

ihaleye fesat karıştırmak suçundan tespiti üzerine sözleşmenin feshedilerek teminatın irat kaydedilmesi

Esas Sayýsý : 2007/68 Karar Sayýsý : 2010/2

Karar Günü : 14.1.2010 **ÝTÝRAZ YOLUNA BAPVURAN:** Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesi **ÝTÝRAZIN KONUSU:** 4.1.2002 günlü, 4734 sayýlý Kamu Ýhale Kanunu'nun 58. maddesinin ikinci fýkrasý ile 59. maddesinin ikinci fýkrasýnýn ve 5.1.2002 günlü, 4735 sayýlý Kamu Ýhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. maddesinin Anayasa'nýn 2., 10., 38. ve 48. maddelerine aykýrý olduđu savýyla iptali istemidir. **I- OLAY** Bir yapým iþi ihalesine katýlan ve ihalenin üzerine kalmasý sonucu yüklenici olarak idareyle sözleşme imzalayan davacýnýn, ihaleye katýldýđý tarihte hakkýnda ihaleye fesat karýptýrmak suçundan açýlan bir davanýn bulunduđu tespiti üzerine sözleşmenin feshedilerek teminatýn irat kaydedilmesi iþlemlerinin iptali istemiyle açýlan davada itiraz konusu kurallaryn Anayasa'ya aykýrý olduđu kanýsýna varan Mahkeme, iptali için bapvurmupdur. **II- ÝTÝRAZIN GEREKÇESÝ** Bapvuru kararýnýn gerekçe bölümü böyledir: "Dosyada ileri sürülen iddia ve savunmalar ile Anayasamýzýn amir hükümleri ve Anayasa'ya aykýrýlýđý ileri sürülen 4734 sayýlý Yasa'nýn 58/2 ve 59/2 maddeleri ile 4735 sayýlý Yasa'nýn 21. maddesi bir arada deđerlendirildiğinde Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olduđu, kanun önünde herkesin eþit olup, devletin organlarýnýn, idare makamlarýnýn bütün iþlemlerinde kanun önünde eþitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduklarý ile suçluluđu hükmen sabit oluncaya kadar hiç kimsenin suçlu sayýlamayacađý ilkesi ile herkesin dilediði alanda çalıþma ve sözleşme yapma hürriyetine sahip olduđu, bu hükümlerin Ýnsan Haklarý Evrensel Bildirgesi'nin 7, 11, 23. maddeleri ile koruma altýna

alýndýđý, yine Avrupa Ýnsan Haklarý Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Partý ile de bu haklarýn güvenceye alýndýđý, yine bu hususlarda Ýnsan Haklarý Mahkemesi'nin pek çok kararýnyn bulunduđu, iç hukukumuz gibi uygulamakla yükümlü bulunduğumuz Uluslararası Sözleşmeler de dikkate alýndýđýnda Anayasa'ya aykýrýlýk iddialarýnyn ciddi ve yerinde olduđu kanýsýna varýldýđýndan, 2709 sayýlý Türkiye Cumhuriyeti Anayasasý'nyn 152. maddesi geređince Anayasa Mahkemesi'ne bapvurulmasına karar verilmiş, apađýdaki şekilde ara karar oluşturulmuştur.

GEREDÝ DÜPÜNÜLDÜ: Dosya ve dava dilekçesi kapsamý nazara alýnarak davacý vekillerinin davada uygulanması gerektiđi yasa maddelerinin Anayasa'ya aykýrýlýk iddiasý ciddi ve yerinde olduđu kanýsýna varýldýđýndan, 4734 sayýlý Kamu Ýhale Kanunu'nun 58/2 ve 59/2 maddeleriyle 4735 sayýlý Kamu Ýhale Sözleşmeleri Kanunu 21. maddesi 2709 sayýlý Türkiye Cumhuriyeti Anayasasý'nyn 2, 10, 38 ve 48 sayýlý maddelerine aykýrý olduđu düpünüldüđünden Türkiye Cumhuriyeti Anayasasý'nyn 152. maddesi geređince anýlan maddenin iptali için dosyanyn onaylý bir örneđi çýkarýlarak Cumhuriyet Bapsavcýlýđý vasýtasýyla Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine; Anayasa Mahkemesi'nin 5 aylık sürede vereceđi karara kadar davanyn geri býrakýlmasına, Bu nedenle durupmanyn 25.07.2007 saat 09.50'ye býrakýlmasına oybirliđi ile karar verildi.

16.05.2007" **III- YASA METÝNLERÝ A- Ýtiraz Konusu Yasa Kuralları1-** 4.1.2002 günlü, 4734 sayýlý Kamu Ýhale Kanunu'nun itiraz konusu fýkralarý da içeren 58. ve 59. maddeleri böyledir: **"Madde 58-** 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranýplarda bulunduklarý tespit edilenler hakkýnda fiil veya davranýplarýnyn özelliđine göre, bir yýldan az olmamak üzere iki yýla kadar, üzerine ihale yapýldýđý halde mücbir sebep halleri dýpýnda usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkýnda ise altý aydan az olmamak üzere bir yýla kadar, 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarýnyn ihalelerine katýlmaktan yasaklama kararı verilir. Katýlma yasaklarý, ihaleyi yapan bakanlýk veya ilgili veya bađlý bulunan bakanlýk, herhangi bir bakanlýđyn ilgili veya bađlý kuruluşu sayýlmayan idarelerde bu idarelerin ihale

yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir. Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketine ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketine ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir. Yhale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda bulundukları 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 Yhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur. Yhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür.”

“Madde 59- Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o ipte ki 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 iplenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir.** Bu Kanunda belirtilen yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hükümlü olanlar 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 hükümlü olanlar, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine iplenmek üzere Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine iplenmek üzere de ilgili meslek odalarına bildirilir. Sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilipkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca, bildiri izleyen onbeş gün içinde Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur.” 2-

5.1.2002 günlü, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun itiraz konusu 21. maddesi şöyledir: **“Madde 21-Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Ancak, taahhüdün en az % 80'inin tamamlanmış olması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydıyla; a) İvediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması, b) Taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının mümkün olmaması, c) Yüklenicinin yasak fiil veya davranışının taahhüdünü tamamlamasını engelleyecek nitelikte olmaması, Hallerinde, idare sözleşmeyi**

feshetmeksizin yükleniciden taahhüdünü tamamlamasýný isteyebilir ve bu takdirde yüklenici taahhüdünü tamamlamak zorundadır. Ancak bu durumda, yüklenici hakkýnda 26 ncý madde hükmüne göre iþlem yapýlýr ve yükleniciden kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlarýn tutarý kadar ceza tahsil edilir. Bu ceza hakediplerden kesinti yapýlmak suretiyle de tahsil edilebilir.” B- Ýlgili Görülen Yasa Kurallary 4734 sayýlý Kamu Ýhale Kanunu’nun 11. ve 17. maddeleri þöyledir: “**Madde 11-** Apaðýda sayýlanlar doðrudan veya dolaylý veya alt yüklenici olarak, kendileri veya baþkalarý adýna hiçbir þekilde ihalelere katýlamazlar: a) Bu Kanun ve diðer kanunlardaki hükümler gereðince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katýlmaktan yasaklanmýþ olanlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayýlý Terörle Mücadele Kanunu kapsamýna giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancý bir ülkede kamu görevlilerine rüþvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar. b) Ýlgili mercilerce hileli iflas ettiðine karar verilenler. c) Ýhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kípileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kípiler. d) Ýhaleyi yapan idarenin ihale konusu iþle ilgili her türlü ihale iþlemlerini hazýrlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar. e) (c) ve (d) bentlerinde belirtilen þahýslarýn eþleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayýn hýsýmlary ile evlatlýklary ve evlat edinenleri. f) (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortaklary ile þirketleri (bu kípilerin yönetim kurullarýnda görevli bulunmadýklary veya sermayesinin % 10’undan fazlasýna sahip olmadýklary anonim þirketler hariç). Ýhale konusu iþin danýþmanlýk hizmetlerini yapan yükleniciler bu iþin ihalesine katýlamazlar. Ayný þekilde, ihale konusu iþin yüklenicileri de o iþin danýþmanlýk hizmeti ihalelerine katýlamazlar. Bu yasaklar, bunlarýn ortaklýk ve yönetim ilþkisi olan þirketleri ile bu þirketlerin sermayesinin yarýsýndan fazlasýna sahip olduklary þirketleri için de geçerlidir. Ýhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuþ olursa olsun vakýf, dernek, birlik, sandýk gibi kuruluþlar ile bu kuruluþlarýn ortak

oldukları biriktirir bu idarelerin ihalelerine katılamazlar. Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dıpyı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirilmesi açısından tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmıyorsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir.” **“Madde 17- İhalelerde ayrıca belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır: a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlama, irtikap, rüsvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilipkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek. b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılmayı engellemek, isteklilere anlama 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 belirtilmiş halde ihaleye katılmak. Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısmında belirtilen hükümler uygulanır.” C- Dayanılan Anayasa Kuralları** Başvuru kararında Anayasa’nın 2., 10., 38. ve 48. maddelerine dayanılmıyptır. **IV- İLK İNCELEME** Anayasa Mahkemesi İyctüzüdü’nün 8. maddesi uyarınca, Hapim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIODLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Pevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT’ün katılmalarıyla 12.7.2007 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, öncelikle davada uygulanacak kural sorunu görülmüştür. Anayasa’nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kurulup ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 28. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa’ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmayaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar

uyarýnca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine bapvurabilmesi için elinde yöntemince açýlmýþ ve mahkemenin görevine giren bir davanýn bulunması ve iptali istenen kurallarýn da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kurallary, davanýn deđipik evrelerinde ortaya çýkan sorunlaryn çözümünde veya davayý sonuçlandýrmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardýr. Ýtiraz bapvurusunda bulunan Mahkemede bakýlmakta olan dava, bir ihale sonucunda idare ile sözleşme imzalayan yüklenici hakkýnda daha önce ihaleye fesat karýptýrmak suçundan kamu davası açýldýđýnýn tespiti üzerine sözleşmenin feshedilmesi ve teminatýn irat kaydedilmesi iþlemlerinin iptali istemiyle açýlmýþtır. Kamu Ýhale Kanunu'nun 58. maddesinin ikinci fýkrası, tüzel kípiller hakkýnda verilen yasaklama kararlarýnýn þirket ortaklary hakkýnda da yasaklama kararı verilmesini gerektirdiđi haller ile gerçek kípiller hakkýnda verilen yasaklama kararlarýnýn bu kípillerin ortađý olduklary þirketler hakkýnda yasaklama kararı verilmesini gerektiren halleri düzenlemekte, 59. maddesinin ikinci fýkrası ise hakkýnda ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açýlmasına karar verilenler ile 58. maddesinin ikinci fýkrasında sayýlanlaryn yargýlama sonuna kadar bu Yasa kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluþlarynýn ihalelerine katýlamayacaklaryný ve bu kípillerin Cumhuriyet Savcýlýklarynca sicillerine iþlenmek üzere Kamu Ýhale Kurumuna bildirileceklerini belirtmektedir. Kamu Ýhaleleri Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fýkrasında, yüklenicinin ihale sürecinde Kamu Ýhale Kanunu'na göre yasak fiil veya davranýþlarda bulunduđunun sözleşme yapıldýktan sonra tespit edilmesi durumunda sözleşmenin feshedilmesi ve teminatlaryn gelir kaydedilmesi öngörülmekte, ikinci fýkrasında da bu kurala istisna getirilerek belirli hallerde sözleşmenin feshedilmeyerek ceza verilmesi suretiyle iþin tamamlanmasınýn yükleniciden istenebileceđi, bu durumda belirli bir cezanýn yükleniciden tahsil edileceđi öngörülmektedir. Kamu Ýhale Kanunu'nun 58. maddesinin ikinci fýkrası ve 59. maddesinin ikinci fýkrasınýn "Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarynda birinci fýkra geređince ceza kovuşturması

yapýlarak kamu davasý açýlmasýna karar verilenler...” dýpýnda kalan bölümü ile Kamu Ýhale Sözleþmeleri Kanunu’nun 21. maddesinin ikinci fýkrasýnýn, idare ile sözleşme imzalayan yüklenici hakkýnda ihaleye fesat karýptýrmak suçundan kamu davasý açýlmýþ olduðunun tespiti üzerine sözleşmenin feshedilmesi ve teminatýn irat kaydedilmesi iþlemlerinin iptali istemiyle açýlan davada uygulanmasý söz konusu deðildir. Belirtilen nedenle; 1- 4.1.2002 günlü, 4734 sayýlý Kamu Ýhale Kanunu’nun 58. maddesinin ikinci fýkrasý ile 59. maddesinin ikinci fýkrasýnýn “Bu Kanun kapsamýnda yapýlan ihalelerden dolayı haklarýnda birinci fýkra gereðince ceza kovuşturmasý yapýlarak kamu davasý açýlmasýna karar verilenler...” dýpýnda kalan bölümünün, 2- 5.1.2002 günlü, 4735 sayýlý Kamu Ýhale Sözleþmeleri Kanunu’nun 21. maddesinin ikinci fýkrasýnýn, Ýtiraz bapvurusunda bulunan Mahkeme’nin bakmakta olduðu davada uygulanma olanaðý bulunmadýðýndan, bu fýkralar ve bölüme iliþkin bapvurunun Mahkeme’nin yetkisizliði nedeniyle REDDÝNE, Dosyada eksiklik bulunmadýðýndan, 4.1.2002 günlü, 4734 sayýlý Kamu Ýhale Kanunu’nun 59. maddesinin ikinci fýkrasýnýn “Bu Kanun kapsamýnda yapýlan ihalelerden dolayı haklarýnda birinci fýkra gereðince ceza kovuşturmasý yapýlarak kamu davasý açýlmasýna karar verilenler...” bölümü ile 5.1.2002 günlü, 4735 sayýlý Kamu Ýhale Sözleþmeleri Kanunu’nun 21. maddesinin birinci fýkrasýnýn esasýnýn incelenmesine, 12.7.2007 gününde oybirliðiyle karar verilmiþtir. **ESASIN ÝNCELENMESÝ** Bapvuru kararı ve ekleri, iþin esasýna iliþkin rapor, dava konusu ve ilgili görülen Yasa kuralları, dayarılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diðer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereði görüþülüp düþünüldü: Bapvuru kararında, Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduðu, kanun önünde herkesin eþit olduðu, Devlet organlarının ve idare makamlarının bütün iþlemlerinde kanun önünde eþitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda bulunduðu, suçluluðu hükmen sabit oluncaya kadar hiç kimsenin suçlu sayýlamayacaðý, herkesin dilediði alanda çalıþma ve sözleşme yapma hürriyetine sahip olduðu, bu hakların Ýnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa Ýnsan Hakları Sözleşmesi

ve Avrupa Sosyal Partýnda da güvence altýna alýndýđý, belirtilen nedenlerle itiraz konusu kurallaryn Anayasanýn 2., 10., 38. ve 48. maddelerine aykýry olduđu ileri sürülmüptür.

A- 4734 Sayýlý Kamu Ýhale Kanunu'nun 59. Maddesinin Ýkinci Fýkrasýnýn “Bu Kanun kapsamýnda yapýlan ihalelerden dolayı hakларыnda birinci fýkra geređince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açýlmasına karar verilenler ...” Bölümünün Ýncelenmesi

1- Anlam ve Kapsam Kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altýnda bulunan veya kamu kaynađý kullanan kamu kurum ve kuruluþlarınýn yapacakları ihalelerde uygulanacak usul ve esasları belirleyen 4734 sayýlý Kamu Ýhale Kanunu'nun 17. maddesinde ihalelerde bulunulması yasak olan fiil veya davranýþlar belirtilmiþ, bu davranýþlardan biri olarak da Yasa'nýn 11. maddesine göre ihaleye katýlamayacađý belirtildiđi halde ihaleye katýlmak fiili gösterilmiþtir. Yasa'nýn 11. maddesinde ise dođrudan veya dolaylý veya alt yüklenici olarak, kendileri veya baþkaları adýna hiçbir þekilde ihaleye katýlamayacak olanlar altý bent halinde sayýlmýþ ve bu Yasa ile diđer yasalardaki hükümler geređince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katýlmaktan yasaklanmýþ olanlar da bu kapsamda yer almýptýr. Yasa'nýn 59. maddesinin birinci fýkrasında ise “Taahhüt tamamlandıktan ve kabul iþlemi yapıldýktan sonra tespit edilmiþ olsa dahi, 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranýþlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranýþlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o iþteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcýlýđýna suç duyurusunda bulunulur...” denildikten sonra maddenin ikinci fýkrasýnýn itiraz konusu bölümünde “Bu Kanun kapsamýnda yapýlan ihalelerden dolayı hakларыnda birinci fýkra geređince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açýlmasına karar verilenler”in yargýlama sonuna kadar Yasa kapsamýnda yer alan kamu kurum ve kuruluþlarınýn ihalelerine katýlamayacakları belirtilmiþtir.

2- Anayasa'ya Aykýrýlýk Sorunu Anayasa'nýn 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk Devleti olduđu, 38. maddesinde de suçluluđu hükmen sabit oluncaya kadar kimsenin

suçlu sayılamayacağı belirtilmiştir. Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan “suçsuzluk karinesi”, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin, adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmekte ve hukuk devleti ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır. 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 amacıyla gütmekte ve bir yaptırım niteliği de taşımaktadır. Bu nedenle, itiraz konusu kural ile suçluluğu hükmen sabit olmayan bir kişiye yaptırım uygulandığından ve bunun suçsuzluk karinesine aykırılık oluşturmduğundan 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 taşımaktadır. İdari önlemlerin, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesine uygun olması gerekmektedir. Ölçülülük ilkesinin alt ilkelerini oluşturan, “elverişlilik ilkesi”, başvuru olan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, “gereklilik ilkesi” başvuru olan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve “orantılılık ilkesi” ise başvuru olan önlem ve ulaşılmak 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 oluşturmduğu iddiasıyla açılan bir

kamu davasýnýn varlýđý aranmaktadýr. Bu eylemler Yasa'nýn 17. maddesinde þöyle belirtilmiptir: a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çýkar sađlama, anlaþma, irtikap, rüpvat suretiyle veya baþka yollarla ihaleye ilipkin iþlemlere fesat karýptýrmak veya buna teþebbüs etmek. b) Ýsteklileri tereddüde düþürmek, katýlýmý engellemek, isteklilere anlaþma teklifinde bulunmak veya tepvik etmek, rekabeti veya ihale kararýný etkileyecek davranýplarda bulunmak. c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teþebbüs etmek. d) Alternatif teklif verebilme halleri dýþýnda, ihalelerde bir istekli tarafýndan kendisi veya baþkalarý adýna dođrudan veya dolaylý olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek. e) Yasa'nýn 11. maddesine göre ihaleye katýlamayacađý belirtildiđi halde ihaleye katýlmak. Kamu Ýhale Kanunu'nda, kamuya ait parasal kaynaklarýn kullanýlmasý da gözetilerek, kamu ihalelerinde rekabetçi bir ortamýn yaratýlmasý ve ihaleye katýlanlar arasýnda fýrsat eþitliđinin sađlanmasý amaçlanmaktadýr. Yukarýda sözü edilen eylemlerin niteliđi dikkate alýndýđýnda itiraz konusu kural ile getirilen önlemin Kamu Ýhale Kanunu ile ulaþýlmak istenen amaç için elveriþsiz ve gereksiz olduđundan söz edilemez. Söz konusu önlemin, belirtilen nedenlerle yargýlanmalarý devam eden kípilerin hukuki menfaatlerini olumsuz yönde etkileyeceđi kuþkusuzdur. Bu kípilerin yargýlama sonucunda beraat etmeleri halinde bu olumsuz etki daha belirgin olarak ortaya çýkacaktır. Ancak bu kípilere isnat olunan eylemlerin niteliđi ve bu eylemlerin sübut bulma olasýlýđý gözetildiđinde, bu kípilerin katýlýmý ile gerçekleþtirilecek kamu ihalelerinin, ihaleyi yapan idareler bakýmýndan olduđu kadar kamu yararý bakýmýndan da telafisi güç ya da imkansýz sonuçlar dođurabileceđi de aчыktýr. Bu yönüyle, itiraz konusu kural ile öngörülen idari önlemin, kamu yararýnýn korunmasý amacıyla getirildiđi anlaþýldýđýndan, bu önlemin ulaþýlmak istenen amaç yönünden orantýsýz olarak kabulü mümkün deđildir. Anayasa'nýn 48. maddesinde, herkesin dilediđi alanda çalıþma ve sözleşme hürriyetine sahip olduđu ve özel teþebbüsler kurmanýn serbest bulunduđu belirtilmiptir. Kamu ihaleleri ile sýnýrlý olarak ve

kamu yararý 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 ayrırm 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 kiplerinin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kipi 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 kipler ya da topluluklar için değipik 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 savcılarınınca 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. Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Mehmet ERTEN bu görüşü katılmamışlardır. **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

davranýplarda bulunduğunun sözleşme yapıldýktan 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 ipleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliptirerek 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 sonuçlanmasýndan sonra ihale üzerinde kalan kipi ile idare arasında düzenlenen sözleşmelerdir. Bir başka deyişle, yüklenici ile idare arasında sözleşme imzalanmasýnın sebebini, ihalenin bu kipi üzerinde kalması oluşturmaktadır. İhale sürecinde Kamu İhale Kanunu'nda yasaklanan fiil veya davranýplarda bulunulması, ihalenin hukuki geçerliği bakımýndan önem taşımaktadır. İhalenin söz konusu yasak fiil veya davranýplarda bulunan kipi üzerinde kalması, ihale ipliğini hukuken sakat bir idari ipliğ haline dönüştürmektedir. İhale sonrasında bu kipi ile sözleşme imzalanması da, söz konusu sakatlığı ortadan kaldırmamaktadır. İhale sürecinde yasak fiil veya davranýpta bulunan kipiinin bu fiil veya davranýpının sözleşmenin imzalanmasýndan 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 imzalanan sözleşmenin de hukuka aykırılyđına yol açmaktadır. Bu nedenle, yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanunu'nda yasaklanan fiil veya davranýplarda bulunduğunun sözleşme yapıldýktan 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 öngörölmektedir. Sözleşme düzenlenmesi aşamasında idarece yükleniciden kesin teminat alınması, yüklenicinin yükümlülüğünü sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmesini sağlamak amacıyla gütmeğdir. Benzer şekilde, fiyat farkı ödemesi öngörölerek ihale edilen işlerde fiyat farkı olarak ödenecek 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 niteliğindeki tapılmaktadır. Kamu İhale Kanunu uyarınca yasak fiil veya davranışlarda bulunması nedeniyle sözleşmesi feshedilen yüklenicinin, kusurlu davranışına dayalı olarak sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı ve uğrayacağı zararını 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. Mehmet ERTEN karara değipik gerekçe ile katılmıştır. Kuralın Anayasa'nın 10., 38. ve 48. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir. **VI- SONUÇ**1- 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 59. maddesinin ikinci fıkrasının "Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkraya göreince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ..." bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Mehmet ERTEN'in karşılıkları ve OYÇOKLUĞUYLA, 2- 5.1.2002 günlü, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE, 14.1.2010 gününde karar verildi.

Başkan Hapim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Sacit ADALI
Üye Fulya KANTARCIÖDLÜ	Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN
Üye A. Necmi ÖZLER	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Pevket APALAK

Üye Serruh KALELÝ	Üye Zehra Ayla PERKTAP
----------------------	---------------------------

KARPIOY YAZISI

4734 sayýlý Kamu Ýhale Kanunu'nun 59. maddesinin ikinci fýkrasýnýn “Bu Kanun kapsamýnda yapýlan ihalelerden dolayı haklarýnda birinci fýkra gereðince ceza kovuþturmasý yapýlarak kamu davasý açýlmasýna karar verilenler...” bölümünün apaðýdaki nedenlerle Anayasaya aykýrý olduðu ve iptali gerektiði düþüncesindeyim: 1. Kuralla, Kamu Ýhale Kanunu'nun 17. maddesinde belirtilen fiil veya davranýþlardan Türk Ceza Kanununa göre suç tepkil eden fiil veya davranýþlarda bulunan gerçek veya tüzel kipiler ile o ipteki ortak veya vekillerinden, hakkýnda kamu davasý açýlanlarýn yargýlama süresince kamu ihalelerine katýlmalary önlenmektedir. Çoðunluk gerekçesinde, bu yasaklamanýn, yasa koyucu tarafýndan kamu yararý gözetilerek getirilen idari bir önlem niteliðinde olduðu kabul edilmiptir. Buna göre, bu önlem bir yaptýrym olmadýðý gibi, suçsuzluk karinesine de aykýrý deðildir. Ancak, Anayasa'nýn 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi ve 125. maddesinde yer alan Ýdarenin her türlü eylem ve iþlemlerine karpý yargý yolunun açýk olduðu kuralý karpýsýnda, idareye takdir hakký tanýmaksýzýn ve idari yargýnýn denetimine tabi olmaksýzýn bazý kipiler hakkýnda ihalelere katýlma yasaðý koyma mecburiyeti getiren önlemin Anayasa'da yargý denetimi dýþýnda kalmasý öngörülen ayrýksý hallere de uymadýðý gözetildiðinde, Anayasaya uygun sayýlmasý olanaklý deðildir. 2. Kuralýn sonucu olarak, hakkýnda kamu davasý açýlanlarýn tekrar kamu ihalelerine katýlabilmeleri ancak ceza kovuþturmasý sonunda beraatlerine ilipkin kesin hükme varýlmasý halinde mümkün olacaktýr. Ülkemizde ceza davalarýnýn kesin hükümle sonuçlanmasýna kadar geçen ortalama süreler dikkate alýnacak olursa, “idari bir önlem” niteliðinde kabul edilen kural nedeniyle bazý kipiler yýllarca hatta on yýllarca kamu ihalelerine katýlamayacaklardýr. Anayasa'nýn 48. maddesinde belirtilen çalyþma ve sözleşme özgürlüðü ile temel hak ve özgürlüklerin sýnýrlanmasýna ilipkin 13. maddesi birlikte mütalaa edildiðinde, kuralýn çalyþma özgürlüðüne ölçüsüzce bir müdahale oluþturduðu, ayrýca kamu ihalelerinde dürüstlük ve þeffaflýðýn saðlanmasý amacý yönünden elverişli ve zorunlu da olmadýðý, bu nedenlerle Anayasaya aykýrýlýk

içerdiði düþünce­sindeyim. Sonuç olarak kuralýn, Anayasa'nýn 2. ve 48. maddelerine aykýrýlýðý nedeniyle iptali gerektiði kanaatiyle, çoðunluk kararýna katýlmýyorum.

Baþkanvekili

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARPI OY VE FARKLI GEREKÇE

4734 sayýlý Kamu Ýhale Kanunu'nun 59. maddesinin ikinci fýkrasýndaki ***"Bu Kanun kapsamýnda yapýlan ihalelerden dolayı haklarýnda birinci fýkra gereðince ceza kovuşturması yapýlarak kamu davası açýlmasına karar verilenler..."*** biçimindeki bölümün incelenmesi; Kamu Ýhale Kanunu'nun 59. maddesinde, ayný Kanun'un 17. maddesinde sayýlan yasak fiil veya davranýplarda bulunduðu tespit edilen ve bu fiil veya davranýplarý nedeniyle haklarýnda kamu davası açýlanlarýn, yargýlama sonuçlanýncaya kadar bu Kanun kapsamýnda yer alan kamu kurum ve kuruluþlarýnýn ihalelerine katýlamayacaklarý (yasaklanmalarý) öngörülmektedirSöz konusu 59. maddenin, madde baþlýðýnda yer alan ***"Ýsteklilerin ceza sorumluluðu"*** þeklindeki ibareden ve birinci fýkradaki ***"...17 nci maddede belirtilen fiil veya davranýplardan Türk Ceza Kanununa göre suç tepkil eden fiil veya davranýplarda bulunan... hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapýlmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcýlýðýna suç duyurusunda bulunulur. Hükmolunacak cezanýn yaný sıra, ... bir yýldan az olmamak üzere üç yýla kadar bu Kanun kapsamýnda yer alan bütün kamu kurum ve kuruluþlarýnýn ihalelerine katýlmaktan mahkeme kararıyla... yasaklanýrlar"*** biçimindeki düzenlemeden, kamu ihalelerine katýlmaktan yasaklanmanýn hukuki niteliðinin hak yoksunluðuna neden olan bir yaptýrým (ceza) olduðu anlaþýlmaktadır. Anayasa'nýn 38. maddesinde, ***"Suçluluðu hükmen sabit oluncaya kadar, hiç kimse suçlu sayýlamaz"*** denilerek, kípilerin yasal bir düzenlemeye uymadýklarýnýn hükmen saptanmasýndan sonra suçlu sayýlabilecekleri öngörülmekte ve suçlu sayýlmanýn sonucu olarak da haklarýnda yaptýrým uygulanabilmektedir. Ýtiraz konusu kural ise yasak fiil veya davranýplarýn hakkında kamu davası açýlan tarafýndan iþlendiðinin yargý kararı ile tespit edilmesi gereðini aramamakta, kamu davası açýlmýþ olmasýný tek baþýna yeterli sayarak, bu konumda olanlarýn

ihaleye katılmaktan yasaklanacaklarını hüküm altına almaktadır. Kural, bu haliyle Anayasa'nın 38. maddesindeki suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar hiç kimsenin suçlu sayılamayacağına ilişkin temel ceza ilkesine aykırıdır. İptali gerekir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun iptali istenilen 21. maddesinin birinci fıkrasındaki **"Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir"** beklindeki kuralın incelenmesi; İtiraz konusu kuralda, yüklenicinin Kamu İhale Kanunu'na göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi halinde kesin ve varsa ek kesin teminatlarının gelir kaydedilmesine ilişkin yaptırımın uygulanacağı öngörülmektedir. Teminatların gelir kaydedilmesine neden olan yasak fiil veya davranışlarda bulunulduğunun tespit edilmesinin ise ancak yargısal denetim sonucu verilecek bir kararla olacağı hususunda kuşku bulunmamaktadır. Bir yasa hükmünü ihlal ettiği yargı kararı ile tespit edilenin, suçlu sayılmasının ve bunun sonucu olarak da hakkında yaptırım uygulanmasının Anayasa'ya ve ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. İptal isteminin reddine ilişkin görüğe bu gerekçeyle katılıyorum. Üye Mehmet ERTEN]]>