikâyet üzerine başlatılan disiplin soruşturması sonucunda hazırlanan ... tarih ... sayılı raporun sonuç ve teklifler kısmında; davacının disiplin yönünden iki kez ayrı ayrı 3 yıl süreyle kademe ilerlemesinin durdurulması, bir kez de aylıktan kesme cezası ile cezalandırılması teklifinin getirildiği, bu teklif doğrultusunda İl Disiplin Kurulu'nun ... tarih ... sayılı kararıyla 3 yıl süreyle kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılması üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Davacının 19.3.2008 tarihinde yapılan ... ihalesi sürecinde yaklaşık maliyetin muvazaalı ve yüksek tespit edilmesine suretiyle hazine zararına sebep olduğu iddiasının araştırılmasına yönelik olarak düzenlenen soruşturma raporunun ilgili bölümünde, anılan ihaleye ... Ltd. Şti., ... Ltd. Şti., ... Ltd. Şti., ... Ltd. Şti. ve ... Ltd. Şti. 'nin teklif verdiği, söz konusu firmalara ait teklif mektuplarının ... Şti. çalışanları ... ve ... tarafından hastanenin gelen evrak bölümüne teslim edildiği, adı geçen şahısların ise davacı ile aynı odada çalıştığı, ayrıca davacının da bazı firmalara ait zarflarla yazıları evrak şubesinde kayıt ettirdiği, davacının ... tarihinde yapılan ... ihalesine katılan ..., ... ve ... firmalarının 1 ve 2. tekliflerini bizzat takip ederek ihale komisyonuna intikal etmesini sağladığı, ... firması (dolayısıyla ... firması) lehine bir dizi işlem yaptığının belirtildiği, ... Ltd. Şti. elemanlarının ifadelerinde yaklaşık maliyete esas fiyat teklif evraklarını kendilerinin gelen evrak bölümüne teslim ettikleri ama kendilerine kimin verdiğini hatırlamadıklarını beyan ettikleri, bazı tekliflerin ise bizzat davacı tarafından teslim edildiği, söz konusu tekliflerin genel olarak tarihsiz ve teklif yazıları ilgi tutulmaksızın hazırlanmış olduğu, yaklaşık maliyetin araştırılması kapsamında teklif alınan firmalar dışında sadece ...Sanayi ve Ticaret odasından fiyat alındığı, ...Sanayi ve Ticaret Odasının da bu teklifi, kendisi ayrıca teklif vermiş olan ... Ltd. Şti. 'ne sorarak belirlediği, teklif mektubunun kim tarafından hastaneye teslim edildiğinin de bilinmediği yönünde tespitlere yer verilmiştir. Her ne kadar davacının soruşturma kapsamında yer alan fiilleri nedeniyle yargılandığı davada, Tarsus 1. Ağır Ceza Mahkemesinin ... tarihli ve ... sayılı kararıyla davacının delil yetersizliği nedeniyle beraatine hükmedilmiş ise de, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 131. maddesinde, aynı olaydan dolayı memurun ceza kanununa göre mahkum olması veya olmaması hallerinin ayrıca disiplin cezası uygulanmasına engel olmayacağı hükme bağlanmıştır. Soruşturma raporunda yer alan tespitler ve ifadelerin bir bütün olarak değerlendirilmesinden, **davacının adı geçen firmanın lehine muvazaalı işlemler gerçekleştirdiği, dolayısıyla üzerine atılı görevin yerine getirilmesinde kişilerin yarar veya zararını hedef tutan davranışlarda bulunmak fiilini işlediği**, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varıldığından, dava konusu işlemin iptali yolunda verilen temyiz konu kararında hukuki isabet görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme kararının bozulmasına, (...) oybirliği ile karar verildi." D12D, E. 2011/313, K. 2015/5106, KT. 8.10.2015. www.danistay.gov.tr, 6.4.2018.*

memur olanlar için memur olma koşullarının kaybına da sebep olabilir. Devlet memuru olmak için aranan genel ve özel şartları düzenleyen DMK m. 48’de, ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları da dâhil olmak üzere belli suçlardan⁴⁰⁸ mahkûm olmamış olma, memur olmanın şartları içerisinde sayılmıştır (m. 48/A-5). Dolayısıyla, maddede sayılan suçlardan hüküm giymiş olanlar (**affa uğramış olsalar bile**) devlet memuru olamazlar. Devlet memuru olmadan önceki dönemde bu suçlardan dolayı (kesinleşmiş) mahkûmiyeti olan bir kişinin devlet memuru olması mümkün olmadığı gibi, memur olduktan sonra bu suçlardan dolayı hüküm giyen bir memurun memurluk statüsünün (memuriyetinin), Kanun’un “Memurluğun sona ermesi” başlıklı 98. maddesinin (b) bendinde (memurluğu sona erdiren sebeplerden biri olarak) yer alan “**b) Memurluğa alınma şartlarından herhangi birini taşımadığının sonradan anlaşılması veya memurlukları sırasında bu şartlardan herhangi birini kaybetmesi;**” düzenlemesi gereğince, atamaya yetkili makamın tespit niteliğindeki bir işlemlerle sona erdirilmesi gerekmektedir.⁴⁰⁹ Bireysel nitelikteki bu idari işlemin, kurucu değil tespit edici nitelikte bir işlem olmakla birlikte işlemin tesis edilmesi kişinin memuriyetinin sona ermesinde fiili bakımdan zorunlu olduğundan, bir idari yaptırım olarak değerlendirilmesi mümkündür. DMK m. 48/A-5’te yer alan hüküm gereğince, (TCK m. 53’e göre mahkemece hükmedilen güvenlik tedbiri niteliğindeki) hak yoksunluklarından biri olan **kamu görevinin üstlenilmesinden yoksun bırakılma** yaptırımının süresi geçmiş olsa bile; **kasten işlenen herhangi bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreli hapis** cezasına mahkûm olan ya da (affa uğramış olsalar bile) **maddede sayılan suçlardan** birinden mahkûm olan kişi memur olamaz, memur ise memuriyet statüsünü kaybeder. Bu durumda olan bir kişinin memurluk statüsünü kazanması (memur olması) cezanın infazından sonra ve de yasaklanmış hakların iadesi sağlansa dahi mümkün değildir.⁴¹⁰

⁴⁰⁸ Bu suçların ifade edildiği DMK m. 48/A-5’te yer alan düzenleme şöyledir: “**(5) Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (...) zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak.**”

⁴⁰⁹ Gözler - Kaplan, *age.*, s. 646.

⁴¹⁰ “(...) kişilerin kasten işlemiş oldukları suçlardan ötürü belli hakları kullanmaktan yasaklı olacağı, bu yasaklar arasında bir kamu görevinin üstlenilmesinden yoksun bırakılmanın da bulunduğu, ancak Türk Ceza Kanunu’na göre bu yasakların, ancak mahkum olunan hapis cezasının infazı tamamlanuncaya kadar sürebileceği belirtilmiş olmakla birlikte, Türk Ceza Kanununa göre bu

Temel ihale suçları olan ihaleye fesat karıştırma (TCK m. 235) ve edimin ifasına fesat karıştırma (TCK m. 236) suçlarını oluşturan fiiller, disiplin hukuku yönünden, DMK m. 125/E-g’de yer alan, “**g) Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak,**” düzenlemesine uygun düşmekte ve devlet memurluğundan çıkarma cezasının verilmesini gerektirmektedir.

Belirtilen suçları da konu alan (veya herhangi) bir disiplin suçu işlendiğinde, disiplin soruşturmasının yapılması ve disiplin cezasının verilmesi için (DMK m. 131’in “disiplin soruşturmasının ceza soruşturması ve kovuşturmasından bağımsızlığı” olarak ifade edebileceğimiz ilkeyi düzenleyen hükmü gereğince) adli soruşturma ve/veya ceza yargılamasının sonucu beklenmeksizin, DMK’de disiplin işlemleri için öngörülen süreler geçirilmeden disiplin soruşturmasının tamamlanması ve disiplin cezasının verilmesi gerekmektedir.

F. Disiplin İşlemlerinde Yetki, Şekil ve Usul Kuralları

İhale ve sözleşme süreçlerinde işlenen ve disiplin suçu teşkil eden fiiller nedeniyle yapılan disiplin işlemlerin, diğer sebeplerle yapılan disiplin işlemlerinden (yetki, şekil ve usul kuralları bakımından) bir farkı yoktur. İhale ve sözleşme süreçlerine katılan memurun, bu göreviyle ilgili olup suç ve/veya disiplin suçu

konuda daha özel bir kanun konumunda bulunan 657 sayılı Kanunun 48/A-5. maddesindeki açık düzenleme dikkate alındığında; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53. maddesinde sayılan hak yoksunluklarından birisi olan kamu görevinin üstlenilmesinden yoksun bırakılma hak yoksunluğunun, eğer mahkum olunan mahkumiyet bir yıl veya daha fazla süreliyse ya da affa uğramış olsa bile bu maddede sayılan suçların birinden kaynaklanmaktaysa, mahkum olunan kişinin cezası infaz edildikten sonra da devam edeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Buna göre, memnu hakların iadesi kararı dahi bulunsa, 5237 sayılı Kanun’un 53/2. ve 657 sayılı Kanun’un 48/A-5 maddelerinde yer alan hukuki düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına alan ya da affa uğramış olsa bile bu maddede sayılan suçlardan mahkum olanların artık hiç bir şekilde memuriyete atanması mümkün değildir. (...) Olayda, hırsızlık suçundan 5 ay hapis cezası bulunan davacının, bu cezasının kesinleşerek tamamen infaz edildiği tarihten itibaren bu ceza nedeniyle mahrum kaldığı hak yoksunlukların 5237 sayılı Kanunun 53/2. maddesi uyarınca tekrardan kazanacağı kabul edilse de, memuriyete alınmada genel koşulların öngörüldüğü 657 sayılı Kanun’un 48/A-5 maddesinde yer alan Türk Ceza Kanunu’nun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile, anılan maddede sayılan suçlardan herhangi birinden mahkûm olmamak gerektiği hükmü dikkate alındığında, davacının memuriyete alınmasına yönelik hak yoksunluğunun devam ettiğinin açık olduğu, memnu hakların iadesi kararı alınmasının da, anılan maddede yer alan "Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile" ifadesi nedeniyle davacı lehine bir hak vermeyeceği ve davacının hukuki durumunda memuriyete atanmasına yönelik olumlu bir değişiklik yaratmayacağı hususları göz önüne alındığında; memuriyete engel mahkûmiyetinin bulunduğundan bahisle atamasının yapılmamasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. (...) davacının hak yoksunluğunun devam etmesi nedeniyle memuriyete atanmasının mümkün bulunmadığı, memnu hakların iadesi kararı bulunmasının da bu durumu davacı lehine değiştirmedığı, bu aşamada idarenin bir takdir yetkisinin bulunmadığı anlaşıldığından,(...) oy çokluğu ile karar verildi.” D12D, E. 2014/3161, K. 2015/3529, KT. 28.5.2015. www.mersinbarosu.org.tr, 14.5.2018.

oluşturan bir fiil işlediğinin (şikâyet, ihbar, teftiş-denetim, yargı merciince bildirim⁴¹¹ vb. herhangi bir suretle) idarece (disiplin amirince) öğrenilmesi halinde, disiplin amiri⁴¹² veya atamaya yetkili amir, gecikmeden ve özellikle DMK’de düzenlenen zamanaşımı sürelerini geçirmeden⁴¹³ disiplin soruşturması yapılması kararı almalıdır. Memura disiplin soruşturması yapılmadan, savunması alınmadan ve soruşturma raporu düzenlenmeden disiplin cezası verilemez.⁴¹⁴ Disiplin amiri soruşturmayı bizzat yapabileceği gibi⁴¹⁵ bir (veya birden fazla sayıda) denetim elemanını veya hakkında soruşturma yapılacak memurdan daha üst görevde bulunan başka bir memuru soruşturmayı yapmak üzere görevlendirir veya görevlendirilmesini ilgili üst makamdan ister. İmkân olması halinde soruşturmanın (bu işte uzman meslek

⁴¹¹ DMK m. 131’deki amir hükme göre, memur hakkında (görevi nedeniyle işlenen suçlardan dolayı) Cumhuriyet savcılarınca düzenlenen talepname, iddianame ve kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlar ile mahkemelerce verilen kararlar (karar suretleri gönderilmek suretiyle) memurun kurumuna bildirilmelidir.

⁴¹² Disiplin amirlerine ilişkin temel düzenleme DMK m. 124’te, disiplin kurullarıyla ilgili temel düzenleme DMK m. 134’te, disiplin amirlerinin belirlenmesi, görev ve yetkileri ile disiplin kurullarının kuruluş, görev ve yetkileri ile çalışma usullerine ilişkin ayrıntılı düzenleme ise, DMK m. 134/2’ye dayanarak Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan **Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik**’te (RG. 24.10.1982 - 17848) ve DMK m. 124’in verdiği yetkiye dayanarak ve DMK ile anılan Yönetmeliğe aykırı olmamak şartıyla kurum ve kuruluşlar tarafından çıkarılan (kurum ve kuruluşa özgü) **yönetmeliklerde** yer almaktadır. 18.5.2018.

⁴¹³ Disiplin cezalarında zamanaşımı DMK m. 127’de düzenlenmiştir. Buna göre; disiplin suçu oluşturan fiilin idarece öğrenildiği tarihten itibaren, memurluktan çıkarma cezasını gerektiren fiillerde **altı ay** içerisinde, diğer cezaları gerektiren fiillerde ise **bir ay** içerisinde disiplin soruşturmasına başlanmaması ve nihayet fiilin işlendiği tarihten itibaren **iki yıl** içerisinde disiplin cezası verilmemesi halinde disiplin cezası verme yetkisi zamanaşımına uğrar. Zamanaşımı süresinin dolması halinde disiplin soruşturması yapılamaz ve ceza verilemez. Buradaki “öğrenme tarihi” disiplin amirinin fiilin işlendiğini öğrendiği tarih olarak anlaşılmalıdır. Bizce, belirtilen sürelerin kısa olması, özellikle devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiillerde zamanaşımı nedeniyle ceza uygulanamamasına neden olmasından dolayı ceza adalet ve kamu hizmeti bakımından sorunlu durumlara yol açmaktadır. Bu nedenle, (en azından) devlet memurluğundan çıkarma, kademe ilerlemesinin durdurulması ve aylıktan kesme cezalarında bu sürelerin (özellikle, iki yıllık genel zamanaşımı süresinin) uzatılmasına yönelik kanuni düzenleme yapılması gerektiği görüşünderiz.

⁴¹⁴ Disiplin soruşturması açılmadan, (sadece) memurun savunması alınarak disiplin cezası verilebileceğine ilişkin görüşler de olmakla birlikte, Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik’in “Disiplin amirlerinin sorumlulukları:” başlıklı 19/2-a maddesinde yer alan (metnini yukarıda belirttiğimiz), *disiplin amirlerinin disiplin suçunun işlendiğini öğrendiklerinde disiplin soruşturması yapmak zorunda olduklarına* yönelik amir hüküm nedeniyle, disiplin soruşturması yapmadan disiplin cezası verilmesi, disiplin cezası işlemini usul yönünden hukuka aykırı hale getirmekte ve dava açılması halinde işlemin iptaline sebep olabilmektedir.

⁴¹⁵ Disiplin amiri; kendisine yönelik veya kendisini etkileyen bir fiili işleyen memur hakkında bizzat soruşturma yapamaz. Yine, bizce, soruşturma yapacak bir görevlinin bulunması halinde de disiplin amirinin bizzat soruşturma yapmaması gerekir. Disiplin amirinin soruşturmayı bizzat yapması halinde ise, ceza konusundaki kararın bir üst disiplin amirince verilmesi gerekmektedir. Hâkimler ve Savcılar Kurulu Personeli Disiplin Soruşturması Rehberinde (m. 19) rastladığımız, “*Disiplin âmirinin soruşturmayı bizzat yapması halinde, kendisi ceza veremeyeceğinden, dosya üst disiplin âmirine gönderilir.*” ifadesi, (www.hsk.gov.tr, 8.8.2018) uygulamaya ilişkin örnek ve yerinde bir düzenleme olarak gösterilebilir.

grubundan olan) müfettiş, kontrolör, denetmen vb. bir makama yaptırılması tercih edilmelidir.

Disiplin suçu oluşturan bir fiilin (özellikle, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve memuriyetten çıkarma cezalarını sonuçlayan bir fiilin) işlendiğini öğrenen disiplin amirinin, disiplin soruşturması açıp açmama konusunda bir takdir yetkisi olmadığı görüşündeyiz. Bununla birlikte, uyarma (ve nispeten de kınama) gibi göreceli olarak (aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve memuriyetten çıkarma cezalarına göre) etki ve sonuçları itibarıyla hafif sayılan cezaları gerektiren fiillerde disiplin amirinin bu konuda bir takdir yetkisi olduğu kabul edilmelidir. Nitekim DMK'nin "Disiplin amiri ve disiplin cezaları:" başlıklı 124. maddesinin son cümlesindeki "(...) **disiplin cezalarından birisi verilir.**" ifadesinde "**verilir.**" denmesi (takdir yetkisine işaret edecek şekilde "**verilebilir.**" denmemesi) de bu yetkinin bağlı yetki olduğu görüşünü teyit etmekte; yine, Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik'in "Disiplin amirlerinin sorumlulukları:" başlıklı 19/2-a maddesinde yer alan

"a) Memurların uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve memurluktan çıkarma cezalarından biriyle cezalandırılması gereken disipline aykırı davranışlarını öğrendikleri tarihten itibaren kanunen belli süreler içinde disiplin soruşturmasını başlatarak; gerekli cezayı uygulayarak, disiplin cezası verme yetkisinin zaman aşımına uğramasını önlemek,"

Düzenlemesi, disiplin amirlerinin soruşturma açmak veya açmamak konusunda bir takdir yetkisi bulunmadığını, disiplin suçu işlenmesi halinde disiplin soruşturmasını başlatmak zorunda olduklarını açıkça göstermektedir. Disiplin soruşturması sonucu düzenlenen raporlar ilgili kişiler üzerinde doğrudan hukuki bir netice doğurmaz. Soruşturma raporlarında müfettiş, muhakkik veya soruşturmacı tarafından getirilen disiplin cezası verilmesi (veya çeşitli yaptırımlar ile idare tedbirlerin uygulanması) önerileri, disiplin amiri ve disiplin kurullarını bağlayıcı bir kuvvete sahip değildir. Öğretide bunların hazırlık işlemi niteliğinde oldukları görüşü⁴¹⁶ ağır basmakta olup bu görüşün Danıştay tarafından da benimsendiği⁴¹⁷

⁴¹⁶ Ender Ethem Atay, "Müfettişlerin Hazırladıkları Disiplin Soruşturma Raporlarından Sorumlu Tutulabilirliği Sorunu", **UMD**, S. 7, 2016, s. 174. Makalesinde yazar, ender de olsa Danıştayın aksi yönde kararlarına da rastlandığını belirttiikten sonra, aksi yöndeki kararlara örnek olarak şu kararı göstermektedir: D12D, E. 2004/4077, K. 2005/1353, KT. 13.4.2005.

⁴¹⁷ Soruşturma raporunun (bir bütün olarak disiplin soruşturmasının) bir hazırlık işlemi olması, onun (İYUK m. 14/3-d'de belirtilen) kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem de olmadığı anlamına gelir ve raporun düzenlenmesi işlemine karşı açılan bir davada, dilekçenin ilk incelemesinde bu hususun anlaşılmasının ardından İYUK m. 15/1-b gereğince davanın reddi gerekir. Disiplin işlemi sonucunda hukuka aykırılık iddiasında bulunan kamu görevlisinin, disiplin raporunu değil, raporun değerlendirilmesi sonucunda alınan disiplin cezası verilmesi kararını idari davaya konu etmesi

görülmektedir.⁴¹⁸

Disiplin soruşturmasının yapılmasına ilişkin usul esasen idari niteliğe sahip olmasına karşın zaman içerisinde ceza usulünden (dolayısıyla CMK'den) etkilenecek şekilde şekillenmiştir.⁴¹⁹ Ceza muhakemesi usulü kadar katı ilke ve kurallara bağlı olmamakla birlikte disiplin usulünde de (ifade alma, savunma, karar, tebligat vb. hususlarda) bazı esaslı yetki ve usul kurallarına riayet edilmesi, gerçekleştirilen işlemlerin sıhhati (geçerliliği) yönünden zorunludur.

DMK'ye göre yapılacak bir soruşturmada izlenecek usul, personelin tabi olduğu DMK'nin yanı sıra kanun veya kanun altı düzeyde yer alan özel nitelikteki düzenlemelerin de bulunabilmesi nedeniyle kurum ve kuruluşu göre farklılıklar gösterebilmektedir. Bununla birlikte, kamu personeli disiplin hukukunun temel ilke ve kurallarından kaynaklanan ve her kurum ve kuruluş yönünden ortak olan uyulması zorunlu belirli ve esaslı ilke ve kurallar vardır.

Disiplin soruşturması kapsamında soruşturmacı, inceleme konusu olayı her yönüyle araştırır; bu araştırma kapsamında (bizzat veya istinabe yoluyla), (var ise) müştekinin, hakkında soruşturma yapılan memurun, tanık ve bilgi sahiplerinin ifadelerini alır, belge ve kayıtlar üzerinde (örneğin, ihale veya sözleşme sürecinde işlenen bir disiplin suçu nedeniyle yapılan disiplin soruşturmasında, ihale dosyası, isteklilerin sundukları ekonomik, teknik, mali verileri içeren belgeler, bunlara ilişkin dayanak belgeler ve kayıtlar, geçici ve kabul tutanakları, harcama belgeleri vb.) inceleme yapar, konuyla doğrudan ilgili olup varılacak sonuca etki edecek belgelerin onaylı örneklerini (rapora eklemek üzere) idari ve adli makamlardan (adli soruşturma dosyaları ve mahkeme dava dosyalarından) temin eder, gerekli görülürse bilirkişi görevlendirebilir veya konu hakkında uzman kişilerin görüşlerine başvurabilir. Disiplin soruşturması yazılı usule tabi olduğundan, yapılan tüm işlemlerin de yazılı olması, ifadelerin ve gerekli görülen hallerde sözlü beyanların ve soruşturma

gerekir. Nitekim bir Danıştay kararında şöyle denmektedir: “(...) soruşturma raporu düzenlenmesi tek başına hukuki sebepler doğuran, davacının hukuki durumunda değişiklikler yapan idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülebilir işlemler niteliğini taşımadıkları gibi soruşturma raporu bir bütün olup sonucuyla etki doğurduğundan, raporda yer alan bölümleri ayrıca dava konusu yapma olanağı da bulunmadığından, istemin incelenmeksizin reddi gereklidir. (...)” D2D, E. 2005/2684, K. 2007/3695, KT. 5.10.2007. Aktaran: **Ay.**, s. 176.

⁴¹⁸ Ancak, soruşturmaya konu fiilin sübut bulması ve bu fiilin gerektirdiği disiplin cezası ve diğer yaptırımların uygulanması önerilmiş ise, bu önerilerin her halükarda disiplin amirleri ve disiplin kurullarını (bir derece alt cezanın uygulanmasına imkân tanıyan DMK hükümleri hariç olmak üzere) bağlayıcı olduğu görüşündeyiz.

⁴¹⁹ Gözler - Kaplan, **age.**, s. 662.

sonucunu etkileyebilecek özellikte olup soruşturma işlemleri sırasında vuku bulan olayların tutanağa bağlanması gerekmektedir.

DMK m. 137 ilâ 140'ta yer alan esas ve usuller çerçevesinde, disiplin soruşturması sırasında görevden uzaklaştırma tedbiri uygulanabilir.⁴²⁰ Görevden uzaklaştırma, kamu hizmetlerinin gerektirdiği hallerde, görevi başında kalmasında sakınca görülecek memurlar hakkında alınan ihtiyati bir tedbirdir. Bu tedbiri almaya; atamaya yetkili amir, (teftiş/inceleme/soruşturma için görevlendirilmiş olmaları kaydıyla) bakanlık ve genel müdürlük müfettişleri, vali ve kaymakamlar yetkilidir. Görevden uzaklaştırma tedbirine başvurulması (yukarıda değindiğimiz belirli durumlar hariç olmak üzere) zorunlu değildir. Görevden uzaklaştırma tedbiri ile ulaşılmak istenen amaca başka bir tedbir ile -örneğin hakkında soruşturma yapılan memurun soruşturma tamamlanincaya veya görev başında kalmasının doğurabileceği riskler ortadan kalkıncaya kadar geçici olarak başka bir birimde görevlendirilmesi (geçici görevlendirme) yoluyla- ulaşılmaması da mümkün ise ve bu alternatif tedbir, soruşturmanın selameti, kamu hizmeti ve kişi hakları ile idarenin yararı açısından bir sakınca göstermiyor ise başvurulması mümkün bir tedbirdir ve hatta çoğu durumda bu tür alternatif tedbirlere başvurulması hizmet açısından (görevden uzaklaştırma tedbirine göre) daha isabetli olmaktadır.⁴²¹ Ancak, adli özellik gösteren ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları nedeniyle yapılan disiplin soruşturmalarında, suçun sabit olması veya mevcut verilerin suçun işlendiği yönünde yeterli veya kuvvetli şüphe sebebi oluşturması halinde, soruşturmanın selameti ve özellikle delillerin yok edilmesi yahut tanıkların etkilenmesine yönelik fiil ve davranışların önlenmesini teminen memurun görevinden uzaklaştırılması sebeplerinin mevcut olduğunun var sayılması gerektiği görüşündeyiz. Yine, devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmesinin kuvvetle muhtemel olduğu her durumda da, memurun görevinin başında kalması birçok yönden riskli olduğu için görevden uzaklaştırma tedbiri uygulanması gerekmektedir. Görevden uzaklaştırma tedbirinin hukuka aykırı olarak, özellikle; keyfi olarak, garaz ve kin saikıyla bu

⁴²⁰ Bizce, memuriyetten çıkarma cezasının verilmesini gerektiren bir suçun işlendiğinin (örneğin, suçüstü yahut ikrar halinde olduğu gibi) açık ve kesin olması halinde bu tedbirin uygulanması zorunlu olup bu gibi hallerde tedbiri uygulayıp uygulamama konusunda amirin takdir yetkisinin bulunmadığı kabul edilmelidir.

⁴²¹ Memurun görevinden uzak kalmasının işgücü yönünden bir kayba yol açacağı, dolayısıyla kamu hizmet yönünden olumsuz sonuçlar doğuracağı açıktır. Bu nedenle, görevden uzaklaştırma tedbirinin, soruşturmanın selameti yönünden bir zorunluluk olduğu haller ile görevden çıkarma cezasını gerektiren (ve fiilin sabit olduğu) hallerde başvurulacak bir usul olarak değerlendirilmesi isabetli bir yaklaşımdır.

tedbirin uygulanması, uygulayan makam yönünden cezai, idari ve mali sorumluluklar doğurabilecektir (DMK m. 139).

DMK m. 143'te belirtilen durumların oluşması halinde tedbirin (DMK m. 142'de belirtilen makamlar tarafından) kaldırılması zorunludur. Görevden uzaklaştırma tedbiri bir disiplin kovuşturması kapsamında soruşturmanın selameti gereği alındı ise en çok üç ay devam edebilir. Bu süre sonunda hakkında bir karar verilmediği takdirde memur görevine başlatılır. Görevden uzaklaştırma tedbiri bir ceza kovuşturması gereğince alındı ise azami dava sonucuna kadar olmak üzere görevinden uzaklaştırmaya yetkili amir (müfettişlerin görevinden uzaklaştırdıkları memurlar hakkında atamaya yetkili amir) ilgilinin durumunu her iki ayda bir inceleyerek görevine dönüp dönmemesi hakkında bir karar verir ve ilgiliye de yazı ile tebliğ eder (DMK m. 145). Anlaşılacağı üzere, ceza kovuşturması gereğince alınan uzaklaştırma tedbiri de (idari soruşturma gereği alınan görevden uzaklaştırma tedbirinde olduğu gibi) kovuşturma sonuçlanmadan kaldırılabilir.

Disiplin soruşturması sonucu düzenlenen rapor, fiilin gerektirdiği cezaya göre disiplin amiri, disiplin kurulu ve yüksek disiplin kurulu tarafından değerlendirilir. DMK'de bu hususta, fiilin gerektirdiği cezaya göre bir ayırım yapılmıştır. DMK m. 126'ya göre; uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezaları disiplin amirleri tarafından, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası, memurun bağlı olduğu kurumdaki disiplin kurulunun kararı alındıktan sonra, atamaya yetkili amirler (il disiplin kurullarının kararlarına dayanan hallerde Valiler) tarafından; devlet memurluğundan çıkarma cezası amirlerin bu yoldaki isteği üzerine, memurun bağlı bulunduğu kurumun yüksek disiplin kurulu kararı ile verilir. Disiplin amiri ve disiplin kurulu kararlarının gerekçeli olması gerekmektedir. Kararın gerekçeli olması, hukuki bir zorunluluk olduğu gibi,⁴²² takdir yetkisinin hukuka uygun kullanıldığının ortaya konulması ve yargısal denetimin yapılmasını kolaylaştırılması bakımından da faydalıdır.

Disiplin amirleri ve kurulları, Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik'te belirtilen esas ve usullere göre (ve bu Yönetmeliğe aykırı olmamak şartıyla kurum ve kuruluşlar tarafından çıkarılan, disiplin amirlerinin belirlenmesine dair yönetmeliklere göre) belirlenir, oluşturulur ve faaliyet

⁴²² Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik'in 14. maddesinde, disiplin kurulu kararlarının (karar tarihini izleyen yedi gün içerisinde) gerekçeli olarak yazılması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

gösterirler.⁴²³ Bu kurullar “çelişme ilkesi”⁴²⁴ çerçevesinde bir tür kovuşturma yaparlar. Belirtilen ilkenin bir sonucu olarak memurun kurul önünde hakkındaki iddia ve isnatlarla ilgili olarak beyanda bulunma hakkı vardır. Disiplin kurulu ve yüksek disiplin kurulunun ayrı bir ceza tayinine yetkisi yoktur, cezayı kabul veya reddeder. Ret halinde, atamaya yetkili amirler (onbeş gün içinde) başka bir disiplin cezası verebilirler. Disiplin amirinin bu husustaki takdir yetkisi sınırsız değildir. Önerilen cezanın fiile kıyasla ağır olması nedeniyle veya ret kararı verilmiş ise, fiile uygun olan (ret edilene göre daha hafif) cezanın verilmesi gerekmektedir.

DMK m. 125’e göre, uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarının, soruşturmanın tamamlandığı günden itibaren 15 gün içerisinde verilmesi; kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren hallerde soruşturma dosyasının yetkili disiplin kuruluna 15 gün içerisinde tevdi edilmesi ve kurulun da tevdi tarihinden itibaren 30 gün içerisinde karar vermesi; devlet memurluğundan çıkarma cezasında yüksek disiplin kurulunun soruşturma dosyasının kendisine tevdi tarihinden itibaren azami 6 ay içerisinde karar vermesi gerekmektedir. Bu süreler, DMK m. 127’de düzenlenen zamanaşımı sürelerinde olduğu gibi ceza verme yetkisini ortadan kaldıran süreler olmadığından, süreler geçtikten sonra verilen kararlar bu yönden bir sakatlık göstermez. Bizce DMK m. 125’te belirtilen süreler (“sınırlandırıcı süre” niteliğine sahip olduğu görüşü kısmen de olsa kabul edilebilir gerekçelere dayanmasına karşın) esasen “hızlandırıcı süre” niteliğindedirler.⁴²⁵ Bu süreler, DMK m. 127’deki gibi “sınırlandırıcı süre” de olmadıklarından, bu süreler geçtikten sonra gerçekleştirilen disiplin işlemlerinde süre yönünden işlemin iptalini gerektiren bir sakatlık oluşmaz.⁴²⁶ Bununla birlikte, DMK’de öngörülen ve “hızlandırıcı süre” niteliğinde oldukları değerlendirilen bu sürelerin kasıt veya ihmal nedeniyle aşılarak karar sürecinin uzaması (gecikmesi) nedeniyle hakkında soruşturma açılan memurun mağdur olması durumunda, disiplin amiri ve kurullarının (veya gecikmeye icrai veya ihmali fiilleriyle neden olanların) disiplin sorumluluklarının doğacağı görüşündeyiz.

⁴²³ Anılan Yönetmeliğin “Disiplin ve Yüksek Disiplin Kurulları:” başlıklı 3. maddesine göre, disiplin ve soruşturma işlerinde kanunlarla verilen görevleri yapmak üzere kurum merkezinde bir Yüksek Disiplin Kurulu ile her ilde, bölge esasına göre çalışan kuruluşlarda bölge merkezinde ve her kurum merkezinde ayrıca İl Milli Eğitim Müdürlüklerinde, Başkan ve Üyeleri bu Yönetmelikte belli edilen yetkililer tarafından görevlendirilmek suretiyle birer Disiplin Kurulu kurulur. Bu kurulların (üye ve başkanları itibarıyla) oluşturulması ile çalışma ilke ve kuralları Yönetmelikte ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir.

⁴²⁴ Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, s. 863, C. II, s. 777.

⁴²⁵ **Ae.**, C. I, s. 690.

⁴²⁶ Bu görüş Danıştay içtihatlarında da benimsenmiştir. D5D, E. 1991/1370, K. 1991/1358, KT. 17.10.1991. www.ombudsman.gov.tr, 19.5.2018.

Disiplin işlemleri çelişme usulüne tabidir; yani memurun savunması alınmadan disiplin cezası kararı alınmaz. Nitekim DMK m. 130'da (ve Anayasa m. 129/2'de) savunma hakkı teminat altına alınmış, devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Memura, yedi gündен az olmamak üzere savunmada bulunma hakkı tanınmıştır Memur savunma hakkını kullanıp kullanmamakta serbesttir, yani savunma yapmak zorunda değildir. Verilen süre içerisinde savunma yapmayan memur bu hakkından vazgeçmiş sayılır. Savunma alınmadan verilen disiplin cezaları, bu hakkın ihlal edilmesi ve usul eksikliğine sebep olunması nedeniyle hukuka aykırı bulunmakta ve idari yargı yerlerince kesin olarak iptal edilmektedir.

DMK'de disiplin cezası verilmesine ilişkin kararların gerekçeli olarak yazılmasını zorunlu kılan açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, idare hukukunun genel ilkelerinden hareketle (idari işlem niteliğine sahip olan) disiplin cezasının gerekçeli olması gerektiği kabul edilmektedir. Gerekçenin kararda (veya ekinde yahut kararda atıf yapılan raporda) yazılı bulunması işlemin yargısal denetimi bakımından da zorunludur. Disiplin cezası kararının bir parçası olan gerekçe, disiplin cezası verilmesi (ya da verilmemesi) kararı alınmasına sebep olan maddi ve hukuki açıklamaları içermelidir.⁴²⁷ Disiplin cezası verilmesine ilişkin kararda gerekçenin ayrıntılı olmaması ve fakat soruşturma raporuna atıf yapılarak suçun işlendiği sonuç ve kanaatine varıldığıının belirtilmiş olması halinde de gerekçenin var olduğu kabul edilebilir; usulüne göre yapılmış bir soruşturma sonucu düzenlenen soruşturma raporuna dayanan ve disiplin cezası verilmesine ilişkin bir karar metni var ise, içerik bakımından yetersiz olsa da bir gerekçenin mevcut olduğu kabul edilmelidir.

Kanun'da, suçta tekerrür halinde (zorunlu olarak, yani takdir yetkisi olmaksızın) cezanın ağırlaştırılması, memurun geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmalarındaki olumlu olması ve ödül veya başarı belgesi almış olması halinde ise (disiplin amirinin takdir yetkisi içerisinde olmak üzere) cezanın hafifletilerek bir alt cezanın verilebilmesi öngörülmüştür. Buna göre, disiplin cezası verilmesine sebep olmuş bir fiil veya halin cezaların özlük dosyasından silinmesine ilişkin süre içinde tekerrüründe bir derece ağır, benzer şekilde, aynı derecede cezayı gerektiren fakat ayrı fiil veya haller nedeniyle verilen disiplin cezalarının üçüncü uygulamasında da bir derece ağır ceza verilir (DMK m. 125).

⁴²⁷ Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, s. 839, C. II, s. 754.

Verilen cezalar memurun (DMK m. 109'a göre oluşturulan) "özlük dosyası"na işlenir. Disiplin cezalarının (görevden çıkarma cezası hariç olmak üzere) özlük dosyasından silinmesine ilişkin düzenleme DMK m. 133'te yer almaktadır. Buna göre, devlet memurluğundan çıkarma cezasından başka bir disiplin cezasına çarptırılmış olan memur uyarma ve kınama cezalarının uygulanmasından beş sene, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezalarının uygulanmasından on sene sonra atamaya yetkili amire başvurarak, verilmiş olan cezalarının özlük dosyasından silinmesini isteyebilir. Memurun belirtilen süreler içerisindeki davranışları dikkate alınarak bu isteğinin yerine getirilip getirilmeyeceğine (uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarında atamaya yetkili amirce, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasında ise disiplin kurulunun mütalaası alınarak yine atamaya yetkili amirce) karar verilir ve karar özlük dosyasına işlenir. Anlaşılacağı üzere, görevden çıkarma cezasında bu uygulamaya başvurulması mümkün değildir.

Disiplin cezasının belirli esas ve usuller içerisinde sicilden silinmesi mümkün olmakla birlikte (ceza kesinleşmeden önce yapılan itirazın kabulü yahut memurun açtığı davada mahkemenin cezanın iptali ile ceza verilmeden önceki durumun yürürlüğünü sağlar nitelikte bir karar vermesi hali hariç olmak üzere) kesinleşmiş bir disiplin cezasının idarece geri alınması mümkün değildir,⁴²⁸ diğer bir ifadeyle, ceza işlemi, cezayı veren idare yönünden de bağlayıcıdır.⁴²⁹

Disiplin amiri ve yüksek disiplin kurulu tarafından verilen disiplin cezası, verildiği tarihten itibaren hüküm ifade eder ve derhal uygulanır. Karar (anılan Yönetmeliğin 15. maddesine göre) memura tebliğ edilir. Tebliğ formalitesi, kararın yürürlüğe girmesini sağlar ve (İYUK'de düzenlenen) dava açma sürelerinin belirlenmesi bakımından da kritik önemi haizdir. Disiplin cezasına ilişkin olup memura tebliğ edilen kararda, Anayasa m. 40'ta yer alan "**Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini**

⁴²⁸ Bu genel ilke "disiplin cezalarında geri alma yasağı" olarak da ifade edilmektedir. Kaya, "Memur Suç ve Cezalarına...", s. 69.

⁴²⁹ Disiplin cezalarının kesinleştikten sonra idarece geri alınamaması (ve bu yöndeki Danıştay içtihatları) bizce isabetlidir. Ancak, bu uygulamanın hatalı olduğu yönünde görüşler de vardır; örneğin, bu konudaki bir makalede bu görüş şöyle ifade edilmiştir: "(...) *Disiplin cezaları için idarenin geri alma hakkının olmadığı kabul edilmesi, kişilerin hukuka aykırı olarak aldıkları disiplin cezalarına katlanmak zorunda kalmaları neticesini doğurabilir. Kişi hukuka aykırı olarak aldığı disiplin cezasına karşı dava açma hakkını kullanmak isteyebilir veya dava açma süresini kaçırmış olabilir. Bu durumda disiplin cezasının idare tarafından geri alınmayacağı kabulü halinde, kişinin başvurabileceği hiçbir yol kalmamaktadır.*(...)" F. Ebru Gündüz, "Disiplin Cezalarının Geri Alınması", **GÜHFD**, C. 20, S. 1, Yıl 2016, s. 415.

belirtmek zorundadır.” hükmünün de bir gereği olarak, idari ve yargısal başvuru mercileri ile başvuru sürelerinin belirtilmesi gerekir.

G. Ceza Soruşturmasının ve Kovuşturmasının Disiplin Soruşturmasına Etkisi

Disiplin suçu oluşturan fiilin aynı zamanda ceza hukuku yönünden özellik göstermesi, suç teşkil etmesi, örneğin, ihale sürecinde işlenen fiilin hem disiplin suçunu ve hem de ihaleye fesat karıştırma suçunu (hatta ikinci bir suçu da, örneğin resmi belgede sahtecilik suçunu da) oluşturması mümkündür. Böyle bir durumda disiplin soruşturması yapılırken, Cumhuriyet savcılığınca yürütülen adli soruşturma veya (adli soruşturma sonucu açılan davada) ceza mahkemesinde yapılan yargılama sürecinin veya ceza yargılaması sonucu verilen (kesinleşmiş veya henüz kesinleşmemiş bir) kararın, disiplin soruşturmasına, özellikle disiplin soruşturması sonucu verilecek cezaya ne tür etkilerinin olacağı konusu üzerinde de durmak gerekmektedir.

Yukarıda (DMK m. 131’de ifadesini bulan “disiplin soruşturmasının bağımsızlığı” ilkesiyle ilgili olarak yapılan açıklamalar kapsamında, birkaç yerde de) belirtildiği üzere disiplin soruşturmasının, adli soruşturmanın ve ceza kovuşturmasının sonucu beklenmeden ve fakat adli soruşturma veya kovuşturma kapsamında toplanan deliller ve diğer veriler soruşturmacı tarafından mutlak surette dikkate alınarak DMK’de belirtilen zamanaşımı süreleri ve hızlandırıcı nitelikteki süreler de dikkate alınarak sonuçlandırılması, diğer bir ifadeyle, adli süreç ile disiplin sürecinin eş zamanlı ve fakat birbirinden bağımsız olarak yürütülmesi gerekmektedir.⁴³⁰ DMK’nin disiplin cezasının adli soruşturma ve kovuşturmadan bağımsızlığını öngören bu düzenlemesi, hiç kuşkusuz iki farklı (cezai ve idari) alanı korumayı amaçlamasından kaynaklanmaktadır.⁴³¹ Bu noktada, adli soruşturmanın sonucunun ve özellikle ceza yargılaması sonucunda ortaya çıkan hükmün (içeriğinin) disiplin soruşturması ve uygulanacak disiplin cezaları üzerindeki etkisi önemli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hususta DMK m. 131’de, memurun ceza kanununa

⁴³⁰ Memurun fiilinin adli soruşturmaya konu edilmesi, ceza davasının açılması, yargılamanın sonuçlanması ve kesinleşmesi (genellikle) DMK m. 127’de belirtilen sürelerle kıyasla çok daha uzun bir zamanı gerektirdiğinden, disiplin soruşturmasının sonuçlandırılması ve disiplin cezasına ilişkin kararın verilmesi için adli soruşturma ve yargılama sürecinin tamamlanmasının beklenmemesi (uygun bir hareket tarzı olmanın ötesinde) fiilen bir zorunluluktur. Aksi yöndeki bir uygulamada disiplin cezası verme yetkisinin zamanaşımına uğraması (en azından kimi durumlarda) kuvvetle muhtemeldir.

⁴³¹ Oğurlu, “Ceza Mahkemesi...”, s. 112.

göre mahkûm olması veya olmaması hallerinin memur hakkında disiplin cezası uygulanmasına engel olmayacağı genel kuralına yer verilmiştir. DMK’de yer alan bu hüküm, uygulamada karşılaşılan tüm olası durumları kapsayabilecek bir içeriğe (genişliğe ve derinliğe) sahip değildir. Kanundaki bu yetersizlik, zaman içerisinde yargısal içtihatlarla büyük oranda doldurulmuştur. Bizce DMK’de bu hususta ilave düzenlemeler yapılması gerekmektedir.

Ceza soruşturması veya davası ile disiplin soruşturması arasındaki etkileşimde, disiplin soruşturmasının gerçekleştirildiği zaman diliminde adli sürecin (soruşturma ve yargılamanın) bulunduğu aşamaya ve ceza yargılamasına ilişkin kararın türüne göre bir kaç olası durum söz konusudur. Konuyu, tüm bu olası durumlar bağlamında ayrı ayrı incelemek gerekmektedir. Bu konudaki değerlendirme ve görüşlerimiz aşağıda maddeler halinde belirtilecektir.

(i) Disiplin soruşturmasının yapıldığı ve tamamlandığı zaman itibarıyla adli soruşturma henüz sonuçlanmamıştır: Bu durumda disiplin soruşturması, mevcut verilere göre sonuçlandırılır ve memura fiiline uygun düştüğü (disiplin amiri veya kurulları tarafından) değerlendirilen disiplin cezası verilir.

(ii) Disiplin soruşturması tamamlanmadan önce memur hakkında iddianame düzenlenerek dava açılmış ve fakat dava henüz sonuçlanmamıştır: DMK m. 131’e göre memur hakkında düzenlenen iddianamenin bir sureti idareye gönderilmektedir. Soruşturmayı yapan görevli, adli soruşturma dosyasını, iddianameyi ve dava dosyasını incelemelidir. Disiplin soruşturmasını yapan görevli, disiplin amiri ve disiplin kurulu, iddianamede belirtilen suç niteliğiyle bağlı değildir, ancak iddianamenin içeriğini raporunda belirtip değerlendirmesi yerinde olur. Disiplin işlemleri iddianamedeki suç niteliğine bağlı kalma zorunluluğu olmaksızın (adli soruşturma ve davadan bağımsız olarak) sonuçlandırılmalıdır.

(iii) Disiplin soruşturması tamamlanmadan önce dava sonuçlanmış ve fakat hüküm kesinleşmemiştir: Böyle bir durumda, disiplin soruşturmasını yapan görevli, dava dosyasındaki belgeleri inceler ve ceza mahkemesinin kararına raporunda yer verir. Böyle bir durumda da disiplin işlemleri henüz kesinleşmemiş mahkeme kararına bağlı kalma zorunluluğu olmaksızın sonuçlandırılmalıdır.

(iv) Disiplin soruşturması tamamlanmadan önce, ceza davası sonuçlanmış ve hüküm kesinleşmiştir: Bu durumda;

Öncelikle, davaya konu edilmeyen (ceza hukuku yönünden suç teşkil etmeyen) disiplin suçları bakımından, hükümden tamamen bağımsız olarak disiplin

soruşturmasının tamamlanması ve disiplin kararının alınması gerekmektedir.

Davaya konu edilen (ceza hukuku yönünden de suç teşkil eden) disiplin suçları bakımından ise, hükmün CMK m. 233'e göre içeriğinin ne olduğuna bakılmalıdır. Buna göre, disiplin soruşturması tamamlanmadan önce sonuçlanan davada, hüküm olarak:

- Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması nedeniyle (CMK m. 223/2-a) "beraat" kararı verilmiş ise, fiil disiplin suçunu oluşturuyorsa disiplin cezası verilmelidir.

- Yüklenen suçun sanık (hakkında disiplin soruşturması yapılan memur) tarafından işlenmediğinin sabit olması nedeniyle (CMK m. 223/2-b) "beraat" kararı verilmiş ise, memura disiplin cezası verilmemelidir.⁴³²

- Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması nedeniyle (CMK m. 223/2-c) "beraat" kararı verilmiş ise, manevi unsurlar yönünden kastı gerektirdiği DMK'de açıkça belirtilen disiplin suçları esas alınarak memura ceza verilemeyeceğinden, fiil kastı gerektirmeyen başka disiplin suçunu da oluşturuyor ise (fikri içtima hali) memura bu suçtan dolayı ceza verilmelidir.

- Yüklenen suç sanık tarafından işlenmesine karşın, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmasından dolayı (CMK m. 223/2-d) "beraat" kararı verilmiş ise, yüklenen suç oluşturulan fiilden dolayı memura disiplin cezası verilmemelidir. Hukuka uygunluk nedenlerinin, adli suçlarda olduğu gibi disiplin suçlarında da ceza sorumluluğunu ortadan kaldırdığı kabul edilmelidir.

- Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması nedeniyle (CMK m. 223/2-e) "beraat" kararı verilmiş ise (delil yetersizliği halinde de hükümde bu nedene dayanılması gerekir)⁴³³ soruşturma görevlisi, disiplin amiri ve disiplin kurullarınca, mahkeme kararına bağlı kalınmadan, bağımsız olarak bir değerlendirme yapılarak disiplin cezası verilmesi veya verilmemesi yönünde bir karar alınması gerekir. Böyle bir durumda, kişi hakkında verilen beraat kararı sorgulanmadan, aynı maddi olay çerçevesinde daha düşük bir ispat standardı kullanılarak disiplin

⁴³² DİDDK'nin 21.4.2011 tarih 2010/1391 E. ve 2011/273 K. sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir: "(...) Bir kamu görevlisinin işlediği iddia edilen disiplin suçunun aynı zamanda ceza yasasına göre de suç niteliğinde olması ve ceza yargılaması sonucunda suçun unsurlarının oluşmadığı ya da suçun işlenmediğinin anlaşıldığı gerekçesiyle kişinin beraatine karar verilmesi durumunda, bu beraat kararının disiplin hukuku yönünden idari yargı yerlerince yapılacak yargılamada bağlayıcı nitelik taşıyacağı (...)" Aktaran: Selman Sacit Boz, "Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler", SÜHFD, C. 25, S. 2, 2017, s. 33.

⁴³³ Günel Kurşun, **Ceza Muhakemesinde Hüküm**, Ankara, Seçkin, 2016, s. 137.

sorumluluğu çerçevesinde disiplin yaptırımını uygulanması kararı alınabilir.⁴³⁴ Ceza yaptırımlarının hükümlü üzerindeki ağır etkileri nedeniyle suçun sanık tarafından işlenmediğine dair çok düşük bir olasılık bulunması halinde dahi beraat kararı verilmesi yoluna gidilmesi, “şüpheden sanık yararlanır ilkesi”nin de zorunlu bir sonucudur. Disiplin hukukunda da bu genel ilke geçerli olmakla birlikte uygulamanın ceza hukukundaki kadar katı olamayacağı (bizce de haklı olarak) kabul edilmektedir.⁴³⁵

- Yüklenen suçla bağlantılı olarak; akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik veya geçici nedenlerin bulunması hallerinde, kusurun bulunmaması dolayısıyla (CMK m. 223/3-a) “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilmiş ise, akıl hastalığı veya geçici nedenlerin bulunması halinde memura disiplin cezası verilmemelidir. Sağır ve dilsizlik halinde ise disiplin suçu yönünden (mahkeme kararından) bağımsız bir değerlendirme yapılarak disiplin cezası verilmesi veya verilmemesi yönünde bir karar alınmalıdır.

- Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi (CMK m. 223/3-b) dolayısıyla “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilmiş ise memura disiplin cezası verilmemelidir.

- Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması (CMK m. 223/3-c) dolayısıyla “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilmiş ise memura disiplin cezası verilmemelidir.

- CMK m. 223/3’te belirtilen diğer haller nedeniyle “ceza verilmesine yer olmadığı kararı” verilmiş ise, disiplin suçu yönünden (mahkeme kararından) bağımsız bir değerlendirme yapılarak disiplin cezası verilmesi veya verilmemesi yönünde bir karar alınmalıdır.

- Yüklenen suçun işlendiğinin sabit olması nedeniyle “mahkûmiyet” (CMK m. 223/5) kararı verilmesi halinde ise, disiplin cezasının mutlak surette verilmesi ve/veya DMK m. 48/A-5 maddesinde belirtilen durumun (belirli suçlara

⁴³⁴ AyM, Başvuru No. 2013/1728, KT. 12.11.2014, RG. 31.12.2014, sy. 29222.

⁴³⁵ “(...) Ceza Mahkemesince delillerin takdiri ve suçun niteliği yönünden yapılan değerlendirmede uygulanan ilke ve kurallar, disiplin hukuku açısından uygulanan kurallardan farklı olduğundan, aynı suç ile ilgili olarak ceza mahkemesince, suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmadığı (delil yetersizliği) gerekçesiyle verilen beraat kararlarının disiplin hukuku açısından bağlayıcı olmadığı, bu nitelikteki beraat kararının disiplin cezası uygulanmasına engel oluşturmayacaktır. (...)” D12D, E. 2010/1494, K. 2013/4059, KT. 16.5.2013. Aktaran: Boz, “Memur Disiplin...”, s. 33.

mahkûmiyetin) gerçekleşmesi halinde memuriyete son verilmesi işleminin yapılması gerektiği tartışmasıdır.

- Aynı fiil ve sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava olması nedeniyle “davanın reddine” (CMK m. 223/7) karar verilmesi halinde, devam eden veya hükmü önceden verilmiş olan davanın verileri çerçevesinde ve bu başlık altında yapılan açıklamalar dikkate alınarak disiplin işlemleri sonuçlandırılmalıdır.

- CMK m. 223/8’de belirtilen “davanın düşmesi” veya “durma” kararları ile m. 223/10’da belirtilen “görevsizlik” kararı halinde, disiplin suçu yönünden (mahkeme kararından) bağımsız bir değerlendirme yapılarak disiplin cezası verilmesi veya verilmemesi yönünde bir karar alınmalıdır.

- CMK m. 231 çerçevesinde sanık (memur) hakkında “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” veya TCK m. 51 çerçevesinde “hapis cezasının ertelenmesi” kararlarından birinin verilmesi halinde (iki yıllık genel zamanaşımı süresi geçmemiş ise) yukarıda belirtilen, mahkûmiyet kararı verilmesi haline ilişkin açıklamalar çerçevesinde hareket edilmesi gerekmektedir. Bu kararlar memur hakkında disiplin cezası verilmesine engel olmaz.⁴³⁶

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla birlikte getirilen denetimli serbestlik yükümlülüklerine uyulması nedeniyle mahkemece, açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak davanın düşmesi kararı verilmesi halinde, CMK m. 231/5’te yer alan, “...**Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkına bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder.**” hükmünün zorunlu bir sonucu olarak, işlenen fiil nedeniyle disiplin cezası olarak memuriyetten çıkarma cezası verilmemiş ise, açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak davanın düşmesi kararı verildiğinin öğrenilmesinden sonra memur hakkında DMK 48/A-5’te belirtilen suçlardan mahkûmiyet nedeniyle memur olma koşullarının kaybedildiği gerekçesiyle (DMK m. 98/b’ye göre) memuriyetin

⁴³⁶ Danıştayın, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının disiplin cezası verilmesine engel teşkil etmediğine ilişkin değerlendirme içeren bir kararı şöyledir: “(...) Bu durumda, yukarıda yer verilen Ceza Mahkemesi karar ile davacı hakkında mahkûmiyete hükmedilip hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi karşısında; İdare Mahkemesince, Türk Ceza Kanunu kapsamında suç teşkil ettiği gerekçedeki anlatımla kabul edilen eylemin sübuta erdiği şeklinde ifade kullanılmasında, masumiyet karinesi uyarınca hukuki isabet görülmemiş ise de; davacının zabıt katibi olarak görev yaptığı sırada, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunması sebebiyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/E-g maddesi uyarınca uyarınca memurluktan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ve bu karar uyarınca memurlukla ilişkisinin kesilmesine ilişkin dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varıldığından, bu husus, anılan kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir. (...)” D16D, E. 2015/896, K. 2016/1858, KT. 24.3.2016. <http://hukuk.medeniyet.edu.tr>, 7.7.2018.

sona erdirilmesi işlemi de yapılamaz.⁴³⁷

IV. KAMU GÖREVLİSİNE İDARİ PARA CEZASI

İhale ve sözleşme süreçlerine görevleri sebebiyle katılan kamu görevlilerinin, bu süreçlerdeki hukuka aykırı fiilleriyle ihale ve sözleşme sürecine katılan özel hukuk kişilerinin zararlarına neden olmaları ve kişilerce uğranılan zararın (Anayasa'nın 129/5 ve DMK'nin 13. maddeleri gereğince) kişilerce idare aleyhine açılan dava sonucunda idarece tazmin edilerek giderilmesi nedeniyle veya kamu görevlilerinin yine bu süreçler içerisindeki hukuka aykırı fiilleriyle doğrudan doğruya idarenin zararına neden olmaları halinde, idarece uğranılan zararın (rücu ve tazminat davası yoluyla yahut rızaen) kamu görevlilerinden tazmin edilmesi gerekmektedir.

İdarece uğranılan zararın KMYKK'ye göre (m. 71) Bakanlar Kurulunca çıkarılan **Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik**'e⁴³⁸ göre sorumlulardan ve ilgililerden tahsili (zararın tazmini), genel hükümler çerçevesinde (zarar veren kamu görevlisinin rızasına dayalı olarak veya hükmen ve gerektiğinde cebri icra yoluna gidilerek) uygulanması mümkün olan bir yaptırım olduğu için idari yaptırım niteliğine sahip değildir.⁴³⁹

⁴³⁷ “(...) Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının kurulan hükmün sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade ettiği Ceza Muhakemesi Kanununun 231. maddesinde açıkça belirtilmiş olup, buna göre sanığın suçluluğu sabit olmakla birlikte Kanunda öngörülen denetimli serbestlik tedbirlerine uygun davranılması ve öngörülen diğer koşulların varlığı halinde suç hiç işlenmemiş gibi kabul edileceği açıktır.(...)” D12D, E. 2015/3186, 2015/5513, KT. 22.10.2015. www.danistay.gov.tr, 7.7.2018.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildikten sonra, yine mahkemece belirlenen denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlenmemesi ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler uygun davranılması nedeniyle açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak davanın düşmesi kararı verilmesi hali disiplin cezası verilmesine engel teşkil etmemekle birlikte, denetimli serbestlik süresi olan beş yıllık sürenin geçmesi ve bu süre geçene kadar fiil nedeniyle disiplin soruşturması yapılmamış olması halinde DMK m. 127'de belirtilen iki yıllık genel zamanaşımı süresi de her halükarda geçirilmiş olduğundan, disiplin soruşturması yapılarak ceza verilmesi olanağı ortadan kalkacaktır.

⁴³⁸ RG. 19.10.2006 - 26324.

⁴³⁹ İhale ve sözleşme sürecinde kamu görevlisinin sebep olduğu kamu zararı denetim, idari soruşturma, Sayıştayın kesin hükmü ve yargı kararı ile tespit edilir. Bu tespitten sonra kamu zararının KMYKK ve anılan Yönetmelikte belirtilen usul ve esaslara göre kamu görevlisi olup olmadığına bakılmaksızın ilgililerden tahsilinin sağlanması gerekir. Yönetmelikte ayrıntılı olarak düzenlenen tahsil süreci kısaca şöyledir: Tespit edilen kamu zararının tazmin edilmesi için sorumlulara ve ilgililere (bir ay içerisinde ödeme yapması konusunda) yazılı bildirimde bulunulur. Bu aşamada borçlunun kamu zararını ödemesi, bildirimde (tazmin talebine) itirazda bulunması yahut dava yoluna gitmesi olasıdır. Bildirilen zarar miktarının (borcun) kamu görevlisince kabul edilerek ödenmemesi halinde hükmen ve gerekirse cebri (ilamlı) icra usulüyle tahsili yoluna gidilir. Bu süreçte; defaten ödeme, taksitle ödeme (kamu görevlilerinde maaş kesintisi yoluyla) ve takas usulüne başvurulması, bu suretle ödeme sağlanamaması halinde (İİK hükümleri çerçevesinde) cebri icra yoluna gidilmesi söz konusu olacaktır.

Zararın hükmen tazmininin yanı sıra, zarara sebep olan kamu görevlilerine idari para cezası verilmesi de söz konusu olabilmektedir. Bahsedilen idari para cezaları KMYKK m. 71/4'e göre verilen idari para cezası ve KİK Ek m. 8'e göre çıkarılan Yönetmelik m. 6'ya göre verilen idari para cezasıdır. Bu cezalar idarece resen uygulanmaları (hüküm gerektirmemeleri) nedeniyle idari yaptırım kavramı içerisinde yer almaktadırlar.

Belirtilen idari para cezalarından ilki KMYKK'nin 71/4 maddesinde⁴⁴⁰ düzenlenmiştir. KMYKK m. 71, kamu zararı kavramını tanımlamakta ve bu kavrama ilişkin esaslı bazı düzenlemeler yapmaktadır. Maddenin 4. fıkrasında yer alan hükme göre, **sözleşme sürecinin kabul ve ödeme aşamasında, alınmamış para, mal ve değerleri alınmış, sağlanmamış hizmetleri sağlanmış, yapılmamış inşaat, onarım ve üretimi yapılmış veya bitmiş gibi gösteren gerçek dışı belge düzenlemek suretiyle kamu kaynağında bir artışa engel veya bir eksilmeye neden olanlar ile bu gibi kanıtlayıcı belgeleri bilerek düzenlemiş, imzalamış ve onaylamış bulunan kamu görevlilerine** (suç duyurusu/şikâyet sonucu uygulanan cezai yaptırımlar ve disiplin cezası yaptırımlarının dışında) **bunlara yapılan her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dâhil bir aylık net ödemelerin iki katı tutarına kadar idari para cezası verilir.** Özellikle belirtmek gerekir ki, bu cezanın uygulanması için bir kamu zararının oluşması gerekmektedir.

KMYKK'de bu cezaya ilişkin olarak, ceza kararını verecek makam, tahsil şekli ve zamanaşımı konuları düzenlenmiş, buna karşın, usul ve esaslara ilişkin ayrıntılı bir düzenleme yapılmamıştır. KMYKK'de düzenlenmeyen hususlarda ise, genel kanun niteliğindeki KK uygulanacaktır (KK m. 3);⁴⁴¹ bu kural, kanun yolu başta olmak üzere usul hükümleri yönünden önemlidir.

Para cezası KMYKK m. 73'te⁴⁴² belirtildiği üzere, ilgili kamu idaresinin üst yöneticisi tarafından verilir. Karar metni KK m. 25'te düzenlenen unsurları (bu unsurlar KK'ye tabi tüm idari para cezası kararları bakımından geçerlidir)

⁴⁴⁰ Maddede kamu zararı; **kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması** şeklinde tanımlanmıştır.

⁴⁴¹ KK'nin "Genel kanun niteliği" başlıklı 3. maddesine göre; Kanun'un idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde; diğer hükümleri ise, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacaktır.

⁴⁴² KK'nin "Para cezaları ve yetkili merciler" başlıklı maddesine göre, Kanun'da düzenlenen para cezaları ilgili kamu idaresinin üst yöneticisi tarafından verilir. İdari para cezaları, karar tarihini izleyen aybaşından (ilk maaş ödemesinden) başlayarak, maaşın dörtte biri oranında kesinti yapılarak tahsil olunur.

taşınmalıdır. Verilen idari yaptırım kararı KK m. 26'ya göre ilgisine tebliğ edilmelidir. İdari para cezası, KMYKK m. 73'e göre (m. 74'te belirtilen on yıllık zamanaşımı süresi içerisinde) ilgiliye yapılan aylık ödemelerden kesilerek veya ilgisinin rızasıyla daha kısa sürede (defaten veya taksitle) ödenebilir. On yıllık zamanaşımı süresi, zarara sebep olan fiili takip eden mali yılın başından başlamak (ve zamanaşımını kesen sebeplere ilişkin kurallar saklı kalmak) üzere hesaplanır.

Anlaşılacağı üzere KMYKK'de düzenlenen bu idari para cezası, kamu zararının oluşması, zararın fıkra da belirtilen fiillerle nedensellik (illiyet) ilişkisi içerisinde gerçekleşmiş olması ve cezanın zamanaşımı süresi içerisinde tespit ve tahsil edilmesi şartlarına bağlanmıştır. Açıktır ki, bu cezanın uygulanabilmesi için ihaleci idarenin KMYKK'ye tabi bir kurum ve kuruluş olması gerekmektedir;⁴⁴³ diğer bir ifadeyle, KİK'ye tabi olsa bile KMYKK'ye tabi olmayan kurum ve kuruluşlarda bu yaptırım uygulanamaz.

Belirtilen idari para cezalarından ikincisi, KİK Ek m. 8 uyarınca çıkarılan Yönetmelik gereğince verilen para cezasıdır. Yukarıda da belirtildiği gibi, KİK Ek m. 8'de, personel çalıştırılmasını konu alan hizmet alım ihalesi açılmasının izne olduğu, buna ilişkin usul ve esasların Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür. Bahsi geçen yönetmelik, **Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımlarında Uygun Görüş Alınması, Görevlilerin Sorumlulukları ile Yaptırımlar Hakkında Yönetmeliktir**. İhale sürecinde yer alan kamu görevlilerinin uyması gereken bir takım hususlar Yönetmeliğin "Sorumluluklar ve Yaptırımlar" başlıklı 6. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir;

"MADDE 6– (1) 4734 sayılı Kanunun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalesine çıkılmaması gerektiği hâllerde ihaleye çıkılamaz.

(2) 5 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen işler hariç, bu Yönetmelik kapsamında uygun görüş alınması gereken işler için kamu idarelerince uygun görüş alınmadan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalesine çıkılamaz.

(3) 4734 sayılı Kanunun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca yapılan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihaleleri çerçevesinde çalıştırılan personel ihale ve sözleşme konusu iş dışında başka bir işte çalıştırılmaz ve görevlendirilemez.

(4) 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası hükmüne aykırılık teşkil edecek şekilde işlem ve eylem yapılamaz.

(5) 4857 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen itiraz veya diğer kanun yollarına başvurulması zorunludur.

⁴⁴³ "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde belirtildiği üzere Kanun'un kapsamı, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahallî idarelerden oluşan **genel yönetim** kapsamındaki kamu idareleridir. Bunlar ise (Kanun ekindeki 4 adet cetvelde bütçe türleri ve isimleriyle sayılan) genel bütçeli idareler, özel bütçeli idareler, düzenleyici ve denetleyici kurumlar, sosyal güvenlik kurumları ile mahalli idarelerdir.

(6) Birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarda belirtilen kurallara aykırı olarak işlem ve eylem yapılması nedeniyle idare aleyhine zarar ortaya çıkması hâlinde, oluşan bu zararlar, bu zarara neden olduğu tespit edilenlere rücu edilmek suretiyle tahsil edilir. Ayrıca, bu kişiler hakkında uygulanacak ceza ve disiplin hükümleri saklı kalmak üzere, bu kişilere idarelerce, her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dâhil yapılan bir aylık net ödemelerin beş katı tutarında idari para cezası uygulanır.

(7) Beşinci fıkrada öngörülen itiraz veya diğer kanun yollarına başvurmeyen kişilere idarelerce, her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dâhil yapılan bir aylık net ödemelerin iki katı tutarında idari para cezası uygulanır.

(8) Bu maddede belirtilen idari para cezalarına ilişkin olarak 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanır.”

Maddede yer alan yükümlülüklerin (amir hükümlerin) ihlal edilmesi ve bu ihlal nedeniyle bir idare zararı oluşması halinde ise,⁴⁴⁴ ihlal oluşturan fiili işleyen idare görevlilerine (fiilin niteliğine göre maddede belirtilen ölçü ve esaslara göre miktarı tespit edilen) idari para cezası verilmesi ve idarece uğranan zararın ilgili idare görevlilerinden tahsil edileceği belirtilmiştir. İdari para cezası niteliğindeki bu yaptırıma KK uygulanacaktır (Yönetmelik m. 6/8). KK'nin uygulanması öngörüldüğünden, bu yaptırıma sebep olan fiil ve davranışın bir “kabahat” olduğunu kabul etmek uygun bir yaklaşım olacaktır. KK'ye tabi olması nedeniyle bu yaptırımda, KK'de belirtilen usule göre tebligat ve tahsilât yapılacak, KK'de belirtilen başvuru esas ve usulleri uygulanacak, yaptırımın uygulanmasına idarenin yanı sıra (KK m. 23 gereğince) Cumhuriyet savcısı veya (KK m. 24 gereğince) mahkeme tarafından da karar verilebilecektir. Bu Yönetmelik (dolayısıyla yaptırım da) KİK'ye tabi ihaleleri kapsamaktadır.

⁴⁴⁴ Ünal - Erol - Erol, *age.*, s. 196.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İDARİ YAPTIRIMLARA KARŞI BAŞVURU YOLLARI

I. GENEL OLARAK

İdari yaptırım kavram ve terimine ilişkin bilgilerin verildiği başlıklar altında da belirtildiği üzere, çalışmamız kapsamında incelenen idari yaptırımlarının tümü, hukuki nitelikleri itibarıyla birer idari işlem olduklarından, belirli özel düzenlemeler çerçevesinde idari başvuru ve her halükarda yargısal başvuru olanağı bunlar için de geçerlidir. Yargısal başvuru; ihalelere katılmaktan yasaklama, (idari yaptırım niteliğindeki) geçici teminatın gelir kaydı ve disiplin cezası işlemlerinde idare mahkemelerine; kamu görevlisine verilen idari para cezalarında ise, KK m. 27/8'de belirtilen hallerde⁴⁴⁵ idare mahkemelerine, aksi halde sulh ceza hâkimliğine yapılmaktadır. Ayrıca, Anayasa ve AİHS'de yer alan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi söz konusu ise, esas ve usulleri çerçevesinde bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine ve AİHM'ye başvurma olanağı da vardır.⁴⁴⁶

İdari başvuru, başvuruya konu idari işlemin (kararın) geri alınması, kaldırılması veya değiştirilmesi istemiyle (bu husustaki özel düzenlemeler de dikkate alınarak) kararı veren idari makamın üst makamına veya (üst makam yoksa) kararı veren idari makama başvurulmasıdır. Esasen isteğe bağlı olan idari başvuru, kanunla yapılan düzenlemelerle kimi durumlarda (yargısal başvurunun bir ön koşulu olarak) zorunlu tutulabilir. Zorunlu başvuru kurumunun amacı, mahkemeye başvurmadan önce idare ile bir uzlaşma ortamı aramak, uzlaşma olmaması halinde ise idarenin olumsuz tutumunu belgeleyen bir ön karar elde etmektir.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ Aşağıda da açıklanacağı üzere, anılan maddeye göre, idari para cezası işlemi ile birlikte (aralarında hukuki ve özellikle sebep-sonuç ilişkisi bulunan ve) yargısal denetimi idari yargının görev alanında yer alan başka bir idari işlem yapılmış ise her iki işlemin de yargısal denetimi idari yargı tarafından yapılacaktır.

⁴⁴⁶ Bu başlık altında, çalışmamız kapsamında yer alan idari yaptırımlara (idari kararlara) karşı, hukuka aykırılık iddiasıyla, idari mercilere ve/veya idari mahkemelere yapılabilecek olan veya yapılması öngörülen başvurulara ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır. Çalışmamızın amacı ve kapsamı dışında kaldığından, zorunlu idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesi koşuluna bağlı olarak gidilmesi olanağı bulunan (Anayasa ve AİHS ile teminat altına alınan temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddiasıyla) Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, (idarenin işleyişiyle ilgili olarak şikâyet yoluyla) kamu denetçisine şikâyet başvurusu ve (AİHS ile teminat altına alınan hakların ihlal edildiği iddiasıyla) AİHM'ye başvuru yolları (konuları) ele alınmayacaktır.

⁴⁴⁷ Gürsel Özkan, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu İdari Başvuru Yolları", *TAAD*, S. 174, (Yıl 5) Nisan 2014, s. 73.

Yargısal başvuru ise, açık olduğu üzere yargı organlarına işlemin iptali ve/veya tazminat istemiyle yapılan başvurudur. Bu başvuru olanağı, ihale ve (kimi durumlarda) sözleşme sürecinde gerçekleştirilen idari işlemler için idari yargı yerlerine, sözleşme sürecinde sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar için ise adli yargı yerlerine başvurularak kullanılmaktadır.⁴⁴⁸ İdari işlemler, İYUK m. 2’de

⁴⁴⁸ Akyılmaz - Sezginer - Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 519.

Uyuşmazlık Mahkemesinin 29.12.2014 tarih 2014/1097 E. ve 2014/1145 K. sayılı kararında da ifade edildiği üzere, ihale sürecinde (sözleşme imzalanmadan önceki süreçte) gerçekleştirilen ihale işlemleri nedeniyle açılan davaların idari yargı yerlerinde, sözleşme sürecinde (sözleşme imzalandıktan sonra) gerçekleştirilen ihale işlemlerinin ise (sözleşme ve özel hukuk hükümleri çerçevesinde) adli yargı yerlerinde görülüp çözümlenmesi temel kuraldır. Söz konusu kararın ilgili kısımları şöyledir: “(...) 4734 sayılı Kamu ihale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu ihale Sözleşmeleri Kanunu’nun kamu hukukunu ilgilendiren yasalar olması nedeniyle, sözleşme aşamasına kadar yasaya dayanılarak idarece alınan karar ve yapılan işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların idari yargı yerinde, sözleşme yapıldıktan sonra sözleşme hükümlerinin uygulanması nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların ise sözleşme ve özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde görülmesi gerekmekte ise de, sözleşme yapıldıktan sonra tesis edilse bile sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanmayan, sözleşmeden doğan bir hak veya alacağın takibi niteliğini taşımayan, idarenin kamu gücüne dayanarak ve tek yanlı olarak tesis ettiği idari işlemlerin iptali istemiyle açılan veya bu nitelikteki idari işlemler nedeniyle doğan tazminat istemleri nedeniyle açılan davaların da idari yargı yerinde görülüp çözümlenmesi gerektiği tartışmasızdır, (...)” www.uysuzmazlik.gov.tr, 22.9.2018.

Uyuşmazlık Mahkemesinin konuyla ilgili diğer bir kararı olan 2014/1145 K. ve 30.11.2015 tarih 2015/707 E. ve 2015/762 K. sayılı kararın ilgili kısımları şöyledir: “(...) 05.01.2002 tarih ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun “Kapsam” başlıklı 2. maddesinde; “Bu Kanun, Kamu İhale Kanununa tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsar.” denilmiş, “İlkeler” başlıklı 4.maddenin 3.fıkrasında; “...Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur.” denilmiştir. Belirtilen yasal düzenlemeler çerçevesinde, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun kamu hukukunu ilgilendiren yasalar olması nedeniyle, sözleşme aşamasına kadar yasaya dayanılarak idarece alınan karar ve yapılan işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların idari yargı yerinde, sözleşme yapıldıktan sonra sözleşme hükümlerinin uygulanması nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların ise sözleşme ve özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde görülmesi gerekmekte ise de, sözleşme yapıldıktan sonra tesis edilse bile sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanmayan, sözleşmeden doğan bir hak veya alacağın takibi niteliğini taşımayan, idarenin kamu gücüne dayanarak ve tek yanlı olarak tesis ettiği idari işlemlerin iptali istemiyle açılan veya bu nitelikteki idari işlemler nedeniyle doğan tazminat istemleri nedeniyle açılan davaların da idari yargı yerinde görülüp çözümlenmesi gerektiği tartışmasızdır. İdari sözleşmeler, idarelerin tek yanlı, kamusal yetkiye dayanarak, kamu hizmetinin gereklerinin yerine getirilmesi için kamu yararı amacı ile taraflar arasında akdedilen ve idareye üstün hak ve yetkiler veren, gerektiğinde tek yanlı değişiklik ve fesih yetkisini de idareye tanıyan nitelikte sözleşmelerdir. Kamu idarelerinin özel hukuk alanında akdettikleri sözleşmelerin ise; idari sözleşme niteliği taşımayıp, özel hukuk kurallarına göre düzenlendiği kuşkusuzdur. Öte yandan, idarelerce mal veya hizmet alımı için ihaleye çıkılması safhasında ihalenin sonuçlanıp kesinleşmesine kadar geçen aşamada tesis edilen işlemlerin idari nitelikte olduğu kabul edilmekte ve bu aşamada ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözümünün idari yargı yerlerine, ihalenin kesinleşmesi ve sözleşmenin akdedilmesinden sonraki aşamada idare ile yüklenici arasındaki sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözümünün ise özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerlerine ait olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Somut olayda, ihaleyi kazanan davacı şirketin, sözleşmeye aykırı olarak yüklendiği işi süresinde yerine getirmediği gerekçesiyle davalı idare tarafından sözleşmenin tek taraflı olarak feshedildiği, davacı şirketin ise, hukuka aykırılığını öne sürdüğü bu işlemin iptalini talep ettiği anlaşıldığından,

ifadesini bulduğu üzere, **yetki, şekil, sebep, konu ve maksat** yönlerinden en az biri ile hukuka aykırı oldukları iddiasıyla (menfaati ihlal edilenler tarafından) idari yargıda iptal davasına ve (kişisel hakları doğrudan ihlal edilenler tarafından) yine idari yargıda tam yargı (tazminat) davasına konu edilebilirler.⁴⁴⁹ İdari işlemlerin iptali için açılan iptal davalarının varlık sebebi (ve işlev ve amacı), işlemlerin bağımsız yargı organlarınca denetlemesini, bu suretle idarenin hukuka uygunluğunu, daha doğru bir ifadeyle, idarenin hukuka uygun işlemler yapmasını (diğer bir ifadeyle, hukuka uygun olmayan işlemler yapmamasını) sağlamaktır. İdari işlem ve eylemler nedeniyle açılan tam yargı (tazminat) davaları için de genel olarak aynı durum geçerli olmakla birlikte, buradaki amaç esasen, kişilerin idare tarafından (idari işlem ve eylemler sebebiyle) uğratıldıkları zararların tazmininin sağlanmasıdır.

İdari işlemleri de kapsayan yargısal başvuru veya mahkemeye erişim hakkına ilişkin güvence niteliğindeki temel ve çerçeve niteliğindeki hükümler Anayasa'nın 36, 40, 74 ve 125. maddeleri ile AİHS'nin 13. maddesinde⁴⁵⁰ yer almıştır. Bunun yanında, KİK'ye tabi ihalelere özgü olmak üzere Kanun'un "Yargısal inceleme" başlıklı 57. maddesinde, "**Şikâyetler ile ilgili Kurum tarafından verilen nihai kararlar Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinde dava konusu edilebilir ve bu davalar öncelikle görülür.**" demek suretiyle, Kamu İhale Kurumu tarafından (itirazın şikâyet üzerine) verilen kararların yargı denetimine tabi olduğuna ilişkin özel bir düzenleme yapılmıştır. Öte yandan, uluslararası düzenlemelerde de, ihalelere karşı yapılan başvurular neticesinde bağımsız idari otoriteler (Türkiye'de Kamu İhale Kurumu) tarafından alınan kararlara karşı yargı yolunun açık bulunmasını öngören düzenlemeler vardır.⁴⁵¹

KİK'de, bu Kanun'a göre yapılan ihalelerin ihale sürecindeki⁴⁵² işlem ve

uyuşmazlığın çözümünde özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna ulaşılmıştır. (...)" www.uyusmazlik.gov.tr, 22.9.2018.

⁴⁴⁹ Akyılmaz - Sezginer - Kaya, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, s. 386.

⁴⁵⁰ Sözleşmenin "Etkili Başvuru Hakkı" başlıklı 13. maddesi, hem idari ve hem de yargısal başvuru hakkını kapsamaktadır. Madde şöyledir: "**Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir.**" <https://www.echr.coe.int>, 25.9.2018.

⁴⁵¹ Birleşmiş Milletler UNICITRAL Model Kanununda ve Avrupa Birliği Şikâyet Direktifinde bu kararların yargı denetimine açık olması gerekliliği vurgulanmaktadır. Sait Yalazay, **4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamında Yapılan İhalelere Karşı İdari Başvuru Yolları**, Doktora Tezi, İÜSBE, Tez Danışmanı: Doç. Dr. Melikşah Yasin, İstanbul, 2014, s. 265.

⁴⁵² KİK'ye göre yapılan ihalelerde ihale süreci, (ihale yetkilisince) ihale onayının verildiği tarihten, sözleşmenin taraflarca imzalandığı (noter onayına tabi sözleşmelerde noterce onaylandığı) tarihe kadar geçen süreci ifade etmektedir. Dolayısıyla bu süreç içerisindeki işlemler şikâyete (ve dolayısıyla itirazın şikâyete) konu edilebilir. Oğuz Sancakdar, "Kamu İhale Kurulu Kararlarının

eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklara özgü olan (DİK ve KİSK süreçlerini kapsamayan) şikâyet ve itirazın şikâyet olarak isimlendirilen iki aşamalı bir idari başvuru yolu öngörülmüştür.⁴⁵³ KİK m. 54/2’de yer alan, “**Şikâyet ve itirazın şikâyet başvuruları, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yollarıdır.**” hükmünden açıkça anlaşılacağı gibi, öngörülen iki aşamalı başvuru yolu tüketilmeden yargısal başvuru yapılamayacaktır.⁴⁵⁴ Ancak, özellikle belirtmek gerekir ki, bu iki aşamalı idari başvuru yolu, (çalışmamız kapsamında incelenen yaptırımlardan) ihale sürecinde uygulanan geçici teminatın gelir kaydı yaptırımını kapsamamasına karşın, ihale sürecinde gerçekleştirilen bir işlem sayılmaması (ihale süreciyle irtibatlı ve fakat ihale işlemleri dışında bir işlem sayılması) nedeniyle ihalelere katılmaktan süreli yasaklama yaptırımını kapsamamaktadır. Bu husus aşağıda (yargısal başvuru başlığı altında, daha ayrıntılı olarak) açıklanacaktır.

DİK’ye tabi ihalelerin ihale ve sözleşme sürecindeki tüm işlemler (dolayısıyla, teminatın gelir kaydı ve ihalelere katılmaktan süreli yasaklama yaptırımları) için Kanun’da özel nitelikte ve zorunlu (yargısal başvurudan önce tüketilmesi gereken) bir idari başvuru yolu öngörülmemiştir.⁴⁵⁵

DMK’ye tabi disiplin cezaları için (doğrudan doğruya yargısal başvuruya tabi tutulan memuriyetten çıkarma cezası hariç olmak üzere) “**itiraz**” olarak isimlendirilen bir idari başvuru yolu öngörülmüştür. İtiraza tabi cezalarda itiraz yolu memur yönünden etkili bir başvuru yolu olmakla birlikte, yargısal başvurudan önce tüketilmesi zorunlu bir yol değildir.

Yargısal Denetimi Bağlamında Yürütmenin Durdurulması ve Hukukî Sonuçları”, **DEÜHFD**, C. 16, Özel Sayı, 2014, s. 3846.

⁴⁵³ Akyılmaz - Sezginer - Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 549.

⁴⁵⁴ Belirgin bir örnek olması bakımından, ihalenin iptaline yönelik olarak ihale yetkilisince verilen kararın da zorunlu idari başvuru sürecine tabi olmadığını özellikle belirtmek gerekir. Bkz. **A.y.**, s. 3908.

⁴⁵⁵ Kamu alımlarının (kamu ihalelerinin) denetimi kapsamında, ihale sürecinde ihale işlemleriyle ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklarda idari ve yargısal başvuru yollarına ilişkin AB düzenlemeleri ve uygulamalarına bakıldığında; AB düzeyinde, uyuşmazlıkların çözümü konusunda 80/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı İnceleme Direktifleri (Remedies Directive) kabul edilerek, başvuruların doğrudan yargı organlarına veya bu konuda görevlendirilmiş bir kuruma yapılabileceği belirtilmiştir. Burcu Zernişan Öcal Çiftçi, Hakkı Hakan Yılmaz, “Kamu İhale Sisteminin Etkinliği: Türkiye’de Şikâyet Süreçlerinin Belirleyicileri Üzerine Ampirik Bir Analiz”, **Maliye Dergisi**, S. 174, Ocak-Haziran 2018, s. 304.

AB ülkelerine bakıldığında, Fransa, Hollanda, İsveç, Finlandiya, Lüksemburg, Belçika, Portekiz, Litvanya ve Yunanistan’ın kamu alımlarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde doğrudan yargı yerlerine başvuru mekanizmasını benimsediği görülmektedir. Dursun Ali Demirboğa, “Mukayeseli Hukukta Kamu İhale Uyuşmazlıklarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları”, s. 5, www.academia.edu, 12.6.2019.

Kamu görevlisine KMYKK ve ilgili Yönetmelik gereğince verilen ve KK'ye göre uygulanan idari para cezalarında zorunlu bir idari başvuru yolu öngörülmemiştir. Bunlar için doğrudan yargısal başvuru yapılmalıdır.

Kanunda zorunlu başvuru yolu öngörülmeleyen yaptırımlar için, doğrudan yargısal başvuru yoluna gidilmeden (dava açılmadan) önce İYUK'nin "Üst makamlara başvurma" başlıklı 11. maddesine göre (isteğe bağlı olarak) idareye başvuruda bulunulması bizce her zaman mümkündür; ancak, İYUK m. 20/A'ya göre ivedi yargılama usulüne tabi idari işlemlerden olan ihale sürecindeki işlemler nedeniyle, İYUK m. 29/A-2-b hükmü gereğince bu başvuru dava açma süresini durdurmaz.

II. İDARİ BAŞVURU

A. Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama ve Teminatın Gelir Kaydı İşlemlerine Karşı

KİK'ye tabi bir ihalenin ihale sürecinde gerçekleştirilen (ve bu nedenle "ihale işlemi" niteliğine sahip olan) geçici teminatın gelir kaydı işlemi için, zorunlu idari başvuru yolları öngörülmüştür. Buna karşın, ihale sürecinde gerçekleştirilmiş olsa dahi uygulamada bir "ihale işlemi" (daha doğru bir ifadeyle, ihale sürecinin asli işlemlerinden) sayılmayan ihalelere katılmaktan süreli yasaklama işlemi (yasaklama işlemiyle bir arada gerçekleştirilen ve yasaklama işleminden ayrılabilen diğer işlem ve eylemler hariç olmak üzere) zorunlu idari başvuru yoluna tabi tutulmamıştır.⁴⁵⁶

⁴⁵⁶ İtirazen şikâyet kurumunun ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı için uygulanamayacağı, çünkü Kamu İhale Kurumunun bu konuda bir yetkisi olmadığı değerlendirilmesini içeren Danıştay kararının ilgili kısımları şöyledir: "(...)Temyize konu Mahkeme kararının dava konusu işlemin davacı şirket hakkında yasaklama işlemlerinin başlatılmasının hukuka uygun olduğunun değerlendirilmesine ilişkin kısmı bakımından davanın reddine yönelik bölümüne gelince; (...) 4734 sayılı Kanun sistematik olarak incelendiğinde, Kamu İhale Kurulu'nun görev ve yetkilerinin Kanun'un üçüncü kısmında yer aldığı görülmektedir. Kanun'un üçüncü kısımda yer alan 53. maddesinde, "ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece (ihaleyi yapan bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlarca) yapılan işlemlerde Kamu İhale Kanunu ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri sonuçlandırmak" ve "haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak" Kurum'un görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. İhalelere katılmaktan yasaklama ise, Kanun'un dördüncü kısmında yer alan 58. maddede ayrıca düzenlenmiş, yasaklama kararlarının ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan 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 verileceği belirtilerek yasaklamaya yetkili makamlar açıklığa kavuşturulmuştur. Bu maddenin gerekçesinde, ihaleye katılmaktan yasaklama kararlarını vermeye yetkili merciler açıkça belirlenerek bu konuda doğabilecek tereddütlerin giderildiği belirtilmiştir. Kamu İhale Kurumu'na haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak dışında yasaklama kararlarının bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri inceleyerek

İhalelere katılmaktan süreli yasaklama işlemine karşı idari başvuru yollarının (özellikle itirazın şikâyet başvuru yolunun) kapatılmasının, daha doğru bir ifadeyle şikâyet ve itirazın şikâyet yolunu öngörmeyen kanuni düzenlemelerin isabetli olmadığı görüşündeyiz.⁴⁵⁷ İhalelere katılmaktan süreli yasaklama işlemi, ihale sürecinde idare tarafından gerçekleştirilen, ihale sürecinden ayrı ve bağımsız bir işlem olarak kabul edilmesi mümkün olmayan bir işlemdir. Uygulanmasına ilişkin usul ve esasların ihale kanunlarında düzenlenmiş olması bu niteliğini teyit eden bir durumdur. Öte yandan, ihale işlemlerinin düzenlenip denetlenmesi amacıyla kurulan bir kurum olan Kamu İhale Kurumu var iken, esasen bir ihale işlemi niteliğinde olan ihalelere katılmaktan süreli yasaklama işleminin Kurumun denetim alanında olan bir işlem olarak kabul edilmemesi Kurumun kamu ihalelerinde sağlayacağı (sağlaması amaçlanan) ekonomik ve hukuki faydalarda bir kayba yol açmaktadır. Belirtilen nedenlerle, ihalelere katılmaktan süreli yasaklama işlemine karşı, yargısal başvurudan önceki süreçte Kamu İhale Kurumuna itirazın şikâyet yapılmasını gerektiren bir kanuni düzenleme yapılması gerekmektedir.

KİK'ye tabi ihalelerde ihale sürecinde gerçekleştirilen idari işlemlere karşı, işlemin iptali amacıyla yapılan idari başvuru ile ilgili olarak KİK'nin 54, 55 ve 56. maddelerinde (geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımının iptaline yönelik davalardan önceki süreci kapsayan, ancak ihalelere katılmaktan yasaklama, sözleşme

sonuçlandırmak gibi bir görev ve yetki verilmediği, yasaklama kararlarının ihale sürecinde tesis edilen işlemlerden bağımsız olarak tesis edildiği, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerden kastedilenin ihaleyi yapan idarece yapılan işlemler olduğu, ihaleden yasaklama kararları ise mutlaka ihaleyi yapan idarece alınmadığından ve (...) tarafından ihaleden yasaklama kararı verildiğinden, ihaleden yasaklama işlemlerinin başlatılmasına ilişkin işlemlerin ve ihaleden yasaklama kararlarının hukuka uygunluğunu değerlendirme konusunda Kamu İhale Kurulu'nun herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır. Bu itibarla dava konusu işlemin davacı hakkında yasaklama işlemlerinin başlatılmasının hukuka uygun olduğunun değerlendirilmesine ilişkin kısmında hukuka uygunluk, Mahkeme kararının bu kısım bakımından davanın reddine yönelik bölümünde ise hukuki isabet bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle; davacının temyiz isteminin kısmen reddi ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca Ankara 7. İdare Mahkemesinin 27.07.2016 tarih ve E:2016/2784, K:2016/2958 sayılı kararının; dava konusu işlemin, davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatın gelir kaydedilmesinin hukuka uygun olduğunun değerlendirilmesine ilişkin kısmı bakımından davanın reddine yönelik bölümünün ONANMASINA oybirliğiyle; temyiz isteminin kısmen kabulü ile davacı hakkında yasaklama işlemlerinin başlatılmasının hukuka uygun olduğunun değerlendirilmesine ilişkin kısmı bakımından davanın reddine yönelik bölümünün BOZULMASINA ve bu kısım yönünden DAVA KONUSU İŞLEMİN İPTALİNE oyçokluğuyla, (...) 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), ... tarihinde karar verildi." D13D, E. 2016/4514, K.2016/4063, KT. 5.12.2016. www.danistay.gov.tr, 8.7.2018.

⁴⁵⁷ İhalelere katılmaktan yasaklama işleminin şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusuna konu edilebilmesi gerektiği görüşünü savunan yazarlar da vardır. Örnek olarak, bkz.: Eren Toprak, "Kamu İhale Mevzuatında Yasaklama Kararına İlişkin Bazı Hüküm ve Düzenlemelerin Değerlendirilmesi", *THD*, S. 35, 2009, s. 83.

sürecinde kesin teminatın gelir kaydedilmesi ve görevlilere yönelik idari yaptırımları kapsamayan) **şikâyet** ve **itirazın şikâyet** olmak üzere iki aşamalı, yargısal başvurudan önce tüketilmesi zorunlu bir başvuru sürecini öngören ve özel hüküm niteliğinde olan düzenlemeler bulunmaktadır.⁴⁵⁸ DİK’de (ve esasen özel hukuk hükümlerine tabi olan sözleşme sürecini düzenleyen) KİSK’de ise buna benzer (KİK’deki gibi zorunlu idari başvuruyu öngören) özel hüküm niteliğinde bir düzenlemeler yoktur.⁴⁵⁹

KİK m. 54’te (1. ve 2. fıkralarda);

“İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem ve eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler, bu Kanun’da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilirler. Şikâyet ve itirazın şikâyet başvuruları, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yollarıdır.”

Şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Yine KİK’de düzenlendiği üzere, sadece ihale sürecindeki işlem ve eylemleri kapsayan ve yargısal başvuru yapılmadan önce tüketilmesi gereken zorunlu yollar olan başvurulardan şikâyet başvurusu idareye, itirazın şikâyet başvurusu ise, Kamu İhale Kurumunun görev ve yetkilerini düzenleyen KİK m. 53/b-1’de yer alan;

“1) ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırmak.”

Düzenlemesi gereğince, bu hususta görevli ve yetkili olan Kamu İhale Kurumuna yapılmaktadır. Zorunlu idari başvuru düzenlemelerinin kapsamında yer almayan ihalelere katılmaktan süreli yasaklama işlemi için (isteğe bağlı olarak İYUK m. 11’e göre idareye yapılan başvurudan sonra veya) doğrudan doğruya yargısal

⁴⁵⁸ Şikâyet ve itirazın şikâyet kurumlarının temel usul ve esasları KİK’nin 54, 55 ve 56. maddelerinde, ayrıntıları ise **İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik**’te (RG. 3.1.2009 - 17848) ve **İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ**’de (RG. 28.1.2009 - 27124) düzenlenmiştir. Şikâyet ve itirazın şikâyet kurumlarına ilişkin söz konusu düzenlemeler, anılan Yönetmeliğin “Kapsam” başlıklı 1. maddesinde de belirtildiği üzere KİK’ye tabi ihalelerde ihale sürecinde gerçekleştirilen işlemleri kapsamakta olup sözleşme sürecinde gerçekleştirilen işlemleri ve DİK’ye göre gerçekleştirilen ihaleleri kapsamamaktadır.

Öte yandan, 2018 yılında Kurum’a itirazın şikâyet yoluyla yapılan başvuru sayısının 2017 gibi yüksek bir sayıda olması (Kaynak: 2018 Yılı Kamu Alımları İzleme Raporu. www.kik.gov.tr, 10.3.2019) bizce dikkate değer bir durumdur. Bu sayı, idarelerin ihalelerde hâkim olması gereken (güvenirlilik başta olmak üzere) temel ilkelere yeterince riayet etmediği veya (en azından) istekliler nezdinde bu yönde bir kanaatin hâkim olduğuna işaret eden bir veri olarak değerlendirilebilir görüşündeyiz.

⁴⁵⁹ Dolayısıyla, DİK’ye tabi ihalelerde uygulanan idari yaptırımlara karşı idari başvuru yapılmadan (doğrudan) iptal davası açılabilir. İsteğe bağlı olarak İYUK’nin “Üst makamlara başvurma” başlıklı 11. maddesine göre idareye başvuruda bulunmak mümkündür. Ancak, idari eylemlerle hak ihlali nedeniyle tam yargı davası açılmak istenmesi halinde, İYUK’nin 13. maddesinde yer alan amir hüküm nedeniyle, idareye başvuruda bulunulması zorunludur.

başvuruda bulunulması gerekmekte iken, düzenlemeler kapsamında yer alan ihale sürecinde teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımında bu yollar (sırasıyla) tüketilmeden yargısal başvuruda bulunulması (iptal davası açılması) hukuka aykırılık teşkil eder; bu suretle dava açılması, KİK m. 54/2’de yer alan, “**Şikâyet ve itirazın şikâyet başvuruları, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yollarıdır.**” hükmünün zorunlu bir sonucu olarak (dava dilekçesinin ilk incelemesi sırasında dikkate alınacak olan) **idari merci tecavüzü**⁴⁶⁰ durumunu oluşturacaktır.⁴⁶¹ Bununla birlikte, geçici teminatın gelir kaydedilmesi işleminin iptali yerine, gelir kaydedilen teminatın faiziyle birlikte ödenmesi amacıyla şikâyet-itirazın şikâyet yoluna gitmeden doğrudan doğruya tazminat (tam yargı) davası açılmasının da mümkün olduğuna yönelik görüşler vardır; Danıştay, bu görüşü teyit eder içerikte olan bir kararında, idari işlemlerden kaynaklandığı öne sürülen tazminat taleplerini içeren davaların doğrudan doğruya mahkemenin incelemesine tabi olduğunu, bu nedenle, geçici teminatın gelir kaydedilmesi işleminin iptali dışında sadece tazminat talebi içeren bir davada davacının şikâyet ve itirazın şikâyet yoluna gitmeden doğrudan doğruya idare mahkemesinde dava açabileceğini değerlendirmiştir.⁴⁶² Biz

⁴⁶⁰ Zorunlu idari başvuru yolları tüketilmeden idari yargı yerinde dava açılması halinde, İYUK m. 14/3-b gereğince bu durum dilekçeler üzerinde ilk inceleme sırasında tespit edilir ve aynı Kanun’un 15/e maddesine göre dilekçenin görevli idare merciine (şikâyet başvurusu için idareye, itirazın şikâyet başvurusu için Kamu İhale Kurumuna) tevdiine karar verilir. Akyılmaz - Sezginer - Kaya, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, s. 211, 212; Ramazan Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, 9. bsk., Ankara, Seçkin, 2017, s. 300; Ender Ethem Atay, Ender Ethem Atay, **İdari Yargılama Hukuku** (Editör: İbrahim Ermenek), Ankara, Seçkin, 2018, S. 146, 86, 108, 137.

⁴⁶¹ DİDDK’nin 8.4.2011 tarih 2007/2732 E. ve 2011/224 K. sayılı kararının ilgili bölümleri şöyledir: “(...) Davaya konu uyuşmazlıkta da, geçici teminatın irat kaydedilmesine ilişkin işlem ihale süreci içerisinde tesis edilen bir işlem olduğundan, Daire kararında da değinildiği gibi dava açılmadan, öncelikle idareye şikâyet başvurusunda bulunarak buradan alınan yanıt üzerine bu işlemleri incelemeye yetkili olan Kamu İhale Kurumuna yapılacak itirazın şikâyet başvurusu üzerine dava açılması gerekmekte olup, belirtilen idari usul yolu tüketilmeden açılan davanın esasını inceleyen Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüne, Ankara 6. İdare Mahkemesince verilen 15.3.2007 günlü, E:2007/99, K:2007/683 sayılı ısrar kararının Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen karar doğrultusunda bozulmasına, dosyanın anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine, 8.4.2011 gününde oyçokluğu ile karar verildi.” www.danistay.gov.tr, 26.5.2018.

⁴⁶² “(...)4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 54. maddesinde, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerin, bu Kanun’da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilecekleri, şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularının, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolları olduğu, 57. maddesinde ise şikâyetler ile ilgili Kurum tarafından verilen nihai kararların Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinde dava konusu edilebileceği kuralına yer verilmiştir. Geçici teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin işlemler de ihale süreci içerisinde ve dolayısıyla idari itiraz uygulamasına tâbi işlemler olduğundan, bu işlemlere karşı şikâyet ve itirazın şikâyet başvuruları yapıldıktan sonra, Kurul’ca bir karar alınmadan dava açılmaz. Ancak, idari işlemlerden kaynaklandığı öne sürülen tazminat taleplerini içeren davaların doğrudan mahkemenin incelemesine tabi olan davalar olduğu da kuşkusuzdur.

bu kararın ve bu yönde yapılacak uygulamanın KİK m. 54'te yer alan (zorunlu başvuru yolunu öngören) hükme belirgin biçimde aykırı olduğu görüşündeyiz.

Şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularına ilişkin usul ve esaslar KİK'nin 54, 55 ve 56. maddelerinde, İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik'te ve nihayet Kamu İhale Kurumunca çıkarılan İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ'de düzenlenmiştir. Bunlara göre; itiraza konu işlemin hukuka aykırılığı iddiasıyla (işlemin farkına varıldığı veya varılması gereken tarihi izleyen günden itibaren on gün içinde)⁴⁶³ ihaleyi yapan idareye yazılı olarak yapılır. İdare, şikâyet başvurusu üzerine gerekli incelemeyi yaparak on gün içinde (ihalenin iptali, düzeltici işlem belirlenmesi veya ret yönünde) gerekçeli bir karar alır ve kararını üç gün içerisinde ilgililere bildirir. Belirtilen süre içinde bir karar alınmaması durumunda karar verme süresinin bitimini, süresinde alınan kararın uygun bulunmaması durumunda ise kararın bildirimini izleyen on gün içinde Kuruma itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabilir. İtirazın şikâyetin incelenmesi kapsamında Kurul tarafından gerekli görülen hallerde taraflar ve ilgililer dinlenebilir. Kurum itirazın şikâyetine ilişkin (ihalenin iptali, düzeltici işlem belirlenmesi ve ret yönündeki) nihai kararını, bilgi ve belgeler ile ihale işlem dosyasının kayıtlara alındığı tarihi izleyen yirmi gün içinde vermek zorundadır. Kurul tarafından verilen kararlar, beş iş günü içinde taraflara tebliğe çıkarılır. KİK m. 57'de de belirtildiği gibi, Kurum tarafından verilen nihai kararlar Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinde dava konusu edilebilir ve bu davalar öncelikle görülür.

B. Kamu Görevlilerine Yönelik İdari Yaptırımlara Karşı

1. Disiplin Cezalarına Karşı

DMK'de (memuriyetten çıkarma cezası hariç olmak üzere) disiplin cezalarına karşı itiraz niteliğinde olan bir idari başvuru yolu olanağı tanınmıştır. İdari başvurunun yanı sıra, her halükarda, yargısal başvuru olanağı bulunmaktadır.

Disiplin cezası verilmesine ilişkin karar (idari işlem) idari ve yargısal başvuru

Dosyanın incelenmesinden; davalı idarece gelir kaydedilen 975.000 TL. geçici teminatın faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle İzmir Büyükşehir Belediyesi Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü'ne karşı bakılan davanın açıldığı, bu davanın teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin işlemin iptali istemini içermediği, gelir kaydedilen geçici teminatın faiziyle birlikte ödenmesi istemli bir dava olduğu, dolayısıyla doğrudan mahkemenin incelemesine tabi olan tam yargı davası niteliği taşıdığı anlaşıldığından dava dosyasının İzmir Büyükşehir Belediyesi Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü'ne tevdi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle; temyiz isteminin kabulü ile (...)"

⁴⁶³ KİK'nin 21/b, c maddelerine göre yapılan ihalelerde bu süre beş gündür.

yolları ve başvuru süreleri de gösterilmek suretiyle memura tebliğ edilir.⁴⁶⁴ İtiraza tabi cezalarda itiraz mercileri DMK'nin 135./1 maddesinde, **“Disiplin amirleri tarafından verilen uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarına karşı disiplin kuruluna, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına karşı yüksek disiplin kuruluna itiraz edilebilir.”** şeklinde açıkça düzenlenmiştir. Özel bir itiraz yolu öngörülme-yen memuriyetten çıkarma cezasında memurun, İYUK m. 11 çerçevesinde üst makama, üst makam yoksa işlemi yapan makama itiraz başvurusu yapılabileceği de (haklı olarak) düşünülebilir.⁴⁶⁵ Kanunda açıkça yasaklanmamasına karşın sırf kanunlarda idari başvuru yolu öngörülmediği gerekçesiyle bazı disiplin cezalarında idari başvuru yolunun kapatılmasının, hakkaniyete aykırı olduğu gibi usul ekonomisi yönünden de isabetli bir yaklaşım olmadığı (haklı olarak) savunulmaktadır.⁴⁶⁶

İtirazda bulunulmaması halinde disiplin cezası (itiraz için tanınan yedi günlük sürenin dolmasıyla) kesinleşir.⁴⁶⁷ İtirazda bulunulmuş olması halinde ise itirazın (itirazın incelenmesi için Kanun'un tanıdığı otuz günlük süre içerisinde) reddedilmesi veya altmış gün içerisinde itiraza cevap verilmeyerek itirazın -İYUK m. 11'e göre- zımnen reddedilmiş sayılmasıyla kesinleşme gerçekleşir. Ceza kesinleşmeden (idari yargıda) dava konusu edilemez.

İtirazın, cezanın tebliği tarihinden itibaren yedi gün içerisinde yapılması gerekmektedir. Bu süre hak düşürücü niteliktedir; (mücbir sebepler hariç olmak üzere) bu süre geçtikten sonra başvuru yapılması halinde başvurunun reddedilmesi gerekir. Yedi gün içerisinde itirazda bulunulmaması, itirazın reddedilmesi veya cevapsız bırakılarak zımnen reddedilmesi halinde ceza kararı kesinleşir. Bu suretle kesinleşen disiplin cezası artık idare tarafından (bir idari işlemle) geri alınamaz (disiplin cezalarının geri alınamaması ilkesi).⁴⁶⁸ Buna karşın, idarenin, hukuka aykırı

⁴⁶⁴ Başvuru yollarının gösterilmesi Anayasa m. 40/2'de yer alan, **“Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.”** hükmünün bir gereğidir.

⁴⁶⁵ Akyılmaz - Sezginer - Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 776.

⁴⁶⁶ Yasin Sezer, Hüseyin Bilgin, “Danıştay Kararlarında İdari Başvurular”, **AÜHFD**, C. 57, S. 4, 2008, s. 343.

⁴⁶⁷ DMK m. 135/1'de yer alan idari başvuruya ilişkin düzenlemede idari başvuru yolunun isteğe bağlı olduğu düşüncesini doğuracak şekilde “...başvurulabilir.” denilmesi (“...başvurulması gerekir.” denilmemiş olması) nedeniyle, idari başvuru yapılmadan doğrudan dava açılmasının da mümkün olduğu, diğer bir ifadeyle idari başvurunun isteğe bağlı olduğu (zorunlu olmadığı) görüşündeyiz.

⁴⁶⁸ Kaya, “Memur Suç ve Cezalarına...”, s. 69.

Bir Danıştay kararında da ifade edildiği üzere; Disiplin cezası vermeye yetkili organlar, bu organların oluşumu, çalışma usulü, karar oluşturulması, bu kararlara itiraz ve bütün bu sürecin her aşaması için öngörülen süre koşulları ile disiplin cezası işlemi sıkı şekil şartına bağlı olarak uygulanabilmektedir. Bu özellik, disiplin cezasının yeni bir idari işlemle ortadan kaldırılmasına engeldir. Ceza ancak bir yargı kararı yahut yasama tasarrufu ile iptal edilebilir veya ancak disiplin

olarak verilmiş olan disiplin cezasını her zaman (kesinleştikten sonra da) geri alabileceğini savunan yazarlar da vardır.⁴⁶⁹ İtiraz mercileri itiraz istemini (itiraz dilekçesinin kendilerine intikalinden itibaren) otuz gün içerisinde karara bağlamak zorundadırlar. İtirazın kabulü halinde disiplin amirleri kararı gözden geçirerek cezayı hafifletebilecekleri gibi kaldırabilirler de. Madde metninden açıkça anlaşılabilir gibi, disiplin amirlerinin cezayı sadece hafifletme veya kaldırma yetkisi vardır. İtirazı değerlendiren kurullar ve disiplin amiri, memurun aleyhine sonuç doğuran bir karar alamaz, yani cezayı ağırlaştıramaz.⁴⁷⁰ Disiplin cezası verilmesine ilişkin kararda olduğu gibi, itiraza ilişkin kararların da gerekçeli olması gerekir. Yukarıda da belirtildiği gibi, gerekçe, hukuki bir zorunluluk olduğu gibi, kararlarda takdir yetkisinin hukuka uygun kullanıldığına ortaya konulması ve yargısal denetimi kolaylaştırması bakımından da çok faydalı bir araçtır. İtirazın kabul edilmemesi veya zımnen reddedilmesi halinde idari yargıya (İYUK m. 7’de belirtilen altmış günlük genel dava açma süresi içerisinde) iptal davası açılabilir. Dava açmadan önce itirazda bulunulması etkin bir usul olmakla birlikte dava açılabilmesi için tüketilmesi zorunlu bir yol değildir.

2. Kamu Görevlisine İdari Para Cezası Yaptırımına Karşı

Yukarıda “Kamu görevlisine idari para cezası” başlığı altında incelenen, KMYKK’nin 71/4 maddesine göre uygulanan idari para cezası ile KİK’nin Ek 8. maddesi gereğince çıkarılan Yönetmeliğin. 6. maddesine göre uygulanan idari para cezalarında zorunlu idari başvuru yolu öngörülmemiştir. Dolayısıyla bu cezalarda doğrudan yargısal başvuru yoluna gidilecektir.

cezasının ağırlığına göre, belli süreler geçtikten sonra sicil dosyasından silinmesi atamaya yetkili amirden istenebilir. Bu nedenle Danıştay, DMK’ye tabi bir memura verilen, itiraz edilmeksizin kesinleşen ve dava konusu da edilmeyen kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının kaldırılması için karar tarihinden 15 ay sonra memur tarafından verilen dilekçeyi (talebi) kabul ederek cezayı kaldıran kurum genel müdürüne bu uygulaması nedeniyle verilen disiplin cezasına karşı (genel müdür tarafından) açılan ve idare mahkemesince reddedilen davanın temyiz incelemesinde, kesinleşmiş ve idari yargı yoluna süresi içinde başvurulmamış bulunan disiplin cezası için yapılacak bir işlem bulunmadığı halde disiplin cezasının kaldırılmasına sebep olduğu için kişiye (genel müdüre) disiplin cezası verilmesinde hukuka aykırılık olmadığı değerlendirilmesinde bulunarak idare mahkemesi kararında (genel müdüre disiplin cezası verilmesinde) hukuka aykırılık olmadığına karar vermiştir. D8D, E. 1998/4988, K. 1998/3015, KT. 12.10.1998. www.danistay.gov.tr, 19.5.2018.

⁴⁶⁹ Gündüz, *agm.*, s. 419.

Gözler, hukuka aykırı herhangi bir bireysel işlemin idarece her zaman geri alınabileceği görüşündedir. *Gözler*, **İdare Hukuku**, C. I, s. 1119.

⁴⁷⁰ Bu yasağa ve ilkeye, esasen her türlü idari işleme itiraz halinde ve idari davaların görülmesinde de geçerli olan **daha ağıra dönüştürme yasağı** (prohibition of reformatio in pejus yasağı) denilmektedir. *Gözler*, **İdare Hukuku**, C. II, s. 781.

III. YARGISAL BAŞVURU

A. Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama ve Teminatın Gelir Kaydı İşlemlerine Karşı

Yukarıda da belirtildiği gibi, (KİK ve DİK'ye göre yapılan) ihalelerde, idarece sözleşme aşamasına kadar gerçekleştirilen (tek taraflı, kesin ve yürütülebilir olma özelliğine sahip) işlemler için açılacak davalar idari yargının,⁴⁷¹ sözleşme yapıldıktan sonra ve sözleşme hükümlerinin uygulanması amacıyla⁴⁷² gerçekleştirilen işlemler (örneğin, sözleşmenin özel hukuk alanında yer alan hükümlerine aykırı fiiller, örneğin taahhüdün hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle feshedilmesi ve yine bu nedenle kesin teminatın gelir kaydedilmesi işlemleri) için açılacak davalar adli yargının görev alanında yer almaktadır. Bununla birlikte, sözleşme aşamasında gerçekleştirilse bile, sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanmayan sebeplerle gerçekleştirilen işlemler (örneğin, suç teşkil eden fiiller nedeniyle uygulanan ihalelere katılmaktan yasaklama ve kesin teminatın gelir kaydedilmesi işlemleri) idari yargının görev alanında yer almaktadır.⁴⁷³

⁴⁷¹ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 8.

Ankara 10. İdare Mahkemesinin 31.12.2002 t. 2002/1728 E. ve 2002/1772 K. sayılı ısrar kararında aynı içerikte bir değerlendirme yapılmıştır. Söz konusu ısrar kararının temyiz edilmesi üzerine DİDDK'nin ısrar kararını onamıştır. Aktaran: Mehmet Tank, "Yargı Kararları Işığında İdari Sözleşme Kriterleri", **TAAD**, C. 2, S. 4, 2011, s. 509.

⁴⁷² Sözleşme yapıldıktan sonra tesis edilse bile **sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanmayan, sözleşmeden doğan bir hak veya alacağın takibi niteliğini taşımayan, idarenin kamu gücüne dayanarak ve tek yanlı olarak tesis ettiği** idari işlemlerin iptali istemiyle açılan veya bu nitelikteki idari işlemler nedeniyle doğan tazminat istemleri nedeniyle açılan davaların da idari yargı yerinde görülüp çözümlenmesi gerektiği tartışmasızdır. Bu hususta, aşağıdaki dipnotta aktarılan Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına bakılmalıdır.

⁴⁷³ Uyuşmazlık Mahkemesinin salt sözleşmeye dayalı işlemler ile idarenin tek taraflı iradesine dayalı işlemler arasındaki fark ve görevli yargı yerinin tespitine ilişkin değerlendirmesini de içeren çok sayıda kararı vardır. Bunlardan seçilmiş bazılarının ilgili kısımları aşağıda aktarılmıştır:

Uyuşmazlık Mahkemesinin 20.2.2017 tarih 2016/91 E. ve 2017/3 K. sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir: "(...) 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun kamu hukukunu ilgilendiren yasalar olması nedeniyle, sözleşme aşamasına kadar yasaya dayanılarak idarece alınan karar ve yapılan işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların idari yargı yerinde, sözleşme yapıldıktan sonra sözleşme hükümlerinin uygulanması nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların ise sözleşme ve özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde görülmesi gerekmekte ise de, sözleşme yapıldıktan sonra tesis edilse bile sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanmayan, sözleşmeden doğan bir hak veya alacağın takibi niteliğini taşımayan, idarenin kamu gücüne dayanarak ve tek yanlı olarak tesis ettiği idari işlemlerin iptali istemiyle açılan veya bu nitelikteki idari işlemler nedeniyle doğan tazminat istemleri nedeniyle açılan davaların da idari yargı yerinde görülüp çözümlenmesi gerektiği tartışmasızdır. İdari sözleşmeler, idarelerin tek yanlı, kamusal yetkiye dayanarak, kamu hizmetinin gereklerinin yerine getirilmesi için kamu yararı amacı ile taraflar arasında akdedilen ve idareye üstün hak ve yetkiler veren, gerektiğinde tek yanlı değişiklik ve fesih yetkisini de idareye tanıyan nitelikte sözleşmelerdir. Kamu idarelerinin özel hukuk alanında akdettikleri sözleşmelerin ise; idari

sözleşme niteliği taşımayıp, özel hukuk kurallarına göre düzenlendiği kuşkusuzdur. Öte yandan, idarelerce mal veya hizmet alımı için ihaleye çıkılması safhasında ihalenin sonuçlanıp kesinleşmesine kadar geçen aşamada tesis edilen işlemlerin idari nitelikte olduğu kabul edilmekte ve bu aşamada ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözümünün idari yargı yerlerine, ihalenin kesinleşmesi ve sözleşmenin akdedilmesinden sonraki aşamada idare ile yüklenici arasındaki sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözümünün ise özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerlerine ait olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Somut olayda, ihaleyi kazanan davacı şirketin, sözleşmeye aykırı olarak, yüklediği işi süresinde yerine getirmemesi üzerine mücbir sebep gerekçesiyle süre uzatımı talebinde bulunduğu ancak bu talebinin reddi üzerine, hem ret işleminin iptali hem de teminat mektuplarının nakde çevrilmesi ve irat kaydedilmesinin iptalini talep ettiği anlaşıldığından, uyuşmazlığın çözümünde özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna ulaşılmıştır.” www.uyusmazlik.gov.tr, 8.7.2018.

Aynı şekilde; (İdare Mahkemesi ile Asliye Hukuk Mahkemesi arasındaki olumsuz görev uyuşmazlığını inceleyen Uyuşmazlık Mahkemesinin) 22.10.2018 tarih 2018/538 E. ve 2018/651 K. sayılı kararının bu hususa ilişkin değerlendirmeler içeren kısımları şöyledir: “(...) 12/04/2016 tarihinde ihale sözleşmesi imzalandığı, ancak idarece yapılan inceleme sonucu davacı şirketin verdiği ihale evrakı içinde bulunan vergi borcu bulunmadığına dair evrakın sahte olduğu, (...) sözleşmenin tek taraflı feshedilerek geçici teminat ile teminat mektubunun gelir kaydedilmesine karar verildiği ve işlemin iptali için söz konusu davaların açıldığı anlaşılmaktadır. Dava konusu edilen işlemin, 4735 sayılı Yasa'nın 21. maddesi uyarınca tesis edilen bir idari işlem olması karşısında, sözleşme yapıldıktan sonra tesis edilmiş olsa bile, 4734 ve 4735 sayılı Yasa hükümlerine yukarıda özetlenen hükümlerine aykırılıktan bahisle idarece kamu gücüne dayanılarak ve tek yanlı olarak tesis edildiği ve icrai nitelik taşıdığı; bu işlemin, sözleşmeden doğan bir ihtilaf olarak nitelendirilmesine ve iradi bir özel hukuk ilişkisinin verdiği haklar çerçevesinde tesis edildiğini kabul etmeye olanak bulunmadığı açıktır. Bu durumda, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunulduğunun sözleşme yapıldıktan sonraki aşamada tespit edilmesi üzerine tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılan davanın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2/1-a maddesi kapsamında görüm ve çözümünde idari yargı yerince çözümlenmesi gerekmektedir. (...)” www.uyusmazlik.gov.tr, 4.5.2019. Yine, Uyuşmazlık Mahkemesinin 29.12.2014 tarih 2014/1097 E. ve 2014/1145 K. sayılı kararında da ifade edildiği üzere, ihale sürecinde (sözleşme imzalanmadan önceki süreçte) gerçekleştirilen ihale işlemleri nedeniyle açılan davaların idari yargı yerlerince, sözleşme sürecinde (sözleşme imzalandıktan sonra) gerçekleştirilen ihale işlemlerinin ise (sözleşme ve özel hukuk hükümleri çerçevesinde) adli yargı yerlerinde görülüp çözümlenmesi temel kuraldır. Söz konusu kararın ilgili kısımları şöyledir: “(...) 4734 sayılı Kamu ihale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu ihale Sözleşmeleri Kanunu'nun kamu hukukunu ilgilendiren yasalar olması nedeniyle, sözleşme aşamasına kadar yasaya dayanılarak idarece alınan karar ve yapılan işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların idari yargı yerinde, sözleşme yapıldıktan sonra sözleşme hükümlerinin uygulanması nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların ise sözleşme ve özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde görülmesi gerekmekte ise de, sözleşme yapıldıktan sonra tesis edilse bile sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanmayan, sözleşmeden doğan bir hak veya alacağın takibi niteliğini taşımayan, idarenin kamu gücüne dayanarak ve tek yanlı olarak tesis ettiği idari işlemlerin iptali istemiyle açılan veya bu nitelikteki idari işlemler nedeniyle doğan tazminat istemleri nedeniyle açılan davaların da idari yargı yerinde görülüp çözümlenmesi gerektiği tartışmasızdır, (...)” www.uyusmazlik.gov.tr, 22.9.2018.

Benzer şekilde, Uyuşmazlık Mahkemesinin konuyla ilgili diğer bir diğer kararı olan 30.11.2015 tarih 2015/707 E. ve 2015/762 K. sayılı kararın ilgili kısımları şöyledir: “(...) 05.01.2002 tarih ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun “Kapsam” başlıklı 2. maddesinde; “Bu Kanun, Kamu İhale Kanununa tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsar.” denilmiş, “İlkeler” başlıklı 4.maddenin 3.fıkrasında; “...Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensip göz önünde bulundurulur.” denilmiştir. Belirtilen yasal düzenlemeler çerçevesinde, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun kamu hukukunu ilgilendiren yasalar olması nedeniyle, sözleşme aşamasına kadar yasaya dayanılarak idarece alınan karar ve yapılan işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların idari yargı yerinde, sözleşme yapıldıktan sonra sözleşme hükümlerinin uygulanması nedeniyle

KİK ve DİK'ye tabi ihalelerde idarece verilen (ve şikâyet-itirazın şikâyet olarak ifade edilen zorunlu başvuru yollarına tabi olmayan) ihalelere katılmaktan süreli yasaklama işlemi (ve KİK'ye tabi ihalelerde belirtilen zorunlu başvuru yollarına tabi olan, DİK'ye tabi ihalelerde ise tabi olmayan geçici teminatın gelir kaydı işlemleri), UYUK m. 2'de belirtildiği üzere; **yetki, şekil, sebep, konu ve maksat** (amaç/gaye) yönlerinden⁴⁷⁴ en az biri ile hukuka aykırı oldukları iddiasıyla (menfaati ihlal edilenler tarafından) idari yargıda iptal davasına ve (kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından) tam yargı davalarına konu edilebilirler.⁴⁷⁵

ortaya çıkan uyuşmazlıkların ise sözleşme ve özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde görülmesi gerekmekte ise de, sözleşme yapıldıktan sonra tesis edilse bile sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanmayan, sözleşmeden doğan bir hak veya alacağın takibi niteliğini taşımayan, idarenin kamu gücüne dayanarak ve tek yanlı olarak tesis ettiği idarî işlemlerin iptali istemiyle açılan veya bu nitelikteki idarî işlemler nedeniyle doğan tazminat istemleri nedeniyle açılan davaların da idarî yargı yerinde görülüp çözümlenmesi gerektiği tartışmasızdır. İdari sözleşmeler, idarelerin tek yanlı, kamusal yetkiye dayanarak, kamu hizmetinin gereklerinin yerine getirilmesi için kamu yararı amacı ile taraflar arasında akdedilen ve idareye üstün hak ve yetkiler veren, gerektiğinde tek yanlı değişiklik ve fesih yetkisini de idareye tanıyan nitelikte sözleşmelerdir. Kamu idarelerinin özel hukuk alanında akdettikleri sözleşmelerin ise; idari sözleşme niteliği taşımayıp, özel hukuk kurallarına göre düzenlendiği kuşkusuzdur. Öte yandan, idarelerce mal veya hizmet alımı için ihaleye çıkılması safhasında ihalenin sonuçlanıp kesinleşmesine kadar geçen aşamada tesis edilen işlemlerin idari nitelikte olduğu kabul edilmekte ve bu aşamada ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözümünün idari yargı yerlerine, ihalenin kesinleşmesi ve sözleşmenin akdedilmesinden sonraki aşamada idare ile yüklenici arasındaki sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözümünün ise özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerlerine ait olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Somut olayda, ihaleyi kazanan davacı şirketin, sözleşmeye aykırı olarak yüklediği işi süresinde yerine getirmediği gerekçesiyle davalı idare tarafından sözleşmenin tek taraflı olarak feshedildiği, davacı şirketin ise, hukuka aykırılığını öne sürdüğü bu işlemin iptalini talep ettiği anlaşıldığından, uyuşmazlığın çözümünde özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna ulaşılmıştır. (...)" www.uyusmazlik.gov.tr, 22.9.2018.

Aynı konuda, 13.10.2014 tarih 2014/671 E. ve 2014/890 K.; 4.6.2013 tarih 2013/394 E. ve 2013/881 K. ve 16.6.2003 tarih 2003/47 E. ve 2003/51 K. sayılı kararlarına da bakılabilir. (Son üç kararın tarih/esas/karar bilgileri, atfen belirttikleri 30.11.2015 tarih 2015/707 E. ve 2015/762 K. sayılı karar metninden alınmıştır.) www.uyusmazlik.gov.tr, 22.9.2018.

⁴⁷⁴ İhalelere katılmaktan yasaklama ve geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımlarının yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarına açıklama ve değerlendirmelere, bu yaptırımların hukuki niteliklerinin ve bunlara karşı yargısal başvuru yollarının açıklanıp tartışıldığı başlıklar altında yer verilmiştir.

⁴⁷⁵ Kaya, "İhale Hukukunda Çalışma...", s. 155.

İhalelere katılmaktan süreli yasaklama kararına karşı iptal ve tam yargı davaları birlikte açılabileceği gibi (İYUK m. 12), önce iptal davası açıp işlemin iptalinin sağlanması, bilahare tam yargı davası açılması yoluna gidilmesi de mümkündür (İYUK m. 13). İkinci durumda, iptale ilişkin idare mahkemesi kararının veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliğinden itibaren dava açma süresi (altmış gün) içerisinde tam yargı davası açılmalıdır. Bu hususun ifade edildiği bir Danıştay kararının ilgili kısımları şöyledir: "(...) Dava; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uyarınca 1 yıl süre ile ihalelere katılmaktan yasaklanan davacı şirket tarafından, anılan yasaklama kararının iptaline karar verildiğinden bahisle söz konusu yasaklama kararı nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen 185.976.-TL maddi ve 50.000.-TL manevi zararın ticari faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce; davacı şirket hakkında uygulanan yasaklama kararının iptali istemiyle açılan davada, dava konusu işlemin iptali yolundaki Ankara 10. İdare Mahkemesinin 13.11.2008 tarih ve E:2008/1500, K:2008/2221 sayılı kararının Danıştay Onüçüncü Dairesinin 07.03.2011 tarih ve E:2009/1536, K:2012/911 sayılı kararı ile onandığı; kararın düzeltilmesi isteminin ise Danıştay Onüçüncü Dairesinin 17.09.2013 tarih ve

Hukuka aykırı olarak yasaklama işlemine muhatap olan kişilerin, (İYUK m. 11'e göre) açacakları iptal davası ile yasaklama işleminin iptalini sağladıktan sonra, yasaklama işlemi nedeniyle uğradıkları zararın tazmini istemiyle (tam yargı davası açmak suretiyle) yargısal başvuruda bulunma (maddi ve/veya manevi tazminat isteme) imkânları da vardır.⁴⁷⁶ Bu imkân, (İYUK m. 12'ye göre) iptal ve tam yargı davalarının birlikte açılması suretiyle de kullanılabilir.

E:2011/3013, K:2013/2231 sayılı kararı ile reddedilerek 21.10.2013 tarihinde davacıya tebliğ edildiği; 26.02.2014 tarihinde bakılan davanın açıldığı; uyuşmazlığa konu olayda, davacı şirketin 1 yıl süre ile ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, dava konusu işlemin iptaline karar verildiği ve bu kararın onanarak kesinleştiği; idari işlemlerden kaynaklanan tam yargı davasının açılmasına ilişkin usulün düzenlendiği 2577 sayılı Kanun'un 12. maddesinde zarara neden olan işlemin iptali için ayrı dava açıldığı durumlarda bu davanın kesinleşmesi üzerine 60 gün içerisinde tam yargı davasının açılmasının öngörüldüğü; davacı tarafından anılan yasaklama işlemi nedeniyle uğradığını ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılacak davanın 2577 sayılı Kanun'un 12. maddesi uyarınca iptal davası üzerine açılacak tam yargı davası mahiyetinde olduğu; anılan Kanun maddesi uyarınca davacı şirket hakkında uygulanan yasaklama kararının iptaline ilişkin mahkeme kararının 21.10.2013 tarihinde kesinleşmesi üzerine yasal süresi içerisinde en son 20.12.2013 tarihine kadar tam yargı davası açılması gerekirken, bu süre geçtikten sonra 26.02.2014 tarihinde açılan davanın esasının incelenmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle davanın süre aşımı yönünden reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle süre aşımı yönünden reddi yolundaki temyize konu Ankara 4. İdare Mahkemesinin 27.05.2015 tarih ve E:2014/408, K:2015/776 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, temyiz istemi yerinde görülmemekle anılan Mahkeme kararının ONANMASINA; (...) oybirliğiyle karar verildi." D13D, E. 2014/4836, K. 2015/4206, KT. 30.11.2015. www.danistay.gov.tr, 29.9.2018.

Teminatın gelir kaydı işlemiyle ihalelere katılmaktan süreli yasaklama işleminden (genel olarak ifade etmek gerekirse, zorunlu idari başvuru yoluna tabi bir ihale işlemi ile zorunlu idari başvuru yoluna tabi olmayan bir işlemin) tek dilekçe ile aynı davaya konu edilmesi, aralarında maddi ve hukuki bağıllık bulunmadığından ve idari merci tecavüzü durumu nedeniyle mümkün değildir. Bu hususta değerlendirmeler içeren bir Danıştay kararında şöyle denilmektedir: "(...) Davanın, davacının kamu ihalelerine girmesini 1 yıl süre ile yasaklayan 31.8.2005 tarihli davalı idare işleminin iptaline ilişkin kısmı, doğrudan İdare Mahkemelerinin incelemesine tâbi olmasına karşın, sözleşme imzalanmamasına, geçici teminatın Döner Sermaye İşletmesine gelir kaydedilmesine ve işin, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren firmaya ihale edilmesine ilişkin 11.8.2005 tarih ve 51325-1315 sayılı işleminin iptali istemi, 4734 sayılı Kanunda öngörülen şikâyet ve itirazın şikâyet yoluna tâbi olduğundan, bu istemler arasında tek dilekçe ile dava açılabilir nitelikte maddi ve hukuki bağıllık bulunmamaktadır. Bu itibarla, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/1-d maddesi uyarınca dava dilekçesinin, 30 gün içerisinde sözleşme imzalanmamasına, geçici teminatın Döner Sermaye İşletmesine gelir kaydedilmesine ve işin, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren firmaya ihale edilmesine ilişkin 11.08.2005 tarih ve 51325-1315 sayılı işleminin iptali için ayrı, davacının kamu ihalelerine girmesini 1 yıl süre ile yasaklayan 31.08.2005 tarihli davalı idare işleminin iptali istemi için ayrı dilekçe ile dava açılmak üzere reddine karar verilmesi gerekirken, davanın esası hakkında karar veren İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır. (...)" D13D, E. 2007/140, K. 2009/5325, KT. 14.5.2009. www.danistay.gov.tr, 29.9.2018.

⁴⁷⁶ "(...) yasaklama işleminin davacı şirketin ihalede hile yaptığı ileri sürülerek tesis edilmesi karşısında hukuka aykırı olduğu yargı kararıyla belirlenmiş olan yasaklama kararı nedeniyle davacı şirketin ticari itibarının ve saygınlığının zedelendiğinin, manevi zarara uğradığının kabulü gerektiğinden manevi tazminatın ödenmesi yönünde hüküm kurulması gerekir. (...)" D13D, E. 2007/10326, K. 2008/8324, KT. 26.12.2008. www.kazanci.com, 6.10.2018.

Aynı hususta bir başka karardaki değerlendirme şöyledir: "(...) Olayda; 13.03.2003 tarihinde ... Üniversitesi Araştırma ve Uygulama Hastanesi 4 kalem yemek alım ihalesine katılan davacı

İhalelere katılmaktan süreli yasaklama işleminde dava açma süresinin, İYUK m. 7'ye göre, yasaklama kararının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren altmış gün olduğu kabul edilmektedir.⁴⁷⁷ Bununla birlikte, yasaklama işleminin düzenleyici bir işlem olmayıp bireysel bir işlem olması nedeniyle, işlemin tebliğ edilmemesi ve yasaklanan kişinin Resmi Gazetede ilandan haberdar olmaması durumunda dava açma süresinin başlayacağı tarih tartışmalıdır. Böyle bir durumda, yasaklanan kişinin (davacının) yasaklama kararından haberdar olduğu tarihin esas alınması gerektiği görüşündeyiz; nitekim bu yönde yargısal içtihatlar da vardır.⁴⁷⁸ Bu tartışmalı durumun ortadan kaldırılması amacıyla, yasaklama işleminin ilgisine tebliğ edilmesini zorunlu kılan bir mevzuat düzenlemesi yapılması isabetli olacaktır.

İhalelere katılmaktan yasaklama işleminin iptali için açılan idari davada, işlemin sebep unsurunu teşkil eden fiilin aynı zamanda suç da oluşturduğu savıyla açılan ceza davasında (dava sonucunda) mahkemece verilecek kararın, örneğin sanığın beraat kararı verilmesinin, idari davanın sonucu üzerinde nasıl bir etki yaratacağının da (çalışmamız kapsamında) değerlendirilmesi gerektiği görüşündeyiz. Bizce, bu hususta, disiplin usulünde olduğu gibi, idari yaptırımın ceza yargılamasından bağımsızlığını temel ilke olarak kabul ederek ve fakat ceza mahkemesinde yapılan yargılama sonucu verilen hükmün içeriğine ve gerekçesine de bakılarak bir sonuca varılmalıdır.⁴⁷⁹ CMK'nin 223. maddesine göre, ceza yargılaması sonucunda verilebilecek hüküm türleri; **mahkûmiyet, beraat, kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı davanın reddi ve davanın düşmesidir.** Yasaklama işleminin hukuka uygunluğu yönünden esaslı olan nokta,

firmanın teklif mektubunun içinde bir adet şikâyet dilekçesi ve 56 adet boş A4 kağıdı bulunması üzerine ihale dışı bırakıldığı, ayrıca davacının bu eyleminin 4734 sayılı Yasa'nın 17/a kapsamında "yasak fiil ve davranış" niteliğinde olduğu gerekçesiyle 1 (bir) yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemin oluşturulduğu anlaşılmalı olup, davacının eylemi „hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya teşebbüs etmek" niteliğinde olmadığından, bu gerekçeyle verilen yasaklama kararının davacı şirketin ticari itibarını zedeleyeceği, güvenilirliğini azaltacağı açıktır. Bu nedenle davacı şirketin söz konusu işlem nedeniyle uğradığı manevi zarara karşılık makul bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekir. (...)" D13D, E. 2005/1819, K. 2005/4728, KT. 26.9.2005.

⁴⁷⁷ Sırabaşı, **agm.**, s. 374.

⁴⁷⁸ Danıştay bir kararında; yasaklama işleminin (düzenleyici değil) bireysel idari işlem olduğu, yasaklama kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasının işlemin bireysel işlem niteliğini değiştirmediği, bununla birlikte, anayasa m. 125 ve İYUK m. 7'de yer alan hükümler karşısında, işleme karşı dava açma süresinin, yasaklanan kişinin (davacının) yasaklama kararını **öğrendiği tarihi takip eden günden itibaren hesaplanması gerektiği** (nitekim benzer bir uyuşmazlık hakkında İdari Dava Daireleri Kurulu'na verilen 30.01.2013 tarih 2011/21 E. ve 2013/121 K. sayılı kararın da bu yönde olduğu belirtilerek) vurgulamış, bu görüş doğrultusunda oy birliğiyle karar almıştır. D13D, E. 2012/731, K. 2013/687, KT. 12.3.2013. www.danistay.gov.tr, 30.6.2018.

⁴⁷⁹ Kaya, "İhale Hukukunda Çalışma...", s. 163.

yasaklama işleminin sebep unsurunu teşkil eden (ve KİK, DİK ve KİSK’de yasaklama gerekçesi olarak belirtilen fiillerden olan) **hukuka aykırı fiilin, ihale sürecine (temel ihale ilke ve kurallarına aykırı biçimde) etki etmek amacıyla işlenmiş olmasıdır**; burada, işlenen fiilin suç oluşturup oluşturmadığı veya sanığın herhangi bir sebeple mahkûm olup olmadığı, idari işlemin tesisi ve hukuka uygunluğu için aranan bir koşul (birazdan belirtilecek istisnai durumlar dışında) değildir. Dolayısıyla, maddi gerçeği tespit eden (yargılamayı yapan) ceza mahkemesince, idarece gerçekleştirilen yasaklama işleminin sebep unsurunu teşkil eden fiilin (iddia edildiğinin aksine) gerçekte **işlenmemiş olduğu** veya (ihale suçları dışında herhangi bir suçu oluştursa dahi) **işlenen fiilin ihale süreciyle hiçbir irtibatının bulunmadığı** gerekçeleriyle sanık hakkında beraat kararı verilmiş (ve karar kesinleşmiş) ise bu kararın (hükümün) iptal davasında davacının lehine dikkate alınması gerekir.⁴⁸⁰ Failin diğer hüküm türlerinden biri dolayısıyla ceza almamış (hüküm giymemiş) olması idari yaptırımın iptali için gerekçe olmaz ve yasaklama işleminin hukuka aykırı olduğu tespitinin yapılarak işlemin iptal edilmesine gerekçe olamaz. Ceza mahkemesinin kararında belirtilen ve hükme gerekçe teşkil eden maddi gerçeğe ilişkin tespit veya tespitlerin,⁴⁸¹ aynı zamanda, **uygulanan idari yaptırımın hukuka aykırı olduğunu göstermesi halinde ceza mahkemesi kararının iptal davası kapsamında davacı lehine dikkate alınması**, aksi halde iptal gerekçesi olarak kabul edilmemesi gerekmektedir. Örneğin, (tipik bir örnek olarak) sanığın delil yetersizliği nedeniyle beraat etmiş olması (ihale sürecinde işlenen fiilin Kanun’da sayılan yasaklama sebeplerinden olması ve ihale sürecinde işlenmiş olması şartıyla) yasaklama işleminin hukuka aykırı olduğunu göstermez, dolayısıyla beraat hükmü iptal için gerekçe teşkil edemez.

CMK m. 223/3’te düzenlenen (yaş küçüklüğü gerekçesi dışındaki bir gerekçeyle) “kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı” kararının verilmiş olması halinde ise, yasaklama işlemine neden olan fiil ve olaylar özelinde konunun değerlendirilmesi, bu kapsamda; mevcut olmadığına hükmedilen kusurun idarece verilen yasaklama kararına konu olaya (fail, yardım eden ve azmettiren olarak) iştiraki ve de yasaklanan istekli ve istekli ile menfaat ilişkisi bulunan diğer kişiler ile irtibatı bulunan bütün kişileri kapsamı halinde işlemin

⁴⁸⁰ Sezer, **age.**, s. 86.

⁴⁸¹ Ceza Mahkemesince verilen ve maddi gerçeğe ilişkin gerekçeler içeren hüküm, doğuracağı etki ve sonuçlar bakımından “kesin hüküm” niteliğindedir ve (yargı organları dâhil olmak üzere) herkesi bağlar. Kemal Gözler, “Res Iudicata’nın Türkçesi Üzerine”, **AÜHFD**, C. 56, S. 2, 2007, s. 48.

iptali için bir gerekçe teşkil etmesi olanaklıdır.

Sanık hakkında CMK m. 231 çerçevesinde “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” veya TCK m. 51 çerçevesinde “hapis cezasının ertelenmesi” kararlarından birinin verilmesi de idari yargıda açılan iptal davasında iptal (kararı için) için gerekçe teşkil edemez. CMK m. 231/5’te yer alan, “**...Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkına bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder.**” düzenlemesi, mahkemece verilen ve ertelenen mahkûmiyet hükmünün doğuracağı sonuçlara yöneliktir (onları kapsamaktadır); **ihalelere katılmaktan idarece yasaklama işleminin yapılması mahkûmiyetin doğuracağı bir sonuç olmadığından** (mahkûmiyet kararından bağımsız olarak verilen bir idari karar olduğundan) hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının söz konusu idari işlemi hukuka aykırı hale getirmesi mümkün değildir. TCK m. 51 çerçevesinde hapis cezasının ertelenmesi kararı verilmesinde ise durum tartışmayı gerektirmeyecek kadar açıktır.

Geçici teminatın gelir kaydedilmesi işleminde dava açma süresi, İYUK m. 7’ye göre, tebliğ tarihinden itibaren altmış gündür. Teminatın gelir kaydedilmesi işleminin, aralarında maddi ve hukuki bağıllık bulunan ve ivedi yargılama usulüne tabi bir ihale işlemiyle birlikte tek dilekçe ile (İYUK m. 5/1) dava konusu edilmesi halinde, İYUK m. 20/A-1-a ve 20/A-2-a gereğince, genel dava açma süresi olan altmış gün yerine otuz gün içerisinde dava açılması gerekecektir.⁴⁸² Bu sürenin

⁴⁸² İhale sürecinde teminatın gelir kaydedilmesi işleminin ivedi yargılama usulüne tabi olup olmadığı hususu bizce tartışmalıdır. Danıştay (DİK’ye göre yapılan bir ihalede geçici teminatın gelir kaydedilmesi işlemine karşı açılan davaya ilişkin) bir kararında, ihaleyle bağlantılı tüm işlemlerin değil, yargısal sürecin süratle sonuçlandırılması özel önem taşıyan ihale uyumsuzluklarının ivedi yargılama usulüne tabi olduğu, bu itibarla, öncelikle sonuçlandırılması özel önem taşımayan teminatın iadesi isteminin ivedi yargılama usulüne tabi olmadığı şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur: “(...) Dava dosyasının incelenmesinden; davacının mülkiyeti davalı idareye ait olan A...’da bulunan lojmanın 2886 sayılı Kanun uyarınca ihale yolu ile yapılan satışına katıldığı, ihalenin davacı üzerinde kaldığı, ancak davacı tarafından kredi çekmek için bankaya gidildiğinde taşınmaz üzerinde haciz bulunduğu öğrenildiği, bu durumun davalı idareye bildirilmesi üzerine davalı idarece ihaleye ilişkin şartname hükümleri gereğince ihale bedelinin 23.10.2014 tarihine kadar yatırılması, aksi takdirde geçici teminatın irat kaydedileceğinin belirtildiği, davacı tarafından ihale bedelinin süresi içerisinde yatırılmaması üzerine geçici teminatın irat kaydedildiği, bunun üzerine de hem geçici teminatın, hem de şartname bedeli ile noter masraflarının tazmini istemiyle dava açıldığı, Ankara 18. İdare Mahkemesi Hakimliği’nce 25.02.2016 tarih ve E:2014/1886, K:2016/410 sayılı kararla dava konusu işlemin iptali ile geçici teminat için davalı idareye başvuru tarihi olan 23.10.2014 tarihinden, şartname bedeli ve noter masrafı için dava tarihi olan 14.11.2014’ten itibaren yasal faiz işletilmesine karar verildiği, anılan kararın incelenerek bozulmasının istenilmesi üzerine Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi’nin 02.11.2016 tarih ve E:2016/348, K:2016/254 sayılı kararı ile davanın görev yönünden reddine karar verildiği anlaşılmaktadır. Mahkeme kararına karşı istinaf kanun yoluna mı yoksa temyiz kanun yoluna mı başvurulabileceğinin belirlenmesi için öncelikle dava konusu uyumsuzluğun ivedi yargılama usulüne tâbi olup olmadığının tespiti zorunludur. 2577 sayılı

geçirilmesi halinde teminatın gelir kaydedilmesi işlemine karşı (altmış günlük süre içinde) dava açılabilir.

İhalelere katılmaktan süreli yasaklama işleminde yetkili mahkeme, kararı veren idari makama göre değişiklik gösterebilmektedir. Kararı veren idari makama ilişkin bilgiler çalışmamızın “İdarece Gerçekleştirilen Yasaklama İşleminde Yetki ve Usul Kuralları” başlığı altında yapıldığı için burada tekrar edilmesine gerek görülmemiştir. İYUK m. 32 gereğince, yasaklama işleminde, Bakanlık tarafından verilen kararlarda yetkili mahkeme Ankara İdare Mahkemeleri, diğer idari makamlar tarafından verilen kararlarda ise o idari makamın bulunduğu yer idare mahkemeleridir. Geçici teminatın gelir kaydı işlemine (ve bu işlemin bağlı olduğu ihale işlemine) karşı Kamu İhale Kurumuna itirazın şikâyetinde bulunmak gerektiğinden, İYUK'nin “İdari davalarda genel yetki” başlıklı 32. maddesi gereğince, Kurumun (itirazın şikâyet üzerine verdiği) kararına karşı açılması gereken bu davalarda yetkili mahkemeler Ankara İdare Mahkemeleri, DİK'ye tabi ihalelerde olduğu gibi, itirazın şikâyet yoluna tabi olmayan işlemlere karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme ise, işlemi yapan idari mercinin bulunduğu yerdeki idare mahkemeleridir.

Kanun'a 6545 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle eklenen İvedi yargılama usulü başlıklı 20/A maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde; ihaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemlerinden doğan uyuşmazlıklarda ivedi yargılama usulünün uygulanacağı kurala bağlandığından, ihale işlemlerinden doğan uyuşmazlıklardan ne anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararları ile ihale sürecinde sözleşme öncesi işlemlerin ihale işlemi, dolayısıyla idari işlem olmaları nedeniyle idari yargının görev alanına girdiği kabul edilmiş ve bu yöndeki kararlar istikrar kazanmış bulunmaktadır. Öte yandan ihale işlemlerine ilişkin idari usulü düzenleyen temel kanunlardan olan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 4. maddesinde ihalenin Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemleri, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 4. maddesinde 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 ettiği belirtilmiş olup, bu kanuni tanımlamalar ve istikrar kazanan içtihatlar dikkate alınarak ihale ilanı ile başlayıp sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan süreçte idarece tesis edilen işlemlerin ivedi yargılama usulüne tâbi ihale işlemleri olduğunun kabulü gerekir. 6545 sayılı Kanun'un 18. maddesinin gerekçesinde; (...) açıklamalarına yer verilmiştir. Kanun'un gerekçesinde de ifade edildiği üzere, sınırlı sayıdaki dava türü ivedi yargılama usulüne tâbidir. Nitekim gerekçede ihaleyle bağlantılı tüm işlemlerin değil, yargısal sürecin süratle sonuçlandırılması özel önem taşıyan ihale uyuşmazlıklarının bu yargılama usulüne tâbi kılındığı vurgulanmıştır. Bu itibarla, öncelikle sonuçlandırılması özel önem taşıyan uyuşmazlık olarak nitelendirilmesine imkân bulunmayan teminat, şartname bedeli ve noter masraflarının iade talebinden kaynaklanan uyuşmazlık ivedi yargılama usulü kapsamında yer almadığından, istemin Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nce karara bağlanması gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle; başvurunun GÖREV YÖNÜNDE REDDİNE; (...) oybirliğiyle karar verildi.” D13D, E. 2016/4974, K. 2017/280, KT. 20.1.2017. www.danistay.gov.tr, 29.9.2018.

İhale işlemlerine karşı açılan davalar kapsamında yürütmenin durdurulması isteminde bulunulması ve Kanun'un aradığı koşulların (İYUK m. 27) mevcut olması durumunda mahkemece yürütmenin durdurulması kararı verilmesi mümkündür.⁴⁸³ Dolayısıyla, ihalelere katılmaktan yasaklama işlemine ve teminatın gelir kaydı işlemine karşı açılan davalar bakımından da bu genel nitelikteki kural geçerlidir. Mahkeme, İYUK m. 27'de belirtilen, idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması şartlarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirerek bir karara varacaktır.

B. Kamu Görevlilerine Yönelik İdari Yaptırımlara Karşı

1. Disiplin Cezalarına Karşı

Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında yer alan idari işlemlere karşı yargı yolu güvencesine ilişkin hüküm ve (özellikle) Anayasa'nın 129. maddesinin 3. fıkrasında yer alan **“Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz.”** düzenlemesi, disiplin cezalarına karşı yargısal denetim olanağının Anayasadaki özel güvenceleridir. Bu güvence (Anayasa'nın yanı sıra) DMK'nin **“İtiraz:”** başlıklı 135. maddesinin son fıkrasında **“Disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir.”** düzenlemesiyle de yer almıştır. DMK'nin ilgili maddelerine göre verilen uyarma, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezalarında idareye yapılan itirazdan sonuç alınamaması halinde, idari başvuru yolu öngörülme-yen devlet memurluğundan çıkarma cezasında ise doğrudan doğruya yargısal başvuru yoluna gidilmektedir.

Disiplin cezası kararı bir idari işlem (bireysel idari işlem) olduğundan yargısal denetiminin idari yargı organları tarafından yapılması gerekir. Disiplin cezası verilmesi işlemini hakkında, **yetki, şekil, sebep, konu ve maksat** yönlerinden⁴⁸⁴ en az biri ile hukuka aykırı oldukları iddiasıyla (menfaati ihlal edilenler tarafından) idari yargıda iptal davasına⁴⁸⁵ ve (kişisel hakları doğrudan ihlal edilenler tarafından) yine idari yargıda tam yargı (tazminat) davasına (hukuka

⁴⁸³ Sancakdar, **agm.**, s. 3874.

⁴⁸⁴ Disiplin cezası yaptırımının yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarına ilişkin açıklama ve değerlendirmelere, yukarıda, bu yaptırımın ve genel olarak idari yaptırımların incelendiği başlıklar altında yer verilmiştir.

⁴⁸⁵ İptal ve tam yargı davalarından sadece birinin veya her ikisinin açılması konusunda İYUK m. 12'de belirtilen alternatif seçeneklerin uygulanması mümkündür. Bu durumda, iptal ve tam yargı davalarından sadece biri açılabilir gibi her ikisi (birlikte) açılabilir yahut ilk önce iptal davası açılarak bu davaya ilişkin kararın (kanun yoluna başvurulması halinde buna ilişkin kararın) tebliğ tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası da açılması yoluna gidilebilir.

uygunluk denetimine) konu edilebilirler.

Dava açılabilmesi için disiplin cezasının kesinleşmesi gerekmektedir. Kesinleşme, itirazın reddi veya itiraz süresinin itiraz etmeden geçmesi; memuriyetten çıkarma cezalarında ise tebliğ ile olur.⁴⁸⁶ Dava açmadan önce itirazda bulunulması etkin bir usul olmakla birlikte dava açılabilmesi için tüketilmesi zorunlu bir yol değildir. İtiraza tabi disiplin cezalarında itiraz yoluna gidilmemesi halinde yedi günlük itiraz süresi tamamlandıktan sonra; itirazın yazılı olarak reddi halinde ret kararının tebliğinden sonra; zımnen ret halinde idarenin cevap verme süresi olan altmış gün tamamlandıktan sonra ve altmış günlük genel dava açma süresi (İYUK m. 7) içerisinde idari yargıda iptal davası açılmalıdır. İtiraz kurumuna tabi olmayan memuriyetten çıkarma cezalarında ise, ceza tebliğ ile kesinleşmiş olduğundan, tebliğ tarihinden itibaren altmış günlük genel dava açma süresi içerisinde iptal davası açılmalıdır.

Açılan dava kapsamında (özellikle, devlet memurluğundan çıkarma cezası dolayısıyla açılan davada) İYUK m. 27'ye göre yürütmenin durdurulması isteminde bulunulabilir. Mahkeme açılan davada, davanın kabulüne (ceza işleminin iptaline) veya ceza verilmesine ilişkin işlemin hukuka uygun olması nedeniyle davanın reddine karar verecektir. Davanın kabulü ve ceza verilmesini konu alan işlemin iptal edilmesi halinde işlem geçmişe etkili olarak ve bütün hüküm ve sonuçlarıyla ortadan kalkar. Bununla birlikte, mahkemenin kararı iptal etmesi, her durumda davacıya (memura) iptal davasına konu fiili nedeniyle artık disiplin cezası verilemeyeceği veya verilmemesi gerektiği anlamına gelmez. Mahkemenin ceza işlemini, usulüne göre yeniden disiplin cezası verilmesine imkân tanıyacak bir gerekçe ve hükümlerle iptal etmesi halinde (örneğin, savunma alınmadan disiplin cezası verilmiş olması nedeniyle iptal etmesi halinde) kararda belirtilen sakatlık sebebi (örneğin, savunma alınmamış olması) dikkate alınıp eksiklik giderilerek disiplin cezası yeniden verilir. Böyle bir durumda, DMK m. 127'de yer alan iki yıllık zamanaşımı süresinin dava süreci nedeniyle geçmiş olması yeni ceza verilmesine engel olmaz,

⁴⁸⁶ “(...) 7 günlük süre içinde itiraz edilmeyen disiplin cezalarının kesinleşmiş olması, itiraz edilen disiplin cezalarının ise, ancak itiraz mercilerinin bu konuda verecekleri karar veya süresi içerisinde itiraz hakkında karar vermemeleri üzerine kesinleşecek olması ve cezanın kesinleşmesi halinde dava konusu yapılabilecek olması karşısında, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'nın dava konusu disiplin cezasına yapılan itiraz hakkında henüz bir karar vermediği aşamada kesinleşmemiş olan disiplin cezasının iptali istemiyle açılan davanın incelenmeksizin reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir. (...)” D8D, E. 2009/9342, K. 2013/7697, KT. 8.2.2013. www.danistay.gov.tr, 29.9.2018.

çünkü artık zamanaşımı süresinin işleme söz konusu değildir;⁴⁸⁷ ancak (bizce), mahkemece verilen iptale ilişkin kararın idareye tebliğinden itibaren DMK'de belirtilen (hızlandırıcı veya koruyucu özelliğe sahip) sürelerle riayet ederek yeniden disiplin cezası kararı verilmelidir.

İYUK m. 28'de yer alan hükümler gereğince (ve Anayasa m. 138'deki amir hükmün de zorunlu bir sonucu olarak) mahkemenin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare (kararın tebliğinden başlayarak) en geç otuz gün içerisinde işlem tesis etmeye mecburdur. İstinaf veya temyiz kanun yoluna gidilmesi kararın yürütmesini kendiliğinden durdurmaz. Dolayısıyla, örneğin, devlet memurluğundan çıkarma cezasına ilişkin işlemin iptal edilmesi halinde idarenin memuru görevine başlatması ve cezayı özlük kayıtlarından silmesi gerekmektedir. Kararların yerine getirilmesi (veya getirilmemesi) konusunda İYUK m. 28'de yer alan diğer hükümler disiplin cezalarına ilişkin kararlar bakımından da geçerlidir.

Disiplin cezalarına ilişkin davalarına ilişkin olup idare mahkemelerince verilen kararlarda kanun yolu olarak (kararı veren mahkemenin yargı çevresindeki

⁴⁸⁷ “(...)657 sayılı Yasa'nın 127. maddesindeki zamanaşımı süreleri, idarenin disiplin suçundan haberdar olmasından ilk defa disiplin cezası verilmesine kadarki süreçte dikkate alınacak süreler olup, idare tarafından söz konusu sürelerle riayet edilerek disiplin cezası vermesi halinde, idarenin zamanaşımı sürelerine uyma yükümlülüğünü yerine getirdiğinin kabulü gerekmektedir. Öte yandan, zamanaşımı sürelerinin hesabında disiplin cezası verildikten sonraki itiraz süreci veya onay süreci (disiplin cezasının idari anlamda kesinleşme süreci) dikkate alınmayacağı gibi, idari yargıda dava açılması halinde, yargılama sürecinde geçen süreler ile bozma kararı verilmesi halinde kararın gerekçesi idareye yeni bir disiplin işlemi yapma yetkisi tanıyor ise idarenin yeni bir disiplin işlemi tesis etmesi aşamasında söz konusu zamanaşımı sürelerinin artık öne sürülemeyeceği açıktır. Diğer bir deyişle 657 sayılı Yasa'nın 127. maddesindeki zamanaşımı düzenlemesinin, idare tarafından ilk defa disiplin işlemi tesis edilmesi aşamasında göz önüne alınacak bir müessese olduğu ve ilgili hakkında bu süreler içinde bir disiplin cezası verilmekle birlikte hükmünü doğuracağı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, disiplin cezalarına karşı idari yargıda açılan davalarda verilen iptal kararlarının gerekçesinin, idareye ilgili hakkında başka bir disiplin işlemi tesis etme olanağı tanınması halinde, 2577 sayılı Yasa'nın 28/1. maddesi uyarınca Yargı kararının gereğini yerine getirmekle yükümlü olan idarenin, zaman geçirmeksizin harekete geçerek makul süreler içinde işlem tesis etmeleri gerektiği, buna karşılık yargı kararının gereğini yerine getirirken 657 sayılı Yasa'nın 127/2. maddesi hükmünün ilgilinin sürekli ceza tehdidi altında bırakılmasını önleme fonksiyonu gereği, kararın idarelerine tebliğ edildiği tarihten itibaren her halükarda 2 yıl zarfında disiplin işlemlerini sonuçlandırmaları gerektiği açıktır. Nitekim Dairemizin 02.12.2013 günlü, E:2010/5239, K:2013/9337 sayılı kararı ile 10.12.2013 günlü, E:2010/9547, K:2013/10337 sayılı kararları da bu yöndedir. (...)” D12D, E. 2012/2857, K. 2013/11887, KT. 20.12.2013. www.danistay.gov.tr, 6.10.2018.

Daha eski tarihli başka bir kararın ilgili kısımları şöyledir: “İdarelerin, 657 sayılı Yasayla saptanmış olan zamanaşımı süreleri dışında disiplin cezası vermesi mümkün bulunmamaktadır. Ancak ilgili idarenin süresi içinde disiplin cezası vermesiyle zamanaşımı süresinin kesileceği açık olup, böyle bir durumda disiplin cezasının idari yargı yerince aynı konuda yeniden işlem tesisini gerektirecek biçimde iptali üzerine, zamanaşımı süresini yeniden işletilmesi de olanaksız bulunmaktadır.” D8D, E. 1996/3070, K. 1996/2943, KT. 7.10.1996 www.danistay.gov.tr, 26.5.2018.

Bölge İdare Mahkemesinde) istinaf yolu öngörülmüştür (İYUK m. 45). Bölge İdare Mahkemesinin temyize açık olmayan kararları kesindir; ancak, İYUK m. 46/1-c hükmü⁴⁸⁸ gereğince, devlet memurluğundan çıkarma cezasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada istinaf kanun yolunda Bölge İdare Mahkemesince verilen kararlar için Danıştayda temyiz kanun yoluna gidilebilir.

2. Kamu Görevlisine İdari Para Cezası Yaptırımına Karşı

Yukarıda (bu yaptırımla ilgili başlık altında) belirtilip açıklandığı gibi, KMYKK m. 71/4'e göre verilen idari para cezalarında, ceza kararını verecek makam, tahsil şekli ve zamanaşımı konuları Kanun'da düzenlenmiş ve fakat yargısal başvuruya ilişkin bir düzenleme yapılmamış olduğundan, KK m. 3'te yer alan;

“Bu kanunun; a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün filler hakkında, uygulanır.”

Düzenlemesi gereğince, bu cezaya karşı yargısal başvuruda KK'nin “Başvuru yolu” başlıklı 27. maddesi (ve devam eden maddeleri, özellikle “Başvurunun incelenmesi” başlıklı 28 ve “İtiraz yolu” başlıklı 29. maddeleri) uygulanır. KK m. 27'ye göre, idari para cezası kararının tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza hâkimliğine başvurulabilecektir; ancak, yine KK'de (m. 27/8) yer alan;

“(8) İdarî yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idarî yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idarî yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı merciinde görülür.”

Hükmü gereğince, söz konusu idari para cezası kararına ilişkin işlem kapsamında aynı kişi (kamu görevlisi) ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren bir kararın verilmiş olması ve bu kararın (idari işlemin) iptaline yönelik bir dava açılacak olması halinde, her iki işlem için de idare mahkemesi görevli yargı mercii olarak değerlendirilecektir.⁴⁸⁹

⁴⁸⁸ Bölge İdare Mahkemelerinin hangi kararlarının temyiz kanun yoluna tabi olduğunu düzenleyen İYUK m. 46/1-c şöyledir: **c) Belli bir meslekten, kamu görevinden veya öğrencilik statüsünden çıkarılma sonucunu doğuran işlemlere karşı açılan iptal davaları.”**

⁴⁸⁹ Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi 3.3.2014 tarih 2014/239 E. ve 2014/280 K. sayılı kararında, KMYKK m. 71 gereğince verilen idari para cezalarının, Kanun'da özel olarak düzenlenen esas ve usuller dışında (görevli yargı yeriyile ilgili hususlar da dâhil olmak üzere) KK'ye tabi olduğu değerlendirilmesinde bulunmuştur. Kararın ilgili bölümleri şöyledir: “(...)5018 sayılı Kanun'da idari para cezasına karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Öte yandan; 30.3.2005 gün ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 6.12.2006 gün ve 5560 sayılı Yasa'nın 31. maddesiyle değiştirilen 3. maddesinde, "(1) Bu Kanunun; a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, b) Diğer

İdari para cezalarından ikincisi olan, KİK Ek m. 8'e göre çıkarılan Yönetmeliğe göre verilen para cezasında ise, ilgili Yönetmeliğin 6/8 maddesi gereğince doğrudan doğruya KK hükümleri uygulanmaktadır; dolayısıyla, yargısal başvuru konusunda yukarıdaki paragrafta yapılan açıklamalar bu idari para cezası için de geçerlidir.

Anayasa Mahkemesinin, KK'ye tabi idari para cezalarında adli yargının görevli kılınmasının Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde kararı bulunmakla birlikte,⁴⁹⁰ bizce, KMYKK m. 71/4'e ve KİK Ek m. 8'e göre verilen idari para

genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır"; Kanunun "Başvuru yolu" başlıklı 27. maddesinin 1. fıkrasında ise "idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari yaptırım kararı kesinleşir. Aynı Kanunun 27. maddesine, 5560 sayılı Kanun ile eklenen sekizinci fıkrada ise; idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddialarının, bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görüleceği kurala bağlanmış, bu maddenin gerekçesinde de bu hükümle, Kabahatler Kanunu'ndaki düzenlemelerin ortaya çıkardığı bağlantı sorununa çözüm getirilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren bu düzenlemeye göre, Kabahatler Kanunu'nun; idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı; diğer kanunlarda görevli mahkemenin gösterilmesi durumunda ise uygulanmayacağı ancak; idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddialarının, bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görüleceği anlaşılmaktadır." düzenlemeleri yer almıştır. Bu düzenlemelere göre; Kabahatler Kanunu'nun, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı; diğer kanunlarda görevli mahkemenin gösterilmesi durumunda ise uygulanmayacağı anlaşılmaktadır. (...) Somut olaya baktığımızda, öngörülen idari para cezasının 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, , 5018 sayılı Kanun'da da idari para cezasına itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği gibi 5326 Sayılı Kanun'un 27. Maddesinin 8. Fıkrasında açıklandığı şekilde idari yaptırım kararının verildiği işlem hakkında aynı kişi adına verilmiş idari yargının görev alanına giren bir kararında olmaması nedeniyle, Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı Kanun'la değişik 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Yasa hükümleri dikkate alınacağından, idari para cezasına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanunun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır. (...)" www.uyusmazlik.gov.tr, 29.9.2018.

⁴⁹⁰ KK'nin 27/1 ve 28. madde hükümlerinin, idarenin kamu gücünü kullanarak verdiği idari yaptırım kararları nedeniyle çıkan uyuşmazlıkların çözümünün idari yargı yerine adli yargıya bırakılmasının Anayasa'nın Başlangıcı ile 2, 36, 125, 140, 142 ve 155. maddelerine aykırı olması nedeniyle hukuka aykırı olduğu savının ilk derece mahkemelerde (13 mahkeme) yarılamlar sırasında ileri sürülmesi üzerine mahkemeler başvuruyu değerlendiren Anayasa Mahkemesi, söz konusu düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna vararak reddetmiştir. Kararın ilgili kısımları şöyledir: "(...) **E - 5326 sayılı Yasa'nın 27. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrası ile 28. Maddesinin İncelenmesi:** Başvuru kararlarında itiraz konusu kurullarla, idarenin kamu gücünü kullanarak verdiği idari yaptırım kararları nedeniyle çıkan uyuşmazlıkların çözümünün idari yargı yerine adli yargıya bırakılmasının Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 36., 125., 140., 142. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Yasa'nın 27. maddesinin (1) numaralı fıkrasında idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı başvuru yeri ve süresi düzenlenmekte; 28. maddesinde ise başvurunun incelenme yöntemi

cezalarında idari yargı organları yerine adli yargı organlarının görevli kılınması doğru bir yaklaşım değildir. Anayasa Mahkemesi idari işlem ve eylemlere karşı (genel ilkenin dışına çıkılarak, idari yargının değil) adli yargının görevli kılınmasını, haklı neden ve kamu yararı unsurlarının mevcut olması halinde hukuka uygun bulmakta⁴⁹¹ ise de, bizce bahsi geçen durumda, idari işlemlerde görevli yargı koluna ilişkin genel kuralın dışına çıkılmasını haklı kılan bir gerekçenin mevcut olduğu söylenemez. İdari cezayı veren idari makam, ceza verilenin kamu görevlisi ve cezanın kamusal görevle bağlantılı olması (ilaveten, yaptırımın da idari olması) nedeniyle, bu hususta adli yargının değil idari yargının görevli kılınmasının daha isabetli bir yaklaşım olacağı, bu amaçla ilgili kanunlarda bir düzenleme yapılması gerektiği görüşündeyiz.

KK'ye göre sulh ceza hâkimliğine başvuruda bulunulması halinde mahkeme Kanun'un 29. maddesindeki usul ve esaslara göre ve de ceza hukukunun yanı sıra (gerektiğinde) idare hukuku ilkelerini de uygulayarak⁴⁹² inceleme yapar. İnceleme sonucunda sulh ceza hâkimliği (KK m. 29'da belirtildiği üzere); başvuruya konu idari yaptırım kararının hukuka uygun olduğu sonucuna varırsa **başvurunun reddine**, aksi halde (hukuka aykırı olduğu sonucuna varılması halinde) **başvurunun kabulü ile idari yaptırım kararının kaldırılmasına** karar verir. Başvurunun reddi halinde mahkemenin idari para cezasının miktarında değişiklik yapma yetkisi vardır; ancak bu değişiklik artırma şeklinde olamaz, ancak azaltma şeklinde olabilir.⁴⁹³ KK'nin "İtiraz yolu" başlıklı 29. maddesine göre, sulh ceza hâkimliğinin 3.000

belirtilmektedir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun İkinci Kısımında "Çeşitli kabahatler" başlığı altında düzenlenen fiilleri, ağırlıklı olarak 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 526. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan kabahatler oluşturmaktadır. 5252 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle, çeşitli yasalarda hafif hapis veya hafif para cezası olarak öngörülen yaptırımlar idari para cezasına dönüştürülmüştür. Yaptırımın adının yasa ile "idari" olarak değiştirilmesinin, bu tür yaptırım uygulanacak eylemlerin gerçekte ceza hukuku alanına giren suç olma özelliklerini etkilemeyeceği açıktır. 5326 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin iptal gerekçesi doğrultusunda, cezaî karakteri ağır basan bu eylemler açısından verilen idari para cezası ve/veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarına karşı başvurunun sulh ceza mahkemesince kanunda belirtilen usule göre incelenmesinde, Anayasa'nın 2., 125. ve 155. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır. İtirazın reddi gerekir. Kuralların Anayasa'nın 36., 140. ve 142. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir. (...) Sacit ADALI ve Mehmet ERTEN bu karara farklı gerekçe ile katılmışlar, Şevket APALAK ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT ise, "5326 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (1) numaralı fıkrasının iptal edilmesi gerektiği" düşüncesiyle bu görüşe katılmamışlardır." AyM, E. 2005/108, K. 2006/35, KT. 1.3.2006, RG. 22.7.2006, sy. 26236.

⁴⁹¹ AyM, E. 2007/115 K. 2009/80, KT. 11.6.2009, RG. 26.11.2009, sy. 27418. Karar, KK'nin bazı maddelerinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasanın 152. maddesine göre yapılan başvuruya ilişkindir.

⁴⁹² Gözler - Kaplan, *age.*, s. 397.

⁴⁹³ Bu zorunluluk **aleyhte bozma yasağı** (reformatio in peius) kuralından kaynaklanmaktadır. Hüsamettin Uğur, "Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Kabahatler Kanunu'na Göre Kanun Yolları (Başvuru ve İtiraz)", **TBB**, S. 89, 2010, s. 422.

TL'ye (bu miktar dâhil) kadar⁴⁹⁴ olan cezalara karşı yapılan başvurular üzerine verdiği kararlar kesindir.⁴⁹⁵ Kanun koyucunun 3.000 TL'ye kadar olan idari para cezalarının yargısal denetimine ilişkin rejimde tek dereceli yargı uygulamasını benimsediği anlaşılmaktadır.⁴⁹⁶ Bu sınırın üzerindeki bir cezaya ilişkin ret kararına karşı ise, yedi gün içerisinde CMK m. 268/3-a'da belirtilen sıralama kurallarına göre yetkili sulh ceza hâkimliğine itirazda bulunulabilir.



⁴⁹⁴ Hükümdeki 2.000 TL'lik parasal sınır, 1.3.2011 tarihli ve 6217 sayılı Kanun'un (RG. 14.4.2011 - 2790527) 27. maddesiyle 3.000 TL'ye çıkarılmıştır.

⁴⁹⁵ Bu parasal sınır, idare veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen idari para cezalarının sulh ceza hâkimliği tarafından yargısal denetimi sonucu verilen kararlar için geçerlidir. İdari yaptırım kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde herhangi bir parasal sınır olmaksızın ağır ceza mahkemesine itirazda bulunulabilir. Uğur, "Yüksek Mahkeme Kararları ...", s. 423.

⁴⁹⁶ Belirli bir miktarın (halen 3.000 TL) altındaki idari para cezalarına ilişkin olarak sulh ceza hâkimliğince verilen kararların iki dereceli yargılamaya kapalı olması (KK m. 29'a göre, sulh ceza hâkimliğince verilen kararın kesin olması) eleştiriye açıktır.

İdari yaptırımlarda iki dereceli yargılamaya ilişkin bilgi ve değerlendirmeler ve KK'deki söz konusu hükümlerin, AİHS'nin (ülkemizin imzalamadığı) 7. Protokolünün "Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı" başlıklı 2. maddesi ve ülkemizin taraf olarak imzaladığı **Uluslararası Kişisel ve Siyasi Haklar Sözleşmesi**'nin 14/5 maddesinde iki dereceli yargılamayı zorunlu kılan hükümlere aykırı olmadığına ilişkin bir görüş için, bkz.: Nazım Taha Koçak, "Kabahatler Kanunu Uyarınca Verilen Para Cezalarında İki Dereceli Yargılama Sorunu", **ABD**, S. 2014/2, s. 490.

SONUÇ

Tez çalışmamızda, kamu ihalelerinde istekliler, yüklenici, danışmanlar ve ihale sürecinde görev alan kamu görevlileri (ihale ve sözleşme süreçlerinde yer alan bu aktörlere, istekli olabilecekler ve adaylar da ilave edilebilir) tarafından işlenen hukuka aykırı fiiller nedeniyle uygulanan idari yaptırımlar ve bu yaptırımları (ilaveten, kimi durumlarda cezai yaptırımları da) gerektiren fiil ve davranışlar incelenmiştir. İncelememizde, Türkiye’de ihale hukukunun en geniş uygulama alanına sahip kaynakları olan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK), 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK) ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nda (DİK); aynı şekilde, disiplin hukuku yönünden en geniş uygulama alanına sahip Kanun olan 657 s. Devlet Memurları Kanunu’nda (DMK) yer alan düzenlemeler kapsama alınmıştır. Yine, kamu görevlilerine yönelik idari para cezası yaptırımını içeren 5018 s. Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu (KMYKK) ve nihayet ihale sürecinde lehine (Kanun’da sayılan belirli türden) suç işlenen tüzel kişilere yönelik idari para cezası öngören 5326 s. Kabahatler Kanunu’nda (KK) yer alan konuyla ilgili düzenlemeler de incelenmiştir. Çalışmamızın temel konularından olmamakla birlikte, idari yaptırımların yanı sıra ihale suçlarını (ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçlarını) oluşturan fiiller ve bunlara ilişkin cezai yaptırımlarla ilgili olarak da, idari yaptırımlarla bağlantı kurulmak suretiyle yeri geldikçe açıklama ve değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Çalışmamızın kapsamına dâhil edilen idari yaptırımlar (anılan kanunlarda düzenlenen); kamu ihalelerine katılmaktan süreli yasaklama, teminatın gelir kaydedilmesi, (kamu görevlilerine yönelik) disiplin cezaları ve idari para cezaları ile tüzel kişilere yönelik idari para cezasıdır.

Tezimizin **birinci bölümünde**, ihale kavramı ve terimi, hukuki niteliği, (ekonomik yönden) önemi, ihalelerde uyulması zorunlu temel ilkeler, Türk ihale hukukunun (kanunlar başta olmak üzere) temel kaynakları hakkında bilgiler verilmiş, açıklama, değerlendirme ve önerilerde bulunulmuştur. Bu hususlardaki (tez metninde açıklanan) tespit ve değerlendirmeler özetle aşağıda belirtilmiştir.

1-) Kamu ihalelerinin, harcama getirici ihaleler ve gelir getirici ihaleler şeklinde bir ayrıma tabi tutularak iki ayrı kanunda (KİK ve DİK’de) düzenlenmesinin isabetli bir yaklaşım olmadığı görüşünderiz. KİK’nin yürürlüğe girmesinden önce tüm hükümleriyle yürürlükte olan ve her tip ihalenin hem ihale ve hem de sözleşme

süreçlerinin tabi kılındığı DİK’de, gelir getirici veya harcama gerektirici ihaleler yönünden bir ayırım yapılmamıştır. Mevcut ayırım, sadece harcama gerektiren ihalelerin ihale süreçlerini kapsayan KİK’nin ve KİK’ye tabi ihalelerin sözleşme süreçlerini kapsayan KİSK’nin yürürlüğe girmesiyle birlikte oluşmuştur. Yukarıda, ihale kavramı, terimi ve ihale usulünün amacı ile ilgili başlıklar altında belirtilip tartışıldığı üzere, gelir getiren ihaleler ile harcama gerektiren ihaleler arasında, ihale usulüne başvurulmasının amacı, ihalelerde uyulması zorunlu temel ilke ve kurallar, ihalenin temel (esaslı) safahatı ve ihale/sözleşme sürecine ilişkin idari (kimi zaman cezai) yaptırım gerektiren fiiller yönünden esaslı farklılıklar bulunmamaktadır. Hal böyle iken, gelir getirici ve harcama gerektirici ihalelerin ayrı kanunlarla düzenlenmesinin tutarlı bir yaklaşım olmadığı açıktır. Öte yandan, kimi ihale türleri hem gelir sağlayıcı hem de gidere sebep olucu niteliktedirler; bu tür ihalelerde hangi kanunun uygulanacağı konusu da (gelir getirici ve harcama gerektirici işlem ölçütü esas alındığında) kaçınılmaz olarak tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Yine, ihalelerde iki kanunun uygulamada olması, çalışmamızın kapsamında yer alan idari yaptırımlara ilişkin esas ve usullerde de bazı esaslı farklılıklara, bunun sonucunda eşitsizlik ve tutarsızlıklara sebep olmaktadır. Belirtilen nedenlerle, KİK’de (ve KİSK’de) gelir getirici işlerin özellikleriyle uyumlu biçimde düzenlemeler yapılmak kaydıyla, gelir getirici özellik gösteren ihalelerin, yani DİK’ye tabi ihalelerin de KİK (ve KİSK) kapsamına alınmasının olumlu sonuçlar doğuracağı, isabetli olacağı görüşünderiz.

2-) Kamu ihalelerinde en geniş uygulama alanına sahip olan ve ihalelere ilişkin genel ve temel ilkeler ile esas ve usulleri içeren kanun KİK’dir. Bununla birlikte, Kanun’un (2. maddesinde genel sınırları çizilen) kapsamı, istisna öngören hükümleri (özellikle m. 3 ve m. 2/son fıkra) ve Kanun’da (özellikle istisna içeren anılan maddelerde) yayımlandığı 22.1.2002’den bugüne kadar olan süreçte gerçekleştirilen değişikliklerle ve (bu Kanun’a tabi olmayan) çeşitli idarelere ve işlere özgü özel nitelikteki kanun ve kanun altı düzenlemelerle dikkate değer bir ölçüde daraltılmıştır. Bu yaklaşım, rekabet ve saydamlık ilkeleriyle uyumlu olmadığı gibi, kamu harcamalarında etkinliği azaltıcı sonuçların doğması tehlikesini de beraberinde getirmektedir. Bu nedenle, ulusal güvenlikle ilgili ihaleler veya doğal afetler nedeniyle ortaya çıkan ihtiyaçların giderilmesine ilişkin ihalelerde olduğu gibi, özel nitelikleri ve kaçınılmayacak çeşitli zorunluluklar nedeniyle KİK dışında kendine özgü kurallar içeren (özel nitelikteki) bir ihale mevzuatına tabi kılınan işler

hariç olmak üzere, kamu idarelerinin (ve Kanun'un kapsamda yer alan diğer ihaleci süjelerin) bütün ihalelerinin KİK kapsamına alınmasının, diğer bir ifadeyle, KİK'nin kapsamının (zaman içerisinde daraltılmak yerine) mümkün olduğunca genişletilmesinin, kamu kaynaklarının daha verimli kullanılması ve ihalelerde hukuka uygunluğun sağlanması bakımından olumlu sonuçlar sağlayacağı düşünülmektedir.

3-) alışmamızın amacı ve kapsamıyla doğrudan ilgili olmamakla birlikte, ihale hukukundaki idari yaptırımların kapsamının belirlenmesinde önemli olduğundan alışmamızda KİK'nin kapsamıyla ilgili bir takım açıklama ve değerlendirmelerde de bulunulmuştur. Bu bağlamda; KİK'nin (6111 sayılı Kanun'un 176. maddesiyle değişik) 2/2 maddesindeki (4603 sayılı Kanun'a tabi bankalarla ilgili) düzenlemede, noktalama işareti eksikliği/hatası ve metnin iyi tasarlanmamış olması nedeniyle bir anlam karmaşası meydana geldiği görüşünde yiz. şöyle ki; 4603 sayılı Kanun'a tabi kamu bankalarının ve bunların sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketlerin gerçekleştirecekleri yapım ihalelerinin Kanun'un kapsamına girdiği, diğer işlerinin (ihalelerinin) girmedeği, Kanun'un 2/1-e ve 2/2'de yer alan hükümlerinden kolaylıkla anlaşılabilmekle birlikte, bankaların SPK'ye tabi gayrimenkul yatırım ortaklıklarının ve enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketlerinin durumunun ne olduğu maddede açık ve net (anlaşılır) biçimde ifade edilmiş değildir. Fıkranın (değişikliğe ilişkin) gerekçesinden, bankaların SPK'ye tabi gayrimenkul yatırım ortaklıklarının Kanun'un kapsamı dışında tutulduğu anlaşılabilmektedir; ancak, enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketlerle ilgili bir netlik yoktur. Belirtilen nedenlerle, 4603 sayılı Kanun'a tabi bankaları kapsayan söz konusu hükümlerin gözden geçirilerek düzenlenmesinin (metnin yeniden kaleme alınmasının veya kanun koyucunun amaçladığı istisna içeriğine göre, metinde yer alan **“(e) bendinde belirtilen yapım ihaleleri hariç”** ifadesinin virgül ile metnin önceki veya sonraki kısımdan ayrılmasının) maddede yer alan hükmün anlam yönünden açıklığını (kanun hükmünde belirliliği) sağlaması bakımından faydalı olacağı görüşünde yiz.

Tezimizin **ikinci, üçüncü ve dördüncü bölümlerinde**, tez kapsamında yer alan yaptırımlar ve bunlara karşı idari ve yargısal başvuru yolları incelenmiştir. Bu hususlardaki (tez metninde açıklanan) tespit ve değerlendirmeler özetle aşağıda belirtilmiştir.

İhalelere katılmaktan (idarece) yasaklama, ihale ve sözleşme sürecinde işlenen belirli (kanunda yasaklı fiil ve davranış olarak sayılan) fiil ve davranışlarda bulunan kişiler ile bunlarla (yine kanunda belirtilen türde) hukuki ve maddi irtibatı bulunan bazı kişilerin, idarece (resen, yani herhangi bir hükme ihtiyaç duyulmadan) gerçekleştirilen bir bireysel idari işlemle, kamu ihalelerine katılmaktan belirli bir süre (geçici olarak) yasaklanmasıdır. Yasaklanan kişiler yasaklı oldukları sürenin sonuna kadar kamu ihale sisteminin dışında tutulmakta, kamu ihalelerine iştirak ettirilmemektedirler.

Bu yaptırımın genel nitelikteki amacı (her idari yaptırımda olduğu gibi) kamu yararadır; özel nitelikteki amaçları ise, yaptırımın caydırıcılık, tedbir ve cezalandırma işlevleri sayesinde, (hem ihale ve hem de sözleşme sürecini kapsamak üzere) kamu ihalelerinin (KİK’de açıkça belirtilen) temel nitelikteki ihale ilkelerine uygun olarak tamamlanmasını sağlamak ve idarelerin zararına sebep olunmasını önlemektir. Yasaklama işlemi bir idari işlem olduğundan, kamu gücü ayrıcalığına dayanma, tek taraflı olma, icrai olma, resen icra edilme, kanunilik karinesinden yararlanma ve yargı denetimine tabi olma özelliklerine sahiptir. Benzer şekilde, idari işlemin unsurları olan, yetki, şekil, usul, sebep, konu ve amaç, bu işlemde de söz konusudur; dolayısıyla, bu unsurlara ilişkin idare hukuku ilke ve kuralları bu işlem için de geçerlidir. İhalelere katılmaktan idarece yasaklama yaptırımı, Anayasa’nın; temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin 13, -idari yaptırımlara uygun olduğu ölçüde- suç ve cezalara ilişkin 38, temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin 40, idarenin kanuniliğine ilişkin 123 ve idari işlemlere karşı yargı yoluna ilişkin 125. maddeleri çerçevesinde ihdas edilen ve uygulanan bir yaptırım olarak, yine Anayasayla teminat altına alınan temel hak ve hürriyetlerden olan, çalışma ve sözleşme hürriyetini (Anayasa m. 48) geçici olarak sınırlayıcı bir sonuç doğurmaktadır. Bu yaptırım, çalışmamızın kapsamında yer alan üç kanunda da (KİK, DİK ve KİSK) yer almıştır.

KİK’de ihalelere katılmaktan idarece yasaklama yaptırımına yaptırıma ilişkin temel düzenlemeler, Kanun’un **“İhalelere katılmaktan yasaklama”** başlıklı 58. maddesinde bulunmaktadır. Kanun’un 58. maddesi, **“İhaleye katılmayacak olanlar”** başlıklı 11 ve **“Sözleşme yapılmasında isteklinin görev ve sorumluluğu”** başlıklı 44. maddeleriyle bağlantılıdır. 58. maddede belirtilen yasaklama sebeplerinden ilki ve en önemlisi, Kanun’un **“Yasak fiil ve davranışlar”** başlıklı 17.

maddesinde düzenlenen fiilleri işlemek, diğeri ise ihale üzerinde bırakılmasına rağmen sözleşme imzalamaktan kaçınmaktır.

KİK'nin yanı sıra, KİK'ye göre yapılan ihalelerde sözleşme (taahhüdün ifası) sürecini düzenleyen temel kanun olan KİSK'de de ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı yer almıştır. KİSK'de yasaklama yaptırımına ilişkin temel düzenlemeler Kanun'un "**İhalelere katılmaktan yasaklama**" başlıklı 26. maddesinde yer almaktadır. Maddede yasaklamaya ilişkin düzenleme yapılmış, yasaklamaya sebep olan diğer fiil ve davranışların neler olduğu konusunda ise Kanun'un "**Yasak fiil ve davranışlar**" başlıklı 25. maddesine başvurulması öngörülmüştür. KİSK'de, belirtilen maddelerin yanı sıra, sözleşme sürecinde vuku bulması olası çeşitli durumlarla ilgili olan 16, 19, 20, 21, 22, 27, 30, 32, 33 ve 34. maddelerinde de, yasaklama yaptırımına ilişkin 26. maddeye yollama yapan veya konuyla yakından ilgili hükümler vardır.

KİK ve KİSK'nin yanı sıra, DİK'de de (kapsamındaki ihalelerin ihale ve sözleşme süreçleriyle ilgili olarak uygulanmak üzere) ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı yer almıştır. Yaptırıma ilişkin temel düzenlemeler Kanun'un "**İdarelerce ihalelere katılmaktan geçici yasaklama**" başlıklı 84. maddesinde, "**Yasak fiil ve davranışlar**" başlıklı 83. maddeye de atıf yapılmak suretiyle düzenlenmiştir. Kanun'un, 85, 57, 66, 67, 68, 69 ve 87. maddelerinde de yaptırımla ilişkili hükümler vardır.

Çalışmamızda bu yaptırıma ilişkin yetki, şekil ve usul kuralları da incelenmiştir. Bireysel idari işlem (idari karar) özelliğine sahip olan ihalelere katılmaktan idarece yasaklama işleminde, yetki, şekil ve usul kurallarına ilişkin düzenlemeler, KİK, KİSK ve DİK'nin yasaklama kurumunu düzenleyen maddelerinde belirtilmiş, uygulamaya ilişkin çeşitli hususlar ise (KİK ve KİSK'ye tabi işler yönünden) KİGT'de açıklanmıştır. Yasaklama kararı, KİK'ye tabi ihalelerde (KİK m. 58/1'de düzenlendiği üzere) ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verilecektir. Aynı yetki durumunun (KİSK m. 26/1'de düzenlendiği üzere) sözleşme sürecinde verilen idari yasaklama kararı bakımından da geçerli olduğu görülmektedir. KİSK m. 26/1'de yer alan bu husustaki düzenlemenin KİK m. 58/1 ile

neredeyse aynı olduğu, aradaki tek farkın, ihale süreciyle ilgili olarak **“ihaleyi yapan bakanlık”** ifadesi kullanılırken sözleşme süreciyle ilgili olarak **“sözleşmeyi uygulayan bakanlık”** ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. DİK’ye tabi ihalelerde de benzer bir yetki durumu söz konusudur. DİK m. 84/1 ve 84/3’de düzenlendiği üzere yasaklama kararı, ihaleyi yapan bakanlık veya (bakanlık dışındaki bir idare tarafından yapılan ihalelerde) idarenin kuruluş yönünden ilgili olduğu bakanlık tarafından verilir. Kararlar yazılı verilir, Resmi Gazete’de yayımlanır ve yayımlandığı tarihte yürürlüğe girer.

İdarece yasaklama kararı verilmesine neden olan fiilin aynı zamanda (ihaleye fesat karıştırma suçunda olduğu gibi) suç teşkil etmesi halinde, idari bir yaptırım olarak uygulanan yasaklamanın yanı sıra söz konusu suça ilişkin yargılamayı yapan mahkemece de (idari yasaklama süresinin bitmesiyle birlikte uygulanmak üzere) ayrıca bir yasaklama kararı verilmektedir. Bu yaptırımı ceza mahkemesi kararına dayanması nedeniyle cezai yaptırımlardan güvenlik tedbirleri kategorisi içerisinde değerlendirmek gerekmektedir. Bu yaptırım KİK m. 59/1, DİK m. 85/1 ve KİSK m. 27’de düzenlenmiştir.

Çalışmamız kapsamında incelenen diğer bir yaptırım, ihale suçları nedeniyle tüzel kişiye idari para cezası yaptırımıdır. İhale kanunlarımızda yer alan yasaklı fiil ve davranışların (idari yaptırımları sonuçlayan haksızlıkların yanı sıra) ihaleye fesat karıştırma (TCK m. 235), edimin ifasına fesat karıştırma (TCK m. 236) ve rüşvet (TCK m. 252) suçları gibi (ihale ve sözleşme sürecinde karşılaşılabilecek) suçlar başta olmak üzere KK’nin 43/A maddesinde sayılan suçlardan en az birini oluşturması halinde, idarece ve mahkemece uygulanmasına karar verilen ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının yanı sıra, ceza mahkemesi kararına dayalı olarak KK m. 43/A’da düzenlenen idari para cezası da uygulanmaktadır. Tezimizin ilgili başlığı altında tartışıldığı üzere, bu yaptırımın; uygulanmasına sadece ceza mahkemesi tarafından hükmedilebilmesinin (idare tarafından hiçbir durumda uygulanamamasının) yanı sıra, bir kabahate karşılık olarak uygulanması öngörülen bir yaptırım olmaması, bir suça karşılık uygulanması öngörülen bir yaptırım olması nedeniyle cezai yaptırım özelliğini gösterdiği görüşüdeyiz. Bu yönüyle değerlendirildiğinde bu yaptırımın KK’de veya herhangi bir kanunda düzenlenen idari yaptırımlardan tümüyle farklı bir özellikte olduğu görülmektedir. Bu yaptırım, (5237 s. TCK’nin kabul ettiği sistemde) tüzel kişilere TCK’ye göre ceza (dolayısıyla, adli para cezası da) verilememesinden kaynaklanan zorunluluk nedeniyle KK

kapsamında düzenlenmiştir.

Çalışmamız kapsamındaki idari yaptırımlardan bir diğeri, teminatın gelir kaydedilmesidir. Yukarıda ilgili başlıklar altında ayrıntılı olarak ifade edildiği üzere, ihale ve sözleşme sürecinde isteklilerden geçici ve kesin teminat alınmaktadır. Alınan teminat, kanunda düzenlenen ve sözleşmeye ilişkin esaslı kurallara aykırılık teşkil eden belirli fiillerin işlenmesi halinde teminat sahibine iade edilmeyip idareye gelir kaydedilmektedir. Mali etki ve sonuçları olan bu yaptırım da, idarece (hükme ihtiyaç duyulmaksızın) uygulanması nedeniyle idari yaptırımlar kategorisi içerisinde değerlendirilmelidir; ancak, sözleşme sürecinde sözleşmeye aykırı fiil ve davranışlar nedeniyle sözleşmenin feshi ve kesin teminatın gelir kaydedilmesini, özel hukuk alanında sözleşmenin bir tarafı olarak hareket eden idarenin idare hukuku ilke ve kuralları dışında gerçekleştirdiği bir işlem olması nedeniyle idari yaptırım olarak değerlendirmemek gerekir.

İhalelerde geçici ve kesin teminat alınmasının, ihale düzeninin sağlanması ve idarenin (ihaleci süjenin ve kamunun) menfaatlerinin korunmasına yönelik amaçları vardır. Geçici teminat alınması; isteklilerin ihale sürecindeki fiil ve davranışlarında iyi niyetli ve ciddi davranmalarını, ihale ilkelerine aykırı olması nedeniyle işlenmesi yasaklanmış fiil ve davranışlarda bulunmaktan kaçınmalarını sağlamayı, bu amaç çerçevesinde idareye maddi bir teminat oluşturmayı amaçlamaktadır. Geçici teminat alınması yoluyla, ihale sürecinde yasaklı fiil ve davranışlarda bulunmaları halinde verdikleri teminatın iade edilmeyebileceğini, bunun sonucunda maddi kayba uğrayacaklarını göz önünde bulunduran teminat sahiplerinin (isteklilerin) iyi niyetli, ciddi ve ihale ilke ve kurallarına uygun fiil ve davranışlarda bulunmaları yönünde bir etki ve sonuç yaratılmak istenmektedir. Benzer şekilde, kesin teminat alınması ise; sözleşme imzalayacak isteklinin (müstakbel yüklenicinin), sözleşme sürecindeki fiil ve davranışlarında iyi niyetli ve ciddi olmasını, ihale ilkelerine, şartnameye ve sözleşmeye aykırı olması nedeniyle işlenmesi yasaklanmış fiil ve davranışlarda bulunmamasını, edimini şartname ve sözleşmeye uygun biçimde ifa etmesini sağlamayı, bu amaç çerçevesinde idareye maddi bir teminat oluşturmayı amaçlamaktadır.

Bireysel idari işlem (idari karar) özelliğine sahip olan teminatın gelir kaydedilmesi işleminde yetki, şekil ve usul kurallarına ilişkin özel nitelikte düzenlemelere anılan kanun hükümlerinde yer verilmemiştir. Teminatın gelir kaydedilmesi gerektiğinde, ihale yetkilisinin ve idarenin bu konuda yetkili

makamının istem ve kararları gereğince teminatın gelir kaydedilmesi işlemi idarenin muhasebe birimleri tarafından gerçekleştirilir.

Çalışmamız kapsamındaki idari yaptırımlardan bir başkası, görevlilere yönelik idari yaptırımlardır. Bunlar, disiplin cezaları ve idari para cezalarıdır. Çalışmamızda disiplin cezalarının incelenmesinde (disiplin hükümleri yönünden en geniş uygulama alanına sahip kanun olan) 657 s. DMK esas alınmıştır. Çalışmamız kapsamında incelenen idari para cezaları, KMYKK m. 71/4'e göre verilen idari para cezası ve KİK Ek m. 8'e göre çıkarılan Yönetmelik m. 6'ya göre verilen idari para cezasıdır. Disiplin ve idari para cezaları, idarece resen uygulanmaları (mahkeme kararı gerektirmemeleri) nedeniyle idari yaptırım kavramı içerisinde yer almaktadırlar.

İhale ve sözleşme sürecine (görevleri dolayısıyla) iştirak eden kamu görevlilerinin, görevlerini kanuni gereklere uygun ve tarafsızlıkla yapmadıklarının, suç ve/veya disiplin suçu oluşturan fiiller işlediklerinin tespit edilmesi halinde, haklarında disiplin işlemleri yapılması gerekmektedir. Görevlilere yönelik olarak, KİK'nin 17, 42, 60, 61 ve 62., KİSK'nin 28, 29 ve 31. ve DİK'nin ise 86 ve 87. maddelerinde (sorumluluk, emir ve yasaklar içeren) hükümler bulunmaktadır; bununla birlikte, görevlilere yönelik; sorumluluk, emir ve yasaklar içeren kurallar sadece belirtilen maddelerdeki hükümlerden ibaret olmayıp, görevlinin tabi olduğu personel mevzuatında, ihale ve sözleşme sürecine ilişkin çeşitli kanunlarda ve kanun altı mevzuatta da (örneğin ihale yönetmelik ve tebliğlerinde, KİGT'de ve 657 sayılı DMK'nin 125. maddesinde de) bu konuda düzenlemeler bulunmaktadır. Tezimizde, disiplin yaptırımı kapsamında (en geniş uygulama alanına sahip kanun olan) 657 sayılı DMK esas alınmıştır. Disiplin cezalarına ilişkin düzenlemeler DMK'nin, **“Hizmet Şartları ve Şekilleri”** başlıklı 4. Kısımının **“Disiplin”** başlıklı 7. Bölümünün 124 ilâ 135. maddelerinde yer almaktadır. Devlet memurunun disiplin suç teşkil eden fiilleri (fiil tipleri) ile bunlara karşılık uygulanacak disiplin cezaları Kanun'un 125. maddesinde sayılmıştır. Bu maddeye göre, devlet memurlarının disiplin suçu teşkil eden fiillerine karşılık verilecek disiplin cezaları; uyarma (m. 125/1-A), kınama (m. 125/1-B), aylıktan kesme (m. 125/1-C), kademe ilerlemesinin durdurulması (m. 125/1-D) ve devlet memurluğundan çıkarma (m. 125/1-E) cezalarıdır. Disiplin işlemlerinde uyulması zorunlu usul ve esaslar DMK'de ve ilgili Yönetmeliklerde düzenlenmiştir. Bunlara ilişkin ayrıntılı açıklamalar yukarıda ilgili başlıklar altında yapılmıştır. İhale ve sözleşme sürecinde görev alan kamu

görevlilerine uygulanan idari para cezaları KMYKK m. 71/4'e göre verilen idari para cezası ve KİK Ek m. 8'e göre çıkarılan Yönetmelik m. 6'ya göre verilen idari para cezasıdır.

İncelediğimiz idari yaptırımlar için, özel nitelikteki düzenlemeler çerçevesinde zorunlu veya ihtiyari idari başvuru yolları ile yargısal başvuru yolları mevcuttur. İhalelere katılmaktan idarece süreli yasaklama yaptırımı için sadece yargısal başvuru yolu öngörülmüş iken, teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımı için, ihaleci idareye “şikâyet” ve Kamu İhale Kurumuna “itirazın şikâyet” olarak isimlendirilen (iki aşamalı ve) zorunlu idari başvuru yollarını takiben yargısal başvuru yoluna gidilebilmektedir. DMK'de düzenlenen disiplin cezalarından memuriyetten çıkarma cezası için idari başvuru yolu öngörülmemiştir; diğer disiplin cezaları için özel nitelikte idari başvuru yolları ve her türden disiplin cezası için yargısal başvuru olanakları vardır. Yine, görevlilere yönelik idari para cezalarında da idari ve yargısal başvuru olanakları vardır. Yargısal başvuru (ihalelere katılmaktan yasaklama, geçici teminatın gelir kaydı ve disiplin cezası işlemlerinde) idare mahkemesine, kamu görevlisine verilen idari para cezalarında ise sulh ceza hâkimliğine veya (KK m. 27'de belirtilen hallerde) idare mahkemesine yapılmaktadır. Ayrıca, Anayasa ve AİHS'de yer alan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi söz konusu ise, esas ve usulleri çerçevesinde bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine ve AİHM'ye başvurma olanağı da vardır.

Tezimizin ikinci, üçüncü ve dördüncü bölümlerde incelenen konulardan;

KİK'ye göre yasaklama ile ilgili olarak;

1-) KİK'nin ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin hükümleri, Kanun'un (Kanun'dan istisna edilen işleri düzenleyen) 3. maddesinin son fıkrasında yer alan, **“Ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tabi değildir.”** hükmü nedeniyle, Kanun'un (genel kapsamını düzenleyen) 2. maddesinde sınırları çizilen alanda kalan tüm idarelerin ihalelerini kapsamaktadır. Bu noktada, Kanun'un (4964 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değişik) 2. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan (TMSF ve kamu bankalarıyla ilgili) düzenlemeyle Kanun'un kapsamı dışında tutulan ihalelerde, Kanun'un yasaklamaya ilişkin hükümlerinin ve yine Kanun'un 3. maddesinin son fıkrasındaki hükmün uygulanıp uygulanamayacağı hususunda bir tereddüt ortaya çıkmaktadır. Öncelikle, 2. maddenin ikinci fıkrasıyla düzenlenen hususların istisnaları düzenleyen 3. maddede yer alması, daha açık bir ifadeyle, TMSF'nin ihalelerinin tümüyle, kamu bankalarının ihalelerinin ise büyük oranda

(yapım ihaleleri hariç) Kanun'dan istisna edilmesine yönelik hükümlerin 2. madde yerine 3. maddede yer alması daha uygun olurdu. 2. maddenin ikinci fıkrasıyla düzenlenen hususların 3. madde yerine 2. maddede yer alması nedeniyle, 3. maddenin son fıkrası olan, **“Ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tâbi değildir.”** hükmünün, 2. maddenin son fıkrasında yer alan (TMSF ve kamu bankalarına ilişkin) istisna hükmüyle işaret edilen ihalelerde uygulanması, yani bu ihalelerdeki fiillerden dolayı kişilere KİK'ye göre yasaklama uygulaması yapılması bizce mümkün değildir. (Bununla birlikte, 58. maddedeki **“...2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dâhil...”** ibaresi nedeniyle, ihalelere katılmaktan yasaklanan kişinin 2. maddenin ikinci fıkrasında KİK'den istisna edildiği belirtilen ihalelere giremeyeceği açıktır.) Belirtilen nedenlerle, 2. maddenin ikinci fıkrasıyla düzenlenen hususların 3. maddeye aktarılması, bu suretle, Kanun'un kapsamının düzenlendiği 2. maddesinde ifade edilen sınırlar içerisinde kalmakla birlikte Kanun'un 3. maddesindeki istisna hükümleri nedeniyle Kanun'a tabi olmadan gerçekleştirilen tüm ihalelerde Kanun'un ceza ve ihalelerden yasaklamaya ilişkin hükümlerinin uygulanacağını açık bir şekilde ifade edilmesinin sağlanmasında fayda bulunduğu görüşündeyiz.

2-) KİK'ye göre gerçekleştirilecek yasaklama işleminde kimler hakkında yasaklama kararı verileceği Kanun'un 58/2 maddesinde, **“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, (...) yasaklama kararı verilir...”** şeklinde düzenlenmiştir. Yasaklanan şirketin unvan değişikliği, birleşme, bölünme veya tür değişikliği yoluyla unvanının ve ortaklık yapısının değişmesi halinde yasaklamanın (öngörülen sürenin sonuna kadar) devam edip etmeyeceği konusunda Kanunda açık bir düzenleme yoktur. Unvan değişikliği, bölünme veya tür değişikliği halinde yasaklama kararının etkilerinin devam edeceği açıktır. Birleşme halinde ise, (TTK m. 136'da düzenlenen, devralma veya yeni kuruluş şekillerinden hangisiyle gerçekleşirse gerçekleşsin) devralan ve yasaklı olmayan şirket yönünden (yasaklılığın devam edip etmeyeceği hususunda) durum tartışmalı olarak görünebilir ise de, bizce, yasaklama yaptırımının amaç ve işlevi dikkate alınarak, devralan veya yeni oluşan şirketin de yasaklamanın kapsamında yer aldığı kabul edilmesi gerekmektedir. Birleşen şirketlerden yasaklı olmayanın, basiretli bir tacir gibi hareket ederek, birleştiği (devraldığı) şirket hakkında bir

yasaklama kararı olup olmadığını araştırma (ve yasaklılık var ise bunun sonuçlarına katlanma) yükümlülüğü olduğu kabul edilmelidir. Aksi görüşün kabulü halinde, birleşme usulünün, yasaklılık yaptırımından kaçınmanın bir aracı olarak kullanılmasına uygun zemin hazırlanmış olacaktır. Öte yandan, birleşme sonucu oluşan yeni şirket ile KİK m. 58/2’de belirtilen nitelikte irtibatlı olan kişiler bakımından da tartışmalı bir durum olduğu açıktır. Bu hususlarda (idari yaptırımlarda kanunilik ve belirlilik ilkeleri de dikkate alınarak) Kamu İhale Kurumu tebliğleriyle düzenleme yapmak yerine, kanuni bir düzenleme yapılmasında fayda olduğu görüşündeyiz.

3-) Yasaklama yaptırımını sonuçlayan sebeplerden en önemli grubu Kanun’da belirtilen yasak fiil ve davranışlar oluşturmaktadır. Yasaklı davranışların düzenlendiği KİK m. 17’de (özellikle 17/1-b’de), isteklilere yönelik hukuk dışı davranışlarla birlikte adaylara ve istekli olabileceklere yönelik hukuk dışı davranışların da kapsama alınmamasının bir eksiklik olduğu görüşündeyiz. Söz gelimi, ihaleye istekli olarak katılabilecek kişilerin ön başvuru ve başvuru aşamasında tehditle istekli olmaktan caydırılmasının, temel ihale ilkeleriyle (özellikle rekabet ilkesiyle) çatıştığı açıktır. Mevcut haliyle bu eksik uygulamanın yasaklama kurumunun koruma alanını daralttığı tartışmadan uzaktır. İhalelerde birer “**istekli**” olma niyetinde olan ve bu amaçla “**aday**” olarak yeterliliklerini ortaya koymayı amaçlayan adaylara ve ihale dokümanını satın alan “**istekli olabilecekler**”e karşı işlenen fiillerin de (açık bir düzenleme yapılmak suretiyle) yasaklama yaptırımının kapsamına alınmasında fayda vardır.

4-) Kanun’da, istekli ve irtibatlı olan bazı kişiler hakkında yasaklama işlemi yapılacağı düzenlenmiş olmakla birlikte, yasak fiil ve davranışı gerçekleştiren ve fakat kendisi istekli veya belirtilen çerçevede (ortaklık, yönetim, temsil ilişkisi dolayısıyla) istekliyle irtibatlı olan kişilerden olmayan hakkında yasaklama işlemi yapılıp yapılmayacağı konusunda açık ve net bir düzenleme yoktur. Örneğin, ihale isteklisi şirketin ortağı veya temsilcisi olmamakla birlikte, ihalenin bu istekli üzerinde kalması halinde çeşitli şekillerde bundan yarar sağlayacak bir kişinin (veya bu kişiyle irtibatlı başka bir kişinin) yasaklı fiil ve davranışta bulunması durumunda bu kişi veya temsilcisi olduğu tüzel kişi hakkında da (belirli koşullar altında) yasaklama işlemi yapılacak mıdır? Kanun’un 58. maddesindeki, “**17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında...**” ifadesinin, istekli ile Kanun’da belirtilen çerçevede kalan bir irtibatlı olup olmadığına

bakılmaksızın yasaklı davranışta bulunan failer hakkında da yasaklama işlemi yapılabileceği anlamına geldiği düşünülebilir ise de, bu hususta madde metninden kaynaklanan bir tereddüt olduğu açıktır. Yasaklama kurumunun amacı ve işlevi dikkate alınarak, bu hususta tereddütleri ortadan kaldıracak bir düzenleme yapılmasında fayda vardır.

5-) Doğrudan temin usulünün, bir ihale usulü olarak Kanun'un 18. maddesinde belirtilmemiş olması nedeniyle, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımına ilişkin hükümlere tabi olmadığı kabul edilmektedir. Doğrudan temin sürecinin yasaklama hükümlerine tabi olmaması Kanun'un bazı hükümleri yönünden çelişki doğurmasının yanı sıra yasaklama kurumunun amacı yönünden isabetli de değildir. Şöyle ki; öncelikle, yasaklamaya ilişkin temel hükümleri içeren 58. maddenin lafzının doğrudan temini de kapsadığını söylemek yanlış olmaz. Öte yandan, yasaklamayla korunması amaçlanan hukuki yararların doğrudan teminde mevcut olmadığını söylemek mümkün değildir. Doğrudan temin usulünün uygulandığı bir işte yasaklı fiil ve davranışlarda bulunan kişilerin ihalelere katılmaktan yasaklanmaması halinde, bu kişilerin idarelerin açacakları ihalelere iştirak edebilecekleri, dolayısıyla, yasaklama yaptırımıyla ortadan kaldırılması amaçlanan tehlikenin varlığını sürdüreceği de açıktır. Doğrudan temin ile ihale usulleri arasındaki temel iki farklılık, alımın mali portesi ve rekabetin (yarışmanın) doğrudan teminde (açık ihale usulüne göre) çok daha dar bir çerçevede meydana gelmesidir. Bunun dışındaki hususlarda, yasaklama kurumunun varlık sebepleri yönünden bir farklılık yoktur. Öte yandan, KİK'nin 58/1 maddesinde yer alan **“17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında (...) yasaklama kararı verilir.”** hükmünün, sadece 29. maddede sayılan ihale usullerini değil, ihale usulleri ile birlikte aynı Kanun'da (KİK'de) düzenlenen doğrudan temin usulünü de kapsadığını söylemek yanlış olmaz. KİK'nin 58. maddesindeki (tırnak içinde belirttiğimiz) hükümde, yasaklama kararı verilmesi için, 17. maddede belirtilen fiil ve davranışlarda bulunulması koşulunun dışında, yapılan işin (mal veya hizmet alımı ile yapım işinin) Kanun'un 4. maddesinde tanımlanan ve 18. maddesinde türleri sayılan ihale usullerinden biri kapsamında gerçekleştiriliyor olması gibi bir koşul yer almamıştır. KİK'nin 17. maddesinin ilk fıkrasındaki, **“İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır.”** ifadesinde “ihale” terimine yer verilmiş ise de, 58/1 maddede “ihale” terimi kullanılmadan doğrudan doğruya 17. maddede sıralanan fiillere yollama

yapıldığından, 58. maddenin uygulanmasında 17. maddedeki fiil türlerinin dikkate alınması, ihale veya doğrudan temin usulü arasında fark gözetilmemesi gerektiği görüşündeyiz. Sonuç olarak, doğrudan temin usulünde vuku bulan yasaklanmış fiil ve davranışların da ihalelere katılmaktan yasaklama kurumunun kapsamına alınması (bu kapsamda olduğunun kabul edilmesi) gerekmektedir. Bununla birlikte, bu usulün kapsam dışı tutulması belirtilen gerekçelere rağmen isteniyor ise, tartışılan (madde metninden kaynaklanan) çelişkili durumun giderilmesine yönelik olarak Kanun'da (58. ve/veya 22. maddede) bir düzenleme yapılması, doğrudan temin usulünün Kanun'un yasaklamaya ilişkin hükümlerinin dışında olduğunun Kanun'da açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

Yine doğrudan temin usulüyle ilgili olarak; yasaklı kişilerin doğrudan temin usulüne göre yapılan işlere katılmalarını engelleyen bir hükmün Kanun'da yer almadığı görülmektedir. KİGT ise bu hususta tartışmaya açık bir hüküm bulunmaktadır. Tebliğ'in 30.5.2. maddesine göre, doğrudan temin usulünde, alım yapılacak kişi ya da firmanın ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığı teyit ettirilmeyecektir. Ancak, KİK m. 22/1-d'de belirtilen parasal limit dâhilinde yapılan alımlarda, yasaklı kişilerden alım yapılamayacaktır. Tebliğ ile getirilen bu uygulamanın, kanuni dayanağının bulunmaması nedeniyle tartışmalı olduğu, bununla birlikte, idarelerin yasaklı kişilerden doğrudan temin yoluyla alım yapmamak konusunda sahip oldukları takdir yetkisini kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanarak yasaklı kişilerden doğrudan temin usulüyle de alım yapmamaları gerektiği görüşündeyiz. Bu hususta KİK'de bir düzenleme yapılması, bu değişiklik kapsamında Kanun'un 58. maddesine, yasaklı kişilerle, ihale usulünün yanı sıra ihale dışı usullerle iş yapılmamasını öngören bir hükmün eklenmesinin isabetli olacağı görüşündeyiz.

6-) KİK'de belirtilen yasaklama gerektiren sebeplerden biri, hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmektir (m. 58/1, m. 17/1-a). Düzenlemedeki “...veya başka yollarla...” ifadesi, sadece sıralanan sebeplerin değil, ihaleye ilişkin işlemlere “fesat karıştırmak” olarak nitelenebilecek herhangi bir fiilin işlenmesinin veya böyle bir fiile teşebbüs edilmesinin de yasaklama kapsamında yer aldığını göstermektedir. Hükümle kapsanması amaçlanan fiillerin TCK'nin 235. maddesinde düzenlenen suçu oluşturması da mümkündür, ancak idari yaptırım uygulanması için fiilin aynı zamanda suç oluşturması şart

değildir. Yani, ceza hukuku yönünden ihaleye fesat karıştırma suçunun tüm unsurları mevcut olmasa bile, bir fiilin KİK'nin bu hükmü kapsamında kaldığı değerlendirilerek ihalelere katılmaktan yasaklama işlemi yapılabilir. Diğer bir ifadeyle, ihaleye fesat karıştırma suçu oluşturan her fiil KİK'nin bu hükmünün kapsamına mutlaka girmesine karşın, KİK'nin bu hükmünün kapsamına giren her fiilin aynı zamanda ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturması şart değildir. Bu açıklamalarımıza dayanarak, hükümde “**fesat karıştırmak**” ibaresinin kullanılmış olmasını eleştirmek de mümkündür; çünkü bu ibare, kapsama alınmak istenen fiil türlerinin, aynı zamanda ihaleye fesat karıştırma suçunu da oluşturması gerektiği algısına sebep olmaktadır. Belirtilen nedenle, KİK'nin 17/1-a maddesine, “**suç oluşturmaya bile**” ibaresinin eklenmesinde fayda olduğu görüşünderiz.

7-) KİK'de yer alan yasaklama sebeplerinden biri, (Kanun'un 11. maddesinde sayılan) ihaleye katılmayacak kişilerden olmasına rağmen ihaleye katılmaktır (m. 58/1, m. 17/1-e, m. 11). Bu yasağa rağmen ihaleye katılmak (buna teşebbüs etmek) 11. maddenin ilk fıkrasında belirtilen “dolaylı olarak ihaleye katılma” veya “başkaları adına ihaleye katılma” girişimi olarak değerlendirilerek, teklif veren gerçek veya tüzel kişiler hakkında 11. maddenin son fıkrasında yer alan yaptırımların (ihale dışı bırakılma, geçici teminatın gelir kaydedilmesi) ve yasaklama yaptırımının uygulanmasına sebep olacaktır. KİK'nin 11/a maddesi, haklarında idarece veya mahkemece verilmiş bir ihalelere katılmaktan yasaklama kararı bulunanların ihalelere katılmasını yasaklamaktadır. Bu hükmün, idarece ve mahkemece verilmiş ihalelere katılmaktan yasaklama kararı bulunanları kapsayıp, bunların dışında kalan, yani kanunlarda yer alan çeşitli hükümler gereğince ihalelere veya belirli ihalelere katılmayacak olanları (dolayısıyla, çeşitli kanunlarda yer alan ihalelere katılma yasaklarının ihlalini) kapsamaması isabetli değildir. Kamu görevlilerinin görevleri sürerken veya emeklilik, istifa vd. sebeplerle görevlerinden ayrıldıktan sonra belirli bir süreyle tüm veya belirli idarelerin ihalelerine katılmalarına yasak getiren çeşitli kanun hükümleri vardır (bu hususta ilgili başlık altında ayrıntılı bilgiler verilmiştir). Söz konusu 11/1-a maddesinin eleştirdiğimiz hükmü, 10.11.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6359 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle bende, “**idarelerce ve mahkeme kararıyla**” ibaresi eklenerek bu halini almıştır. Yapılan değişiklikten önce bu hüküm, sadece idarelerce ve mahkemece ihalelere katılmaktan yasaklananları değil, hangi sebeple olursa olsun bir ihaleye katılmaktan yasaklı olanların tümünü kapsıyordu. Değişiklik getiren 6359 sayılı Kanun'un 1. maddesinin gerekçesinde,

maddenin yeni halinin kapsamının daraltılma gerekçesi belirtilmemiştir. Hükümde yapılan değişikliğin, 6359 sayılı Kanun'un 1. maddesinin gerekçesine (gerekçe metnine) yansımayan bir amacı vardır; bu amaç, KİK'nin 59. maddesinin 2. fıkrasına göre haklarında ihale suçlarından dolayı adli soruşturma yapılarak dava açılanların ceza davası sonuçlanıncaya kadar ihalelere katılmaktan yasaklanmasının önüne geçilmesidir. Bu yaklaşımın, masumiyet karinesiyle uyumlu olduğu için hukuka uygun olduğu söylenebilir. Ancak, Kanun'un 11/1-a maddesinde yapılan değişiklik, KİK'nin 59/2. maddesi gereğince kişilerin ihalelere katılmaktan yasaklanmasını önleme şeklindeki haklı ve isabetli sonucun yanı sıra, çeşitli kanunlarla (örneğin, 5231 sayılı Kamu Görevinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanun, 3069 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği İle Bağdaşmayan İşler Hakkında Kanun) getirilen ve ihalelerde hâkim olması gereken temel ilkelerin hayata geçirilmesi bakımından da son derece önemli olan hükümlere riayet edilmemesi halinde uygulanacak idari yaptırım (ihale dışı bırakılma, geçici teminatın gelir kaydedilmesi ve daha önce ihalelere katılmaktan yasaklama yapılmadıysa bu yaptırımın da uygulanması) yönünden, hukuka aykırı biçimde ihalelere katılma teşebbüsünde bulunan kişiler arasında farklı (ayrıcalıklı) uygulama yapılmasını sonuçlar içeriktedir. Bu nedenle Kanun'un 11/1-a maddesinin mevcut halinin kapsam yönünden (yetersiz olması nedeniyle) eleştiriyi hak ettiğini düşünüyoruz. Söz konusu hükmün, sadece KİK'nin 59/2. maddesindeki hali dışlayacak şekilde tasarlanarak değiştirilmesi, kapsamının genişletilmesi, hangi kanun hükmü gereğince olursa olsun, ihalelere giremeyecek olmalarına rağmen ihaleye iştirak eden kişilerin de kapsama alınması gerektiği görüşündeyiz.

8-) KİK'nin 11/1-a maddesinde yer alan hükümlerle, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan, örgütlü suçlardan ve kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanların ihalelere katılmaları yasaklanmıştır. Maddede, “...**rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar.**” dendiğine göre, (tüzel kişilerin cezalandırılmayacağı, ancak haklarında güvenlik tedbiri uygulanabileceği kuralından hareketle) bu düzenlemenin hedefinin gerçek kişiler olduğu söylenebilir. Bu hüküm sadece gerçek kişileri kapsadığına göre, bir tüzel kişinin (örneğin bir ticaret şirketinin) ihalelere katılmak istemesi halinde bu hükmün amaçladığı tedbirin uygulanması mümkün olmayabilir. Öte yandan, Kanun'da rüşvet suçunun ihalelere katılımı sürekli olarak engelleyecek bir suç olarak düzenlenmesine karşın ihaleye fesat karıştırma veya edimin ifasına

fesat karıştırma suçlarının sürekli yasaklamayı gerektiren suçlar olarak düzenlenmemiş olması bizce isabetli bir yaklaşım olmamıştır. Bizce, rüşvet suçuyla birlikte, en azından temel ihale suçu olan ihaleye fesat karıştırma suçunun da kapsama alınması gerekirdi. Belirtilen nedenlerle, sadece rüşvet verme suçundan hükümlü gerçek kişilerin değil, gerekirse belirli bir süre sınırlaması da konulmak suretiyle, yararına rüşvet verme suçu işlenen (ve bu nedenle haklarında güvenlik tedbirlerine veya KK m. 43/A'ya göre idari para cezasına hükmedilen) tüzel kişilerin de kapsama dâhil olduğu açıkça ifade edilecek şekilde, ilaveten, rüşvet suçuyla birlikte (en azından) ihaleye fesat karıştırma suçunun da kapsama alınması suretiyle bir kanuni düzenleme yapılması isabetli olacaktır.

9-) KİK'nin 11/1-c, d, e ve f maddeleriyle, ihale sürecinde görev alan kamu görevlileri ile bunların belirli derecedeki yakınlarının ihalelere katılmaları yasaklanmıştır. Buna göre; ihale yetkilisi, ihale yetkisine sahip kurulun üyeleri, ihaleye ilişkin işlemleri hazırlayan ve sonuçlandıran görevliler ile bunların eşleri, üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları, evlatlıkları, evlat edinenleri, ortakları ve (yönetiminde bulunmadıkları veya % 10'dan fazla hisseye sahip olmadıkları anonim şirketler hariç) şirketleri ihalelere katılamaz. KİK m. 11/1-f'ye göre, c, d ve e bentlerinde yasaklı oldukları belirtilen kişilerin ortakları ile (% 10'dan az hisseye sahip oldukları anonim şirketler ile yönetim kurulunda görevli olmadıkları anonim şirketler hariç olmak üzere) hissedar oldukları şirketler de yasak kapsamına alınmıştır. Bu hükme göre, (örneğin) ihaleyi yapan idarenin ihale yetkilisinin % 10'dan az bir oranda hissesine sahip olduğu bir anonim şirketin o idarenin ihalesine katılması (katılım başka bir hükümlerle engellenmiş değil ise) mümkündür. Bu düzenlemenin, % 10 oranının (hissedarlık oranı olarak) ciddi (yüksek) bir hissedarlık oranı olmasından dolayı sorunlu olduğunu düşünüyoruz. Özellikle, KİK 11/1-c'de belirtilen kişilerin (ihaleyi yapan idarenin ihale yetkilisinin veya bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişilerin) % 10'dan az bir oranda hissedarı olduğu anonim şirketlerin bu idarenin ihalelerine katılmasının, ihalelere hâkim olması gereken ilkelerin hayata geçirilmesi bakımından ciddi risklere ve (istekliler, istekli olabilecekler ve kamuoyu nezdinde) güvensizliğe sebep olacağı tartışmadan uzaktır. Bu nedenle söz konusu hükmün gözden geçirilmesi, bu kapsamda (örneğin) % 10'luk oranın çok daha düşük bir orana çekilmesi veya belirtilen durumdaki anonim şirketlerin istekli olarak yer aldığı ihalelerde, şirkette hissedar olan idare görevlilerinin (ve yine Kanun'da belirtilen derecelere kadar olan kan ve sıhrî

hısımların) ihale yetkilisi veya bu yetkiye sahip kurulda üye olarak görev ve yetki alamamasına yönelik bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Öte yandan, maddede sayılan kişilerin (hısımlık, ortaklık ve yönetim ilişkisinin yanı sıra) borç/alacak vb. ticari ilişki içerisinde oldukları kişilerin de (belirli ölçüler konularak) kapsama alınması da isabetli olacaktır.

10-) KİK'nin 11/2 maddesiyle, bir ihalenin yüklenicisinin o ihaleye konu işin danışmanlık hizmeti ihalesine, aynı şekilde, danışmanlık hizmeti yüklenicisinin işin ihalesine girmesi yasaklanmıştır. Bu yasak, yüklenicilerin ortaklık ve yönetim ilişkisi içerisinde olduğu şirketler ile bu şirketlerin (sermayesinin yarısından fazlasına) sahip olduğu şirketleri de kapsamaktadır. Düzenlemenin yer aldığı KİK'nin 11/2 maddesindeki, “Bu yasaklar, bunların ortaklık ve yönetim ilişkisi olan şirketleri ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri için de geçerlidir.” hükmü bu yasağın kapsamını genişletmektedir. 11/2 maddede, yönetim ilişkisinin mahiyeti ve ortaklık (hissedarlık) oranına ilişkin bir koşul yer almamıştır. Bu nedenle, hisse oranı son derece küçük (örneğin, halka açık bir anonim şirketin borsa aracılığıyla alınmış hisse senedine sahip olunması hali) ve dolayısıyla çıkar ilişkisi de önemsiz boyutta olsa dahi, ortak olunan şirket ve hissedar için, ihaleye ve ihalenin danışmanlık ihalesine katılmama kuralı geçerli olacaktır. Bu düzenlemede, katılımı engellenmek istenen kişilere ilişkin sınırların çizimindeki yetersizliğin uygulamada bir takım tereddütlere ve sorunlara yol açabileceğini düşünüyoruz. Öte yandan, maddede sayılan kişilerin (ortaklık ve yönetim ilişkisinin yanı sıra) hısımlık, borç/alacak vb. ticari ilişki içerisinde oldukları kişilerin de (belirli ölçüler konularak) yasaklılık kapsamına alınması düşünülebilir. Bu hususlarda Kanun'da bir düzenleme yapılmasının isabetli olacağı görüşündeyiz.

KİSK'ye göre yasaklama ile ilgili olarak;

1-) KİSK'de yer alan ihalelere katılmaktan idarece yasaklama yaptırımına ilişkin hükümler, Kanun'un (m. 2'de düzenlenen) kapsamı gereğince, (sadece) sözleşme süreci KİSK'ye tabi olan ihaleleri, yani KİK'ye göre yapılan ihaleleri kapsamaktadır. KİK'nin 3. maddesinde sayılan istisna kapsamındaki ihalelerin sözleşme süreçleriyle ilgili olarak, bu ihalelerin sözleşme süreçlerine ilişkin özel kanunlarında yasaklama yaptırımı yönünden KİSK'ye yollama yapılmış ise, bu ihalelerde de KİSK'nin ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. Hiyerarşik konumu gereği kanun gücünde olmayan düzenleyici işlemlerle (örneğin, KİK'nin geçici 4. maddesine dayanarak,

KİK'nin 3. maddesiyle Kanun'dan istisna edilmiş ve dolayısıyla KİSK'nin de kapsamında yer almayan ihalelerdeki esas ve usulleri düzenlemek üzere çıkarılan ve hiyerarşik olarak kanunların altında yer alan düzenlemelerde), bunlara tabi ihalelerde KİSK'nin yasaklamaya ilişkin hükümlerinin uygulanacağına yönelik hükümler bulunması (KİSK'nin yasaklamaya ilişkin hükümlerine yollama yapılması) halinde ise, idari yaptırımlarda kanunilik ilkesine uygun olmayacağından, sözleşme aşamasında vuku bulan ve KİSK'de birer yasaklama sebebi olarak gösterilen fiil ve davranışların işlenmesi halinde (sözleşmede KİSK'nin söz konusu hükümlerinin uygulanacağına yönelik hükümler bulursa dahi) idarece yasaklama kararı verilemeyeceği, verilmesi halinde işlemde yetki yönünden hukuka aykırılık oluşacağı görüşündeyiz; ancak, Danıştay böyle bir durumda da idarece yasaklama kararı verilebileceğini, çünkü hem KİK'nin ve hem de KİSK'nin amacına ve kamu ihalelerinde korunması gereken kamu menfaatine ve ulaşılması amaçlanan hedeflere uygun olacağı görüşündedir; bununla birlikte, Danıştayın (yukarıda, ilgili başlıklar altında aktarıldığı üzere) nispeten daha eski tarihli olmak üzere aksi yönde kararı da vardır. Mevcut kanuni düzenlemelere göre; KİSK'ye tabi olmayan ihalelerin esas ve usullerini düzenleyen bir kanun varsa ve o kanunda yasaklama hükümlerine yer verilmiş ise ortada bir sorun yoktur; sorun (ve tereddüt), -kanun altı nitelikte olan- idarenin düzenleyici işlemlerine tabi ihalelerde ortaya çıkmaktadır.

Yasaklama yaptırımının amaç, etki ve sonuçlarının, sadece KİSK'nin kapsamındaki ihalelerde değil, kapsama dâhil olmayan idarelerce veya kapsama dâhil olmayan işler için gerçekleştirilen ihalelerde de söz konusu olması nedeniyle ve bu yaptırımı gerektirecek fiil ve davranışlar ile uygulamaya ilişkin esas ve usullerde yeknesaklık sağlanmasını teminen, KİK'nin "**Kapsam**" başlıklı 2. maddesinin son fıkrası ile "**İstisnalar**" başlıklı 3. maddesiyle KİK dışında tutulan ihalelerin sözleşme süreçlerinin de KİSK'nin ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını düzenleyen 26. maddesine tabi kılınması, bu amaçla bir kanuni düzenleme yapılması isabetli olacaktır.

DİK'ye göre yasaklama ile ilgili olarak;

1-) Hakkında yasaklama kararı alınacak kişiler yönünden, DİK'deki yasaklama hükümlerinin kapsamı KİK'ye göre daha dardır. Şöyle ki; Kanun'un "**İdarelerce ihalelere katılmaktan geçici yasaklama:**" başlıklı 84. maddesinin; 1. fıkrasında yer alan, "**...fiil veya davranışlarda buldukları anlaşılabilir...**" ve 2. fıkrasında yer alan, "**Haklarında bu yolda işlem yapılanların sermayesinin**

çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilere de aynı müeyyide uygulanır.” ve 3. fıkrasında yer alan, **“Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhit veya müşteriler hakkında da,...”** ifadelerinden, yasaklanacak kişilerin, ihale isteklileri (sözleşme aşamasında yüklenici veya müşteri) ile birlikte bu kişilerin sermayesinin çoğunluğuna sahip olduğu tüzel kişiler (şirketler) olduğu anlaşılmaktadır. DİK'nin 84/1 ve 84/2 maddelerinde belirtilen bu kapsamın, KİK'nin 58/2 maddesinde belirtilen kapsama göre daha dar olduğu görülmektedir. Bu durum, yasaklama yaptırımının her iki kanuna göre yapılan ihalelerde de aynı hukuki yararı korumayı hedef alması nedeniyle tutarsızlık oluşturmaktadır. Kanun'un 84/1 maddesindeki, **“...fiil ve davranışlarda buldukları anlaşılabilir...”** ibaresi, ihale isteklisi olmamakla birlikte (bir ihale isteklisinin çıkarına yönelik olarak) yasaklı fiil ve davranışlarda bulunan kişiler hakkında da yasaklama işlemi yapılacağı şeklinde de anlaşılmalıdır görüşüdeyiz. Kanun metninde bu hususta bir netlik olmamakla birlikte, istekli ile çeşitli biçimlerde (gizli veya açık ortaklık, yönetim, istihdam, çıkar, taşeron vb.) irtibatı bulunan yasaklı fiil ve davranışın failinin, gelecekte kamu ihalelerine katılma potansiyeli bulunan bir kişi olması halinde, istekli ile birlikte bu kişinin de yasaklama işlemine dâhil edilmesi, yasaklama kurumunun ihdas amacına uygun bir uygulama olacaktır. Bu hususta DİK'nin 84. maddesinde bir düzenleme yapılmasında fayda vardır.

2-) DİK'de düzenlenen yasaklama sebeplerinin KİK'de düzenlenen yasaklama sebepleriyle birçok yönden paralellik gösterdiği, ancak, KİK'deki yasaklama sebeplerinin DİK'ye göre lafzen ve kapsam olarak daha geniş olduğu görülmektedir. Dikkati çeken en önemli farklılık, KİK'de, ihaleye katılamayacak olanların düzenlendiği 11. maddede sayılan kişilerin ihaleye katılmasıdır. Bu yasaklama sebebi DİK'de (yasaklama yaptırımının düzenlendiği 84. maddede ve bağlantı kurduğu 83. maddede) yer almamaktadır. Bu nedenle, örneğin; hakkında (yürürlükte olan bir) ihalelere katılmaktan yasaklama kararı bulunduğu için DİK m. 6/1-2 gereğince ihalelere katılamayacak olan kişilerin ihaleye katılması halinde yasaklama işlemi yapılamayacaktır. Yasaklama yaptırımının her iki kanuna göre yapılan ihalelerde de aynı hukuki yararı korumayı hedef alması nedeniyle, belirtilen bu durum bir tutarsızlık oluşturmaktadır. Bu tutarsızlığın (DİK'ye tabi ihalelerin,

gelir sağlayıcı işlere yönelik özel hükümler de ihdas etmek suretiyle KİK içerisinde düzenlenmesine yönelik görüşümüz de dikkate alınarak) ortadan kaldırılması gerekmektedir.

3-) DİK'ye göre idarece ihalelere katılmaktan yasaklanan kişilerin, yasaklandıkları süre boyunca hangi ihalelere katılamayacakları hususu Kanun'un 84. maddesinde belirtilmiş, KİGT'nin 28.1.2. maddesinde ise konuyla ilgili ilave açıklamalarda bulunulmuştur. Tebliğe göre, yasaklama kararının her yönden kapsamının tespitinde Resmi Gazetede de yayımlanan karar metni esas alınmalıdır. Karar metninde (kapsamı daraltıcı nitelikte) herhangi bir özel sınırlama yok ise, Kanun'un 84. maddesinde geçen "bütün idarelerin" ifadesinden hareketle, kararın bütün idarelerin ihalelerine katılımı yasakladığı sonucuna varılmalıdır. Bu kapsamın belirlenmesinde DİK'nin 84. maddesindeki düzenlemenin yeterince açık olmadığı görülmektedir. Bu nedenle, maddede bir düzenleme yapılarak, yasaklı kişilerin DİK kapsamındaki ihalelerin yanı sıra, KİK kapsamındaki idarelerin (2. ve 3. maddelerle kapsam dışı tutulanlar dâhil olmak üzere) ihalelerine katılamayacakları hususunun açık ve net olarak ifade edilmesinde belirlilik ilkesi yönünden fayda bulunmaktadır.

Yasaklama işlemlerinde yetki, şekil ve usul ile ilgili olarak;

1-) KİK ve KİSK'de, yasaklama kararını verme görev ve yetkisine ilişkin düzenleme yapılırken, ihaleci ve sözleşmeci idarenin; bakanlık, bakanlığa bağlı kuruluş veya bakanlıkla ilgili kuruluş olma durumuna göre bir ayırım yapılmış, ancak, "ilişkili kuruluş"lar için açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle karar verme görev ve yetkisinin (KİK m. 58'de yer alan, "... herhangi bir bakanlığın ilgili ve bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, (...) tarafından verilir." hükmünden hareketle ihale yetkilisine ait olduğu düşünülmelidir. Benzer bir durum DİK bakımından da söz konusudur. DİK'de yasaklama kararını verme görev ve yetkisine ilişkin düzenleme yapılırken, ihaleci idarenin; bakanlık veya bakanlıkla ilgili kuruluş olma durumuna göre bir ayırım yapılmış, "ilgili kuruluş" ve "ilişkili kuruluş" kavramlarına yer verilmemiştir. Bu hususlarda (anılan kanunlarda) bir düzenleme yapılmasında fayda vardır.

2-) KİK ve KİSK'ye tabi işlerde yasaklama kararı, Kanun'da belirtilen merci tarafından, ihaleci idarenin yasaklamaya ilişkin bildirim tarihinden itibaren kırkbeş gün içinde, yazılı ve (kanundan kaynaklanan bir zorunluluk olmamakla birlikte) gerekçeli olarak verilmeli ve karar tarihinden itibaren onbeş gün içerisinde Resmi Gazetede yayımlanmak üzere gönderilmelidir. KİK'de ve KİSK'de yer alan ve

güvence niteliğinde olan (kırkbeş günlük) bir süre DİK’de öngörülmemiştir. DİK’de bu konuda bir süre öngörülmemiş olması bir eksikliklerdir. Bu eksiklik uygulamada tereddütlere ve keyfi davranışlara yol açabileceğinden, DİK’nin 84. maddesinde bir düzenleme yapılarak KİK ve KİSK’de olduğu gibi kırkbeş günlük bir süre öngörülmesi gerekmektedir.

3-) Yasaklama kararının yürürlük şartı kararın Resmi Gazete’de yayımlanmasıdır. Yasaklama işlemi bireysel idari işlem niteliğinde olmasına (düzenleyici idari işlem niteliğinde olmamasına) karşın, bireysel işlemlerde genel olarak geçerli olan tebliğ şartı yasaklama işleminde aranmamakta, işlem, düzenleyici idari işlemler gibi ilanla yürürlüğe girmektedir. Tebliğ koşulunun (bir bireysel idari işlem olan) ihalelere katılmaktan süreli yasaklama işleminde aranmaması, haklarında yasaklama kararı verilecek kişilerin yasaklama kararı verilinceye kadar olan süreçten ve Resmi Gazetede yayımlanan karardan haberdar olamamaları ihtimalinin (hayatın olağan akışı içerisinde sık karşılaşılan bir durum olmamakla birlikte) doğması, dava açma süresinin başlangıç tarihini tartışmalı hale getirmesi ve yasaklanan kişilerin hukuksal güvenliği yönünden sakıncalı olması nedeniyle (haklı olarak) eleştirilmektedir. Anayasa m. 125’te yer alan, idarî işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden başlayacağı hükmü ve buna paralel olarak İYUK m. 7/2-a’da yer alan, idari uyuşmazlıklarda dava açma süresinin yazılı bildirim tarihini izleyen günden başlayacağını öngören hüküm karşısında, bireysel idari işlem niteliğinde olan yasaklama kararının ilgisine tebliğ edilmemesi, KİK, KİSK ve DİK’deki bu hususa ilişkin hükümleri tartışmalı hale getirmektedir. Yasaklama kararı alınmadan önce ilgililerin yazılı savunmalarının alınması halinde, tebliğ yapılmamasından kaynaklanan hukuki sakıncalar ortadan kaldırılabilir; ancak, kanunda savunma alınmasına ilişkin zorunlu (idareyi bağlayan) bir koşul da yer almamaktadır. Hukuk sistemimizde, ceza usulü yönünden normatif dayanak ve güvencelerle teminat altına alınan ve katı biçimde uygulanan savunma hakkının idari yaptırımlarda, ilgili kanunda savunma alınmasına (çelişme usulünün uygulanmasına) ilişkin (disiplin yaptırımları örneğinde olduğu gibi) emredici bir hüküm bulunmaması halinde (genellikle) uygulama alanı bulmadığı görülmektedir. İhalelere katılmaktan yasaklama yaptırımında da aynı durum söz konusudur. Oysa, evrensel bir hak olarak kabul edilen savunma hakkı, adil yargılanma hakkının, hak arama özgürlüğünün ve demokratik hukuk devleti olmanın vazgeçilmez bir koşuludur. Bu nedenle, yasaklama işlemi tesis edilmeden önce, hakkında yasaklama işlemi yapılacak ihale

isteklisine savunma hakkı verilmesini zorunlu kılan kanuni düzenleme yapılması gerekmektedir. Bu hususta kanuni düzenleme olmasa bile, savunma alınmamasının doğurduğu sakıncaların giderilmesini teminen, ihaleci idarenin karar merciine yasaklama işlemi yapılması önerisiyle bildirim yaparken, aynı zamanda, haklarında yasaklama kararı verilmesi önerilen kişilere de (haklarında yasaklama işlemi yapılmasına yönelik işlemlere başlandığına ilişkin) yazılı bildirim yapılması sağlanması yerinde bir uygulama olacaktır.

4-) Yetkili merci tarafından verilen yasaklama kararının, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarih olduğu kabul edilen, ihaleci idarenin yasaklamaya yetkili mercie yasaklama önerisini bildirdiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içerisinde verilmesi gerekmektedir. Kanun'da belirtilen kırkbeş günlük süre, sınırlandırıcı ve güvence nitelikli bir süre olduğundan (sadece hızlandırıcı ve disiplinler nitelikte bir süre olmadığından) bu süre geçtikten sonra karar verilmesi, işlemi zaman bakımından yetkisizlik ile sakatlar. Bununla birlikte, söz konusu kırkbeş günlük sürenin başlangıç tarihinin, ihaleci idarenin yasaklamayı gerektiren fiili tespit ettiği tarih mi, tespiti yapan idarenin yetkili makamının yasaklamaya yetkili mercie yasaklama yapılması yönünde öneri yapılmasına (yazılı olarak, onay, tutanak vb. bir işlemle) karar verdiği tarih mi, yoksa yasaklama önerisini yetkili mercie bildirildiği yazının yetkili mercie ulaştığı (tebliğ edildiği) tarih mi olduğu hususu (idare uygulamasında ve Danıştay kararlarında olmasa da) oldukça tartışmalıdır. Bu tartışmalı duruma, KİK ve KİSK'nin anılan fıkralarında geçen "tespit edildiği tarih" ifadesine farklı anlamlar verilmesi ve bu tarihin ihaleci idarenin yasaklamaya sebep olan fiil ve davranışları fiilen tespit ettiği tarih olarak kabul edilmesi halinde, (teftiş, inceleme, değerlendirme, onay vb.) bürokratik işlemler ve tebligatta yaşanabilecek gecikmeler nedeniyle yasaklama kararı alınması için öngörülen kırkbeş günlük sürenin geçirilmesi kaygısının sebep olduğu söylenebilir. Uygulamada (KİGT'de belirtilen ve Danıştayın da benimsediği görüşe göre), ihaleci idarenin yasaklama önerisini (ve durum tespitini) karar merciine (örneğin, bağlı olunan bakanlığa) bildirdiği yazının karar merciine ulaştığı (daha doğru bir ifadeyle tebliğ edildiği) tarih esas alınmaktadır. Bununla birlikte, karar mercii aynı zamanda ihaleci idare ise, yani ihale, aynı zamanda karar mercii olan Bakanlık tarafından yapılmış ise, kırkbeş günlük sürenin başladığı tarihin, bakanlığın yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışı (teftiş, inceleme, değerlendirme, onay vb. bir işlemle) tespit ettiği tarih olduğu kabul edilmektedir. Yasaklama kurumunun amacı

da dikkate alındığında bu uygulamanın isabetli olduğu açık olmakla birlikte, anılan kanun hükümlerinden (madde metninden) kaynaklanan söz konusu tartışmalı durumun ortadan kaldırılması için Kanun'da mevcut uygulamayı öngören bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır.

5-) Yasaklama kararını verme görev ve yetkisine sahip merci, Kanun'da belirtilen alt ve üst sınırlar arasında (KİK m. 58'e göre altı aydan bir yıla veya bir yıldan iki yıla kadar, KİSK m. 26'ya göre bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, DİK m. 84'e göre bir yıla kadar) bir yasaklama süresine, (KİK m. 58'de, KİSK m. 26'da ve DİK m. 84'te geçen "...fiil ve davranışların özelliğine göre..." ifadesiyle işaret edildiği üzere) idari yaptırımlarda ölçülülük ve adalet ilkelerine de riayet ederek karar verir. İdare, bu hususta sahip olduğu takdir yetkisini, kamu yararı amacının sınırlarını aşmadan kullanmalıdır. Ciddi nitelikteki, örneğin rüşvet, belgede sahtecilik, cebir, tehdit vb. fiiller nedeniyle verilecek yasaklama kararlarında alt sınırdan yasaklama süresi belirlemek veya haksızlık içeriği belirtilen suçları oluşturan fiillere göre daha hafif olan, isteklileri tereddüde düşürmek (KİK m. 17/1-b) vb. fiiller nedeniyle verilecek yasaklama kararlarında üst sınırdan yasaklama süresi belirlemek, ölçülülük ve adalet ilkelerine, dolayısıyla hukuka uygun olmayacaktır. Danıştay, özel bir ağırlaştırıcı sebep yoksa yasaklama kararının alt sınırdan verilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Yasaklama süresinin alt sınırdan olmaması halinde kararda makul bir gerekçenin gösterilmesi gerektiği, aksi halde kararın bu yönden hukuka aykırı olacağı görüşü genel olarak kabul görmekte ise de, bizce, hem alt sınırdan ve hem de alt sınırı aşar şekilde yasaklama kararı verilmesinde, süre yönünden gerekçenin kararda belirtilmesi gerekmektedir. Alt sınırdan verilen yasaklama kararlarında gerekçe yazılması, karar makamının, hakkında yasaklama kararı verilecek kişiyi hukuka aykırı olarak koruması tehlikesine karşı; üst sınırdan veya alt sınırdan çok uzaklaşılarak verilen yasaklama kararlarında gerekçe yazılması ise, yasaklama yaptırımında ölçülülük ve adalet ilkelerinin ihlal edilmesi ihtimalini azaltacak şekilde karar makamı nezdinde bir denetim işlevi görerek hukuka uygun kararlar alınmasına katkı sağlayabilir. Bunun yanında gerekçenin, yasaklama kararının yargısal denetiminin daha kolay ve etkin yapılmasına da fayda sağlayacağı da açıktır. Belirtilen nedenlerle, KİK, KİSK ve DİK'nin yasaklama yaptırımını öngören maddelerinde, yasaklama kararlarının (özellikle yasaklılık süresi yönünden) gerekçeli olması kuralını öngören bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır.

6-) İhale sürecindeki yasaklama sebepleri yönünden KİK ve DİK, sözleşme sürecindeki yasaklama sebepleri yönünden ise KİSK ve DİK arasında, yasaklama sürelerinin alt ve üst sınırları bakımından mevcut olan farklılığın, yasaklama yaptırımının amaç ve işlevleri ile korunan hukuki değerlerin aynı zeminde bulunması nedeniyle bir tutarsızlık bulunduğu, bu tutarsızlığın kanuni düzenleme ile giderilmesinin isabetli olacağı görüşünderiz.

Uygulanması mahkeme kararını gerektiren yasaklama yaptırımı ve ceza kovuşturması nedeniyle uygulanan yasaklama tedbiri ile ilgili olarak;

1-) KİK m. 59/2’de yer alan ve ihale sürecinde işlediği fiil nedeniyle hakkında kamu davası açılmasına karar verilenlerin (m. 58/22’de belirtilen kişilerle birlikte) dava sonuna kadar **KİK’nin kapsamındaki** ihalelere katılmalarının önlenmesini sağlayan tedbir niteliğindeki hükümlerle paralel nitelikte bir hükmün KİSK’de (KİK m. 59’un KİSK’deki karşılığı olan m. 27’de) yer almadığı görülmektedir. Bizce bu bir eksiklikler. KİSK m. 27’ye de bu yönde bir hüküm konulması isabetli olacaktır.

Öte yandan, ilgili başlık altında açıklandığı gibi; madde gerekçesi ve CMK m. 2/1’deki soruşturma ve kovuşturma tanımları ile m. 175/1’deki, “**İddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar.**” şeklindeki tanım ve düzenlemeler dikkate alındığında, KİK m. 59/2’de kullanılan “soruşturma” teriminin CMK ile uyum içerisinde olmadığı görülmektedir. Bu durumun KİK’nin CMK’den önce 2002 yılında (hazırlanarak) kanunlaşması nedeniyle mülga CMUK döneminde geçerli olan kovuşturma (takibat) kavramının kullanılmasından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Fıkradaki hükmün CMK ile uyumunu sağlamak amacıyla, metindeki “**...kovuşturma yapılarak haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler...**” ifadesinin, “**...haklarında ceza davası açılanlar...**” şeklinde düzenlenmesinin daha uygun olacağı görüşünderiz.

2-) KİK’ye göre yapılan ihalelerde işlenen suçlar için, cezai nitelikte olmak (mahkemece hükmedilmek) üzere, Kanun’un 59/1 maddesinde süreli, 59/3 maddesinde ise sürekli yasaklama yaptırımı düzenlenmiştir. Buna göre, Kanun’un 17. maddesinde belirtilen fiil ve davranışlardan, idari yaptırımların yanı sıra cezai yaptırımları da gerektirenler (suç teşkil edenler) nedeniyle yapılan ceza yargılamasında mahkemece, idarece verilen süreli yasaklama kararının infazı tamamlandıktan sonra uygulanmak ve m. 58/2’de sayılan kişileri de kapsamak üzere, **KİK kapsamındaki** ihalelere katılmaktan **süreli yasaklama** kararı; yargılama

sonucunda haklarında mükerrer cezaya hükmolunanlar ile bunların sermayelerinin % 50'sinden fazlasına sahip oldukları sermaye şirketleri veya (hisse oranı ne olursa olsun) ortak oldukları şahıs şirketleri hakkında **kamu ihalelerine** katılmaktan **sürekli olarak yasaklama** kararı verilir. Madde gerekçesinden de anlaşıldığı gibi, ihalelere katılmaktan sürekli yasaklama yaptırımı, güvenlik tedbiri olarak uygulanan yasaklama yaptırımının “tekerrür” nedeniyle ağırlaştırılmış halidir.

Mahkemece KİK m. 59/1'e göre verilecek süreli yasaklama hükmünün sadece KİK kapsamındaki kurum ve kuruluşların ihalelerine katılmaktan yasaklanmayı konu alacağı maddede açıkça belirtilmiştir. Güvenlik tedbiri niteliğindeki bu cezai yaptırımın, sadece KİK'ye tabi ihalelere değil, bütün kamu ihalelerine (istisna edilenler dâhil) katılmayı yasaklayacak şekilde kapsamının genişletilmesi, bu amaçla maddede düzenleme yapılması gerektiği görüşündeyiz.

3-) KİK m. 59/1'de, yasaklama yaptırımına hükmedilmesini gerektirecek suç türleri, maddenin kapsamını belirleyici ve sınırlayıcı şekilde sayılmamış, “...**hükmolunacak cezanın yanı sıra...**” ifadesi kullanılarak hükmün kapsamı belirsizliğe de neden olacak şekilde geniş tutulmuştur. KİK'nin 17. maddesinde sayılan fiillerden suç oluşturanların büyük bir olasılıkla TCK m. 235'te düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacağı söylenebilir ise de, ihaleye fesat karıştırma suçunun unsurlarını tümüyle taşımaması nedeniyle ihaleye fesat karıştırma suçu dışında TCK'de düzenlenen başka bir suçun oluşması da mümkündür. Maddenin mevcut halinde, suç türleri yönüyle kapsamın belirtilmemiş olması (bu hususta bir belirsizlik olması) nedeniyle, ihale süreciyle ilgili olarak işlenen ve idarenin suç duyurusu sonucunda açılan bir davada, unsurların tam olarak mevcut olmaması nedeniyle ihaleye fesat karıştırma suçu dışında herhangi bir suçtan dolayı cezaya hükmedilmesi halinde de, hükmedilen cezanın yanı sıra yasaklama yaptırımına da hükmedilmesi gerekmektedir. Yasaklama hükmünün hangi suçlarda uygulanacağına madde metninde sınırlayıcı biçimde belirtilmemiş olmasının, suç ve cezada kanunilik ilkesi, özellikle bu ilkenin bir bileşeni (bileşenlerinden biri) olan “belirlilik ilkesi” yönünden bir kusur oluşturduğu, dolayısıyla, maddede bir düzenleme yapılarak oluşan bu belirsizliğin giderilmesi gerektiği görüşündeyiz. Bu düzenleme kapsamında hükmün ihaleye fesat karıştırma suçundan dolayı cezaya hükmedilmesi haliyle sınırlı tutulması veya kanun koyucunun tercihi göre ihale sürecinde işlenen belirli suçların da hükme dâhil edilmesi uygun olacaktır. Öte yandan, KİK m. 59'da yer alan “...**hükmolunacak cezanın yanı sıra...**” ifadesi

yerine “...hükmolunacak ceza ve güvenlik tedbirlerinin yanı sıra...” veya “...mahkemece hükmolunacak diğer yaptırımların yanı sıra...” ifadesinin kullanılması daha uygun olurdu. Çünkü bu ifade, cezanın yanı sıra güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi halinde ayrıca bu maddeye göre (güvenlik tedbiri özelliğini gösteren bir yaptırım olan) ihalelere katılmaktan yasaklamaya hükmedilmesi gerekip gerekmeyeceği konusunda bir tereddüde sebep olmaktadır. Belirtilen hususlar dikkate alınarak maddenin düzenlenmesinde fayda vardır.

4-) Yine KİK m. 59’la ilgili olarak; mahkemece verilen yasaklama hükmünün, yasak fiil ve davranışın faileri (dolayısıyla haklarında cezaya hükmedilenler) ile Kanun’un 58/2 maddesinde sayılanları kapsayacağı anlaşılmaktadır. Hüküm dar yoruma tabi tutulduğunda, yasaklı fiil ve davranışın lehine işlendiği tüzel kişi istekli ve yüklenici ile hakkında cezaya hükmedilmeyen gerçek kişi istekli ve yüklenicinin de yasaklama kapsamında olmadığı sonucuna varılabilmektedir. Bizce 59. maddenin bu yaklaşımı isabetli değildir. Bunların da yasaklama kapsamına alınmasının, (yasaklama kapsamında olduklarının açıkça belirtilmesinin) yasaklama kurumunun amaçlarına (ve belirlilik ilkesine) uyum açısından gerekli olduğu görüşünderiz. Dolayısıyla, bu hususta bir kanuni düzenleme yapılmasında fayda vardır.

Teminatın gelir kaydedilmesi ile ilgili olarak;

1-) KİK’de belirli fiil ve davranışlarda bulunulması halinde geçici teminatın gelir kaydedilmesi öngörülmüş olmakla birlikte, Kanun’un 17. maddesinde düzenlenen yasak fiil ve davranışlarda bulunulması (17/1-e’de belirtilen, “**e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.**” hükmü hariç olmak üzere) geçici teminatın gelir kaydedileceği durumlardan biri olarak düzenlenmemiştir. Öte yandan, KİSK m. 21’de ihale sürecinde yasaklanmış fiil ve davranışlarda bulunulduğunun sözleşme aşamasında tespit edilmesi halinde sözleşmenin -belirli koşullar altında- feshi ile kesin teminatın gelir kaydedilmesini öngören bir düzenleme bulunmaktadır. KİK’nin söz konusu yaklaşımının, geçici teminat tesis edilmesi uygulamasının amaç ve işlevleriyle çatıştığı ve (teminatın gelir kaydedildiği diğer durumlar ile KİSK’nin anılan hükmü karşısında) tutarsızlık içerdiği açıktır. Bu tutarsız durumun giderilmesi için bir kanuni düzenleme yapılması gerektiği görüşünderiz.

2-) KİK’nin 33. maddesinde geçici teminat tutarının, teklif edilen bedelin % 3’ünden az olmamak şartıyla isteklinin ihtiyarına bırakıldığı belirtilmiştir. İsteklinin

% 3 oranının üzerinde bir geçici teminat yatırmış olması ve ihale sürecinde geçici teminatın gelir kaydedilmesi gereğinin ortaya çıkması halinde, teminatın tamamının mı yoksa (% 3'ten az olmayacak şekilde) Kanun ve şartnamede belirtilen orana tekabül eden kısmının mı gelir kaydedileceği konusu tartışmalıdır. Böyle bir durumda, Kanun'da belirtilen orana tekabül eden teminat kısmının gelir kaydedilebileceğine yönelik Danıştay kararı da bulunmakla birlikte Sayıştay bir kararında, KİK'de geçici teminat gelir kaydedilirken herhangi bir hesaplama yapılması gerektiği yönünde bir hüküm bulunmadığından, ilgilisi tarafından Kanun'da öngörülen orandan fazla yatırılmış olsa dahi tesis edilen teminatın tamamının gelir kaydedilmesi gerektiğini değerlendirmiştir. Tereddütleri ortadan kaldırmak ve belirlilik ilkesine uyum sağlamak amacıyla bu hususlarda Kanun'da bir düzenleme yapılmasında fayda vardır.

3-) KİK'deki yasaklama sebeplerinden biri, izin verilen durumlar dışında, bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak birden fazla sayıda teklif verilmesidir (m. 58/1, m. 17/1-d). Bu tür bir fiil, rekabeti ve ihale kararını etkileyecek davranış (m. 17/1-b) olarak da değerlendirilebilmektedir. Birden fazla sayıda teklif verme yasağı kapsamında değerlendirilen her olayda geçici teminatın gelir kaydedileceğine ilişkin açık ve net bir hüküm KİK'de yer almamıştır. Bizce bu durum bir eksikliklerdir. Aslında bu durum, yasaklı fiil ve davranışlarda bulunanların teminatlarının gelir kaydedilmemesi sorunu kapsamında ele alınması gereken bir sorundur. Uygulamada, birden fazla sayıda teklif verildiğinin tespit edilmesi halinde KİK m. 10/son gereğince geçici teminatın gelir kaydedildiği ifade edilmektedir; bu maddedeki hükme göre, isteklilerden, birden fazla sayıda teklif vermeyeceklerine dair bir taahhütnamenin teklifler sunulmadan önce alınması ve fıkra da yer alan **“Gerçeğe aykırı hususlar içeren taahhütname sunulması veya (...) bu durumda olan ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir.”** hükmüne dayanarak birden fazla sayıda teklif veren kişilerin teminatlarının gelir kaydedilmesi, anılan hükmün lafzına uygun bir uygulama değildir. Çünkü gerçeğe aykırı bir taahhütname sunmak ve taahhütnameye aykırı hareket etmek birbirinden farklı fiillerdir. Açıklanan nedenlerle, bir istekli tarafından bir zarf içerisinde veya aralarında ihaleye ilişkin organik bağın veya dolaylı ve gizli temsil ilişkisinin bulunduğu farklı kişiler eliyle olmak üzere birden fazla sayıda teklif sunulduğunun tespit edilmesi halinde, verilen tekliflerin ihale dışı bırakılması ve ihalelere katılmaktan yasaklama işlemi yapılmasının yanı sıra geçici teminatların gelir

kaydedileceğini amir bir hükmün KİK'ye konulmasının isabetli olacağı görüşündeyiz.

4-) KİK kapsamındaki ihalelerde, tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilen “aşırı düşük teklif”lerle ilgili olarak (idarece istenmesine rağmen) isteklinin açıklamada bulunmaması halinde teminatın gelir kaydedilip kaydedilmeyeceği konusunda bir belirsizlik vardır. Aşırı düşük tekliflere ilişkin uygulama Kanun'un 38. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, aşırı düşük teklifler ihale komisyonunca reddedilmeden önce ilgili istekliden aşırı düşük teklifin teknik ve finansal dayanaklarını bildirmesi yazılı olarak istenir. İsteklinin yapacağı açıklamaların uygun bulunması halinde teklifler değerlendirmeye alınır, uygun bulunmaması veya isteklinin idarenin bu istemine cevap vermemesi halinde teklif reddedilir. İsteklinin idarenin açıklama istemine cevap vermemesi halinde teminatın gelir kaydedileceğine yönelik bir hüküm 38. maddede bulunmamaktadır. İsteklinin, ihale ilkelerine aykırı şekilde, çeşitli amaçlarla ve kabul edilmeyeceğini bilerek aşırı düşük teklif vermesi ve bu teklifindeki bu aşırı düşüklüğün ekonomik ve teknik dayanaklarını idarenin yazılı istemine rağmen idareye bildirmemesi halinin de geçici teminatın gelir kaydedilmesini sonuçlayan bir fiil olarak düzenlenmesi (bu amaçla Kanun'un 38. maddesinde bir düzenleme yapılması) gerektiği görüşündeyiz.

Kamu görevlilerine yönelik idari yaptırımlarla ilgili olarak;

1-) DMK'nin devlet memurluğundan çıkarma cezasının uygulanmasını öngörülmesi 125/E maddesinde, TCK'de yer alan suç tiplerinden (kanun koyucunun uygun gördüklerinin) ismen sayılmamış olması bizce belirlilik ilkesi yönünden doğru olmayan bir yaklaşım olmuştur. Disiplin uygulamasında idareye, hukuka uygun olmak kaydıyla geniş bir hareket alanı (esneklik) sağlayan 125/E-g maddesinin muhafaza edilmesi kaydıyla, bu maddede, memur olabilmenin genel ve özel şartlarının düzenlendiği DMK m. 48'de yapıldığı gibi, TCK'de (veya suç ve ceza hükümleri içeren diğer kanunlarda) düzenlenen ve kanun koyucunun devlet memurluğu ile bağdaşmayacağını öngördüğü suçların (bu bağlamda, ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçlarının da) ismen sayılmasının isabetli olacağı görüşündeyiz.

2-) Disiplin soruşturmasının, adli soruşturmanın ve ceza kovuşturmasının sonucu beklenmeden ve fakat adli soruşturma veya kovuşturma kapsamında toplanan deliller ve diğer veriler soruşturmacı tarafından mutlak surette dikkate alınarak DMK'de belirtilen zamanaşımı ve hızlandırıcı süre niteliğindeki süreler içerisinde

sonuçlandırılması, diğerk bir ifadeyle, adli süreç ile disiplin sürecinin eş zamanlı ve fakat birbirinden bağımsız olarak yürümesi gerekmektedir. Bu noktada, adli soruşturmanın sonucunun ve özellikle ceza yargılaması sonucunda ortaya çıkan hükmün (içeriğinin) disiplin soruşturması ve uygulanacak disiplin cezaları üzerindeki etkisi önemli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hususta DMK m. 131’de, memurun ceza kanununa göre mahkûm olması veya olmaması hallerinin memur hakkında disiplin cezası uygulanmasına engel olmayacağı genel kuralına yer verilmiştir. DMK’de yer alan bu hüküm, uygulamada karşılaşılan tüm olası durumları kapsayabilecek bir içeriğe (genişliğe ve derinliğe) sahip değildir. Kanundaki bu yetersizlik, zaman içerisinde yargısal içtihatlarla büyük oranda doldurulmuştur. Bununla birlikte, DMK’de bu hususta ilave düzenlemeler yapılması gerektiği görüşünderiz.

İdari yaptırımlara karşı başvuru yolları ile ilgili olarak;

1-) KİK’ye tabi bir ihalenin ihale sürecinde gerçekleştirilen (ve bu anlamda bir ihale işlemi sayılan) geçici teminatın gelir kaydı işlemleri için zorunlu idari başvuru yolları öngörülmüştür. Buna karşın, ihale sürecinde gerçekleştirilmiş olsa dahi uygulamada bir “ihale işlemi” (daha doğru bir ifadeyle, ihale sürecinin asli işlemlerinden) sayılmayan ihalelere katılmaktan idarece süreli yasaklama işlemi (yasaklama işlemiyle bir arada gerçekleştirilen ve yasaklama işleminden ayrılabilen diğerk işlem ve eylemler hariç olmak üzere) söz konusu zorunlu idari başvuru yollarına tabi tutulmamıştır. İhalelere katılmaktan süreli yasaklama işlemine karşı idari başvuru yollarının (özellikle itirazın şikâyet başvuru yolunun) kapatılmasının, daha doğru bir ifadeyle şikâyet ve itirazın şikâyet yolunu öngörmeyen kanuni düzenlemelerin isabetli olmadığı görüşünderiz. İhalelere katılmaktan idarece süreli yasaklama işlemi, ihale sürecinde idare tarafından gerçekleştirilen, ihale sürecinden ayrı ve bağımsız bir işlem olarak kabul edilmesi mümkün olmayan bir işlemdir. Uygulanmasına ilişkin usul ve esasların ihale kanunlarında düzenlenmiş olması bu niteliğini teyit eden bir durumdur. Öte yandan, ihale işlemlerinin düzenlenip denetlenmesi amacıyla kurulan bir kurum olan Kamu İhale Kurumu var iken, esasen bir ihale işlemi niteliğinde olan ihalelere katılmaktan süreli yasaklama işleminin Kurumun denetim alanında bir işlem olarak kabul edilmemesi Kurumun ihale işlemleri alanında sağlayacağı (sağlaması amaçlanan) ekonomik ve hukuki faydalarda bir kayba yol açmaktadır. Belirtilen nedenlerle, ihalelere katılmaktan süreli yasaklama işlemine karşı, yargısal başvurudan önceki süreçte Kamu İhale

Kurumuna itirazen şikâyet yapılmasını gerektiren bir kanuni düzenleme yapılmasının isabetli olacağı görüşündeyiz.

2-) Bu yaptırıma ilişkin sonuçların ifade edildiği yerde de bahsedildiği gibi; ihalelere katılmaktan süreli yasaklama işlemine karşı yargısal başvuruda dava açma süresinde tartışmalı bir husus vardır. Dava açma süresinin İYUK m. 7'ye göre, yasaklama kararının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren altmış gün olduğu kabul edilmekle birlikte, yasaklama işleminin düzenleyici bir işlem olmayıp bireysel bir işlem olması nedeniyle, işlemin tebliğ edilmemesi ve yasaklanan kişinin Resmi Gazetede ilandan haberdar olmaması (ya da bu yönde bir iddiada bulunması) durumunda dava açma süresinin başlayacağı tarih tartışmalı hale gelmektedir. Tebliğ yapılmadığı hallerde, yasaklanan kişinin (davacının) yasaklama kararından haberdar olduğu tarihin dava açma süresinin başlayacağı tarih olarak dikkate alınması gerektiği görüşündeyiz; nitekim bu yönde içtihatlar da vardır. Söz konusu tartışmalı durumun ortadan kaldırılması amacıyla, yasaklama kararının ilgisine tebliğ edilmesini öngören bir kanuni düzenleme yapılması isabetli olacaktır.

3-) İncelememiz kapsamındaki idari para cezalarının yargısal denetimi için, kural olarak KK'nin 27. maddesine göre sulh ceza hâkimliğine veya 27/8 maddesine göre idare mahkemesine başvurulmaktadır. Anayasa Mahkemesinin, KK'ye tabi idari para cezalarında adli yargının görevli kılınmasının Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde kararı bulunmakla birlikte, bizce, KMYKK m. 71/4'e ve KİK Ek m. 8'e göre verilen idari para cezalarında idari yargı organları yerine adli yargı organlarının görevli kılınması doğru bir yaklaşım değildir. İdari cezayı veren idari makam, ceza verilenin kamu görevlisi ve cezanın kamusal görevle bağlantılı olması (ilaveten, yaptırımın da idari olması) nedeniyle, bu hususta adli yargının değil idari yargının görevli kılınmasının daha isabetli bir yaklaşım olacağı, bu amaçla ilgili kanunlarda bir düzenleme yapılması gerektiği görüşündeyiz.

KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı Yargı : 18.3.2008, S. 367, s. 67. (Çevrimiçi) www.adalet.gov.tr,
Mevzuatı Bülteni 16.10.2017.
- Akel, Yeliz Neslihan : **2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nda Yasaklama Kararları ve Kararlara Karşı Başvuru Yolları**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 48.
- Akıncı, Müslüm : “Kamu İhalelerinden Yasaklanma ve Bu Kararlara Karşı Başvuru Yolları”, **Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, Ankara, Bilge, 2014, s. 114 - 126.
- Akyılmaz, Bahtiyar : “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, **GÜHFD**, C. 6, S. 1 - 2, 2002, s. 241 - 262.
- Akyılmaz, Bahtiyar - : **Türk İdare Hukuku**, 8. bsk. Ankara, Seçkin, 2017.
Sezginer, Murat - Kaya,
Cemil
- Akyılmaz, Bahtiyar - : **Türk İdari Yargılama Hukuku**, 2. bsk., Ankara, Savaş,
Sezginer, Murat - Kaya, 2019.
Cemil
- Arslan, Çetin : **İhaleye Fesat Karıştırma Suçu**, 4. bs., Ankara, Yetkin,
2017.
- Arslan, Çetin - Töngür, : “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, **TAAD**, S. 14
Ali Rıza (Yıl 4), Temmuz 2013, s. 229 - 251.
- Anayurt, Ömer : **Anayasa Hukuku** (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa

Hukuku), Ankara, Seçkin, 2018.

- Aslan, M. Yasin : “Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler Kapsamında Geniş Anlamda Sahtecilik Suçları”, **ABD**, S. 2015/2, s. 147 - 172.
- Aslan, M. Yasin : “İdari Yaptırımlar”, **TBB**, S. 85, 2009, s. 173 - 188.
- Atar, Yavuz : **Türk Anayasa Hukuku**, 11. bsk., Ankara, Seçkin, 2017
- Atay, Ender Ethem : **İdare Hukuku**, 4. bsk., Ankara, Turhan, 2014.
- Atay, Ender Ethem : **İdare Hukuku - Temel Hukuk Dizisi**, Ankara, Seçkin, 2018.
- Atay, Ender Ethem : **İdari Yargılama Hukuku** (Editör: İbrahim Ermenek), Ankara, Seçkin, 2018.
- Atay, Ender Ethem : “Müfettişlerin Hazırladıkları Disiplin Soruşturma Raporlarından Sorumlu Tutulabilirliği Sorunu”, **UMD**, S. 7, 2016, s. 167 - 182.
- Azrak, A. Ülkü : “İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme”, **İÜHF**, C. XXIX, S. 3, 1963, s. 521 - 539.
- Bafra, Erdem : “Danıştay Kararları Işığında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Açısından Ticaret Şirketlerinin Rekabeti Engelleyici Davranışları ile İhalelere Birden Fazla Teklif Sunmaları”, **KHOB**, C. 24, S. 1, 2014, s. 93 - 118.
- Balta, Tahsin Bekir : **İdare Hukukuna Giriş**, 2 c., Ankara, TODAİE, 1970.

- Boz, Selman Sacit : “Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler”, **SÜHFD**, C. 25, S. 2, 2017, s. 15 - 41.
- Buğdaycı, Melike Özge : “İdari Usul ve Dinlenilme Hakkı”, **YBHD**, S. 1, 2016, s. 25 - 46.
- Çebi
- Bulutoğlu, Kenan : **Kamu Ekonomisine Giriş - Devletin Ekonomik Bir Kuramı**, 4. bs., Ankara, Filiz, 1988.
- Çağlayan, Ramazan : **İdari Yargılama Hukuku**, 9. bsk., Ankara, Seçkin, 2017.
- Çağlayan, Ramazan : **İdare Hukuku Dersleri**, 6. bsk., Ankara, Seçkin, 2018.
- Çaylı, Duygu Kılıç - : **Kamu İhale Hukukunda 2300 Soruya 2300 Cevap**, 2. Kılıç, İlyas bsk., Ankara, Seçkin, 2017.
- Çiftçi, Burcu Zernişan : “Kamu İhale Süreçlerinin Uyuşmazlık Kararları Öcal - Yılmaz, Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **AÜSBFD**, C. 74, No. 1, 2019, s. 112 - 133.
- Hakan
- Çiftçi, Burcu Zernişan : “Kamu İhale Sisteminin Etkinliği: Türkiye’de Şikâyet Süreçlerinin Belirleyicileri Üzerine Ampirik Bir Analiz”, **Maliye Dergisi**, S. 174, Ocak - Haziran 2018, s. 299 - 314.
- Öcal - Yılmaz, Hakkı Hakan
- Çolak, Haluk - Altun : “Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi”, **TBBD**, S. 69, 2007, s. 241 - 337.
- Uğurtan
- Demirboğa, Dursun Ali : “Mukayeseli Hukukta Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları”, www.academia.edu, 12.6.2019.

- Demirboğa, Dursun Ali : “Kamu İhale Sözleşmesinin Yapılması Usulleri (İhale Usulleri)”, **UMD**, S. 9, Haziran 2017, s. 181 - 201.
- Doğan, Koray : “Tüzel Kişilerin İdari Para Cezası Sorumluluğunda İsnadiyet Sorunu”, **DEÜHFD**, C. 17, S. 1, 2015, s. 1 - 77.
- Doğanyığıt, Sadettin : **Açıklamalı - İctihatlı - Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**, 17. bsk., Ankara, Seçkin, 2018.
- Ekinci, Murat : “Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar”, **YBHD**, S. 3, 2017, s. 19 - 54.
- Erdem, Jülide Gül : “Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri”, **AÜHFD**, S. 62, 2013, s. 971 - 1005.
- Erdinç, Burcu : “İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması”, **ABD**, S. 2012/2, s. 241 - 276.
- Gemalmaz, H. Burak : **Mülkiyet Hakkı** (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 6), Ankara, Avrupa Konseyi Program Ofisi, 2018, s. 1.
- Gerçek, Adnan : **Türk Mali Hukukunda Teminat Kurumu**, Ankara, Seçkin, 2013.
- Giritli, İsmet - Bilgen, Pertev - Akgüner, Tayfun : **İdare Hukuku**, 3. bs., İstanbul, Der, 2008.

- Gözler, Kemal : **Hukukun Temel Kavramları**, 16. bsk., Bursa, Ekin, 2018.
- Gözler, Kemal : **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 22. bsk., Bursa, Ekin, 2018.
- Gözler, Kemal : **İdare Hukuku**, 2 c., 2. bsk., Bursa, Ekin, 2009.
- Gözler, Kemal : “Res Iudicata’nın Türkçesi Üzerine”, **AÜHFD**, C. 56, S. 2, 2007, s. 48.
- Gözler, Kemal - Kaplan, Gürsel : **İdare Hukuku Dersleri**, 20. bs., Bursa, Ekin, 2018.
- Gözübüyük, A. Şeref - Tan, Turgut : **İdare Hukuku**, 2 c., 12. bs., Ankara, Turhan, 2018.
- Günel, Yılmaz : “Disiplin Cezaları”, **AÜSBFD**, C. 13, S. 2, 1958, s. 190 - 211.
- Günday, Metin : **İdare Hukuku**, Ankara, İmaj, 2017.
- Gündüz, F. Ebru : “Disiplin Cezalarının Geri Alınması”, **GÜHFD**, C. 20, S. 1, Yıl 2016, s. 411 - 424.
- Güngör, Devrim : **Resmî Belgelerde Sahtecilik Suçu**, Ankara, Yetkin, 2010.
- İçel, Kayıhan : “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, **İÜHFM**, C. L, S. 1 - 4, 1984, s. 117 - 131.

- İsbir, Begüm : **Kamu İhalelerine Katılma Yasağı**, Ankara, Turhan, 2011.
- Kalabalık, Halil : “İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”, **GÜHFD**, C. 1, S. 2, Aralık 1997, s. 205 - 232.
- Kamu İhale Kurumu : **Kamu Alımları İzleme Raporu** (2017 ve 2018), Kamu İhale Kurumu (Kurumsal Gelişim ve Araştırma Dairesi Başkanlığı), www.kik.gov.tr, 10.3.2019.
- Kanlıgöz, Cihan : İdari İşlemlerde Yazılı Bildirim, **AÜHFD**, C. 40, S. 1, 1988, s. 174 - 192.
- Kaya, Cemil : “Memur Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler”, **AİD (TODAİE)**, C. 38, S. 2, 2005, s. 61 - 87.
- Kaya, Cemil : “İhale Hukukunda Çalışma Hürriyetinin Sınırlanması: İhalelere Katılmaktan Yasaklanma”, **SÜHFD**, C. 14, S. 2, 2006, s. 153 - 184.
- Kaya, Cemil : Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler, **GÜHFD**, C. 26, S. 1-2, 2004, s. 253 - 284.
- Kızılyar, Sema Ayatar : “Ceza Yaptırımı ile İdari Yaptırım Ayrımı”, **YÜD**, C. 8, özel sayı, 2013, s. 1637 - 1666.
- Koca, Mahmut - Üzülmöz, İlhan : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. bs., Ankara, Seçkin, 2015.
- Koçak, Nazım Taha : “Kabahatler Kanunu Uyarınca Verilen Para Cezalarında İki Dereceli Yargılama Sorunu”, **ABD**, S. 2014/2, s. 490 -

499.

- Kuntbay, İhsan : “İdarenin İşlemleri Hakkında Bireyin Korunması Hakkında Karar”, (Karar metninin Türkçe’ye çevirisi), **AİD** (TODAİE), S. 11/4, 1978, s. 3 - 11.
- Kurşun, Günal : **Ceza Muhakemesinde Hüküm**, Ankara, Seçkin, 2016.
- Kurt, Hayrettin : “İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler”, **GÜHFD**, C. 18, S. 1, 2014, s. 131 - 178.
- Maden, Mehmet : **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, Ankara, Adalet, 2012.
- Nazlı, Seçkin : **Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemelerinin İş Hukukuna Etkileri**, Ankara, Seçkin, 2015.
- Odyakmaz, Zehra : “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, **GÜHFD**, C. 2, S. 1 - 2, 1998, s. 141 - 195.
- Odyakmaz, Zehra - Keskin, Bayram : “Yeni Anayasa Çalışmalarında İdare Hukuku Açısından Gözönünde Bulundurulması Gereken Hususlar”, **UMD**, S. 5, Haziran 2015, s. 617 - 665.
- Oğurlu, Yücel : **İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma**, Ankara, Seçkin, 2000.
- Oğurlu, Yücel : “İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım - Ceza Yaptırımı Ayrımı”, **EHFD**, C. 3, S. 1, 1999, s. 144 - 194.

- Oğurlu, Yücel : “Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu, Ne Bis İn İdem Kuralı”, **AÜHFD**, C. 52, S. 2, 2003, s. 101 - 124.
- Onar, Sıddık Sami : **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, 3 c., 3. bs., İstanbul, İsmail Akgün - Hak, 1966.
- Özay, İl Han : **İdari Yaptırımlar - Kuramsal Bir Deneme**, İstanbul, İÜHFY, 1985.
- Özbek, Veli Özer - Bacaksız, Pınar - Doğan, Koray, Tepe, İlker : **Türk Ceza Hukuku - Özel Hükümler**, 12. bsk., Ankara, Seçkin, 2017.
- Özbek, Veli Özer - Bacaksız, Pınar - Doğan, Koray, Tepe, İlker : **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. bsk., Ankara, Seçkin, 2018.
- Özbudun, Ergun : **Türk Anayasa Hukuku**, 15. bs., Ankara, Yetkin, 2014.
- Özçelik, Ş. Barış : “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları”, **TBB**, S. 123, 2016, s. 303 - 324.
- Özgenç, İzzet : **Türk Ceza Hukuku - Genel Hükümler**, 11. bs., Ankara, Seçkin, 2015.
- Özgenç, İzzet : **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, Ankara, Seçkin, 2002.
- Özgenç, İzzet : **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, 4. bs., Ankara, Seçkin, 2013.

- Özkan, Gürsel : “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nda Öngörülen Zorunlu İdari Başvuru Yolları”, **TAAD**, S. 174, (Yıl 5) Nisan 2014, s. 63 - 110.
- Özsunay, Ergun : **Medeni Hukuka Giriş**, 5. bs., İÜHFY, İstanbul, Gürayay, 1986.
- Öztan, Bilge : **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, 10. bs., Ankara, Turhan, 2002.
- Öztürk, Bahri vd. : **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, 11. bsk., Ankara, Seçkin, 2017.
- Özyörük, Mukbil : **İdare Hukuku Dersleri (Ders Notları)**, Ankara, AÜHFY, 1973.
- Sancakdar, Oğuz : “Kamu İhale Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi Bağlamında Yürütmenin Durdurulması ve Hukukî Sonuçları”, **DEÜHFD**, C. 16, özel sayı, 2014, s. 3843 - 3911.
- Seçkin Sinan - Üstün, Gül : “İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi”, **MÜHFHAD**, C. 21, S. 2, 2015, s. 509 - 534.
- Sezer, Yasin - Bilgin, Hüseyin : “Danıştay Kararlarında İdari Başvurular”, **AÜHFD**, C. 57, S. 4, 2008, s. 337 - 366.
- Sezginer, Murat : **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalesine İlişkin Uyuşmazlıklar**, Ankara, Seçkin, 2013.

- Sırabaşı, Volkan : “Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Süresi, Sürenin Başlangıcı ve Hukuki Niteliği”, **ABD**, S. 2011/4, s. 372 - 380.
- Sözüer, Adem : **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**, 4. bs., İstanbul, Alfa, 2015, s. 107.
- Sözüer, Adem : “Tehdit Suçu”, **İÜHFM**, C. LIV, S. 1 - 4, 1994, s. 125 - 146.
- Tan, Turgut : “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, **AÜSBFD**, C. 50, S. 3 - 4, 1995, s. 291 - 309.
- Tank, Mehmet : “Yargı Kararları Işığında İdari Sözleşme Kriterleri”, **TAAD**, C. 2, S. 4, 2011, s. 509 - 542.
- Tanör, Bülent -
Yüzbaşıoğlu, Necmi : **Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, Yapı Kredi, 2002.
- Taşdelen, Aziz : “Mali Sonuçlu Bir İdari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklanma”, **AÜHFD**, S. 1, 2006, s. 293 - 320.
- Toğuz, Özlem : “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ile 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu Arasındaki Farklar ve Bu Farkların İhale Hukuku Yönünden Getirdiği Yenilikler”, **ABD**, S. 2002 - 3, s. 177 - 204.
- Toprak, Eren : “Kamu İhale Mevzuatında Yasaklama Kararına İlişkin Bazı Hüküm ve Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, **THD**, S. 35, 2009, s. 83 - 89.

- Tortop, Nuri : “Disiplin, Disiplin Cezaları ve Disiplin Suçları”, **AİD** (TODAİE), S. 16/3, 1983, s. 89 - 100.
- Tozman, Önder : **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, 2. bsk., Ankara, Adalet, 2017.
- Türk Dil Kurumu : **Türkçe Sözlük**, Türk Dil Kurumu, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 8. bs., 1988.
- Uğur, Hüsamettin : “Kabahatler Kanunu ve 5252 Sayılı Kanun’a Göre İdari Para Cezası ve Yargıtay Uygulaması”, **TBBĐ**, S. 85 2009, s. 189 - 219.
- Uğur, Hüsamettin : “Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Kabahatler Kanunu’na Göre Kanun Yolları (Başvuru ve İtiraz)”, **TBBĐ**, S. 89, 2010, s. 405 - 438.
- Ulusoy, Ali Dursun : **İdarenin Yapılanması: T.C. İdari Teşkilatı** (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ders Notu (2/B)), s. 90, www.law.ankara.edu.tr, 20.10.2018.
- Ulusoy, Ali Dursun : **İdari Yaptırımlar**, İstanbul, On İki Levha, 2013.
- Uz, Abdullah : **Kamu İhale Hukuku**, Ankara, Turhan, 2005.
- Uz, Abdullah : **İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri**, İstanbul, Turhan, 2010.
- Uz, Abdullah : “İhale Konusu İşler Bakımından 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun Kapsamı ve Gelir/Hasılat Paylaşımı Uygulaması. “İddia” Örneği”, **AÜHFD**, S. 1, 2008, s. 183 - 223.

- Ünal, Nurdoğan : **İhale Suçları: İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma**, Ankara, Seçkin, 2017.
- Ünal, Nurdoğan - Erol, Mesut : **Gelir Getirici İşlemlerde İhale Usulü: Devlet İhale Kanunu**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2016.
- Ünal, Nurdoğan - Erol, Ramazan - Erol, Mesut : **İhale ve Sözleşme Yönetimi Süreçlerinde Kamu Görevlilerinin Cezai - İdari - Mali Sorumlulukları**, Ankara, Seçkin, 2015.
- Üstün, Ümit Süleyman - Çalış, Hande Sena : “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’na Hâkim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi”, **SÜHFD**, C. 26, S. 2, 2018, s. 111 - 147.
- Yalazay, Sait : **4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamında Yapılan İhalelere Karşı İdari Başvuru Yolları**, Doktora Tezi, İÜSBE, Tez Danışmanı: Doç. Dr. Melikşah Yasin, İstanbul, 2014.
- Yurtcan, Erdener : **Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu**, 2. bs., Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2016.
- Zabunoğlu, Yahya Kazım : **İdare Hukuku**, 2 c. 1. bs., Ankara, Yetkin, 2012.
- Zanobini, Guida : **İdari Müeyyideler**, Çeviren: H. Yılmaz GÜNAL, Ankara, AÜSBFY, 1964.
- Zor, Ömer Tuğrul - Yosunkaya, Bora : **Kamu İhale Kurulu ve Danıştay Kararları Işığında 100 Soruda Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama**, On İki Levha, İstanbul, 2014.

Çevrimiçi Kaynaklar

- www.mevzuat.gov.tr
- <http://mevzuat.tbmm.gov.tr>
- www.anayasa.gov.tr
- www.uyusmazlik.gov.tr
- www.danistay.gov.tr
- www.adalet.gov.tr
- www.hsk.gov.tr
- <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp>
- www.kik.gov.tr
- <http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation>
- www.ab.gov.tr
- www.kazanci.com
- www.law.ankara.edu.tr
- www.etik.gov.tr
- <http://hukuk.medeniyet.edu.tr>
- www.mersinbarosu.org.tr
- <https://www.echr.coe.int>
- www.tdk.org.tr
- www.nisanyansozluk.com
- www.ombudsman.gov.tr
- www.ombudsman.europa.eu
- <https://www.avrupa.info.tr/tr>
- www.academia.edu
- www.wto.org.tr
- www.tdb.org.tr