

Hakkında Kamu Davası Açılan Kişilerin Kamu İhalelerine Katılması Sorunu

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 59. Maddesi ile aynı kanunun 17. Maddesi'nde sayılan yasak fiillerden dolayı "haklarında kamu davası açılmasına karar verilenlerin, bu dava devam ederken Kamu İhalelerine katılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Söz konusu düzenleme ile yargının alanına girilmek suretiyle, merci tecavüzü sonucunu ortaya çıkaracak bir takım düzenlemeler getirilmiştir.

Bilindiği üzere tüzel veya gerçek kişiler hakkında bir ceza veya güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için bu konuda yetkili mercilerin bir karar vermiş olması ve verilen kararın hukuka uygun olması gerektiği gibi denetime de açık olması gerekmektedir. Ancak yukarıda anılan düzenlemeyle Anayasanın 38. Maddesinde ifadesini bulan "masumiyet karinesi" ilkesi çiğnenmiştir.

I. KAMU DAVASI KAVRAMI ve KAMU İHALE KANUNU 59. MADDESİ KAPSAMINDAKİ ÖZELLİKLERİ

1. Genel anlamıyla kamu davaları şikayete bağlı olmayan ve savcılık makamı tarafından resen soruşturulma zorunluluğu bulunan davalar olarak nitelenebilecektir. Bu çok genel açıklama ışığında çalışmamıza konu teşkil eden 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 59. Maddesini değerlendirdiğimizde, bütün kamu davalarının ilgili madde kapsamına girmediği, bunlardan yalnızca aynı kanunun 17. Maddesinde sayılan fiillerin Türk Ceza Kanununda suç teşkil edenleri bakımından bir sınırlama getirildiği görülmektedir. İlgili maddede söz konusu suçlar açık bir şekilde sayılmış olduğundan, örneğin adam öldürme suçundan dolayı hakkında kamu davası açılan şahsın bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün olmamakla birlikte, bu adam öldürme

fiilini işlediği sırada ihaleye katılımı engellemek saiki ile hareket ediyorsa, ortada ihale ile ilgili başkaca bir suç da olacağından artık bu fiilin de 59. Madde kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir.

2. Bununla birlikte TCK'nuna göre tüzel kişiler hakkında kamu davası açılmasının mümkün olmadığı, ancak haklarında güvenlik tedbirlerine hükmedilmesinin mümkün olduğu gerçeği karşısında, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 59. Maddesinin bu anlamıyla Türk Ceza Kanunu ile de çeliştiği ve uygulamada bu anlamda da hukuka aykırılıklar yapıldığı gözlemlenebilmektedir. Ayrıca ilgili maddenin bir ceza hükmü getirmesi nedeniyle dar yorumlanması gerekirken, geniş bir yorum metodu izlenerek, madde kapsamının genişletilmesi ve kamu davasının niteliği dahi düşünülmeden karar verilmesi bir diğer hukuka aykırılığı ve yorum yanlışlığını beraberinde getirmektedir.

3. Bunların dışında, Cumhuriyet Savcılıklarının hakkında kamu davası açılan kişileri zamanında bildirmemesi veya bildirim yapılmış olmasına rağmen kişilerin yasaklı konuma düşmediği hatta kimi zaman hakkında kamu davası açılan şahsın kanunun varlığından haberdar dahi olmadan ihalelere girdiği bu süreç içerisinde hakkında açılan kamu davasından beraat ettiği halde ne gibi bir işleme tabi tutulacağı da uygulamanın karanlık noktalarından bir tanesini teşkil etmektedir.

1. DÜZENLEME KAPSAMINA GİREN KİŞİ ve KURUMLAR

4. Kamu İhale Kanununun 59. Maddesi haklarında kamu davası açılan kişilerle ilgili olarak;

“Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Hükmolünacak

cezanın yanısıra, idarece 58 inci maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.

Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir.

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

Bu madde hükümlerine göre; mahkeme kararı ile yasaklananlar ve ceza hükmolunanlar, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine işlenmek üzere de ilgili meslek odalarına bildirilir.

Sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca, bildirimi izleyen onbeş gün içinde Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur.”

Hükmün getirmiş ve 25.07.2005 tarihinde 25886 Sayılı Resmi Gazete yayınlanarak yürürlüğe giren Kamu İhale Genel Tebliği ise uygulamaya yön vermek amacıyla “Haklarında Kamu Davası Açılmasına Karar Verilenler” başlıklı (I) bendinde;

4734 sayılı Kanunun 59 uncu maddesi ve 4735 sayılı Kanunun 27 nci maddesinin uygulanmasıyla ilgili açıklama yapılmasına gerek duyulmuştur.

"1- 1/1/2003 tarihinde yürürlüğü giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşların yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usuller belirlenmiş, Kanunun 59 uncu maddesinin 1 inci fıkrasında; taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulacağı, hükmolunacak cezanın yanısıra, idarece 58 inci maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanacakları, 2 nci fıkrasında ise; bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanların yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacakları, haklarında kamu davası açılmasına karar verilenlerin, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirileceği hükme bağlanmıştır.

4734 sayılı Kanunun 59 uncu maddesinin 1 inci fıkrasının göndermede bulunduğu aynı Kanunun 58 inci maddesinin 2 nci fıkrasında da 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 fıkraya hükmüne göre yasaklama kararı verileceği, 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 verileceği hüküm altına alınmıştır.

4734 sayılı Kanunun 17 nci maddesinde belirtilen yasak fiil ve davranışlarda bulunması sebebi ile aynı kanunun 59 uncu maddesi 2 nci fıkrası gereğince haklarında kamu davası açılmasına karar verilen;

- a) Gerçek kişiler,
- b) Tüzel kişiler,
- c) Gerçek ve tüzel kişilerin o işteki ortakları,
- d) Gerçek ve tüzel kişilerin o işteki vekilleri,

Yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kurum ve kuruluşların ihalelerine katılamayacaktır.

4734 sayılı Kanunun 59 uncu maddesinin 2 nci fıkrasında yapılan gönderme dolayısıyla;

Türk Ceza Kanununda tüzel kişiler hakkında ceza davası açılmasının öngöröldüğü durumlarda haklarında kamu davası açılan tüzel kişilik şahıs Şirketi ise bu Şirketin ortaklarının tamamı; sermaye Şirketi ise, sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek ve tüzel kişi ortaklar da yargılama sonuna kadar 4734 sayılı Kanun kapsamında yer alan Kurum ve kuruluşların ihalelerine anılan Kanunun 58 inci maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca katılamayacaklardır.

Aynı nedenle;

Yukarıda belirtilen Şekilde yargılama sonuna kadar ihalelere katılamayacak olanların ortağı olduğu şahıs Şirketleri ile sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları sermaye Şirketleri de yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan

kurum ve kuruluşların ihalelerine katılmayacaklardır.

4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin son fıkrası uyarınca 4734 sayılı Kanunda belirtilen usul ve esaslardan istisna edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde de yukarıda açıklanan esasların uygulanması gerekmektedir.

2- 4734 sayılı Kanunla Kamu İhale Kurumuna verilmiş olan ihalelere katılmaktan yasaklananlara ilişkin "sicil tutma" görevinin Kanuna uygun olarak yerine getirilebilmesi için;

– Cumhuriyet Savcılarınca 4734 sayılı Kanun uyarınca haklarında kamu davası açılmış kişiler ile haklarında cezaya veya kamu ihalelerinden yasaklanmaya hükmolünmüş kişilerin,

– Haklarında 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda belirtilen yasak fiil ve davranışları nedeniyle mükerrer ceza hükmolünenler ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri hakkında verilen sürekli olarak Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararlarının Kamu İhale Kurumuna bildirilmesi gereklidir.

Kamu İhale Kurumunca 4734 sayılı Kanunun 40 ıncı maddesinin son fıkrası hükmü gereği üzerinde ihale bırakılan gerçek veya tüzel kişinin ihalelere katılmaktan geçici veya sürekli olarak yasaklılığının bulunup bulunmadığının teyidinin yapılabilmesi için, haklarında kamu davası açılanlar ile mahkemece haklarında kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin Cumhuriyet Savcılıklarınca Kamu İhale Kurumuna ivedilikle bildirilmesi ve ayrıca kamu davasına ilişkin iddianame ile mahkeme kararının bir örneğinin de gönderilmesine ihtiyaç duyulmaktadır.

3- 4734 sayılı Kanunun 59 uncu maddesinin 2 nci fıkrası gereğince bu Kanun kapsamında yapılan bir ihaleden dolayı haklarında kamu davası açılanlar, kamu davası açıldığı tarihte 58 inci maddenin 2 nci fıkrasında sayılanlarla birlikte ihalelere katılmayacaktır. 58 inci maddenin 2 nci fıkrasında

sayılan ve ihalelere katılmayacak olan ortak/ortaklıklar belirlenirken, kamu davası açıldığı tarihteki durum dikkate alınacaktır.

İdareler, hakkında kamu davası açılan isteklinin 58 inci maddenin 2 nci fıkrasında sayılan ortak/ortaklıklarını, ihaleye katılım aşamasında sunulan belgeleri dikkate alarak ve gerektiğinde yapacağı araştırmalar neticesinde tespit edecektir.”

düzenlemelerine yer vermiştir.

Bu düzenlemeler dikkatlice değerlendirildiğinde haklarında kamu davası açılan kişilerin, kamu davası sonuçlanıncaya kadar, Kamu İhalelerine giremeyeceğinin düzenlenmiş olduğu tartışmasızdır. Ancak bununla birlikte bazı şartların oluşması halinde aynı kanunun 58. Maddesinin 2. Fıkrası hükmüne atıfla, hakkında kamu davası açılan kişi ile birlikte dava süresince tüzel kişiliklerin de yasaklanacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre hakkında kamu davası açılan, haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre;

- i. ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da,
- ii. sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise; sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da,

aynı şekilde yasaklama kararı verileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

5. Bu açıklamalarla birlikte uygulamada çelişkili bir şekilde, 4734 sayılı yasada sayılmamış olmasına rağmen, anılan kanunun uygulamasına yönelik Kamu İhaleleri Genel Tebliğinin, 4734 Sayılı Yasanın 58. Maddesi atfı ile getirdiği 15.05.2008 tarih ve 26877 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğin “H. Haklarında Yasaklama Kararı Verilen Şirket Ortak veya

Ortaklarının Durumu" başlıklı bölümünde;

"4734 sayılı Kanunun 17 nci maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunması sebebiyle aynı Kanunun 58 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkraları gereğince haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilen şirket ortak veya ortaklarının;

- 1) Ortağı olduğu şahıs şirketleri,
- 2) Sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri,

ortak hakkında verilmiş olan yasaklılık kararı devam ettiği süre içinde 4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesi uyarınca anılan Kanun kapsamındaki idarelerin ihalelerine katılamayacaktır.

Bununla birlikte aynı Kanunun 11 inci maddesine göre 4734 sayılı Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanların doğrudan veya dolaylı ya da alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihaleye katılmaları mümkün bulunmayıp, bu yasağa rağmen ihaleye katılan isteklilerin ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda anılan Kanunun 17 nci maddesinde belirtilen ve Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunmaları nedeniyle haklarında kamu davası açılanların da bu dava nedeniyle ihalelere katılmaktan geçici olarak yasaklanmış oldukları dikkate alındığında; haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı bulunanlar ile kamu davası açılmış olanların bir tüzel kişi veya başka bir gerçek kişi adına teklif vererek ihaleye katılmaları halinde aday veya istekli durumunda olanların, maddede belirtilen yasağa rağmen ihaleye katılmış olması nedeniyle ihale dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedilmesi gerekmektedir."

Hükümleri getirilmiştir. Bu düzenleme ile birlikte; Kamu İhale

Kurulunun bazı kararlarında, anılan kanunun 59. Maddesinden 58. Maddenin 2. Fıkrasına yapılmış olan atıf nedeniyle, Kamu İhaleleri Genel Tebliğinin ilgili maddesinde sayılan kişilerin de "hakkında kamu davası açılanlarla birlikte yasaklanacağı" sonucuna gidilmiştir.

6. Bu kapsamda ilgili tebliğin kanuna aykırı bir biçimde düzenleme getirdiği açık olmakla birlikte bu düzenleme ile birlikte, sermaye şirketlerinde %50'den az hissesi olan fakat, şirketi temsil ve ilzama yetkili müdürün hakkında kamu davası açılması halinde dahi, ilgili sermaye şirketinin de Kamu İhalelerinden yasaklanacağı sonucuna gidilmektedir. Tüm açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde 4734 sayılı kanunda adı bile geçmeyen kişi ve kurumların da ilgili Tebliğ ve Kamu İhale Kurumunun vermiş olduğu çelişkili kararlar neticesinde kapsam içine dahil edildiği anlaşılmaktadır.

7. Özetle söz konusu hukuka, yasaya ve hatta Anayasaya aykırı uygulama ve düzenlemeler ile yukarıda Paragraf (2)de saydığımız kişilere ek olarak hakkında kamu davası açılan gerçek kişinin ortağı olduğu şirketlerin de dava süresince kamu ihalelerine girmesinin yasaklandığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

2. 4734 SAYILI KANUNUN 59. MADDESİNİN YORUMU ile AÇILAN KAMU DAVASININ NİTELİĞİ ve USÛL

8. 4734 Sayılı Kanunun 59. Maddesinin lafzı dikkatlice incelendiğinde; "Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur" hükmü getirilmiş olduğu görülecektir.

9. İlgili maddenin gerekçesi değerlendirildiğinde ise; "17 nci

maddede belirtilen fiil veya davranışlardan bazılarının Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil etmesi ve cezai müeyyidesi bulunması nedeniyle, bu fiil veya davranışta bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında ceza kovuşturması yapılması gerektiği belirtilmiştir” denmiştir.

10. Kanun maddesi ve madde gerekçesi dikkatlice incelendiğinde, ilgili kanunun 17. Maddesine bir atıf yapıldığı görülmektedir. Söz konusu kanunun 17. Maddesinde;

“İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

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

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

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

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

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

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

Hükmü getirilmiştir.

11. Anılan kanun maddeleri birlikte değerlendirildiğinde; “ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur” hükmün 17. Maddeye de atıf yapması ve cezaya ilişkin kanunların dar yorumlanması gerekliliği de göz önünde bulundurulurken, HAKKINDA KAMU DAVASI AÇILAN ŞAHISLARIN, KAMU İHALELERİNDEN YASAKLANABİLMESİ İÇİN;

KAMU DAVASININ, 17. MADDEDE BELİRTİLEN FİİLLER NEDENİYLE VE İLGİLİ İDARELERİN SORUŞTURMA YAPARAK SUÇ DUYURUSUNDA BULUNMASI İLE AÇILMASI GEREKTİĞİ SONUCUNA ULAŞILMAKTADIR.

12. Bunlarla birlikte madde lafzında “yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur” ibaresi, “Hükmolunacak cezanın yanısıra, idarece...” ibaresi ve “...haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler...” ibareleri birlikte değerlendirildiğinde, adi bir ihbar neticesinde açılan davaların veya daha doğru bir deyimle, ilgili idare tarafından soruşturma yapılmaksızın açılan kamu davalarının bu kapsamda değerlendirilmesi, maddenin lafzına, ruhuna ve getiriliş amacına da aykırılık teşkil etmektedir.

13. Gerçekten de madde gerekçelerini de bu yorumlarla birlikte değerlendirdiğimizde, hakkında kamu davası açılan her şahsın dava süresince yasaklanmasının kanunen de mümkün olmayacağı sonucuna varılmaktadır. Hayatın olağan akışı içerisinde de bir değerlendirme yapıldığı zaman, iftira atmak ve rekabeti engellemek kastıyla bir şahıs hakkında suç duyurusunda bulunulması halinde Savcılık tarafından yapılacak soruşturma neticesinde açılacak kamu davası nedeniyle şahısların yasaklanacağını düşünmek hakkaniyet prensipleri ile de örtüşmemekte ve iftira atan şahısların açık bir şekilde ihalelerde rekabeti önlemeyi amaçladığının bir göstergesi olmaktadır. İftiraya konu fiillerin “kovuşturulması şikayete bağlı olmayan” fiiller kapsamında olduğu değerlendirildiğinde, genel itibari ile savcılık makamının iddianame düzenlememesinin, yani kamu davası açılmamasının neredeyse olanak dışı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Özellikle Ceza Muhakemesi Kanunu ile Savcılıkların “kovuşturmaya yer olmadığına dair karar” verebilmesi de ciddi bir biçimde kısıtlanmış olduğundan ve genelde iddia makamının kovuşturmada gerçeklerin ortaya çıkarılması yönündeki meylinden, Savcılık Makamlarının ellerinde yeterince delil dahi olmamasına rağmen iddianame düzenlemekte olduğunu da unutmamak gerekir.

14. Bununla birlikte, soruşturma aşamasında ifadesine başvurulmuş şüphelilerin henüz iddianame düzenlenmeden ve dolayısı ile haklarında kamu davası açılmadan, hissedarı oldukları şirketlerdeki hisselerini devrettiği de uygulamada karşılaşılan sonuçlardan bir tanesidir. Çoğu zaman soruşturma aşamasının uzun sürmesi ve bu aşama neticesinde genellikle kamu davasının açıldığı gerçeği değerlendirildiğinde, haklarında kamu davası açılan şahısların bu davanın açılmasından hemen önce şirketteki hisselerini değiştirdiği ve şirketlerini de yasaklılıktan kurtardıkları görülmektedir. Bu durum, aslında hukuka aykırı bir uygulama olmasa dahi kanundan beklenen sonucun elde edilemediği de açıktır.

15. Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, 4734 sayılı kanunun 59. Maddesinin 17. Maddeye yapmış olduğu atıf gereğince, 59. Maddenin uygulanması için esasen 17. Maddedeki fiil ve davranışları yaptığı tespit edilen kişi hakkında ilgili idare tarafından suç duyurusunda bulunulması ve bu durumda kamu davası açılması halinde uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Aksinin kabulü halinde kanunun amacına ve ruhuna aykırı bir yorum tarzının benimsenmiş olduğu ve ihalelerdeki rekabeti engellemek kastıyla hareket eden kötü niyetli kişilerin eline çok önemli bir fırsat verildiği sonucuna gidilecektir.

II. 4734 SAYILI KANUNUN 11. MADDESİ GEREĞİNCE İDARE ÜZERİNE DÜŞEN SORUMLULUĞU YERİNE GETİRMEMİŞ OLMASI ve MÜESSES DURUM TARTIŞMASI

16. 4734 sayılı Kanunun 11. maddesi gereğince; idareler ihaleye katılan firmaların ve yetkilileri ile ilgili olarak araştırma yapma yükümlülüğüne tabi tutulmuştur. İhale üzerinde kalan isteklilerin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığının İhale Kontrol Sisteminden teyit ettirilmesi esasları çerçevesinde, haklarında kamu davası açılması nedeniyle ihalelere katılmayacak olanlar için de teyit işlemi gerçekleştirilecektir. Bütün aday veya isteklilerin ve bu kapsamda tüzel kişi aday veya isteklilerin % 50'den fazla

hissesine sahip ortakları ile başvuru veya teklifi imzalayan yetkililerinin de 4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesine göre İhale Kontrol Sisteminden kontrol edilmesi gerekmektedir.

17. Uygulamada oluşan uyuşmazlıklarda ise genelde bu sorumluluğun Cumhuriyet Savcılıkları tarafından yerine getirilmediği, dolayısıyla haklarında kamu davası açılan şahıslarla ilgili olarak, resmi teyit işlemi "olumlu" gerçekleştiği, bunun üzerine bir şikayetle veya daha sonradan yapılan bir araştırmayla, kişiler hakkında kamu davasının açıldığının öğrenilmesi halinde ihale sözleşmelerinin feshedilerek, kesin teminatlarının irat kaydedildiği görülmektedir. Bu durumda idarenin, aslında kendi kusurlu veya ihmali davranışını vatandaşların üzerine yıkararak, zaten hukuka aykırı bir düzenlemeyi yine hukuka aykırı bir şekilde uygulaması sonucuna gittiği görülmektedir.

18. 4734 sayılı Kanunun 59. Maddesinin açık bir şekilde masumiyet karinesini ihlal ederken, kanun uygulamasında iyi niyetli kişilerin korunmayarak, idari işlemin geriye yürümesi söz konusu olmakta ve bunun neticesinde geçmişe dönük idari işlemler tesis edilmektedir. İhalenin, hakkında kamu davası açılan şahsın uhdesinde bırakılmasına dair tesis edilen idari işlemin başka bir idari işlemle geri alınması esnasında, birinci işlemin aslında hukuka aykırı olduğu düşünülmektedir. Bunlarla birlikte birinci işlemin yararlandırıcı bir takım sonuçlar doğurduğu ve bu sonuçlardan da işlemin ilgilisi olan ve aynı zamanda hakkında kamu davası açılan şahsın iyi niyetle, kendine atfedilebilecek, hile ve benzeri bir davranışla yararlanmamış olduğu gözetildiğinde, işlemin bu şekli ile geri alınmasında idari istikrar ve idareye güven ilkelerinin zedeleneceği tartışmasızdır.

19. Bu anlamıyla idari istikrar, tekemmül etmiş hukuki durumların ve aynı şekilde müesses hukuki durumların korunmasında önemlidir ve bu korumanın özü "kazanılmış haklara saygı" ilkesiyle ilişkilidir. Bu anda istikrar, kararlılık ve güvenlik dendiğinde kazanılmış haklara saygı gösterilmesi,

düzenleyici işlemlerin geçmişe etkili olmaması, sadece siyasi amaçlarla düzenleme yapılmaması ve Hukuk Devleti ile çelişmeme gibi yargı kararlarından çıkabilecek gereklilik ve beklentilerin de göz önünde tutulması anlaşılır. İdari istikrar ilkesi, hukuka aykırı işlemlerin iptali yada geri alınması halinde, bu işlemlerden doğmuş olan sonuçların korunması amacıyla içtihadın geliştirdiği kavramlardandır. Hukuk Devleti'nin içeriğinde, geçmişe yürüme yasağını da kapsayan, bireylerin Devlete olan güvenin korunması, hukuki güvenlik ve eşitlik yer alır. Ancak idari işlemlerin yapılmalarından sonra sürekli bir şekilde tartışmalı ve belirsiz halde kalmaları; ilgililerin, hukuki durumlarının her an değişebileceğini düşünmeleri halinde istikrardan söz edilemeyecektir.

20. Bütün bu açıklamalar ışığında idarenin kendi kusurundan kaynaklanan gecikmelerin; idare karşısında daha güçsüz konumda olan vatandaşların aleyhine uygulamaya ve yorumlar getirilmesine sebep olmasını "kamu yararı" gibi soyut kavramlarla kestirip atabilmek de mümkün değildir. Zira Hukuk Devletinden beklenen en büyük olgulardan bir tanesi de kazanılmış haklara saygılı olmakla birlikte, bu kavramın kamu yararından daha önemli olduğu tartışmasızdır. Bireylerin hak ve özgürlüklerinin de kamu yararının bir parçası, hatta asli ve temel unsuru olduğu düşünüldüğünde, idarenin kendi kusurunu işlemin ilgililerine yüklemesi; hem bu hakların hem de idarenin istikrarın halel görmesi anlamına gelecektir.

21. Nitekim Fransız Danıştayı Conseil d'État ve Türk Danıştayını vermiş olduğu kararlarda ilk zamanlarda hukuka aykırı idari işlemlerin her zaman geri alınabileceği yönünde kararlar verirken, zamanla, -yokluk ve açık hata- dışında hukuka aykırı işlemlerin dava açma süresi içerisinde geri alınabileceğini kabul etmiştir. Dolayısı ile ilgilisinin hileli bir davranışının bulunmadığı hallerde idarenin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesinden veya eksik işlem yapmasından kaynaklanan sorunların çözümlenmesinde, müesses

durumun gözetilerek ilgililer lehine yorumlar yapmak aynı zamanda kamu yararının da bir gerekliliğidir.

22. Nitekim hukuka aykırı işlemler, doğuşları anında kurucu unsurlarından en az birisinde ortaya çıkan sakatlık nedeniyle hukuk düzenine uymayan işlemler olarak adlandırılırlar. Hukuka aykırı işlemler sonucunda kazanılmış hakkın doğacağını kabul etmenin mümkün olmaması karşısında, bunlara dayanılarak belirli hakların korunmasının en azından idari istikrarın korunması ve müesses durum düşüncesi ile kabul edilmektedir. 06.07.1987 tarih 1987/1,2,4 E. 1987/2 K. sayılı Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararında bu düşünceyi destekleyen hatta daha önceki çelişik uygulamaları ortadan kaldıran ifadelerle "müesses durumların doğmasının ön şartının iyi niyet olduğunu, her ne kadar yanlış idari işlemlerden dolayı kişi yararına hak veya korunması gereken (yerleşmiş) müesses bir durum doğmuş işe idari işlemlerin ancak iptal davası süresi içerisinde geri alınabileceğini, bu sürenin geçmesi halinde idare için artık bu işlemin kesinleşmiş olduğunu" kabul etmiştir. Ayrıca yine adı geçen kararla; "iyi niyetin olmadığı, yokluk ve mutlak butlan halleri ile ilgisinin hileli davranışları halinde söz konusu süre şartı aranmaksızın işlemin her zaman geri alınabileceğini" kabul etmiştir.

23. Buraya kadar açıklananlar ışığında müesses durumun unsurlarını (i) bir idari işlemin varlığı, (ii) idari işlemin hukuka aykırı olması, (iii) işlemin ilgilisi bakımından yararlandırıcı sonuçlar doğurması, (iv) ilgisinin iyi niyetli olması, hile ve benzeri bir davranış içerisinde olmaması, (v) bu yararlanmanın belirli süre devam etmiş olması, (vi) işlemin geri alınması yada söz konusu durumun düzeltilmesi durumunda idari istikrarın bozulma riskinin bulunması olarak sıralamak mümkün olacaktır. Tespit edilen unsurlar çerçevesinde müesses durumun tanımı yapılacak olursa; ilgisinin lehine sonuçları olan hukuka aykırı bir idari tasarrufun sonuçlarından kendisine atfedilecek bir kusur, yokluk, ve açık hata bulunmadıkça, belirli bir süre

yararlanılmasıyla hukuk düzenince tanınması gerektiği düşünölen, tanınmaması durumunda ise idari istikrar ve hukuk güvenliğinin bozulacağı düşünölen durum olarak nitelemek mümkündür.

24. Nitekim Yargıtay'ın, Danıştay'ı etkileten 17.01.1973 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında, yokluk ve mutlak butlan hali bulunmadıkça, gerçek dışı beyan ve hileyle elde edilen lehe işlemlerin bile, dava açma süresi yada iptal davası açılmışsa dava sonuna kadar geriye yürür şekilde geri alınabileceğine, sürelerin geçmesinden sonra ise geri alınamayacağına dikkat çekmiştir. Ayrıca süreler geçirildikten sonra, geri alma söz konusuysa, geri alma anına değin parasal sonuçlar da dahil olmak üzere, doğan sonuçların "kazanılmış durum" olarak kabulünün gerektiğine karar vermiştir. YİBBK kararında, belirli noktalardan Conseil d'Etat uygulamasına paralel bir uygulama olarak idari işlemlerin geri alınmasında dava açma süresi ölçütünün esas alındığı görölmektedir. Bu karar daha sonra Danıştay'ı da etkilemiş olacak ki; 22.12.1973 tarihli Danıştay İBK Kararında, tapılan hatalı ödemenin yapılma tarihinden başlayarak dava açma süresinde "istirdat edilebileceği" belirtilmiştir. Bu karardan sonra yukarıda belirttiğimiz 1987 tarihli kararında yine bu içtihadını sürdürerek yapılan ödemelerin ancak dava açma süresi içerisinde geri alınabileceğini yine aynı paragrafta belirttiğimiz şartların varlığı halinde mümkün olabileceğini belirtmiştir.

III. 4734 SAYILI KANUNUN 59. MADDESİ ANAYASAYA ve ULUSLARARASI METİNLERE AÇIKÇA AYKIRIDIR

25. 4734 sayılı Kanunun 59. Maddesinde haklarında kamu davası açılan kişilerle ilgili olarak;

"Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o

işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Hükmolunacak cezanın yanı sıra, idarece 58 inci maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.

Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir.

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

Bu madde hükümlerine göre; mahkeme kararı ile yasaklananlar ve ceza hükmolunanlar, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine işlenmek üzere de ilgili meslek odalarına bildirilir.

Sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca, bildirimi izleyen onbeş gün içinde Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur.”

26. Bu düzenlemeler dikkatlice değerlendirildiğinde haklarında

kamu davası açılan kişilerin, kamu davası sonuçlanıncaya kadar, Kamu İhalelerine giremeyeceğinin düzenlenmiş olduğu tartışmasızdır. Ancak bununla birlikte bazı şartların oluşması halinde aynı kanunun 58. Maddesinin 2. Fıkrası hükmüne atıfla, hakkında kamu davası açılan kişi ile birlikte dava süresince tüzel kişiliklerin de yasaklanacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre hakkında kamu davası açılan veya haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre;

- i. ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da,
- ii. sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise; sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da,

aynı şekilde yasaklama kararı verileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

27. Ancak aşağıda ayrıntılarıyla açıklanacağı üzere, 4734 sayılı kanunun 59. Maddesi hükmü Anayasa'nın 10. Maddesinde ifadesini bulan "kanun önünde eşitlik", 38. Maddesinde ifadesini bulan "suçta ve cezada kanunilik" ve "masumiyet karinesi" ve 48. Maddesinde ifadesini bulan "çalışma ve sözleşme özgürlüğüne" aykırıdır. Tüm bunlarla birlikte anılan kanun maddesi aynı zamanda Kamu İhaleleri ile ilgili Uluslararası Andlaşmalara ve yukarıda bahsi geçen ilkeler bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (AİHS) de aykırılık taşımaktadır. Şöyle ki;

1. MASUMİYET KARİNESİ ile SUÇTA ve CEZADA KANUNİLİK İLKESİ BAKIMINDAN ANAYASAYA AYKIRILIK (Anayasa md. 38)

28. Yukarıda atıfta bulunduğumuz 4734 sayılı Kanunun 59. Maddesi ile suçta ve cezada kanunilik ilkesinin hiçe sayıldığı aşikardır. Nitekim Kamu İhale Kurumu Hukuk Danışmanlığı'nın 13.09.2007 tarih ve B.62.0.KİK.22.00.00 / 2881 sayılı Mal Alımı İhalelerini Düzenleme ve İnceleme Dairesi Başkanlığı'na gönderdiği "İhalelere katılmaktan yasaklı olan şirket müdürü

sebebiyle şirketin ihalelere katılıp katılamayacağı” konulu mütalaasında da müdürlerinden biri hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı bulunan limited şirketin (bu müdür şirket hisselerinin % 50’sine sahip bulursa dahi) şirketi münferiden temsile yetkili diğer müdür vasıtasıyla ihalelere katılımını engelleyen bir hüküm bulunmadığı açıkça belirtilmiş, bu durumda ihaleye katılan diğer şirket müdürü hakkında yasaklama kararı bulunmadığı gibi, temsil ettiği, adına ihalelere katıldığı şirket hakkında da yasaklama kararı bulunmadığı mütalaa edilmiştir.

29. 4734 sayılı Kanununun 58 ve 59 uncu maddeleriyle getirilen “kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama” ve “yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında bulunan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmama” yaptırımlarının Türk Ceza Kanunu anlamında bir ceza niteliğinde olmamakla birlikte, idari yaptırım (idari ceza) niteliğinde bulunduğu anlaşılmaktadır. İdari yaptırımların iki belirleyici özelliği bulunmaktadır. Birincisi bir idari makam veya organ tarafından kamu gücü kullanılarak yapılan tek yanlı bir işlem olması; ikincisi de kanun veya düzenleyici işleme uyulmamasının yaptırımı olarak bir ceza içermesidir. İdarenin yaptırım uygulama yetkisinin genişleyip çeşitlenmesine koşut olarak, bu yaptırımların belirli bir hukuki rejime kavuşturulmaları gereği de ortaya çıkmıştır. Yargı kararlarıyla oluşturulmaya çalışılan bu hukuki rejime, yaptırımların ceza unsurunu içermesi sebebiyle ceza hukuku ilkeleri uygulanmaktadır. Bu ilkelerin başında da suç ve cezaların kanuniliği ilkesi gelmektedir.

30. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, idari yaptırımların ceza alanına ilişkin olduğunu kabul ederek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki güvenceleri, ceza hukuku yanında idari yaptırımlara da uygulama yoluna gitmektedir. Keza, Danıştay da çeşitli kararlarıyla idari yaptırımlara ceza hukuku ilkelerinin uygulanması gerektiğini açıkça vurgulamaktadır. Bu itibarla, idari yaptırım (idari ceza) niteliğinde bulunan ihalelerden yasaklama yaptırımının da, aynı diğer ceza

hükümleri gibi, ancak kanunda açık bir hüküm bulunması halinde uygulanabileceği, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamayacağı esastır.

31. Yasa koyucu tarafından konulması gereken asgari kuralların her konuda farklı olabileceği aşıkarken, yasal düzenleme gereğinin en çok duyulduğu alanların idare edilenlerinin hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması, onlara mali yükümlülük ile suç ve cezaların getirilmesi olduğu söylenebilir. Dolayısı ile iki ana başlıkta idarenin takdir yetkisinin Anayasanın temel hak ve özgürlüklerine dair sınırlamalar ile belirlenmesi gerektiği açıktır.

32. Bununla birlikte, Anayasa 38. Maddesinde suç ve cezaların kanuniliği ilkesini açık ve kesin bir şekilde düzenlemiştir. Bu ilke Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında açıklığa kavuşturulmuştur. Yüksek Mahkemeye göre; “ Suçun yasayla saptanması, maddi olay olarak bir eylemin ne zaman suç niteliği alacağını belirtmek demektir. Gerçekten yasa, suçun, yani ne gibi eylemlerin yasaklandığını hiçbir kuşkuya yer vermeyecek bir biçimde belirtmelidir. Suç sayılan eylem ve cezası yasada açıkça gösterildikten sonra yasama organının uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konularda alınacak önlemlerin duyulan gereksinimlere uygunluğunu sağlamak amacıyla yürütme organına kimi kararlar almak üzere yetki vermesi kararla suç ortaya konulması anlamına gelmez” denmektedir.

33. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 59. Maddesi açıkça haklarında kamu davası bulunan kişinin, ihaleler girmekten yasaklı olacağı düzenlemesi ile bir ceza normu ihdas etmiş ve bir nevi güvenlik tedbiri mahiyetinde getirmiş olduğu kural ile aslında hükümlüyü değil, hakkında kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunmayan şahsı ve bazı durumlarda da bu şahsın şirketini cezalandırma yolunu seçmiştir. Söz konusu kanun maddesi bu anlamda öncelikle Anayasada ifadesini bulan masumiyet karinesini hiçe saymış ve dolaylı sonuç olarak da kişilerin sözleşme bağtlama özgürlüğünü ihlal etmiştir.

34. Bu bağlamda Prof. Dr. Faruk Erem Masumiyet Karinesi'ni şöyle açıklamaktadır."Masumluk karinesi; kamu davasının gayesi sanığın suçlu olduğunu ispat etmektir, onun aynı zamanda masum olduğunu ispat gayesi yoktur. Fakat bunun tabii neticesi şudur: Bir kimsenin beraat edebilmesi için masum olduğunun anlaşılması şart değildir, suçlu olduğunun anlaşılmamış olması kafidir. Bu suretle ihtimali düşüncelerin vatandaş aleyhine netice vermesi önlenmiştir. Bu, usul hukukunun ferde tanıdığı bir teminattır ve bu teminatı en iyi ifade eden masumluk karinesi fikridir. İşte bu sebeptendir ki bazı memleketler anayasalarında (...) masumluk karinesi açıkça bildirilmiştir."

35. AİHS 6/2 'e göre bir suçla itham edilen herkes yasalara göre suçluluğu ispat edilene dek masum kabul edilir. AİHM İçtihatlarına göre masumluk karinesi "..görevlerini yerine getirirken bir mahkemenin mensupları diğer ilkelerin yanı sıra, sanığın itham edilen suç işlediği varsayımı ile işe başlamamalıdır. (Barbera,Messeque,Jabardo/İspanya)Masumiyet Karinesi ilkesinin bağlayıcılığı sadece mahkemeleri değil, diğer idari makamları da kapsar. A.Ribemont/Fransa davasında, gözaltında bulunan bir başvurucuyu polis müdürü, cinayetin azmettiricisi olarak ilan etmişti. AİHM, başvurucu bir suç işlemiş olmakla itham ediliyorsa, AİHS 6/2 hükümlerinin mahkemelerin dışındaki diğer idari yetkililerin için de geçerli olduğu kararına varmıştır. İtham polis müdürü tarafından hiçbir nitelendirme ya da objektif kritere dayanmaksızın yapılmış, mahkeme tarafından gerçekler incelenmeden kamuoyuna gözaltında bulunan şüphelinin azmettirici olduğunu açıklanmıştı. AİHM, bunun masumiyet karinesinin ihlali olduğuna karar vermiş ve daha sonra sanığın mahkemece serbest bırakılması bu durumu değiştirmemiştir. Masumiyet karinesi yargılama öncesi olduğu kadar beraat sonrasında da gözetilecektir. Ancak AİHS 6/2 mutlaka yasa veya gerçeklere dayalı varsayımları yasaklamaz, ancak ispat yükünün devredildiği bir kural veya sanığın aleyhinde bir varsayım olduğu takdirde bunun " yitirilebileceklerin önemini dikkate alan ve savunmanın haklarını koruyan makul sınırlar" içinde

kalması gerekir.

36. Bütün bu açıklamalar ışığında, hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hem de Anayasamızda ifadesini bulan “masumiyet karinesi” ilkesi gereğince hakkında sabit bir hüküm olmayan kişilerin bir takım haklardan mahrum edilmesi veya suçu sabitmiş gibi muamele görmesi açık bir şekilde hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Ceza Muhakemesinde bazı durumlarda sanıklarla ilgili olarak güvenlik tedbirlerine hükmedilebileceği tartışmasızdır. Ancak bu durumlarda dahi güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için açık bir şekilde bazı şartların da gerçekleşmesi gerekmektedir. Fazlaca detaya girmeden bu hususların başında, kuvvetli suç şüphesi gibi soyut olmakla birlikte, anlaşılır bir takım tabirler kullanılmaktadır.

37. Ayrıca yine Ceza Muhakemesi Hukukunda söz konusu güvenlik tedbirlerinin uygulanmasının yargı makamlarına bırakılmış olması da bir esas olmakla birlikte, bu esasın bir istisnaya tabi tutulması ise düşünülemez. Aksi takdirde bir merci tecavüzüne gidilmiş olacağı, yargı mercilerinin yetkisi alanına giren muhakeme tedbirlerinin idari (yürütme) makamlar tarafından uygulanmasının aynı zamanda kuvvetler ayrılığı prensibine de ters düşeceği aşikârdır. Bu noktada güvenlik tedbirleri konusundaki düzenlemeleri incelediğimizde; bu tedbirlerin özellikle yargı organları tarafından somut durumun özellikleri de dikkate alınarak belirlenmekte olduğu açık olmakla birlikte 4734 sayılı kanunun 59. Maddesi ile yapılan “yargısız infazın” masumiyet karinesini ve sözleşme özgürlüğünü zedelediği ortadadır.

38. Yaptığımız açıklamalar ışığında, 4734 sayılı kanunun 59. Maddesi ile getirilen düzenlemelerde hem masumiyet karinesinin açıkça ihlal edilerek, kişinin sözleşme yapma özgürlüğünün engellendiği, hem de somut olaylara ilişkin genel ve geçerli şartlar düzenlenmeksizin hakkında kamu davası açılan kişilerin otomatikman ihalelere girmekten yasaklı olacağı düzenlenmiştir. Yargı yerlerinin zaten bu tür güvenlik

tedbirlerine yargılama (kovuşturma) veya hüküm aşamasında hükmedebilecek olması karşısında, hiçbir yargı merciinin görüşü alınmaksızın bu tür kararların otomatikman uygulanması karşısında çok ciddi hak kayıplarının olacağı kaçınılmazdır.

39. Ayrıca bu tür durumlarda, hakkında kamu davası açılan kişilerin beraatı halinde bu kişilerin uğramış oldukları zararın nasıl ve ne şekilde giderileceği konusunda da hiçbir hüküm getirilmemiş ve hakkında kesin hüküm bulunmayan şahısların dolaylı olarak cezalandırılması tercih edilerek açık ve kesin bir hak ihlaline neden olunmuştur. Her ne kadar kişileri “idari tam yargı davası” açabileceği düşünülse de hiçbir şekilde eski hale iadenin (restitutio integrum) mümkün olmadığı, ihalelere katılmaktan yasaklanan kişi veya firmaların ticari itibarlarının ciddi anlamda zedeleneceği de tartışmasızdır.

2. KANUN ÖNÜNDE EŞİTLİK ile ÇALIŞMA ve SÖZLEŞME HÜRRİYETİ BAKIMINDAN ANAYASAYA AYKIRILIK (Anayasa md. 10)

40. Hakkında kamu davası açılan şahıs hakkında esas itibarıyla bir mahkumiyet kararının bulunmamasından hareketle adeta mahkum edilmişçesine diğer ihale isteklilerinden ayırt edilmesi aynı zamanda Anayasanın 10. Maddesinde ifadesini bulan “kanun önünde eşitlik” ilkesini de zedelemektedir. Nitekim bir şahıs hakkında kamu davası veya herhangi bir dava açılması bir mahkumiyet kararı verilmediği sürece bu şahsın diğerlerinden ayrık hüküm ve düzenlemelere tabi tutulması bu ilkenin zedelendiğinin en büyük göstergesidir. Yasa koyucunun genel eşitlik ilkesi çerçevesinde geniş bir takdir yetkisi, daha doğrusu önemli bir düzenleme yetkisi vardır. Sadece seçilen ayırım kriterinin, ayırım amacının gerçekleşmesine elverişli olması önemli olup, onun bu konudaki (optimal) en iyi araç olması gerekmemektedir. Ancak seçilen bir ayırım kriteri hiçbir bakış açısı altında güdülen amaca uygun değilse yasanın iptali gerekir.

41. Anayasa Mahkememize göre, yasa önünde eşitlik ilkesi “herkesin her yönden aynı hükümlere bağlı olması gerektiği

anlamına gelmez. Bu ilke ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır". Yüksek Mahkemeye göre; "Anayasada öngörülen eşitlik. ... herkesin aynı hak ve yükümlülükler sahip olması anlamında değildir. Eşitlik her yönüyle aynı hukuki durumda olanlar arasında söz konusudur. Hukuk felsefesine girmiş bir deyimle "eşitlerin eşitliği" anlamındadır. Farklı durumda olanlara, yani eşit olmayanlara farklı kurallar uygulanması, yani "eşit olmayanların eşitsizliği" eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz ". (kararları işle)

42. Bu kararlarından anlaşılacağı gibi Anayasa Mahkememiz genel eşitlik ilkesiyle tıpkı İsviçre Federal Mahkemesi ve Federal Almanya Anayasa Mahkemesi gibi nisbi eşitliğin amaçlandığını kabul etmektedir. Mutlak (radikal, şematik, aritmetik) eşitlik insanların özellik ve yetenekleri göz önünde tutulmadan eşit işlem görmeleri demektir. Nisbi duruma göre değişen (Relatif, geometrik) eşitlik ise ayrımlara izin vermekle kalmaz onları şart bile koşar. Bu iki çeşit eşitliği 2300 yıl evvel Aristoteles birbirinden ayırmıştı.

43. Eşit olana eşit, eşit olmayana farklı, fakat farklılığa uygun olarak yani eşit kriterlere göre davranmalıdır. Hangi kriterin seçileceğini keyfilik sınırlan içinde kanun koyucu belirleyecektir. F. Almanya Anayasa Mahkemesi ve çoğunluk görüşüyle birlikte genel eşitlik ilkesi, keyfilik yasağı ve adaletin salt yadsınması yasağı olarak anlaşılacak olursa bu ilke adalet düşüncesinin doğrudan doğruya anlatımı hukukun ilk temel prensibi ve böylece hukuk devleti düzeninin ayrılmaz bir parçası olarak anlaşılmalı, yorum adalet düşüncesine, mantığa ve eşyanın doğasına göre yönlendirilmelidir. Yasal düzenlemenin, ayrımlar mevcut farklılıkların yapısına uygun olacak şekilde, düzenlenen vakıanın yapısına ve "eşyanın doğasına" uygun olması gerekmektedir. Ayrımlar mevcut farklılıklara bağlı ve etkileri bakımından onlara uygunsalar meşru ve hatta gerekli olabileceklerdir.

44. Türk Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarında, ayırım kriteri olarak haklı neden, ayırım amacı olarak kamu yararı aranmaktadır. Yani eşitlik ilkesine olduğu iddia edilen bir yasal düzenleme, haklı bir nedene dayanmakta ve kamu yararı nedeniyle konulmuşsa kural eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Anayasa Mahkemesine göre, yasa önünde eşitlik ilkesi “tüm yurttaşların mutlaka, her yönden, her zaman aynı kurallara bağlı tutulmaları zorunluluğunu... içermez. Birtakım yurttaşların başka kurallara bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise böyle bir durumda kanun önünde eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden söz edilmez”. Anayasa Mahkemesine göre, “Anayasanın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir”. “Haklı neden” kriterinin Anayasa Mahkemesince bugüne kadar kesin bir tanımı yapılmamıştır. Anayasa Mahkemesince “gereklilik”, “zorunluluk”, “işin özelliklerine ve gereklerine uygunluk”, “dengeli ve makul görülebilecek ölçüler”, “adaletli ve eşit ölçüler” gibi anlatımlar “haklı nedeni” açıklayıcı ölçüler olarak anılmıştır.

45. Ancak 4734 sayılı Kanunun 59. Maddesi ile getirilen düzenlemede açık bir şekilde kanun önünde diğerlerinden hiçbir farkı bulunmayan bir şahsın veya firmanın sırf hakkında açılan bir dava nedeniyle mahkum edilmesi veya mahkum gibi muamele görmesinin Anayasanın kanun önünde eşitlik ilkesi ile bağdaşır hiçbir yönü bulunmamaktadır. Zira bu eşitsizliğin uzantısı olarak yine Anayasa'nın 38. maddesinde ifadesini bulan “sözleşme ve çalışma özgürlüğü” de hiçe sayılmış olmakta ve hakkında kamu davası bulunduğu bahisle bir şahsın ve dolaylı olarak da firmasının ihalelere girmesi engellenerek fırsat eşitliğinin önüne geçilmektedir.

3. ULUSLARARASI METİNLERE AYKIRILIK

46. Genel olarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun gerisindeki temel uluslararası düzenlemelere bakıldığında bunların başında Avrupa Topluluğu düzenlemeleri, Dünya Ticaret Örgütünün

Kamusal Tedarik Anlaşması ve ekleri ile Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu Model Kanunları gelmektedir. Bu düzenlemeler incelendiğinde ise; düzenlemelerin temel içeriklerinde, haklarında kamu davası yada daha genel anlamıyla ceza davası açılan kişilerin ihalelere katılmaktan yasaklanacağına dair hiçbir hükmün bulunmadığı, hatta üye devletlerin takdirine bırakılan hususlarda dahi bu konuda “kesin hükmün” varlığının arandığı görülmektedir.

47. Sırasıyla incelediğimizde 30.04.2004 tarih ve L 134/114 sayılı Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayınlanan Direktifin “Aday ve İsteklilerin Kişisel Durumları” başlıklı 45. Maddesinin 1. Fıkrasında açıkça kesin hükmün varlığı halinde kamu ihalelerinden yasaklanacağı daha doğrusu kamu ihalelere katılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Anılan düzenlemenin 2. Fıkrasının (c) bendinde yine kesin hüküm bulunması halinde kişilerin kamu ihalelerine katılmaktan men edilebileceği devletlerin iç hukuk düzenine bırakılmıştır. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde anılan düzenlemelerle murat edilenin kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılacak kişilerin, hukuki anlamdaki yeterliliklerinin sağlanmasıdır.

48. Yine 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hazırlanırken faydalanılan mehz kanun niteliğindeki, 1993 tarihili Birleşmiş Milletler “Mal ve Yapım İhalelerine İlişkin UNCITRAL Model Kanunu ve 1994 tarihli “Mal, Yapım ve Hizmetlerin İhalesine İlişkin UNCITRAL Model Kanunu”nun konuya ilişkin hükümlerinin de Avrupa Birliği Direktifinden pek farklı olmadığı görülmektedir. Anılan Model Kanunun “Tedarikçi ve Yüklenicilerin Nitelikleri” başlıklı 6. Maddesinin 1. Fıkrasının (b) bendinde konuya ilişkin hükümler getirilmiştir. Buna göre tedarikçi veya yüklenicilerin taşınması gereken nitelikler arasında, kendilerinin, yöneticilerinin veya çalışanlarının mesleki faaliyetlerinden dolayı herhangi bir ceza davasından hüküm giymemiş, yani hakkında kesinleşmiş bir karar olması şartı aranmış, yine diğer düzenlemeler paralel olarak ceza davasının açılmış olmasını bu anlamda yeterli

kabul etmemiştir.

49. Mevaz metinlerden olan ve yine 4734 sayılı Kanunun gerekçesinde yer verilen Dünya Ticaret Örgütünün konuya ilişkin 11.12.2006 tarihli "Devlet İhalelerine İlişkin Anlaşmanın Revizyonu"na dair metnin "Katılım Şartları" başlıklı 8. Maddesinin 3. Fıkrasının (d) bendinde açık bir şekilde kesin hükümden bahsederek, yukarıda açıkladığımız düzenlemelere paralel bir düzenleme getirilmiştir.

50. Her üç uluslararası düzenleme de dikkatlice değerlendirildiğinde, çok da doğru bir şekilde kişilerin kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanabilmesi için haklarında kamu davasının açılmasının yeterli görülmediği ve kesin hükmün varlığının arandığı tartışmasızdır. Yukarıda bir çok defa değinildiği üzere aksinin düşünülmesi veya bir şekilde kanunlaştırılması masumiyet karinesinin ihlale edilerek, kişilerin sözleşme yapma özgürlüklerinin engellenmesi anlamına gelecektir.

51. Tüm bunlarla birlikte uluslararası düzenlemelerin Türk Hukukundaki yeri Anayasanın "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." hükmünü getiren 90. Maddesi karşısında değerlendirildiğinde; anılan düzenlemelerden uluslararası anlaşma niteliğinde olan belgelerin kanun hükmünde olacağı ve bu düzenlemeler ile 4734 sayılı Kanunun çelişkiler hatta temel haklar bakımından zıtlıklar barındırdığı açık bir şekilde ortadadır.

4. AYKIRILIKLARIN TOPLUCA DEĞERLENDİRİLMESİ ve UYGULAMAYA YANSIMALARI

52. Yukarıda açıkladığımız tüm gerekçelerle 4734 sayılı Kanunun 59. Maddesi birlikte değerlendirildiğinde; anılan maddenin Anayasanın 38. Maddesinde ifadesini bulan “masumiyet karinesinin” hiçe sayılarak, haklarında kamu davası açılan kişilerin suçlu muamelesi görmesi, hatta idari anlamda cezalandırıldığı açık bir şekilde görülmektedir. Bu ceza neticesinde kişilerin Anayasanın 48. Maddesinde ifadesini bulan “sözleşme özgürlüklerinden” mahrum edildikleri ve bazı durumlarda da kamu kurumlarına vermiş oldukları teminatların gelir kaydedilmek suretiyle mülkiyet haklarına hanel getirildiği de tartışmasızdır. Her ne olursa olsun haklarında sabit ve kesin bir hüküm olmadan kişilerin bir takım cezalara tabi tutulması ve Anayasa ile güvence altına alınan haklarına hanel getirilmesi kabul edilemeyecektir. Nitekim Anayasanın 38. Maddesi ile getirilen devleti sınırlayan, bireyi ise güvence altına alınan koruma imkanlarının idari cezalar veya daha geniş anlamıyla idari işlemler bakımından da uygulanması gerektiği tartışmasızdır.

53. Bunlarla birlikte kamu düzenini tehdit ettiği iddia edilen durumun ortadan kaldırılması için örneğimizde olduğu gibi temel özgürlükler gereğinden fazla sınırlandırılmışsa, idari işlemin veya getirilen düzenlemenin ölçüsüz olduğu söylenebilecektir. Önüne gelen bir davada, Görsel-İşitsel Üst Kurul tarafından verilen yayın izninin iptali yaptırımını inceleyen Conseil d’Etat, idari yaptırımın idarece uygulanırken anayasal düzenlemelere uyarak, kuvvetler ayrılığına saygı göstererek ve özgürlükleri koruyarak karar verebileceğini belirtmiştir. Aslında bu karar ile “ANAYASA UYGUN YORUM PRATIĞI” OLARAK ADLANDIRILAN YÖNTEMLE ANAYASALARA AYKIRI VE ÖZGÜRLÜKLER ALANINA MÜDAHALE EDEN KANUNLARIN UYGULANMAMASI VE İDARE YARGIÇLARININ DOĞRUDAN ANAYASA VEYA YASAÜSTÜ NORMALARI UYGULAMASI ANLAMINA GELMEKTEDİR. İdari karar, dayandığı olgu, ve idari karardan beklenen amaç çerçevesinde değerlendirilmelidir. Dolayısı ile 4734 sayılı Kanunun 59. Maddesi ile murat edilen sonuç birlikte değerlendirildiğinde; yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi

kişilerin haklarında kamu davası açılmadan hemen önce soruşturma aşamasında şirketlerindeki hisselerini devrederek, kanunun etrafını dolanmaları karşısında, açıkça hukuka aykırı olan kanun aynı zamanda kendini gülünç duruma düşürmüş ve kendinden beklenen amaca ulaşamamış olacaktır.

54. Bununla birlikte sanığın şüpheden yararlanması ilkesi, idari cezaların sebep unsuru açısından da geçerli olmakla birlikte, yargı yerleri bu konuda kesin kanaatin oluşmasını aramaktadır. Ancak anılan düzenleme ile bir kanaatin varlığı dahi aranmaksızın, haklarında kamu davası açılan şahısların doğrudan ihalelerden yasaklanması sonucuna gidilmektedir. Bu doğrudan yasaklama durumu aynı zamanda, idari yaptırımlarda dinlenilme ve savunma haklarını da ortadan kaldırmaktadır. İdarenin hem taraf hem de yargılayıcı konumda olduğu bu tür işlemlerde söz konusu hakların hiçe sayılması ise daha vahim hak kayıplarını da beraberinde getirmektedir.

55. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN ANAYASAYA UYGUN OLARAK YASALARLA DÜZENLENMESİ VE DOLAYISIYLA DA SINIRLARININ YASALARLA ÇİZİLMESİ İLKESİ, HUKUK DEVLETİ TEORİSİNİN ANAYASALARDA YANSIMASINI BULAN ÖZELLİKLERİNDİR. BU ALANIN İDARENİN KANUNİLİĞİ İLKESİNİN EN YOĞUN BİÇİMDE SOMUTLAŞTIĞI BİR ALAN OLDUĞUNA KUŞKU YOKTUR. BUNUNLA BİRLİKTE TÜRK HUKUK SİSTEMİ GİBİ, İDARENİN YASALLIĞI İLKESİNİN EGEMEN OLDUĞU HUKUK SİSTEMLERİNDE İDARİ YARGI MERCİLERİNİN UYUŞMAZLIK KONUSU OLAYDA UYGULANMASI GEREKEN YASA HÜKÜMLERİNİN ANAYASA VE ANAYSA-ÜSTÜ NORMLARA AYKIRILIĞI NEDENİYLE YASAYI AŞARAK DOĞRUDAN DOĞRU YASA –ÜSTÜ NORMLARI UYGULAMASI TEORİDE VE PRATİKTE KABUL EDİLMEMEYE BAŞLANMIŞTIR. İDARENİN, İDARİ FAALİYETLERİNİN HER AŞAMASINDA, ANAYASAYA VE DİĞER MEVZUATA UYUMAK ZORUNDA OLDUĞU DÜŞÜNÜLDÜĞÜNDE, ULUSLARARASI BİR ANLAŞMANIN DA EN AZINDAN ANAYASAYA DENK VEYA HIÇ DEĞİLSE KANUNLARIN ÜSTÜNDE OLACAĞI KABUL EDİLEBİLECEKTİR. ANAYASANIN 90. MADDESİNE GÖRE, ULUSLARARASI ANLAŞMALAR KANUN HÜKMÜNDE OLMAKLA BİRLİKTE, ANAYASAYA AYKIRILIKLARI İLERİ SÜRÜLEMEYECEĞİNE GÖRE DİĞER YASALARA GÖRE AYRICALIKLI VE ÜSTÜN

OLACAKLARINDA DA ŞÜPHE BULUNMAMAKTADIR.

56. Özetle 4734 sayılı Kanunun 59. Maddesi ile Anayasanın 10. Maddesindeki kanun önünde eşitlik prensibini de hiçe sayarak, hakkında kesin hüküm bulunmayan kişileri ayrı bir uygulamaya tabi tutmak suretiyle, temel haklar ve özgürlükler hiçe sayılarak kişilerin ve bazen buna bağlı olarak şirketlerin de yasaklı konuma düştükleri görülmektedir. Sorunun çözümü bağlamında ise ya gerekli yasal düzenlemelerin yapılarak temel hak ve özgürlüklerin önündeki bu engelin kaldırılması yada somut uyuşmazlıkların idari yargı yerlerinde itiraz yoluyla kanunun ilgili maddesinin Anayasaya aykırılığı ileri sürülmek suretiyle iptalinin sağlanması gerekmektedir. Uygulanması konusunda ciddi tereddütlerimiz bulunmakla birlikte bir başka çözüm ise idari yargı yerlerinin veya denetim makamlarının anılan kanunun ilgili maddesini uygulamaktan kaçınarak doğrudan Anayasayı referans göstermesi, yani anayasaya uygun yorum pratiğini geliştirmesi gerekmektedir. Aksinin düşünülmesi halinde kısa bir süre içerisinde ülke çapında ihalelere katılan birçok firma veya şahıs hakkında asılsız iddialarla da açılacak olan kamu davaları nedeniyle birçok kişi ve kurumun zarar uğraması söz konusu olabilecektir. Dolayısı ile tüm bu açıklamalar ışığında 4734 sayılı Kanunun 59. Maddesinin 2. Fıkrası hükmünün Anayasaya aykırılığının ciddi olduğu da aşikardır.