

KAMU İHALELERİNDE YOLSUZLUĞA KARŞI ÖNGÖRÜLEN İDARİ VE CEZAI YAPTIRIMLARA GENEL BİR BAKIŞ

Hasan DURSUN

Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku (İdare Hukuku)
Doktora Öğrencisi.

GİRİŞ

İhale; artırma ve eksiltme biçimiyle yapılan sözleşmelerde en çok artırmanın veya eksiltmenin önerisini (icabını) kabul niteliğinde olmak üzere artırma ve eksiltmeye çıkarmanın irade beyanı¹ veya işin, istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemler² şeklinde tanımlanabilir. Yolsuzluğun ise çok çeşitli tanımları yapılmaktadır. Ancak günlük yaşamda kullanılan yolsuzluk tabirinin sınırlarını tam olarak belirlemek mümkün olamamaktadır. Çünkü çoğu durumlarda, kullanılan yolsuzluk kavramının içeriğinde birbirine geçişler görülmektedir. Doktrinde en kapsamlı ve bütüncül yolsuzluk tanımı, Van Duyne tarafından yapılmaktadır. Van Duyne, yolsuzluk kavramının asgari unsurlarından hareketle şöyle bir tanım yapmaktadır: Yolsuzluk; karar alma sürecinde karşılaşılan bir uygunsuzluk veya bozulma olup karar vericinin (özel sektörde veya kamuda) karar verme sürecinde, karar için aranan ölçütlerden, kararı haklı göstermeyecek bir takım çıkar ya da çıkar beklentileri veya çıkar sözü karşılığında ayrılmaya rıza göstermesidir.³ Van Duyne'nin son derece isabetli bir şekilde yaptığı bu yolsuzluk tanımından uygulamada oldukça yaygın bir şekilde yanlış anlaşılan iki husus açıklığa kavuşmaktadır. Bunlardan birincisi, zimmet ve ihtilas suçlarının karar vermeyele ilgisi bulunmadığından yolsuzluk olarak değil, hırsızlık olarak adlandırıl-

¹ Bkz. Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, ss. 210, 211 "ihale" maddesi.

² Bkz. 8.9.1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 4'üncü maddesinin 12'nci fıkrası.

³ Van Duyne, Combatting Corruption: Acts and Attitudes, s. 22.

masının daha doğru olacağı, sahteciliğin ise ancak karar verme sürecini etkilemesi durumunda yolsuzluk olarak kabul edileceğidir. Karar verme sürecini etkilemeyen sahtecilik fiilleri yolsuzluk olarak kabul edilemez. İkincisi ise, vermiş olduğu kararlardan ötürü kimseye hesap verme yükümlülüğü altında olmayan kral, diktatör gibi kimselerin yapmış olduğu gayri meşru işlerin yolsuzluk olarak değil, yine hırsızlık olarak adlandırılmasının daha doğru olacağıdır. Çünkü söz konusu kişilerin vermiş olduğu kararların haklı olup olmadığı tartışılmakta ve karar için aranan ölçüt ve ölçütsüzlüğü yine bu kişiler oluşturmaktadır.⁴

Kamu ihalelerinde yolsuzluk olaylarına yalnızca Türkiye’de rastlanılmamakta, tüm dünya ülkelerinde rastlanılmaktadır. Gerçekten de, Strombon’un belirttiği üzere, kamu ihaleleri özellikle havaalanı, baraj ve otoyollar gibi yapım ihaleleri; tüm ülkelerde, rüşvet, bahşiş ve diğer yasa dışı ödemeler için inanılmaz fırsatlar oluşturmaktadır. Yazar, bürokratik nitelikte, poliste, yargıda ve seçimde olmak üzere yolsuzluğun değişik durumlarda farklı şekiller aldığını ancak sayılanların hiçbirisinin ihale yolsuzluğu kadar yaygın olmadığını ve onların, ihale yolsuzluğundan daha az maliyetli olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre bunun nedeni oldukça basittir. Yazar, kamu görevlilerinin aylıkları ve sosyal sigorta ödemelerini bir kenara koyarsak kamu alım ihalelerinin kamu harcamaları içerisinde en yüksek paya sahip olduğunu, daha açık bir deyişle, kamu alım ihalelerinin gerek genel toplam gerekse her bir ihale temelinde büyük miktarlara ulaştığını, işte bu durumun rüşvet, bahşiş ve diğer yasa dışı ödemeler için oldukça uygun zemin oluşturduğunu ifade etmektedir. Yazar, kimi ihalelerde, ihaleyi belirli bir kişiye veren ihale karar vericisinin alacağı payın(!) söz konusu karar vericinin ömür boyu alacağı maaştan fazla olabildiğini, bu yüzden, ihale yolsuzluğuna eğilimin çok fazla olduğunu, buna karşın, cezalandırma riskinin ise oldukça küçük olduğunu ifade etmektedir.⁵

Bütün dünya ülkelerinde ihale yolsuzlukları büyük sorunlara yol açtığı gibi Türkiye’de de büyük sorunlara yol açmaktadır. Hatta, Türkiye’de yapılan ihale yolsuzlukları, ekonomik, mali ve sosyal maliyetlerinin yanı sıra öyle büyük vahim sonuçlara yol açmaktadır ki, Türk insanı kimi durumlarda bunun bedelini canıyla ödemektedir.

Gerçekten de, 20’nci yüzyılda, Türkiye’de 60 ağır deprem olmuş ve bu depremlerde 250.000 kişi yaşamını yitirmiş ve yaklaşık 650.000

⁴ Karş., Van Duyne, a.g.m., s. 24.

⁵ Strombon, Corruption in Procurement, s. 1.

bina yıkılmıştır. Türkiye'deki depremlerde en fazla hasar ve yıkıntı, kamu binalarında görülmektedir. Konu hakkında çeşitli örnekler vermek uygun olacaktır. 1995 yılında Dinar'da meydana gelen depremde ölü sayısı nispeten az olmasına rağmen, Dinar'daki kamu binalarının yaklaşık %37'si tahrip olmuştur. 1999 yılında meydana gelen İzmit depreminde ise 15.000 kişi ölmüş, 30.000'den fazla kişi yaralanmış ve 200.000 kişi evsiz kalmıştır. İzmit depreminin bu kadar büyük kayıplara yol açmasının temel nedeni yolsuzluk ve onun inşaatlar üzerindeki etkisidir. 2003 yılında Bingöl'de meydana gelen deprem ise kamu ihalelerinde yapılan yolsuzluğun somut bir göstergesidir. Gerçekten de bu depremde, ilköğretim öğrencilerinin kaldığı bir kamu pansiyonu çökmüş ve ağır bir can kaybı yaşanmıştır.⁶

Türkiye'de kamu ihalelerinde yapılan yolsuzluklar yalnızca yurttaşların dikkatini çekmekle kalmamakta, bunun yanında, bir takım uluslararası kuruluşların da dikkatini çekmektedir. Örneğin, 2001 Yılında yayımlanan bir Dünya Bankası Raporu'nda, Türkiye'de, ihale bedelinin %15'ine ulaşabilecek boyutta bir paranın "seçim kampanyası masrafları" adı altında ihale alan müteahhitlerden geleneksel bir şekilde talep edildiği ifade edilmiştir. Yine, IMF, Türkiye'ye kredi verebilmek için ön koşul olarak yeni bir Kamu İhale Kanununun çıkartılmasını şart koşmuş ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu söz konusu ön şartı yerine getirebilmek için çıkartılmıştır.⁷

Bu çalışmada, kamu ihalelerinde yolsuzluğa karşı Türk Ceza Kanunu, Devlet İhale Kanunu, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda öngörülen idari ve cezai yaptırımlar incelenecek ve onların bir değerlendirmesi yapılarak çeşitli önerilerde bulunulacaktır.⁸

I- KAMU İHALELERİNDE YOLSUZLUĞU ÖNLEMELER İÇİN ALINAN CEZAI VE İDARİ NİTELİKTEKİ YASAL ÖNLEMLER

Kamu ihalelerinde yolsuzluğun önlenmesi için Türk Ceza Kanunu, Devlet İhale Kanunu, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale

⁶ Willian A Mitabell and Jutin Page, Turkish homeowners demand an end to earthquake devastation, ss. 27-29.

⁷ Bkz. 2003 Global Corruption Report, Transparency International (TI) ([http://www.globalcorruptionreport.org/download/gcr2003/18_Southeast_Europe_\(Jovic\).pdf](http://www.globalcorruptionreport.org/download/gcr2003/18_Southeast_Europe_(Jovic).pdf)).

⁸ Ayrı bir incelemenin konusunu oluşturması açısından ve çalışmanın oylumunu (hacmini) genişletmemek için, 24.11.1994 tarih ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunun, özelleştirme ihalelerinde yolsuzluğa karşı öngördüğü hükümlerinin değerlendirilmesi yapılmayacağı gibi aynı gerekçeyle, kamu ihalelerinde yolsuzluğa karşı öngörülmüş bulunan özel hukuk yaptırımlarının değerlendirilmesinden de kaçınılacaktır.

Sözleşmeleri Kanununda bir takım cezai ve idari yaptırımlar öngörülmüştür. Bu kısımda, söz konusu yaptırımların neler olduğu incelenecektir.

1. Türk Ceza Kanununda Alınan Önlemler

Kamu ihalelerinde yolsuzluğa karşı öngörülen temel cezai norm, Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 235'inci maddesidir. TCK'nun 235 inci maddesinin 1'inci fıkrasında; "kamu kurum veya kuruluşları adına mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişinin beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı" ifade edilmiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşması için ihalenin yapıldığı mevzuatın önemi bulunmamaktadır; ihalenin kamu kurumu ve kuruluşları adına yapılması yeterlidir.⁹

Bu maddenin 2'nci fıkrasında; ihaleye fesat karıştırma suçunun maddi unsurları sayılmıştır. Bu hükme göre, hileli davranışlarla; ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak, teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak, teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak, tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamele-re göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak ile cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek, ayrıca, ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturur.

Bu maddenin 3'üncü fıkrasında, ihaleye fesat karıştırma suçunu bakımından bir ağırlaştırıcı neden öngörülmektedir. Fıkra hükmüne göre, ihaleye fesat karıştırma sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmiş ise, ceza yarı oranında artırılır. Zararın meydana gelmiş olduğu sabit olmakla birlikte miktarın belirlenememiş olmasının, bu ağırlaştırıcı nedeninin uygulanmasını engellemeyeceği yine fıkroda ifade edilmiştir.

⁹ Demirağ, Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu, s. 359.

Söz konusu maddenin 4'üncü fıkrasında, ihaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişilerin, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Daha somut bir deyişle, bu hükme göre ihaleye fesat karıştıran görevlilerin bir menfaat temin etmeleri durumunda, maddi içtima hükümlerine göre menfaat temin etme suçundan dolayı ayrıca ceza alıp bu iki cezanın toplanacağı öngörülmüştür.

Maddenin son fıkrasında; ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenebileceği ihalelerin kapsamı genişletilmektedir. Hükme göre, kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşları ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara fesat karıştırılması hâlinde de ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmuş sayılır.

Kamu ihalelerinde yolsuzluğa karşı Türk Ceza Kanununda öngörülen bir başka cezai norm, edimin ifasına fesat karıştırma suçunu düzenleyen 236'ncı maddedir. Bu suç, ihaleye fesat karıştırma suçundan bağımsız bir suç türüdür. Türk Ceza Kanununun 236'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında; kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt edilen edimin ifasına fesat karıştıran kimsenin üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı ifade edilerek edimin ifasına fesat karıştırma suçunun yasal tanımı yapılmıştır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun maddi unsurları, bu maddenin 2'nci fıkrasında sayılmıştır. Bu hükme göre hileli bir şekilde; ihale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen miktarda eksik malın teslim veya kabul edilmesi, edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifade edilmiş gibi kabul edilmesi, yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi, hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi, edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturur.

Madde hükmüne göre edimin ifasına fesat karıştıran görevlilerin bir menfaat temin etmeleri durumunda maddi içtima hükümlerine göre menfaat temin etme suçundan dolayı ayrıca ceza alıp bu iki cezanın toplanacağı öngörülmüştür. Gerçekten de, 236'ncı maddenin 3'üncü (son) fıkrasına göre, edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişilerin, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılacağı ifade edilmiştir.

2. Devlet İhale Kanununda Öngörülen Yaptırımlar

4.1.2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun çıkartılmasından önce ihale konusunda temel mevzuatı, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu oluşturmuştur. Gerçekten de, 8.9.1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun kapsam başlıklı 1'inci maddesinin 1'inci fıkrasında; genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerinin bu kanunda belirtilen hükümlere göre yapılacağı ifade edilmiştir. Bununla birlikte, bundan sonraki başlıkta ayrıntılı bir şekilde belirtileceği üzere 4734 sayılı Kanunla, 2886 sayılı Kanunun içerisine aldığı ihale türlerinin kapsamı daraltılmış olup 4734 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 1.1.2003 tarihten itibaren, 2886 sayılı Kanun sadece kapsamı içerisindeki kamu kurum veya kuruluşlarının satım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerinde uygulama alanı bulacak, kamu kurum veya kuruluşlarının alım ihaleleri ile yapım işlerinde 4734 sayılı Kanun uygulanacaktır.

2886 sayılı Kanun; kamu ihalelerinde yolsuzluğu önlemek için öngördüğü yasak fiil ve davranışlar ile bunların idari yaptırımlarını "ihale işlerinde yasaklar ve sorumluluklar" başlıklı Dördüncü Kısmında (83 ila 86'ncı maddeleri arasında) düzenlemiştir.

Kanunun 83'üncü maddesinde; ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında yasak fiil ve davranışlar; hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek, açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kırarak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağırma ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak veya ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak, ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek, taahhüdünü kötü niyetle

yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak olarak saptanmıştır.

Kanunun 84'üncü maddesinde; 83'üncü maddede ifade edilen yasak fiil ve davranışta bulunanların karşılaşacakları "ihalelere katılmaktan geçici yasaklama" önlemi düzenlenmektedir. Maddenin 1'inci fıkrasında; yasak fiil veya davranışta bulunanların, bu fiil ve davranışlar ihale aşamasında olmuşsa idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi fiil veya davranışlarının özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, haklarında bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararının verileceği, kararı veren idarelerin, bu kararı, Resmi Gazetede ilan ettirecekleri, bu kararların ilgililerin müteahhitlik siciline de işleneceği, ihalelere katılmaktan yasaklananların, yasaklı oldukları süre içinde diğer idarelerce yapılacak ihalelere de müteahhit veya müşteri sıfatıyla katılamayacakları ifade edilmiştir. Bu maddenin 2'nci fıkrasında, haklarında bu yolda işlem yapılanların sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilere de ihalelere katılmaktan geçici olarak yasaklanma cezasının uygulanacağı ifade edilmiş, 3'üncü fıkrasında ise üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhit veya müşteriler hakkında da, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceği ve bu kararların Resmi Gazetede ilan ettirileceği gibi ilgililerin de müteahhitlik sicillerine işleneceği ifade edilmiştir. İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili bakanlığa bildirmekle yükümlü oldukları maddenin son fıkrasında ayrıca belirtilmiştir.

2886 sayılı Kanunun "ceza sorumluluğu ve sonuçları" başlıklı 85'inci maddesinde ise ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak fiil ve davranışlarını işleyenlerin bu fiil ve davranışları işledikleri iş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra anlaşılmış olsa bile o işteki ortak veya vekilleri haklarında ceza kovuşturmasının yapılacağı; hükümlenilen ceza ile birlikte bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere

girmekten mahkeme kararı ile yasaklanacakları, 2886 sayılı Kanunun kapsamına giren işlerden dolayı haklarında özel kişiler tarafından resmi evrakta maddi sahtekarlık suçu ile son soruşturmanın açılmasına karar verilen müteahhitlere yargılama sonuna kadar hiçbir suretle yeni iş verilmeyeceği, bu Kanun kapsamına giren işlerden dolayı haklarında memur tarafından işlenen resmi evrakta maddi sahtekarlık ile resmi evrakta fikri sahtekarlık suçlarıyla son soruşturmanın açılmasına karar verilen kontrol teşkilatı görevlilerinin yargılama sonuna kadar görevlerinden uzaklaştırılacakları, rüşvet verme, memur tarafından resmi evrakta maddi sahtekarlık ve resmi evrakta fikri sahtekarlık suçlarıyla özel kişiler tarafından resmi evrakta maddi sahtekarlık suçu nedeniyle haklarında tekerrür hükümleri uygulananların mesleklerini icradan men olunacakları ve herhangi bir ad altında müteahhitlik yapamayacakları, bu mahkumiyete ilişkin kararların ilgililerin meslek ve müteahhitlik sicillerine işlenecekleri ifade edilmiştir.

Kanununun 86'ncı maddesinde ihaleyle ilgili kamu görevlilerinin sorumluluğu düzenlenmektedir. Maddede, ihale, muayene ve kabul komisyon veya heyetlerinin başkan ve üyeleri ile diğer ilgililerin, görevlerini kanuni gereklere göre tarafsızlıkla yapmadıkları ve taraflardan birinin zararına yol açacak ihmal ve kusurlu hareketlerde bulduklarının tespiti halinde haklarında disiplin cezasının uygulanacağı gibi, fiil ve davranışlarının özelliğine göre ceza kovuşturması da yapılacağı ifade edilmiş, ayrıca, tarafların bu yüzden uğradıkları zarar ve ziyanın da kendilerine ödetirilecekleri belirtilmiştir. Kanunun 87'nci maddesinin son fıkrasının yollamasıyla, 86'ncı madde hükmünün, işin nezareti kendisine tevdi edilen mühendis, mimar ve memurlar hakkında da uygulanacağı ifade edilmiştir.

3. Kamu İhale Kanununda Öngörülen Yaptırımlar

4.1.2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda da ihale yolsuzluklarına karşı bir takım idari yaptırımlar öngörülmüştür. Söz konusu yaptırımları incelemeye geçmeden önce 4734 sayılı Kanunun uygulama alanı bakımından bir takım açıklamaların yapılması uygun olacaktır.

4734 sayılı Kanunun "amaç" başlıklı 1'inci maddesinde, bu kanunun amacının, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak usul ve

esasların belirlenmesi olduğu ifade edilmiştir. Kanunun kapsamı ise 2'nci maddede gösterilmiştir. Maddeye göre, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, birlikler, tüzel kişiler, kamu iktisadi teşebbüsleri, sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar ile meslek kuruluşları ve vakıf yüksek öğretim kuruluşları hariç olmak üzere özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar ile buraya kadar sayılmış kamu kurum veya kuruluşlarının doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketlerin mal veya hizmet alımları ile yapım işleri, T.C. Ziraat Bankası ile Türkiye Halk Bankasının sadece yapım ihaleleri 4734 sayılı Kanuna tabidir.

Görüldüğü üzere 4734 sayılı Kanunun kapsamı, 2886 sayılı Kanunun kapsamına göre oldukça geniştir.¹⁰ Ayrıca, 4734 sayılı Kanunun 68'inci maddesinin (b) bendinde; diğer kanunların 2886 sayılı Devlet İhale Kanunundan muafiyet tanıyan hükümleri ile bu kanuna uymayan hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmesi sonucu 4734 sayılı Kanunun kapsamı daha da genişlemiştir. Bu çerçevede, 4734 sayılı Kanunu bir küme olarak değerlendirirsek, 2886 sayılı Kanunu onun alt kümesi olarak nitelendirmek olanaklıdır. 4734 sayılı Kanun 1 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe girdiğine göre, 1 Ocak 2003 tarihinden itibaren "sonraki tarihli kanun önceki tarihli kanunu ortadan kaldırır" (lex posterior derogat legi priori) ilkesi uyarınca kapsamı dahilinde bulunan idare ve kuruluşların mal veya hizmet alımları ile yapım ihalelerinde artık sadece 4734 sayılı Kanun uygulanacaktır. Yukarıda da belirtildiği üzere 2886 sayılı Kanun, 4734 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 1 Ocak 2003 tarihinden sonra, kapsamı içerisindeki idarelerin satım, kira, trampa, mülkiyetten gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerinde uygulama alanı bulacaktır. Bu genel açıklamalardan 4734 sayılı Kanunun kamu ihalelerinde yolsuzluğu önleyebilmek için almış olduğu idari önlemlerin incelenmesi uygun olacaktır.

4734 sayılı Kanunun kamu ihalelerinde yolsuzluğa karşı almış olduğu temel önlem, Kanunun 17'nci maddesinde gösterilmiştir. 4734

¹⁰ Bununla birlikte son zamanlarda 4734 sayılı Kanuna konulan ayrık hükümlerle kimi kamu kurum ve kuruluşlarının 4734 sayılı Kanundan muaf olması hâllerine rastlanılmaktadır. Örneğin, 4734 sayılı Kanunun 3'üncü maddesine 22.2.2007 tarih ve 5583 sayılı Kanunun 9'uncu maddesiyle (k) bendi eklenerek; Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ile özerk spor federasyonlarının ulusal ve uluslararası sportif faaliyetlerine ilişkin mal ve hizmet alımlarının ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri ayrık olmak üzere 4734 sayılı Kanuna tabi olmadığı belirtilmiştir. Bu tutumun, ihalelerle ilgili Avrupa Birliği normlarına açık bir aykırılık oluşturduğu gibi ihale yolsuzluklarıyla savaşıma da büyük darbe vuracağı unutulmamalıdır.

sayılı Kanunun “yasak fiil veya davranışlar” başlıklı 17’nci maddesinde, ihalelerde; hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek, isteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak, sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek, 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 ile 11’inci maddeye göre¹¹ ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak şeklindeki yasaklanmış fiil ve davranışlar olarak ifade edilmiş ve bu yasakların idari yaptırımları ise 4734 sayılı Kanununun 58 ila 61’inci maddeleri arasında gösterilmiştir.

4734 sayılı Kanunun “ihalelere katılmaktan yasaklama” başlıklı 58’inci maddesinin 1’inci fıkrasında; söz konusu yasak fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar 4734 sayılı Kanunun kapsamında olmasa bile bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği belirtilmiş, katılma yasağı kararını vermeye yetkili makamlar ise ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı olarak ifade edilmiştir.

Bu maddenin 2’nci fıkrasında; haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında yasaklama kararı verileceği, haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verileceği ifade edilmiştir.

¹¹ 4734 sayılı Kanununun 11’inci maddesinde ihaleye katılamayacak olanlar sayılmaktadır.

Maddenin 3'üncü fıkrasında ise, ihale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenlerin, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilemeyecekleri ifade edilmiştir.

Maddenin 4 ve 5'inci (sonuncu) fıkralarında ise, yasaklama kararlarının, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verileceği, verilen bu kararın Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderileceği ve yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği, bu kararın, Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulacağı, ihaleyi yapan idarelerin, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunan bakanlığa bildirmekle yükümlü oldukları ifade edilmiştir.

4734 sayılı Kanununun 59'uncu maddesinde isteklilerin cezai sorumluluğu düzenlenmektedir. Maddede, taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, yasak fiil veya davranışları düzenleyen 17'nci maddedeki 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 yanı sıra, ihaleye katılma 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 tüzel kişilerle birlikte yasaklanacakları, ihalelerden dolayı haklarında ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenlerin tüzel kişiler dahil 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, 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 şirketlerinin mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanacakları, mahkeme kararı ile yasaklananlar ile haklarında ceza hükmolunanların Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere

Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine işlenmek üzere de ilgili meslek odalarına bildirileceği, sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararlarının Kamu İhale Kurumunca, bildirim izleyen onbeş gün içinde Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulacağı ifade edilmiştir.

4734 sayılı Kanununun 60'ncü maddesinde ise ihale görevlilerinin ceza sorumluluğu düzenlenmektedir. Maddede, ihale yetkilisi ile ihale komisyonlarının başkan ve üyeleri ile ihale işlemlerinden sözleşme yapılmasına kadar ihale sürecindeki her aşamada görev alan diğer ilgililerin; 17'nci maddede belirtilen yasak fiil veya davranışlarda bulduklarının, görevlerini kanuni gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarının, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulduklarının tespiti halinde, haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanacağı, ayrıca, fiil veya davranışlarının özelliğine göre haklarında ceza kovuşturmasının da yapılacağı ve hükümlenilecek ceza ile birlikte tarafların uğradıkları zarar ve ziyanın genel hükümlere göre kendilerine tazmin ettirileceği, bu kanuna aykırı fiil veya davranışlardan dolayı hüküm giyen idare görevlilerinin, bu kanun kapsamına giren işlerde görevlendirilemeyecekleri, bu kanun kapsamına giren işlerden dolayı yargı organlarınca herhangi bir ceza verilmiş olanların bu kanun kapsamına giren bütün kamu kurum ve kuruluşlarınca bu kanunun ve ilgili diğer mevzuatın uygulanması ile görevli ve yetkili kadrolara atanamayacağı ve görev alamayacağı, Kanununun 5'inci maddesinde belirtilen ilkelere¹² ve 62'nci maddede belirtilen kurallara¹³ aykırı olarak ihaleye çıkılmasına izin verenler ve ihale yapanlar hakkında da bu yaptırımların uygulanacağı ifade edilmiştir.

Bu kısmın bilgi ve belgeleri açıklama yasağı başlıklı 61'inci (son) maddesinde ise, bu kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanların ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve mali yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini açıklayamayacakları, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamayacakları, aksine hareket edenler hakkında ilgisine göre 58 ve 60'ncü maddelerde belirtilen yaptırımların uygulanacağı ifade edilmiştir.

¹² 4734 sayılı Kanununun 5'inci maddesinde, kamu ihalesinin temel ilkeleri düzenlenmektedir.

¹³ 4734 sayılı Kanununun 62'inci maddesinde, ihalede kamu idarelerince uyulması gereken diğer kurallar düzenlenmektedir.

4. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Öngörülen Yaptırımlar

5.1.2002 tarih ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun ihale sözleşmesine aykırı fiil ve eylemlere karşı öngördüğü idari yaptırımları incelemeye geçmeden önce Kanunun amaç ve kapsamının incelenmesi uygun olacaktır. 4735 sayılı Kanunun 1'inci maddesinde Kanunun amacı, Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ilgili usul ve esasları belirlemektir. Kanunun kapsamı ise 2'nci maddesinde; Kamu İhale Kanununa tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsamak olarak ifade edilmiştir.

4735 sayılı Kanunda, kamu ihale sözleşmelerinde yolsuzluğu önleyebilmek için "yasaklar ve sorumluluklar" başlıklı Üçüncü Kısmında oldukça ayrıntılı idari yaptırımlara yer verilmiştir. 4735 sayılı Kanunun yasak fiil ve davranışlar başlıklı 25'inci maddesinde, kamu ihale sözleşmelerinde; hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek, sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek, sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek, bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29' uncu madde hükümlerine¹⁴ aykırı hareket etmek, mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek ve kamu ihale sözleşmesinin, 16'ncı madde hükmüne¹⁵ aykırı olarak devretmek veya devir almak yasak fiil veya davranışlar olarak saptanmıştır.

4735 sayılı Kanunun 25'inci maddesinde öngörülen bu yasak fiil veya davranışların yaptırımları, Kanunun 26 ve 27'nci maddelerinde gösterilmiştir. 4735 sayılı Kanunun "ihalelere katılmaktan yasaklama" başlıklı 26'ncı maddesinde; yasak fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan

¹⁴ 4735 sayılı Kanunun 29'uncu maddesinde; bilgi ve belgeleri açıklama yasağı konusu düzenlenmektedir.

¹⁵ 4735 sayılı Kanunun 16'ncı maddesinde; kamu ihale sözleşmesinin devri konusu düzenlenmektedir.

bakanlık tarafından bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar 4735 sayılı Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği, 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 da 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, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verileceği, bu fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenlerin yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak ihalelere de iştirak ettirilmeyecekleri, yasaklama kararının, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç otuz gün içinde verileceği, verilen bu kararın Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderileceği ve yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği, yasak kararlarının Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin sicillerin tutulacağı, kamu idarelerinin, yasak fiil veya davranışla karşılaştıkları bir durumda gereğinin yapılması için konuyu ilgili veya bağlı bulunan bakanlığa bildirmekle yükümlü oldukları ifade edilmiştir.

Kamu ihale sözleşmelerinde yasak fiil veya davranışlarda bulunanların karşılaştıkları bir başka yaptırım, yüklenicilerin cezai sorumluluğa tabi olmasıdır. 4735 sayılı Kanunun "yüklenicilerin ceza sorumluluğu" başlıklı 27'nci maddesinde; iş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, yasak fiil veya davranışlar içerisinde 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 yanı sıra, verilen idari yasaklama kararının bitiş tarihinden itibaren uygulanmak kaydıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar 4735 sayılı Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla tüzel kişilerle birlikte yasaklanacakları, 4735 sayılı 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 şirketlerinin mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanacakları, mahkeme

kararı ile yasaklananlar ile haklarında ceza hükmolunanların Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine işlenmek üzere de ilgili meslek odalarına bildirileceği, sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararlarının Kamu İhale Kurumunca yapılan bildirim izleyen onbeş gün içinde Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulacağı, ifade edilmiştir. Kanunun 30'uncu maddesinin son cümlesi, 32'nci maddesinin 2'nci (son) fıkrasının son cümlesi, 33'üncü ve 34'üncü maddelerinin son cümlelerinin yaptığı yollama gereği, bu madde hükmünün, yüklenici ve alt yüklenici, danışmanlık hizmeti sunucuları, tedarikçi ve hizmet sunucuları hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir.

Kanunun 28'inci maddesinde ihale görevlilerinin ceza sorumluluğu düzenlenmektedir. Maddede; muayene ve kabul komisyonlarının başkan ve üyeleri, yapı denetim görevlileri ve ihtiyacın karşılanma sürecindeki her aşamada görev alan diğer ilgililerin, görevlerini kanunî gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarının, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulduklarının tespiti halinde, haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanacağı, ayrıca, fiil veya davranışlarının özelliğine göre haklarında ceza kovuşturmasının da yapılacağı ve hükmolunacak ceza ile birlikte tarafların uğradıkları zarar ve ziyanı genel hükümlere göre kendilerine tazmin ettirileceği, haklarında kamu davası açılmasına karar verilen idare görevlilerinin yargılama sonuna kadar bu Kanun kapsamına giren işlerde görevlendirilemeyecekleri, 4735 sayılı Kanun kapsamına giren işlerden dolayı yargı organlarınca herhangi bir ceza verilmiş olanların Kanun kapsamına giren bütün kamu kurum ve kuruluşlarınca Kanunun ve ilgili diğer mevzuatın uygulanması ile görevli ve yetkili kadrolara atanamayacağı ve görev alamayacakları ifade edilmiştir. Kanunun 31'inci maddesinin son cümlesinin yaptığı yollama gereği, bu madde hükmünün yapı denetimini yerine getiren idare görevlileri hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir.

4735 sayılı Kanunun 29'uncu maddesinde, bilgi ve belgeleri açıklama yasağı düzenlenmektedir. Maddeye göre, bu kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanların yüklenicilerin iş ve işlemlerine, teknik ve mali yapılarına ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri açıklayamayacakları ve kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamayacakları ifade edilmiş, aksine hareket edenler hakkında da ilgisine göre 26 veya 28 inci maddede belirtilen yaptırımların uygulanacağı belirtilmiştir.

II- KAMU İHALELERİNDE YOLSUZLUĞU KARŞI ALINAN CEZAI VE İDARİ YAPTIRIMLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Türk Ceza Kanununun İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) ihale yolsuzluğuna karşı öngördüğü cezai önlemleri madde özelinde incelemeye geçmeden önce bir hususun altının çizilmesi uygun olacaktır. Türk Ceza Kanununun yukarıda anlatılan gerek 235 gerekse 236'ncı maddelerinin kapsamı son derece dar tutulmuştur. Daha somut bir deyişle, Türk Ceza Kanununun söz konusu maddelerinde sadece kamu ihalelerinde yolsuzluğu karşı önlem öngörülmüş, özel ihalelerde yapılan yolsuzluğa karşı cezai bir yaptırım öngörülmemiştir. Örneğin, bir süpermarketin, mağazalarında satmak için bir deterjan alım ihalesi açtığını düşünelim. Böyle bir ihalede, ihaleye katılan bir deterjan üreticisi, kendi deterjanının o süper markette satılmasını sağlayabilmek, kısacası, ihaleyi kazanabilmek için o süpermarketin ihale görevlisine araba hediye ettiğini düşünelim. Böyle bir durumda ne deterjan üreticisinin ne de söz konusu ihale görevlisinin davranışı ihaleye fesat karıştırma suçu olarak kabul edilmeyecektir ki bu durumu "sonuç" kısmında anlatılacağı üzere ihale yolsuzluğunun suç olarak kabul edilmesinin altında yatan felsefe ile bağdaştırabilmek olanaksızdır. Bu açıdan Türk Ceza Kanununun söz konusu maddelerinin özel ihale yolsuzluğunu da kapsayacak şekilde genişletilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.¹⁶ Bu açıklamalardan sonra Türk Ceza Kanununun konuyla ilgili maddelerinin incelenmesi uygun olacaktır.

a) Türk Ceza Kanununun 235'inci Maddesinin Eleştirisi

Yukarıda da belirtildiği üzere TCK'nun 235'inci maddesinde ihaleye fesat karıştırma suçu düzenlenmektedir. Bu maddede yapılan düzenleme hatalı olduğu gibi eksiklikler de taşımaktadır.

Her şeyden önce, maddeye, kamu ihalelerine siyasilerin müdahalesini önleyici veya engelleyici bir hükmün konulmaması vahim bir hata olmuştur. Deneyimler, kamu ihalelerinde yolsuzluğun sık sık siyasi partilerin ve seçim kampanyalarının finansmanı ile ilgisinin

¹⁶ Özel sektör yolsuzluğu konusunda bilgi için bkz. Van Duyne, a.g.m., ss. 29-31.

bulduğunu göstermiştir. Böylelikle, kamu fonları israf edilmekte ve demokratik kurumların işgörüselliği (fonksiyonu) zarar görmektedir.¹⁷ Kamu ihalelerine siyasilerin müdahalesi Türkiye açısından daha da ağır sorunlara yol açmıştır. Gerçekten de, “Dünya Bankasına göre Türkiye’de yıllık kamu alım ihalelerinin miktarı 32 milyar \$’a 38 milyar \$ arasında değişmektedir. İhale uzmanları ise bu miktarın en azından % 20’sinin politikacılar, siyasi partiler ve bürokratlar için ayrıldığını ifade etmektedir. Bundan daha da vahim olanı ise işlerin fiyatlarının şişirilmesinden ve zamanında bitirilmemesinden dolayı büyük miktarda kamu parasının heba edilmekte olmasıdır...”¹⁸

Siyasilerin, kamu ihalelerinde yaptığı yolsuzluk Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği’nin (TOBB) 2001 yılında yayımladığı bir rapora da yansımıştır. Bu raporda, siyasilerin 1990’lı yıllar boyunca kamu ihalelerinde toplam olarak yaklaşık 40 milyar \$’ı heba ettikleri ortaya konulmuştur. Bu çerçevede, kamu alımlarında görülen yolsuzluk, israf ve savurganlığın Türkiye’nin Gayri Safi Milli Hasılası Bakımından en büyük miktarı oluşturduğunu iddia edebilmek mümkündür.¹⁹ Bu kadar önemli bir sorun hakkında TCK’nun 235’inci maddesinde hüküm olmamasının isabetsizliği ortadadır.

Maddede ağırlıklı olarak sadece ihale aşamasındaki fesat karıştırma fiil ve eylemleri suç olarak düzenlenmiş, ihale öncesi işlenen yolsuz fiil ve eylemler kural olarak²⁰ suç kabul edilmemiştir. Strombon’un isabetli bir şekilde belirttiği üzere kamu ihalelerinde yolsuzluk sadece ihale aşamasında olmakla kalmayıp sık sık ihaleden önceki aşamalarda da gerçekleşmektedir. Gerçekten de yazara göre firmalar, rüşvet vererek; kendilerinin ön yeterliliği veya elemeyi geçebilmesini sağlayabilir veya sadece kendilerinin ihaleyi kazanabilmelerini sağlayabilecek şekilde ihale şartnamesini düzenlettirerek ihale öncesi yolsuzluk yapabilirler.²¹ Bu çerçevede, çıkar karşılığı ön yeterlilik veya elemeyi kazanmak veya ihale şartnamesi hazırlamak Türk Ceza Kanununun 235’inci maddesi gereği ihaleye fesat karıştırma suçu olarak kabul edilmeyecektir ki, bu durumu, günümüz gerçekliğiyle bağdaştırabilmek olanaksızdır. Durumun vahametini göstermek için bir örnek vermek uygun olacaktır. Sadece kendi firmasının ihaleyi kazanmasını sağlamak için ihale şartnamesini hazırlayan²²

¹⁷ Obreja ve diğerleri, Public Procurement and Public Ethics: a focus on fighting corruption, s. 13.

¹⁸ Münir, Turkey: Corruption Notebook, s. 3.

¹⁹ Ibid.

²⁰ TCK’nun 235’inci maddesinin 2’nci fıkrasının (c) ve (d) bentleri hariç.

²¹ Strombon, Corruption In Procurement, s. 2.

²² Bir başka deyişle, “adrese teslim ihale şartnamesi hazırlamak”.

kamu görevlisini, firmanın, 5 yıldızlı bir otele 2 hafta tatile gönderdiğini düşünelim. Böyle bir durumda ne firma sahibinin ne de ihale şartnamesini hazırlayan kişinin fiili, ihaleye fesat karıştırma olarak adlandırılmıyacağı için, bu durum, bütünüyle ihaleye fesat karıştırma suçunun doğasına aykırı düşmektedir. İhale görevlisinin maddi, manevi veya siyasi bir çıkar karşılığında ihale şartnamesi düzenlemesi, tam anlamıyla bir ihaleye fesat karıştırma suçunu oluştururken, söz konusu maddede bu hususun ihaleye fesat karıştırma suçu olarak kabul edilmemesi vahim bir hata olmuştur.

Öte yandan, TCK'nun 235'inci maddesinin 1'inci fıkrasında; kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişinin cezalandırılacağı belirtilerek, ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabileceği ihalelerin kapsamı son derece dar bir şekilde tanımlanmıştır. Bu çerçevede örneğin trampa, mülkiyetin gayri aynı hak tesisi ve taşıma işleri konusunda yapılan ihalelerde yapılan her türlü fesat karıştırma fiil ve eylemleri, ihaleye fesat karıştırma suçu olarak kabul edilmeyecektir ve bu durumu da olağan ve doğru olarak kabul etmek olanaksızdır.

Maddenin 2'nci fıkrasının (a) bendinde, ihaleye fesat karıştırma suçunun maddi unsurları sayılırken söz konusu unsurların sadece "hileli davranışlarla" işlenmesi durumunda ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşacağı esası benimsenmiştir ki, bu durumun isabetsiz olduğu açıktır. Çünkü söz konusu alt bentte ifade edilen kimi durumların tehdit veya cebirle işlenmesi durumunda da kanımızca ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmalıdır. Toroslu'nun belirttiği üzere hileli davranış; ikna etmeye yönelik sözlerle gerçeği gizlemek, bir başka deyişle, doğru sanılmasına elverişli olan akıl yürütmeleri içeren bir yalan şeklinde olabileceği gibi, olmayanı varmış gibi, olanı yokmuş gibi göstererek gerçeğin gizlenmesi şeklinde de olabilir. Kısacası, hileli davranışlar, doğrudan aldatılanın psişliğini etkilemek şeklinde olabileceği gibi, sahte bir maddi görünüm yaratarak dış gerçekliği etkilemek şeklinde de olabilir.²³ Bu çerçevede, 235'inci maddenin 2'nci fıkrasının (a) bendinin 4 numaralı alt bendinde ifade edilen; teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı hâlde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak ancak hileli davranışla işlenmesi durumunda ihaleye fesat karıştırma suçu oluşacak, tehdit veya cebir kullanılarak işlenmesi durumunda ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır. Halbuki aynen hileli davranışta olduğu gibi, tehdit veya cebir kullanılarak kamu görevlisinin psişliğinin etkilenmesi

²³ Bkz. Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, ss. 178,179.

ve böylelikle ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenebilmesinin olanaklı olduğu esası kabul edilmelidir.

Diğer yandan, 235'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendinin 4 numaralı alt bendinde; ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmalarının ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacağı hükme bağlanmaktadır. Bu hüküm hatalı eksik olduğu gibi ceza hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesinin kanunların açık ve kesin olması alt ilkesine de²⁴ aykırılık oluşturmaktadır. Her şeyden önce bu alt bentte kullanılan "fiyatı etkilemek" ibaresi kanımızca isabetsizdir. Fiyatı etkileme, bir başka deyişle, "fiyat manipülasyonu" belli bir alanda faaliyet gösteren yolsuz firmaların birleşerek üçüncü kişilerin zararına "fiyat" anlaşmaları yapmaları anlamını taşır. Gayrimenkul piyasasında oldukça sık rastlanan bu yolsuzluk türünde emlakçılar, gayrimenkul fiyatını yapay bir şekilde şişirebilmek için onu kendi aralarında alıp satarak fiyatı yükseltirler. Bu düzenek, kara para aklanması veya tutsat (mortgage) kredisi veren bankaların zararına olarak şişirilmiş tutsat kredisi almak amacıyla kullanılabilir.²⁵ Bu çerçevede, fiyat etkileme veya fiyat manipülasyonu olgusu kural olarak ihalelerde görülmediği için böyle bir ibarenin kullanılması kanımıza isabetsizdir.

Öte yandan, bu alt bette kullanılan "ihale şartlarını" etkilemek ibaresi de kanımızca yetersizdir. Çünkü ihaleye katılanlar açık veya gizli bir şekilde ihale şartlarını etkilemekten ziyade, işi en etkili bir biçimde yapabilecek şekilde en düşük teklifi sunan kişiye verilmesini öngören dürüst ihale kurallarını delme yönünde anlaşılır.²⁶ Bu hususun maddede somut bir şekilde yer almaması son derece isabetsiz olmuştur.

Söz konu alt bent, ceza hukukunda geçerli olan kanunilik daha açık bir deyişle kanunların açık ve kesin olması alt ilkesine de kanımızca uyarlık taşımamaktadır. Kanunların açık ve kesin olması ilkesi; kanun koyucunun ceza normunu yaratırken cezai yönden meşru olan ile olmayanın kesin olarak ortaya konulması için kanuni tipi açık ve belirgin bir biçimde saptamasını ifade eder.²⁷ Maddede ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için isteklilerin aralarında açık veya gizli bir şekilde anlaşma yapmalarının ihaleye fesat karıştırma

²⁴ Ceza Hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesi ve alt ilkeleri konusunda bilgi için bkz. Toroslu, Ceza Hukuku, ss.15-39.

²⁵ Van Duyne, a.g.m., s. 30.

²⁶ Van Duyne, a.g.m., s. 31.

²⁷ Toroslu, Ceza Hukuku, s. 28.

suçunu oluşturacağı şeklinde son derece soyut ve belirsiz bir düzenleme yapılması kanımızca, söz konusu alt ilkenin somut bir şekilde ihlâl edildiği anlamını taşır.

Gerçekten de ihale isteklilerinin açık veya gizli anlaşma yapmaları, bir başka deyişle danışıklı teklif (bid rigging) vermelerinin çeşitli yolları bulunmakta olup bu yolların kanımızca açık bir şekilde gsterilmesi gerekir. Bu yollardan birisi, tekliflerin sınırlandırılması (bid suppression) olarak bilinen bir yöntemdir. Bu yöntemde; kartel oluşumunda gizilgüç (potansiyel) rakipler esas ihalede rekabet etmek yerine anlaşmaya gitmekte ve esas ihaleye sadece bir kartel üyesi teklif vermektedir. Daha sonra ise ihaleden elde edilen kâr, kartel üyeleri arasında paylaşılmaktadır.²⁸

Kartel üyelerinin ihaleyi fesada uğratabileceği diğer bir durum tamamlayıcı teklif (complementary bidding) yöntemidir. Koruyucu (protective) ve gölge (shadow) teklif olarak da isimlendirilen bu kartel türünde kartel üyeleri, satış ihalelerinde nesneyi kazanamayacak kadar düşük, alım ihalelerinde ise işi kazanamayacak kadar yüksek teklif vermektedir. Bu yöntemde kartel üyelerinin amacı ihaleyi kazanmak olmayıp, ihalenin serbest rekabet koşulları altında yapıldığı izlenimini vermektir.²⁹

Son bir danışıklı teklif yöntemi ise dönüşümlü teklif (bid rotation) olarak adlandırılmaktadır. Bu yöntem daha çok, bir kurumun açmış olduğu ihalelere katılanların sayısının az olduğu durumlarda uygulanmaktadır. Bu yöntemde, kurumun açacağı ihaleleri kimin kazanacağı, bir başka deyişle, en uygun teklifi kimin vereceği kartel üyeleri tarafından aralarındaki anlaşmaya göre bir sıraya tabi olarak belirlenmektedir. Bu yöntemde, kartel üyeleri, o kurumun açtığı ihaleleri sırayla kazanmaktadırlar.³⁰

Yine, bu maddenin 2'nci fıkrasının (c) bendinde ifade edilen; cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek şeklindeki ihaleye fesat karıştırma suçunun maddi unsurunun düzenleme tarzı da, kanımızca, organize suç gruplarının kamu ihalelerine müdahale etmesini etkin bir şekilde önleyecek nitelikte değildir. Gerçekten de kamu ihalelerinde yolsuzluk, sadece kamu görevlilerine rüşvet verilerek elde edilmemekte, bunun yanında,

²⁸ Bkz. Emek, Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması, s. 39.

²⁹ Bkz. Emek, a.g.e., s. 39.

³⁰ Fazla bilgi için bkz. Van Duyne, a.g.m., s. 31.

organize suç grupları da gittikçe artan oranda tehdit veya diğer yasa dışı yollarla kamu ihalelerine müdahale ederek söz konusu ihaleleri fesada uğratmaktadır.³¹ Hatta düşüncemize göre günümüzde kamu ihalesine müdahale, organize suç gruplarının temel uğraşı alanı hâline gelmiştir. Bu çerçevede, söz konusu bentte ifade edilen durumlardan ziyade, bir organize suç grubunun cebir veya tehdit veya hukuka aykırı diğer davranışta bulunmadan ihale isteklisine sadece telefon açması bile isteklinin ihaleden kaçınması için yeterlidir. Dolayısıyla, organize suçtan mahkum olmuş veya organize suçtan dolayı hakkında kamu davası açılmış bir kimsenin ihale isteklisine sadece telefon açması veya ima edici hareketlerde bulunması bile ihaleye fesat karıştırma olarak suçunun oluşması için yeterli sayılmalıdır.

Ayrıca, TCK'nun 235'inci maddesinin 1'inci fıkrası ile son fıkrası arasında da çelişki bulunmaktadır. Gerçekten de, maddenin 1'inci fıkrasında, ihaleye fesat karıştırma suçunun yapım ihalelerinde de işlenebileceği ifade edilmesine rağmen, son fıkrasında, kamu kurum veya kuruluşları aracılığıyla yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalarına fesat karıştırılabileceği ifade edilmiş, söz konusu organların yapım ihaleleri ayrık tutulmuştur. Türk Ceza Kanununun 235'inci maddesinin 1'inci fıkrasında "yapım ihaleleri"nden bahsedilir iken maddenin son fıkrasında böyle bir ibareye yer verilmemesi açık bir çelişki oluşturmuştur.

Son olarak, Türk Ceza Kanununun 235'inci maddesinin hükümleri ile Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanununun ilgili hükümleri arasında da bir bütünlük ve uyum sağlanamamıştır. Konu hakkında aşağıda durulacağı için burada ayrıntıya girmekten kaçınılacaktır.

b- Türk Ceza Kanununun 236'ncı Maddesinin Değerlendirilmesi

TCK'nun 236'nci maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma suçu düzenlenmektedir. Bilindiği üzere, kamu ihale sözleşmesinin imzalanmasıyla ihale süreci sona ermekte ve edimin ifası süreci başlamaktadır. Kamu ihalelerinde edimin ifası süreci, bu konuda

³¹ Obreja ve diğerleri, a.g.e., s. 13.

çıkartılan diğer bir kanunda, daha açık bir deyişle, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda düzenlenmektedir.

236'ncı maddenin temel hatası, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun maddi unsurlarının 2'nci fıkraya gereği sadece "hileli" olarak işlenebileceği esasının kabul edilmesidir. Daha somut bir deyişle, desise (sanía), tehdit veya cebirle edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşması olanaklı iken, bunun maddede kabul edilmemiş olması açık bir hata teşkil etmiştir. Hele, birbirinden ayrılması olanaksız olan hile ile desisenin birlikte kullanılması kanımızca vahim bir hata olmuştur. Hile; ikna etmeye yönelik sözlerle gerçeği gizlemekten, bir başka deyişle, doğru sanılmasına elverişli olan akıl yürütmeleri içeren bir yalandan ibarettir.³² Desise ise, olmayanı varmış gibi, olanı yokmuş gibi göstererek gerçeğin gizlenmesi anlamına gelir.³³ Görüldüğü üzere hile ve desise kavramları arasında ayrılmaz bir bütünlük bulunmaktadır. Nitekim bu anlayıştan hareketle, daha önce incelenen TCK'nun 235'inci maddesinde hile ve desiseyi kapsar şekilde "hileli davranış" ibaresi kullanılmıştır.

236'ncı maddede belirtilen fiillerin cebir veya tehdit yoluyla işlenmesi durumunda da edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmalıdır. Konuyu bir örnekle açıklamak uygun olacaktır. TCK'nun 236'ncı maddesinin 2'nci fıkrasının (c) bendine göre, hileli bir şekilde, edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi durumunda edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmakta, buna karşın, bu fiilin tehdit veya cebirle işlenmesi durumunda edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmamaktadır. Bu çerçevede; bir müteahhidin, edimi süresinde ifa etmemesine rağmen süresinde ifa etmiş gibi kabul etmediği takdirde kabul görevlisinin çocuğunu okul yolunda kaçıracağını veya kaçirttiraacağını söylemesi, bir başka deyişle, kabul görevlisini tehdit ederek edimin süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesini sağlaması durumunda müteahhidin davranışı edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşturmayacaktır ki bu durumun ne kadar büyük bir haksızlık ve adaletsizlik doğuracağı ortadadır.

2. Devlet İhale Kanununun İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi

Bu kısımda, 4.1.2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çıkartılıncaya kadar kamu alım, satım ve yapım ihalelerinde temel

³² Toroslu, Ceza Hukuku, s. 345.

³³ Ibid.

kanun olan 8.9.1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun ihale yolsuzluğa karşı öngördüğü idari yaptırımların madde özelinde değerlendirilmesi yapılacaktır. Söz konusu yaptırımları madde özelinde incelemeye geçmeden önce bir hususu vurgulamak uygun olacaktır. 2886 sayılı Kanunun kapsamının son derece dar tutulması, daha somut bir deyişle, Kamu İktisadi Teşebbüsleri, kimi kamu kurum ve kuruluşlarının, yerel yönetimlerin (il özel idare ve belediyelerin) şirketleri, birlikleri ve işletmelerinin 2886 sayılı Kanunun kapsamı dışında bulunması nedeniyle halkta, söz konusu organlarda yaygın ve yoğun bir yolsuzluğun bulunduğu şeklinde bir algı oluşmuştur. 4734 sayılı Kanunun kapsamı geniş tutulsa da bu soruna ancak kısmi bir çözüm getirilebilmiştir. Çünkü yukarıda da belirtildiği üzere sadece mal alım ve yapım ihaleleri 4734 sayılı Kanuna tabi tutulmuş, diğer işler ise kapsamı dar tutulan 2886 sayılı Kanuna bırakılmıştır. Bu açıklamadan sonra 2886 sayılı Kanunun öngördüğü idari yaptırımları madde özelinde değerlendirmek uygun olacaktır.

a) 2886 sayılı Kanunun 83'üncü Maddesinin Değerlendirilmesi

2886 sayılı Kanunun 83'üncü maddesinde ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında yasak olan fiil ve davranışlar sayılmaktadır. Kanımızca maddede sayılan yasak fiil ve davranışlar eksiktir. Örneğin, 4.1.2002 tarih ve 4734 sayılı Kanunun 17'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (d) bendinde; ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek haklı olarak yasaklanmış iken, 2886 sayılı Kanunun 83'üncü maddesinde böyle bir yasağın öngörülmemesi son derece isabetsiz olmuştur.

Öte yandan, Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 31 Mart 2004 tarih ve 2004/18/EC sayılı Kamu Hizmeti, Kamu İşleri ve Kamu Arzi Sözleşmelerinin Verilmesine Yönelik Sürecin Eşgüdümü adlı Direktifinin³⁴ 45'inci maddesinin gerekçesinde; mahkeme veya idari organların kararıyla, organize suça katılım, yolsuzluk, dolandırıcılık, kara para aklama suçundan mahkum olanların mahkeme veya ihaleyi

³⁴ Bkz. 30.4.2004 tarih ve L: 134 sayılı Official Journal of the European Union. Avrupa Birliğinin kamu alımları konusunda iki direktifi bulunmaktadır. Bu direktif dışında diğer bir direktif ise su, enerji, ulaşım ve posta hizmetlerini düzenleyen "Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 Coordinating the Procurement Procedures of Entities Operating in the Water, Energy, Transport and Postal Services Sectors" adlı Direktiftir. Bu ikinci direktif de, diğer direktifle birlikte Avrupa Birliği Resmi Gazetesinin aynı tarih ve sayısında yayımlanmıştır.

yapan kuruluş tarafından ihalelere katılmaktan *yasaklanacağı* ifade edilmesine, ayrıca, iflas etmiş, iflas etme sürecinde bulunan, mesleki faaliyetlerinden dolayı mahkum olmuş, ciddi mesleki suçları işlemiş, sosyal sigorta veya vergi borçları bulunan veya yanlış bilgi veya hiç bilgi vermemekten dolayı mahkum olan kişilerin ihalelere katılmasının *yasaklanabileceği* belirtilmesine rağmen, 2886 sayılı Kanununun 83'üncü maddesinde bu hususlara temas edilmemiş olması son derece hatalı olmuştur.

b) 2886 sayılı Kanununun 84'üncü Maddesinin Değerlendirilmesi

2886 sayılı Kanununun 84'üncü maddesinde, idarelerce ihalelere katılmaktan geçici yasaklama konusu düzenlenmektedir. Maddede yapılan düzenlemelerin büyük çoğunluğu eksik, hatalı ve isabetsizdir. Her şeyden önce Avrupa Topluluğunun yukarıda belirtilen direktifinde belirtilen fiil ve eylemleri işleyenlerin ihalelerden geçici olarak yasaklanması gerekirken 84'üncü maddede, bu fiil ve eylemleri işleyenler hakkında geçici yasaklama kararı verileceğinden bahsedilmemesi büyük bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

Maddenin 1'inci fıkrasında yapılan düzenlemenin, kişilerin hukuki güvenlik ve hukuksal güvencelerini de büyük ölçüde zedelediğini ifade etmek gerekir. Çünkü söz konusu maddede, 83'üncü maddede belirtilen yasak fiil ve davranışlarda buldukları anlaşılmanın geçici olarak kamu ihalesine katılamayacağı ifade edilmekte, ancak yasak fiil ve davranışlarda bulunanların hangi usulle saptanacağı öngörülmemektedir. Kişinin yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu nasıl saptanacağı konusunda bir sürecin açık bir şekilde gösterilmesi kişilerin hukuksal güvencelerine büyük zarar verir. Diğer yandan, 2886 sayılı Kanununun 83'üncü maddesinde belirtilen fiil ve eylemlerin ezici çoğunluğu suç teşkil ettiğine göre söz konusu fiil ve eylemleri işlediği savıyla dava açılanlar hakkında sadece mahkemenin ihalelere geçici olarak katılmaktan yasaklama kararı vereceğinin belirtilmemesi, kişilerin hukuki güvenlik ve hukuksal güvencelerine aykırı başka bir durumu oluşturmaktadır.

Diğer yandan, maddenin 2'nci fıkrasında; haklarında ihalelere katılmaktan geçici olarak yasaklama cezası verilen kişilerin sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu saptanan tüzel kişilerin de ihalelere katılmaktan geçici olarak yasaklanabileceği ifade edilmektedir. Bu hüküm amaca elverişsiz görülmektedir. Uygulamada,

haklarında geçici olarak ihaleye katılmaktan yasaklama cezası alan kişiler, sermayesinin çoğunluğuna sahip olduğu şirketin de ihaleye geçici olarak katılmaktan yasaklama cezası alacağını bildikleri için ya mevcut şirketteki çoğunluk payının bir kısmını anlaşmalı olarak bir başkasına devretmekte veya yeni bir şirket kurma yoluna giderek hileli bir şekilde şirketin sermayesindeki payını örneğin %49 olarak belirleyerek söz konusu yasaktan kurtulabilmektedir. Tüzel kişiler hakkındaki bu yasak hükmünün etkin olmasını sağlayabilmek açısından haklarında kamu ihalelerine katılmaktan geçici olarak yasaklama kararı verilen kişilerin o süre içerisinde şirket hisselerini devretmesinin veya yeni bir şirket kurmasının, tüzel kişinin ihalelere geçici olarak katılım yasağını engellemeyeceği yönünde bir hüküm konulması yerinde olacaktır. Ayrıca, haklarında ihalelere katılmaktan geçici olarak yasaklama cezası verilen kişilerin şahıs şirketi ortağı olması durumunda ne şekilde hareket edileceğinin belirtilmemesi veya iş ortaklıkları (joint venture) hakkında nasıl bir yaptırımın uygulanacağını gösterilmemesi de fıkranın oldukça büyük eksikliği olarak göze çarpmaktadır.

Yine bu maddenin 3'üncü fıkrasında yapılan düzenleme de bütünüyle hatalıdır. Fıkra; üzerine ihale yapıldığı halde usulüne uygun sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen müteahhit veya müşteriler hakkında bir yıla kadar ihalelere katılmaktan geçici olarak yasaklama kararı verileceği ifade edilmektedir. Bir kere, 2886 sayılı Kanunun 25'inci maddesi gereği isteklilerden ihale konusu olan işin tahmin edilen bedelinin %3'ü oranında geçici teminat alındığına ve 57'nci maddenin son fıkrası gereği ihale sözleşmesi yapmaya yanaşmayan isteklinin geçici teminatı Hazineye gelir olarak kaydedildiğine göre üzerine ihale yapıldığı halde usulüne uygun sözleşme yapmayan istekliler bakımından öngörülen ilave nitelikteki ihalelerden bir yıla kadar geçici olarak yasaklama cezasının öngörülmesi anlamsız görülmektedir. Diğer yandan, 84'üncü maddenin 3'üncü fıkrasında, sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen müteahhit veya müşteriler hakkında da bir yıla kadar ihalelere katılmaktan geçici olarak yasaklama kararı verileceğinin öngörülmesinin de anlamsız olduğu düşünülmektedir. Çünkü, 2886 sayılı Kanunun 54'üncü maddesinde, sözleşme yapılmasından önce müteahhit veya müşteriden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle %6 oranında teminat alınacağı öngörülmüş ve 62'nci maddesinde ise sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen müteahhit veya müşterilerin kesin teminatının Hazineye gelir kaydedileceği ve ayrıca böyle bir durumda İdarenin de zarar ve ziyanını genel hükümlere göre talep etme hakkına sahip bulunduğu ifade

edilmiştir. Dolayısıyla konu hakkında yeterli ve amaca elverişli özel hukuk yaptırımları bulunurken bu şekilde ilave bir idari yaptırımın öngörülmesi isabetsiz olmuştur.

c) 2886 sayılı Kanunun 85'inci Maddesinin Değerlendirilmesi

2886 sayılı Kanunun 85'inci maddesinin başlığı "ceza sorumluluğu ve sonuçları" ismini taşımaktadır. Halbuki maddede ceza sorumluluğu ve sonuçları değil, bir takım "idari sorumluluk ve sonuçları" düzenlenmektedir. Bundan başka, maddenin içeriği de bütünüyle hatalı, eksik ve yetersizdir.

Bir kere, maddenin 1'inci fıkrasında, mahkemenin, sadece, ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak fiil ve davranışlarını işleyenlerin, bu durumları iş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra anlaşılabilir haklarında ceza kovuşturması yapacağı ve geçici olarak (1 ila 3 yıl) ihalelere girmekten yasaklama kararı vereceği belirtilmekte, diğer yasak fiil ve davranışlar hakkında ceza kovuşturması yapılması ve ihalelere geçici olarak katılmaktan yasaklama konusunda herhangi bir hükme yer verilmemektedir. Bu çerçevede, örneğin, iş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra ihale görevlisine rüşvet veren veya ihale isteklilerine pay(!) dağıtan yükleniciye ceza kovuşturması açılmayacağı ve onun ihalelere katılmaktan yasaklanamayacağı gibi bir anlam çıkmaktadır ki, bu durum, kanımızca günümüz gerçekliğiyle bağdaşmamaktadır. Çünkü büyük paraların söz konusu olduğu en ağır yolsuzluk olayları kimi zaman ihale kazanıldıktan sonraki süreçte yaşanmaktadır.³⁵

Maddenin 2'nci fıkrasında yapılan düzenleme de hatalıdır. Bu fıkrada, özel kişiler tarafından işlenen resmi evrakta maddi sahtekarlık suçuyla son soruşturmanın açılmasına karar verilen müteahhitlere yargılama sonuna kadar hiçbir suretle yeni iş verilmeyeceği ifade edilmektedir. Bir kere, 4.12.2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 175'inci maddesi gereği, iddianamenin kabulüyle kamu davası açılmakta ve kovuşturma evresi başlamaktadır. Dolayısıyla son soruşturmanın açılması kararı diye bir müessese artık

³⁵ Obreja ve diğerleri, a.g.e., s. 8.

Türk hukukunda bulunmamaktadır. Fıkranın, CMK'nun bu maddesiyle uyumlaştırılmaması³⁶ isabetsiz olmuştur. Yine, yargılama yapılmasının doğrudan sonucu olarak müteahhide yargılama sonuna kadar yeni iş verilmeyeceğinin belirtilmesi de doğru olmamıştır. Çünkü, Türkiye'de davalar oldukça uzun sürdüğünden dava boyunca ihaleye giremeyen bir müteahhit iflas edebilir veya iş yaşamından çekilebilir. Böyle bir durumda müteahhit beraat ederse ona çok büyük bir haksızlık yapılmış olunur. Bu yüzden, söz konusu suçtan dolayı hakkında dava açılan müteahhide ancak müteahhidin bu suç işlediğine dair elinde kuvvetli delil bulunan mahkeme tarafından ihalelere yargılama sonuna kadar geçici olarak katılmaktan yasaklama kararı verilebileceği esasının benimsenmesi daha uygun olur.

Maddenin 3'üncü fıkrası da isabetsizdir. Fıkroda; memur tarafından işlenen resmi evrakta maddi sahtekarlık ve fikri sahtekarlık suçları nedeniyle son soruşturmanın açılmasına karar verilen kontrol teşkilatı görevlilerinin yargılama sonuna kadar görevlerinden uzaklaştırılacakları bildirilmektedir. Bu hükmün, yukarıdaki gerekçeyle CMK'nun 175'inci maddesiyle uyumlaştırılmaması³⁷ isabetsiz olmuştur. Öte yandan, yargılama yapılmasının doğrudan sonucu olarak kontrol teşkilatı görevlilerine yargılamanın sonuna kadar görevlerinden uzaklaştırılacağı belirtilmesi de doğru olmamıştır. Yukarıda da belirtildiği üzere Türkiye'de davalar oldukça uzun sürdüğünden, dava boyunca kontrol teşkilatı görevlilerinin görevlerinden uzaklaştırılması memurun hukuki güvence ve güvenliğini ters yüz eder. Bu yüzden, söz konusu suçlardan dolayı hakkında dava açılan kamu görevlisine ancak memurun bu suç ve/veya suçları işlediğine dair elinde kuvvetli delil bulunan mahkeme tarafından yargılama sonuna kadar görevinden geçici olarak uzaklaştırma kararı verilebileceği esasının benimsenmesi daha yerinde olur.

2886 sayılı Kanununun 85'inci maddesinin 4'üncü fıkrasındaki hüküm ise önemli hatalar taşımaktadır. Bu fıkroda; Türk Ceza Kanununda düzenlenen rüşvet verme suçu ile memur tarafından işlenen resmi evrakta maddi sahtekarlık ve fikri sahtekarlık ile özel kişiler tarafından işlenen resmi evrakta maddi sahtekarlık suçları nedeniyle haklarında tekerrür hükümleri uygulananların mesleklerini

³⁶ Esasen fıkra, yeni TCK'nun ilgili maddesiyle de uyumlaştırılmamıştır. Çünkü, fıkroda eski TCK'nun 342'nci maddesinden bahsedilmektedir ki, bu hükmün yeni TCK'ndaki karşılığı 204'üncü maddenin 1'inci fıkrasıdır.

³⁷ Fıkra, yeni TCK'nun ilgili maddesiyle de uyumlaştırılmamıştır. Çünkü, fıkroda eski TCK'nun 339 ve 340'nci maddelerinden bahsedilmektedir ki, bu hükümlerin yeni TCK'ndaki karşılığı sadece 204'üncü maddenin 2'inci fıkrasıdır.

icradan men olunacakları ve herhangi bir ad altında müteahhitlik yapamayacakları ifade edilmiştir.

Bir kere, bir müteahhidin memur tarafından işlenen resmi evrakta maddi sahtekarlık ve fikri sahtekarlık suçlarını işleyebilmesi olanaklı değildir. Söz konusu suçlar ancak bir kamu görevlisi tarafından işlenebilir.³⁸ Müteahhit kamu görevlisi olmadığına göre söz konusu suçlardan bahsedilmesi önemli bir hata oluşturmıştır.

Öte yandan, müteahhidin Türk Ceza Kanununda düzenlenen³⁹ rüşvet verme suçu nedeniyle hakkında tekerrür hükmü uygulanan müteahhidin mesleğini icradan men olması ve herhangi bir ad altında müteahhitlik yapamayacağının öngörülmesi de doğru olmamıştır. Çünkü Türk Ceza Kanununun rüşvet verme suçuyla ilgili düzenlemesinde⁴⁰ yabancı kamu görevlisine rüşvet verme suçu da düzenlenmektedir. İç hukuk için öngörülen rüşvet suçunun yaptırımlarının yabancı kamu görevlisine verilen rüşvet halinde de uygulanacağının öngörülmesi, her şeyden önce amaca elverişsizdir. Çünkü yabancı kamu görevlisine rüşvet verilmesinin cezalandırılmasında amaç, uluslararası ticari ortamda adil rekabeti, bir başka deyişle, bütün firmalar için aynı rekabet koşullarını sağlamaktır. Bu nedenle, yabancı kamu görevlisine rüşvet verilmesinin yaptırımları, söz konusu felsefeye niteliğine uygun düşecek nitelikte olmalıdır.⁴¹ Ayrıca, yeni Türk Ceza Kanununda çağcıl gelişmelere bütünüyle aykırı olarak basit rüşvet verme suçu⁴² ortadan kaldırdığından ve sadece mülga TCK'ndaki ağır rüşvet verme suçu⁴³ yeni TCK'nda kabul edildiğinden dolayı müteahhidin rüşvet verme Suçundan dolayı, cezalandırılmasının neredeyse olanaksız bir hâle geldiğini de belirtmek gerekir.⁴⁴

Diğer yandan, rüşvet verme suçu ile özel kişiler tarafından resmi evrakta maddi sahtekarlık suçları nedeniyle haklarında tekerrür

³⁸ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, ss. 230-236.

³⁹ 2886 sayılı Kanunun 85'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında; "Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının Üçüncü Faslı"nda yer alan rüşvet verme suçundan bahsedilmektedir. Bu hüküm 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununa yollama yaptığından hükmün yeni Türk Ceza Kanunundaki karşılığı "Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının Dördüncü Kısımının Birinci Bölümü" nde yer alan rüşvet verme suçudur.

⁴⁰ Bkz. TCK'nun 252'nci maddesinin 5'inci fıkrası.

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, Yolsuzluğun Ticaret ve Rekabet Üzerine Olumsuz Etkileri ve Bu Duruma Karşı Alınması Gereken Önlemler, s. 249.

⁴² Kamu görevlisine, yapması gereken bir şeyi yapması veya yapmaması gereken bir şeyi yapmaması için verilen rüşvet.

⁴³ Kamu görevlisine, yapması gereken bir şeyi yapmaması veya yapmaması gereken bir şeyi yapması için verilen rüşvet.

⁴⁴ Yeni Türk Ceza Kanununda düzenlenen rüşvet hakkında bilgi için bkz. Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, ss. 291-301.

hükümleri uygulananların mesleklerini icradan men olunacakları ve herhangi bir ad altında müteahhitlik yapamayacaklarının belirtilmesi ceza politikası açısından da doğru değildir. Kişiye rüşvet verme suçu ile sahtecilik suçundan dolayı ceza verilip infazı yapıldıktan böylece kişinin topluma olan borcunu ödemesinden sonra o kimseye ek külfetler yüklemesi, mahkumun topluma kazandırılması anlayışıyla bağdaşmaz. Kuşkusuz, cezanın suçlunun şahsına uydurulması prensibi gereği kişiye ceza dışında bir takım ek külfetler yükleyebilir ancak bu söz konusu külfetlerin, alt ve üst sınırları yasa tarafından gösterilmesi kaydıyla yargıç tarafından verilmelidir.

Maddenin son fıkrasında yapılan düzenleme de isabetsizdir. Fıkra; mahkumiyete ilişkin kararların ilgililerin meslek ve müteahhitlik siciline işleneceği ifade edilmektedir. Az önce ifade edilen gerekçeyle soyut mahkumiyet kararlarının değil “cezanın suçlunun şahsına uydurulması” ilkesi gereği sadece yargıç tarafından müteahhitlik verilen geçici veya sürekli hak mahrumiyetlerinin meslek ve müteahhitlik siciline bildirilmesi daha uygun olacaktır.

d) 2886 sayılı Kanunun 86’ıncı Maddesinin Değerlendirilmesi

2886 sayılı Kanunun “görevlilerin sorumluluğunu” düzenleyen 86’ncı maddesinde bir takım önemli eksiklik ve hatalar bulunmaktadır. Her şeyden önce, maddede sayılan görevlilerin “ihmal ve kusurlu hareketlerinin” bulunması durumundan bahsedilmektedir ki, ihmal ve kusurlu hareket ibaresinin birlikte kullanılması son derece isabetsizdir. Çünkü “kusur” kavramı “ihmal” kavramını da kapsayan son derece geniş bir kavramdır. Bu açıdan maddedeki söz konusu ibarenin yalnızca “kusur” veya “kast veya ihmal” şeklinde ifade edilmesi daha uygun olacaktır.⁴⁵

Yine maddede, sayılan görevlilerin görevlerini kanuni gereklere göre tarafsızlıkla yapamadıkları ve taraflardan birinin zararına yol açacak harekette buldukları takdirde haklarında disiplin cezasının uygulanacağı gibi fiil ile davranışlarının özelliğine göre ceza kovuşturması yapılacağı belirtilmesi de isabetli bir düzenleme tarzı olmamıştır. Bir kere, sayılan görevliler, sadece tarafsız davranmayarak değil diğer şekillerde de taraflardan birisinin zararına yol açacak hareketlerde bulunabilir. Dolayısıyla yapılan düzenleme son derece eksiktir.

⁴⁵ Bkz. Karahasan, İnşaat İmar İhale Hukuku Cilt 3, s. 287.

Esasen bu maddede, sayılan görevlilerin ihalede uymaları gereken etik kuralların ne olduğu somut bir şekilde gösterilip söz konusu kurallara aykırı fiil ve eylemlerin yaptırımları gösterilseydi daha uygun hareket edilmiş olunurdu.

2886 sayılı Kanununun 86'ncı maddesinde, disiplin soruşturması ile ceza kovuşturması arasındaki ilgi de yeterli bir şekilde kurulamamıştır. Maddede, sayılan görevlilerin fiil ve davranışlarının özelliğine göre haklarında ceza kovuşturması da yapılacağı ifade edilmektedir. Bir kere, fiil ve davranışların özelliğine göre değil ancak suç teşkil eden fiil ve eylemler nedeniyle ceza kovuşturma yapılabilir. Diğer yandan, suç teşkil eden fiil ve eylemler, eğer ihaleye veya edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturuyorsa sayılan görevliler hakkında ceza kovuşturmasını İdarenin yapması da olanaklı değildir. Çünkü, 19.04.1990 tarih ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununun 17'nci maddesinde, resmi ihale ve edimin ifasına fesat karıştırma⁴⁶ ve diğer bir takım suçların işlenmesi durumunda 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı ifade edilmiş, 19'uncu maddesinde ise bu suçlarda Cumhuriyet Savcısının doğrudan doğruya ve bizzat soruşturma yapacağı esas benimsenmiştir. Dolayısıyla 86'ncı madde ile 3628 sayılı Kanunun ilgili maddeleri arasında bir uyum ve bağlantı sağlanamamıştır.

86'nci maddenin son tümcesinde; sayılan görevlilere, tarafların uğradıkları zarar ve ziyanın ödettilereceği ifade edilmektedir. Bu hüküm olmasa bile sayılan görevlilere, tarafların uğradıkları zarar ve ziyanın ödettilmesi doğal olduğundan, bu hükmün gereksiz bir tekrar teşkil ettiği düşünülmektedir. Ayrıca bu hüküm, bir özel hukuk yaptırımını gösterdiğinden bu maddede yer alması da doğru değildir.

3. Kamu İhale Kanunu'nun İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun ihalelerde yolsuzluğa karşı öngördüğü idari yaptırım hükümlerini irdelemeden önce Kamu İhale Kanunu çıkartılırken yapılan bir yanlışlığa vurgu yapmak yerinde

⁴⁶ 3628 sayılı Kanununun 17'nci maddesinde "edimin ifasına fesat karıştırma" suçundan değil, "alım ve satımlara fesat karıştırma" suçundan bahsedilmektedir. Mülga TCK'nda yer alan "alım ve satımlara fesat karıştırma" suçunun yeni TCK'nda özellikle alım boyutu bakımından karşılığı, kanımızca "edimin ifasına fesat karıştırma" suçudur.

olacaktır. Gerçekten de, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, hem kamu alımlarını hem de kamu satışlarını düzenlemekte ve adının içerisinde de ihale (auction veya tendering) kelimesi yer almaktadır. Oysa, Kamu İhale Kanunu yukarıda da görüldüğü üzere sadece kamu alımlarını düzenlemeyi amaçlamaktadır. Kamu satışları için Devlet İhale Kanunu yürürlükte olmaya devam etmektedir. Mevcut durumda, Türk pozitif hukukunda özdeş isimli (Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu) iki kanun yürürlükte bulunmaktadır. Yine isminde “ihale” sözcüğü bulunmasına rağmen Kamu İhale Kanununda “pazarlık” ve “doğrudan temin” gibi farklı fiyatlandırma usulleri de düzenlenmektedir ki bunun bir çelişki oluşturduğu ortadadır. Bu çerçevede, Kamu İhale Kanununun isminin Kamu Alımları Kanunu (Public Procurement Law) şeklinde değiştirilmesi uygun olacaktır.⁴⁷

a) 4734 sayılı Kanunun 58’inci Maddesinin Değerlendirilmesi

Yukarıda da belirtildiği üzere 4734 sayılı Kanunun 58’inci maddesinde ihalelere katılmaktan yasaklama konusu düzenlenmektedir. Maddede yapılan düzenlemenin yeterli ve hatasız olduğu savunulamaz.

Bu maddenin 1’inci fıkrasında; Kanunun 17’nci maddesinde belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında; fiil veya davranışlarının özelliğine göre bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı hâlde mücbir sebepler dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar Kamu İhale Kanunundan istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği ifade edilmiş ve fıkranın devamında ihalelerden katılma kararını verecek idari makamlar sayılmıştır. Avrupa Birliği normlarına uyum sağlamak açısından ihalelerden yasaklama kararının sadece idari makamlar tarafından değil, bunun yanında, yargı makamlarının da verebilmesini öngören bir sistemin kabul edilmesi uygun olacaktır. Diğer yandan, fıkrada, “istisna edilenler dahil” şeklinde bir ibareye yer verilmektedir. Kullanılan bu ibare hukuk tekniğine uygun düşmemektedir. İstisna ancak konu bakımından olanaklı olduğu hâlde, ayrıksılık kişi bakımından olanaklı olur. Bu açıdan “istisna edilenler dahil” ibaresi yerine “ayrıksı tutulanlar dahil” ibaresinin kullanılması daha uygun

⁴⁷ Bkz. Emek, a.g.e., s. 4 dip not 2.

olacaktır. Bununla birlikte, fıkrada, “ayrık tutulanlar dahil” ibaresi kullanılsa bile yerinde hareket edilmiş olmazdı. Çünkü, bir kamu kurum veya kuruluşunun Kamu İhale Kanunundan muaf olması, bir başka deyişle Kanunun kapsamı dışına çıkarılması esası benimsendikten sonra, muaf olan kamu kurum veya kuruluşunun yapacağı ihaleler hakkında katılım yasağının uygulanması fıkranın kendi içerisinde bir çelişki taşıdığı somut bir kanıttır.

Öte yandan, maddenin 1’inci fıkrasında ifade edilen; üzerine ihale yapıldığı hâlde mücbir sebep hâlleri dışında usulüne uygun sözleşme yapmayanlar hakkında öngörülen ihaleye katılma yasağı ile bu maddenin 2’nci fıkrasında şirketler açısından öngörülen yasak hakkında, 2886 sayılı Kanunun 84’üncü maddesi değerlendirilirken gerekli açıklamalar yapıldığı için burada ayrıntıya girilmeyecektir. Bir başka deyişle, 2886 sayılı Kanunun 84’üncü maddesi bakımından yapılan değerlendirmeler burada da geçerlidir. Gerçi, 4734 sayılı Kanunun 58’inci maddesinin 2’nci fıkrasında, 2886 sayılı Kanunun 84’üncü maddesinin 2’nci fıkrasından farklı olarak; şahıs şirketleri bakımından ihaleye katılma yasağı kararının nasıl uygulanacağı hakkında bir takım hükümler bulunsa da söz konusu hükümlerin amaca elverişli olduğu düşünülmemektedir. İhaleye katılma yasağı kararının şahıs şirketleri bakımından etkin bir şekilde uygulanmasını sağlayabilmek için; haklarında ihalelere katılma yasağı bulunan gerçek kişilerin yasak döneminde kuracakları şahıs şirketlerinin de ihalelere katılmasını öngören bir sistem getirilmelidir. Ayrıca, 4734 sayılı Kanunun geçmiş olduğu yeni olmasına rağmen, günümüzde şirketlerin ihalelere katılmada en çok benimsediği yöntem olan “iş ortaklıkları” (konsorsiyum, joint venture) hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararının verilmesi bakımından söz konusu Kanunda herhangi bir hükme yer verilmemesinin de eleştirilecek bir husus olduğunu belirtmek gerekir.

Yine bu maddenin 4’üncü fıkrasının ilk tümcesinde ifade edilen; ihalelerden yasaklama kararlarının yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç otuz gün içinde verileceği hükmü de isabetsizdir. Bir kere, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın nasıl saptanacağı belli olmadığı gibi; tespit edilse bile kimi durumlarda, örneğin Kamu İhale Kurulunun aşırı iş yükü veya toplantı yeter sayısına ulaşmaması yüzünden otuz gün içerisinde söz konusu kurulca yasaklama kararı verilemeyebilir. Diğer yandan, Kamu İhale Kurulunun 30 günden sonra verdiği yasaklama kararının geçerli olup olmadığı hakkında fıkrada bir hükme rastlanılmamaktadır ki bu

durumunun hukuki istikrar ve güvenlik ilkelerine aykırılık oluşturacağı açıktır.

b) 4734 sayılı Kanunun 59'uncu Maddesinin Değerlendirilmesi

4734 sayılı Kanunun 59'uncu maddesi, "istekliklerin ceza sorumluluğu" başlığını taşımaktadır. 2886 sayılı Kanunun 85'inci maddesinde; müteahhidin sorumluluğu bakımından yapılan değerlendirmeler ihale isteklilerinin sorumluluğu bakımından da geçerli olduğundan; konu üzerinde durmaktan kaçınılacaktır.

c) 4734 sayılı Kanunun 60'uncü Maddesinin Değerlendirilmesi

4734 sayılı Kanunun 60'uncü maddesi "görevlilerin ceza sorumluluğu" başlığını taşımaktadır. 2886 sayılı Kanunun 85'inci maddesinde kontrol teşkilatı mensupları bakımından yapılan değerlendirmeler ile 86'inci maddesinde görevlilerin sorumluluğu hakkında getirilen eleştiriler burada da geçerli olduğundan 4734 sayılı Kanunun 60'uncü maddesi üzerinde durulmayacaktır.

d) 4734 sayılı Kanunun 61'inci Maddesinin Değerlendirilmesi

4734 sayılı Kanunun 61'inci maddesi "bilgi ve belgeleri açıklama yasağı" başlığını taşımaktadır. Bu maddede yapılan düzenlemeler son derece yetersiz ve eksiktir. Her şeyden önce maddede "gizli kalması gereken bilgi ve belgeler" şeklinde bir ibareye yer verilmektedir ki, bu ibareyle kastedilen hususun ne olduğu belli değildir. Gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin somut bir şekilde gösterilmemesi yüzünden bu ibareyle kastedilen husus, kişilerin keyfi yorumuna bağlı olacaktır gibi zamana ve mekana göre de değişiklikler gösterecektir. Kısacası, bu ibareyle kastedilen hususun anlamı gizli ve kapalı olacaktır. Bu durum ise yolsuzluklarla ve bu arada ihale yolsuzluklarıyla savaşmada en önemli ilkelere birisi olan "saydamlık" ilkesine⁴⁸ aykırılık oluşturacaktır.

⁴⁸ Yolsuzlukla savaşmada saydamlık ilkesinin önemi hakkında bilgi için bkz. Van Duyne, a.g.m., ss. 54-56.

Bilgi ve belgenin açıklanması bağlamında uygulamada karşılaşılan bir ihale yolsuzluğu türünün “bilgi simsarlığı” olduğunu ifade etmek gerekir. Gerçekten de, bilgi simsarları, günümüzde dünyanın her ülkesinde, yaygın bir şekilde, ihale istekli veya isteklileri hakkında örneğin o ihale isteklisinin çalışanlarını ayartarak veya diğer yollarla bilgi toplamakta ve ihale isteklisi diğer rakip firma veya firmalara satmaktadırlar.⁴⁹ Bilgi simsarlığı hakkında maddede bir hüküm bulunmaması, maddenin çağdaş gelişmelerden ne kadar uzak bir şekilde kaleme alındığının somut bir göstergesidir.

4. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi

Bu kısımda, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun öngördüğü idari yaptırımların bir değerlendirmesi yapılacaktır.

a) 4735 sayılı Kanunun 25’inci Maddesinin Değerlendirilmesi

4735 sayılı Kanunun 25’inci maddesinde ihale sözleşmesinin uygulanması sırasında karşılaşılabilecek yasal fiil ve davranışlar sayılmaktadır. 2886 sayılı Kanunun 83’üncü maddesi bakımından yapılan açıklamalar, bu madde bakımından da geçerli olduğundan konu üzerinde durulmayacaktır.

b) 4735 sayılı Kanunun 26’ıncı maddesinin Değerlendirilmesi

4735 sayılı Kanunun 26’ncı maddesinde ihalelere katılmaktan yasaklama konusu düzenlenmektedir. Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama tedbiri, temel olarak 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 84 ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 58’inci maddesinde düzenlenmiş iken, ayrıca bu maddede düzenlenmesi son derece isabetsiz ve gereksiz olmuştur. Bu düzenleme dolayısıyla “kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama” yaptırımının nasıl uygulanacağı konusunda gereksiz karmaşa ve çelişiklerin doğacağı açıktır.

⁴⁹ Van Duyne, a.g.m., s. 31.

Öte yandan, kamu ihale sözleşmelerini düzenleyen bir kanunda, kamu ihalesine katılmaktan yasaklama konusunun düzenlenmesi kanun yapma tekniğine de aykırıdır. Çünkü, kamu ihale sözleşmesini düzenleyen bir kanunda ancak kamu ihale sözleşmelerinin ihlal edilmesi hâlinde uygulanacak yaptırımların düzenlenmesi gerekir.

c) 4735 sayılı Kanununun 27'nci maddesinin Değerlendirilmesi

4735 sayılı Kanununun 27'nci maddesinin başlığı “yüklenicilerin ceza sorumluluğu” ismini taşımaktadır. Ancak maddenin içeriğinde suç teşkil eden davranışta bulunan yükleniciler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunulacağı ifade edilmekte ve mahkeme kararıyla ihalelere katılmaktan yasaklama konusu düzenlenmektedir. Böylelikle, maddenin başlığı ile içeriği arasında bir uyumsuzluk doğmaktadır. Çünkü maddenin başlığı yüklenicinin ceza sorumluluğu ismini taşımasına rağmen maddenin içeriğinde yüklenicinin maruz kalacağı ihalelere katılmaktan yasaklama idari yaptırımı ile yüklenicinin mahkumiyetine bağlı ek bir yaptırım olan sabıkanın müteahhitlik siciline işlenme konusu düzenlenmektedir.

Öte yandan, ismi Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu olan bir kanunda, mahkeme kararıyla verileceği belirtilse bile ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının düzenlenmesi, mevzuat yapma tekniğine de aykırıdır. Gerçekten de, kamu ihale sözleşmeleriyle ilgili bir kanunda sadece kamu ihale sözleşmelerine aykırı hareketlere karşı öngörülen yaptırımlara yer verilmesi gerekir.

4735 sayılı Kanununun 30'ncü maddesinin son tümcesinin yollamasıyla yapım işlerinde yüklenici ve alt yükleniciler hakkında da 27'nci maddenin uygulanacağı belirtilmektedir. 4735 sayılı Kanununun 27'nci maddesine yapılan bu yollamanın yerinde olduğu düşünülmektedir. Bir kere, yüklenicinin “ceza” sorumluluğu 27'nci maddede düzenlenmiş iken ayrıca 30'ncü maddenin son cümlesiyle yükleniciler açısından tekrar 30'ncü maddeye yollama yapılması, Kanundaki özensizliğin somut bir kanıtıdır. Diğer yandan, 4735 sayılı Kanunda “alt yüklenici” diye bir kavrama yer verilmemesine rağmen, 30'uncü maddesinde alt yüklenicinin sorumluluğunun düzenlenmesi vahim bir hata oluşturmuştur. Çünkü, 4735 sayılı Kanununun 16'ncı maddesinde sadece “sözleşmenin devri” konusu düzenlenmektedir. Tandoğan'ın da

isabetli olarak belirttiği üzere; “sözleşmenin devri” ile “yüklenicinin işi alt yükleniciye devri” birbirinden oldukça farklı kavramlardır.⁵⁰ Bu çerçevede, sözleşmeyi devralan kişinin sorumluluğu ile alt yüklenicinin sorumluluğunun birbirinden farklı olması gereği açıktır.

Yine, 4735 sayılı Kanununun 32’inci maddesinin son cümlesinin yollamasıyla, danışmanlık hizmeti sunucuları hakkında 27’nci maddenin uygulanacağını belirten hüküm de kanımızca son derece eksiktir. Kanımızca, 4735 sayılı Kanun, danışmanlık hizmeti sunanlarla mimarları kastetmektedir. Halbuki mimarın sorumluluğu düzenlenirken işin (yapının) sahibi ile mimar arasındaki sözleşmenin türüne göre farklı hükümlerin öngörülmesi gerekirdi. Gerçekten de, Kaplan’ın belirttiği üzere, yapı sahibi ile mimar arasındaki sözleşmeleri, mimarın üstlendiği edimlerden hareket ederek, proje düzenleme sözleşmesi; mesleki denetim hizmetleri sözleşmesi; yapının teknik bakımdan denetimi ve genel yönetimine ilişkin mimarlık sözleşmesi ve son olarak tüm mimarlık hizmetlerinin birlikte üstlenildiği tam mimarlık sözleşmesi olarak dört gruba ayırmak olanaklıdır.⁵¹

Proje düzenleme sözleşmesinde mimar, projenin düzenlenmesine ilişkin edimleri özenle yerine getirmek, mimari projeyi ve buna bağlı olarak hazırlanan yaklaşık yapı maliyetinin hesabını sözleşmede kararlaştırılan zamanda hatasız ve noksansız olarak yapı sahibine teslim etmekle yükümlüdür.⁵² Mesleki denetim ve teknik yönetim hizmetlerine ilişkin mimarlık sözleşmeleriyle mimar, bir sonucun gerçekleşmesini değil, sadece bu hizmetlerin özenle yerine getirilmesini yapı sahibine karşı üstlenmiş bulunmaktadır.⁵³ Buna karşın tam mimarlık sözleşmesiyle mimar, bir yandan eser sözleşmesinin konusuna giren proje düzenleme edimlerini, diğer yandan vekalet sözleşmesinin konusuna giren mesleki kontrol, teknik denetim ve yönetim hizmetlerini birlikte üstlenmiştir.⁵⁴ Dolayısıyla, mimarlık sözleşmesinin türüne göre farklı sorumluluk durumlarının öngörülmesinin büyük bir eksiklik olduğu ortadadır.

Ayrıca, 4735 sayılı Kanununun 33’üncü maddesinin son cümlesinin yollamasıyla; tedarikçiler hakkında 27’nci maddenin uygulanacağını belirten hüküm de kanımızca isabetsizdir. Tedarikçinin sorumluluğu düzenlenirken nasıl ki özel hukukta, malzemeyi kendisi

⁵⁰ Konu hakkında fazla bilgi için bkz. Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: 2, ss. 78-96.

⁵¹ Kaplan, Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, s. 182.

⁵² Kaplan, a.g.e., s. 186.

⁵³ Kaplan, a.g.e., s. 186.

⁵⁴ Kaplan, a.g.e., ss. 186, 187.

tedarik eden yüklenici ile malzemeyi iş sahibinin verdiği durumlarda yüklenicinin özel hukuk yükümlülük ve sorumluluğu farklı koşullara bağlanıyorsa⁵⁵ tedarikçinin kim olduğuna bakılarak idari veya diğer sorumluluk ve yükümlülüğünün de farklı düzenlenmesi gerekirdi. Bu şekilde farklı bir düzenlemenin yapılmayarak tek tip bir tedarikçi sorumluluğu düzenlemesi yapılması büyük bir eksikliklerdir.

Son olarak, 4735 sayılı Kanununun 34'üncü maddesinin son cümlesinin yollamasıyla; hizmet sunucuları hakkında 27'nci maddenin uygulanacağını belirten hüküm de kanımızca son derece isabetsiz ve yersizdir. Hizmet sunucusu; hizmet alım ihalesine teklif veren gerçek veya tüzel kişileri veya bunların oluşturdukları ortak girişimleri⁵⁶ ifade ederken, yüklenici; üzerine ihale yapılan ve sözleşme imzalanan istekliyi⁵⁷ ifade eder. Dolayısıyla, hizmet sunucusu ile yüklenicinin tanımı ve niteliği farklıdır. Bu çerçevede, tanımı ve doğası farklı olan hizmet sunucusu ile yüklenicinin, idari veya diğer türlü sorumluluğunun farklı koşul ve esaslara bağlanması gerekirken bunun yapılmayarak, hizmet sunucusu hakkında da yüklenicinin sorumluluğunu düzenleyen 27'nci maddeye yollama yapılmasının son derece isabetsiz ve yersiz olduğu açıktır.

d) 4735 sayılı Kanununun 28'inci maddesinin Değerlendirilmesi

4735 sayılı Kanununun 28'inci maddesi "görevlilerin ceza sorumluluğu" başlığını taşımaktadır. Maddenin içeriğinde, norm ihlali yapan sayılan görevliler hakkında disiplin cezası uygulanacağı ifade edilmekte ve onlar hakkında ceza verilmesi hâlinde uygulanacak idari yaptırımlar düzenlenmektedir. Görüldüğü üzere maddenin içeriğinde yapılan düzenlemeler, maddenin başlığıyla uyumsuzluk taşımaktadır. Çünkü madde içeriğinde yapılan düzenlemelerle madde başlığı olan görevlilerin ceza sorumluluğu arasında doğrudan bir ilişki bulunmamaktadır.

Diğer yandan, maddede, "ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulduklarının tespiti" şeklinde bir ibareye yer verilmektedir. Yukarı-

⁵⁵ Malzemeyi kendisi veren müteahhidin yükümlülükleri ile malzemenin iş sahibi tarafından verilmesi durumunda müteahhidin yükümlülükleri konusundaki özel hukuk sorumluluğunun farkı konusunda bilgi için bkz. Tandoğan, a.g.e., ss. 101-111.

⁵⁶ Bkz. 4734 sayılı Kanununun 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 5'inci bendi.

⁵⁷ Bkz. 4734 sayılı Kanununun 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 12'nci bendi.

rıda, 2886 sayılı Kanununun 86'ncı maddesinin değerlendirilmesi kısmında da belirtildiği üzere "kusur" ibaresi "ihmalî" de kapsayan geniş bir kavramdır. Bu açıdan hukuk tekniğine uygun davranabilmek açısından ya maddedeki "ihmalde" ibaresinin kaldırılması veya "kusurlu" ibaresi yerine "kasıtlı" ibaresinin kullanılması daha uygun olacaktır.

Yine maddede, sayılan görevlilerin fiil veya davranışlarının özelliğine göre haklarında ceza kovuşturmasının yapılacağı ve hükmolunacak ceza ile birlikte tarafların uğradıkları zarar ve ziyanın genel hükümlere göre kendilerine tazmin ettirileceği şeklinde bir hükme yer verilmektedir ki bu hüküm de bütünüyle hatalıdır. Bu konuda, 2886 sayılı Kanununun 86'ncı maddesi bakımından yapılan değerlendirmeler burada da geçerlidir. Buna ilave olarak, şu hususu da belirtmek gerekir. Hukukta, hukuk ve ceza davalarının birbirinden özerkliği ilkesi bulunmaktadır. Bu çerçevede, cezai mahkumiyeti olmamış bir görevlinin özel hukuk açısından da sorumsuz olduğu her zaman iddia edilemez. Kimi durumlarda kişi cezaya mahkum olmasa bile işlemiş olduğu fiil sonucu tarafları zarar ve ziyana uğratabilir. İşte bu durumlarda görevlinin özel hukuk sorumluluğu söz konusu olur. Halbuki madde hükmü, özel hukuk sorumluluğunu cezai mahkumiyetine bağlamıştır ki, bu durumun açık bir isabetsizlik oluşturduğu ortadadır.

Maddede, 4735 sayılı Kanuna aykırı fiil veya davranışlarından dolayı hüküm giyen idare görevlilerinin, 4735 sayılı Kanunun kapsamına giren işlerde görevlendirilmeyeceği ve ceza görenlerin kamu kurum ve kuruluşlarınca 4735 sayılı Kanun ve ilgili diğer mevzuatın uygulanması ile görevli ve yetkili kadrolara atanamayacağı ve görev alamayacağı belirtilmesi de isabetsiz olmuştur. Bir kere, 4735 sayılı Kanunda hiç bir fiil veya eylem, bağımsız bir şekilde suç hâline getirilememiştir ki 4735 sayılı Kanuna aykırı fiil veya eylemlerinden hüküm giymek söz konusu olabilsin. 4735 sayılı Kanunda cezai sorumluluk açısından sadece Türk Ceza Kanununa yollama yapılmaktadır ki böyle bir durumda Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden davranıştan dolayı hüküm giyecek kişi, 4735 sayılı Kanuna göre mahkum edilmiş olmaz, aksine, Türk Ceza Kanununa göre mahkum edilmiş olur. Dolayısıyla 4735 sayılı Kanuna aykırı fiil veya davranıştan dolayı mahkum olma ve bunun sonucunda bir takım idari yaptırımlar öngörmek, bütünüyle abesle iştigal (= boş veya faydasız işlerle uğraşmak) etmek anlamını taşır. Ayrıca, soyut mahkumiyetin doğurduğu hak kayıplarının sakıncaları hakkında, 2886 sayılı Kanununun 85'inci maddesinde yapılan değerlendirmelerin, burada da geçerli olduğunu ifade etmek gerekir.

Ayrıca, 4735 sayılı Kanununun 31'inci maddesinin son cümlesinin yollamasıyla; yapı denetim görevlileri hakkında 28'nci maddenin uygulanacağını belirten hüküm de kanımızca son derece yersizdir. 4735 sayılı Kanununun 28'inci maddesi bakımından yapılan değerlendirme, yapı denetim görevlileri açısından da geçerli olduğundan konu üzerinde durulmayacaktır.

e) 4735 sayılı Kanununun 29'uncu Maddesinin Değerlendirilmesi

4735 sayılı Kanununun 29'uncu maddesi "bilgi ve belgeleri açıklama yasağı" başlığını taşımaktadır. Konu hakkında 4734 sayılı Kanununun 61'inci maddesi değerlendirilirken gerekli açıklamalar yapıldığı ve söz konusu açıklamalar burada da geçerli olduğu için tekrardan kaçınılacaktır.

SONUÇ

Bu çalışmada da görüldüğü üzere Türk pozitif hukukunda kamu ihalelerinde yolsuzluğa karşı öngörülen gerek cezai gerekse idari yaptırımların neredeyse tümü eksik, hatalı ve yersizdir. Ayrıca, öngörülen söz konusu yaptırımlar, gerek bizatihi kanunun içerisinde, gerekse kanunların kendi aralarında birbiriyle tutarsız, kopuk ve bütüncüllükten uzak bir konumda bulunmaktadır.

Bu açıdan her şeyden önce kamu ihalelerinde yolsuzluğa karşı etkin bir mücadele verilebilmesi için ihale yolsuzluklarının cezai yaptırımlarını düzenleyen; 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235 ve 236'ncı, idari yaptırımlarını düzenleyen; 8.9.2003 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 83, 84, 85, 86'ncı maddeleri ile 87'nci maddesinin son fıkrası, 4.1.2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17, 58, 59, 60 ve 61'inci maddeleri, 5.1.2002 tarih ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25, 26, 27, 28, 29'uncu maddeleri ile 30, 31, 32, 33 ve 34'üncü maddelerinin son cümlelerinin kaldırılarak, yeni bir "İhalelerde Yolsuzluklarla Etkin Savaşım Kanunu" nun çıkartılması gerekir.^{58 59}

⁵⁸ Ayrıca, 2886 ve 4735 sayılı Kanunların kamu ihale sözleşmelerinde yolsuzluğa karşı öngördüğü özel hukuk yaptırımlarının da kanımızca kaldırılması gerekir. Gerçekten de, İdarenin araç-gereç alma, artık gereksinim duymadığı malları satma, taşıma, kiralama ve her çeşit yaptırma konularındaki sözleşmeleri ve hatta bayındırlık işlerine ilişkin sözleşmeleri, idari uygulamalarda ve yerleşik mahkeme kararlarında idari sözleşme sayılmamaktadır. Bu

Bu çalışmada da görüldüğü üzere, ihalelerde yolsuzluk; ihale anından çok daha önce başlayan ve ifanın tamamlanmasına kadar oldukça geniş bir yelpazede görülebilen bir süreçtir. Daha açık bir deyişle, ihalede yolsuzluk durumları; ihaleden önce başlayan siyasi kayırmacılık veya himayecilik, adrese teslim ihale şartname düzenlenmesi veya ön yeterliliğin veya elemenin geçilebilmesi için çıkar sağlanması şeklinde olabildiği gibi yukarıda görüldüğü üzere; ihaleye katılanların danışıklı teklif vermesi şeklinde ihale aşamasında da olabilir. Ayrıca, edimin ifasına fesat karıştırılarak da ihale yolsuzluğunun yapılabilmesi olanaklıdır. İşte, çıkartılması gereken İhalelerde Yolsuzluklarla Etkin mücadele Kanunu tüm bu süreci kapsayacak bir şekilde tasarlanmalı ve her aşamada yapılacak yolsuzluğa karşı etkin şekilde cezai ve idari yaptırımlar öngörmelidir.

Gerek ihale öncesi, gerek ihale aşaması, gerekse edimin ifası aşamasında yapılan yolsuzluklar, aynı zamanda rekabetin ihlal edilmesine de yol açmaktadır. Bu çerçevede, ihale öncesi; örneğin ihale

sözleşmeler idarenin özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul edilmektedir. (Bkz. Günday, İdare Hukuku, s. 92). Kamu ihale sözleşmeleri, özel hukuk sözleşmeleri olduğundan söz konusu sözleşmeler hakkında Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile Devlet İhale Kanununda öngörülen özel hukuk yaptırımlarının kaldırılarak kamu ihale sözleşmelerine aykırı fiil ve eylemlerin özel hukuk yaptırımları konusunda, özel ihale sözleşmelerine aykırı fiil ve eylemler için uygulanan Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekir. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yolsuzluğa öngörülen özel hukuk yaptırımlarının isabetsizliği konusunda bilgi için bkz. Buz, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, ss. 247-351, Devlet İhale Kanununda yolsuzluğa karşı öngörülen özel hukuk yaptırımlarının, özellikle Kanunun 87'nci maddesinin isabetsizliği konusunda bkz. Tandoğan, a.g.e., s. 233. Kamu ihale sözleşmelerinde yolsuzluğa karşı öngörülen özel hukuk yaptırımları konusunda Borçlar Kanununda öngörülen hükümlerin uygulanması gerektiği savında bulunmakla Borçlar Kanunu hükümlerinin yeterli ve doyurucu olduğu düşünülmemelidir. Borçlar Kanununun konu hakkındaki hükümleri yetersiz ve eksiktir. Bilgi için bkz. Tandoğan, a.g.e., ss. 1-354. Borçlar Kanununun konu hakkındaki yetersiz ve eksik hükümlerinin şu anda Türkiye Büyük Millet Meclisi gündeminde bulunan Borçlar Kanunu Tasarısında da giderilemediğini ifade etmek gerekir. Çünkü, konu hakkındaki Borçlar Kanunu Tasarısı hükümleri ile Borçlar Kanunu hükümleri arasında büyük bir benzerlik bulunmaktadır.

⁵⁹ Kimileri, kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmeleri olduğu savıyla Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun ihale sözleşmesinin imzalanmasından sonra oluşan hukuka aykırılıklara cezai ve/veya idari yaptırımlar öngörmesinin doğru olmadığını savlamaktadırlar. Kanımızca bu savda iki nedenden dolayı isabet yoktur. İlk olarak, biz sadece kamu ihalelerinde yapılan yolsuzluğa karşı değil, özel ihalelerde yapılan yolsuzluğa karşı da cezai ve/veya idari yaptırımların getirilmesini savunmaktayız. İkinci olarak, Günday'ın belirttiği gibi İdarenin bu sözleşmelerinin özel hukuka tabi olduğu kabul edilmekle birlikte, idarenin sözleşme yapma yetkisi belirli ölçüde kısıtlanmış ve İdarenin bu sözleşmeleri belirli usullere tabi tutulmuştur. Bu kısıtlama ve usuller dolayısıyla İdare, özel hukuk sözleşmelerinde sözleşmeciyi ve sözleşme konusunu tamamen serbest biçimde seçme ve belirleme olanağına sahip değildir. Bir başka deyişle, İdarenin özel hukuka tabi sayılan sözleşmeleri de belirli ölçüde kamu hukuku kurallarına tabi tutulmuştur. Bunun nedeni, İdarenin özel hukuk sözleşmelerinde de kamu parasının ve kamu yararının söz konusu olmasıdır (Bkz. Günday, a.g.e., s. 92).

şartnamesi hazırlanırken yapılacak bir yolsuzluk veya yukarıda anlatılan ihale aşamasındaki danışıklı teklif hâlleri olan tekliflerin sınırlandırılması, tamamlayıcı ve dönüşümlü teklif durumları ile edimin ifası aşamasında yapılacak yolsuzluklar, hem suç olarak kabul edilmeli hem de rekabeti ihlâl etmesinden dolayı rekabet ihlâli olarak değerlendirilmelidir. Bundan başka, ihale aşamasında görülebilen yıkıcı fiyatlandırma (predatory pricing) ise salt rekabet ihlâli olarak değerlendirilmelidir. Rekabet ihlâlinin bulunduğu durumlarda ise Rekabet Kuruluna soruşturma ve yaptırım uygulama yetkisi verilmelidir.⁶⁰ Bu doğrultuda, çıkartılması gereken İhalelerde Yolsuzluklarla Etkin Mücadele Kanununda bu düzenlemelere yer verilmesinin, ihale yolsuzluğunun önlenmesi bakımından yaşamsal bir önem taşıdığı unutulmamalıdır.

Çıkartılması gereken İhalelerde Yolsuzluklarla Etkin Savaşım Kanununda yalnızca kamu ihalelerinde yapılan yolsuzluklara karşı yaptırım öngörülmesi yoluna gidilmemeli, bunun yanında, özel ihalelerde yapılan yolsuzluklara karşı da yaptırım öngörülmesi yoluna gidilmesi gerekir. Hatta daha da ileri giderek, kamu veya özel ihalelerde yapılan yolsuzlukların aynı cezai ve idari yaptırımlara tabi tutulması gerekir.

Kamu veya özel ihalelerde yapılan yolsuzluğun aynı cezai ve idari yaptırımlara tabi tutulmasının haklılığına, suçun hukuki konusu ve suçta zarar kavramlarının incelenmesi sonucu ulaşabilmek de kanımızca olanaklıdır. Gerçekten de, suçun hukuki konusu; suç tarafından ihlal edilen hukuki varlık veya menfaattir. Suç tarafından ihlal edilen varlık veya menfaatler bireylere, topluma veya devlete ait olabilir; bir başka deyişle, bunlar bireysel, toplumsal veya kamusal nitelik taşıyabilir.⁶¹ Gerçekten de, kamu ihalelerinde yapılan yolsuzluklar, ister kamu görevlisi isterse ihaleye girenler tarafından yapılsın bireye, topluma ve devlete ait hukuki varlık veya menfaatleri ihlâl etmektedir.⁶² Tıpkı kamu ihalelerinde olduğu gibi özel ihalelerde yapılan yolsuzlukların da aşağıda suçta zarar kavramı anlatılırken bahsedileceği üzere bireye, topluma ve devlete ait varlık veya menfaatleri ihlâl ettiği kuşkusuzdur.

Bir suçta daima iki türlü zarar bulunur. Bunlardan birisi, sosyal zarardır. Bu zarar, fiil ile devletin menfaatleri arasındaki çatışmada yer alır. Daha açık bir deyişle, devlet, bazı fiilleri, toplumun

⁶⁰ Yıkıcı fiyatlandırma kavramı ile ihale öncesi veya ihale aşamasında rekabetin nasıl sağlanabileceği konusunda bilgi için bkz. Emek, a.g.e., ss. 40-54.

⁶¹ Bkz. Toroslu, Ceza Hukuku, s. 48.

⁶² Karş. Obreja ve diğerleri, a.g.e., s. 9.

korunması veya gelişmesi yönünden engel olarak gördüğü için ceza tehdidi ile yasaklar. Suçta bulunan ikinci zarar türü ise, doğrudan zarardır. Daha somut bir deyişle, bu zarar, hukuken korunan varlık veya menfaatin ihlâlinden oluşur. Suç tarafından yapılan ihlâl, korunan varlık veya menfaatin tamamen veya kısmen zarara uğramasına veya sadece tehdit edilmesine, yani gerçek veya gizilgüç (potansiyel) bir zararın gerçekleşmesine göre iki şekilde ortaya çıkar: Bunlar, zarar verme veya tehlikeye koymadır.⁶³

Devlet, kamu ihalelerinde yolsuzluğu toplumun korunması ve gelişmesi açısından bir engel olarak gördüğü, kısacası, kamu ihalelerinde yolsuzluktan sosyal zarar doğduğu inancıyla yasakladığına göre özel ihalelerde yolsuzluğu da toplumun korunması veya gelişmesi açısından engel olarak görüp yasaklamalıdır. Çünkü, özel ihalelerdeki yolsuzluğun da toplumun korunması ve gelişmesi açısından büyük bir engel oluşturduğu ve söz konusu yolsuzluktan sosyal zarar doğduğu açıktır.

Özel ihalelerde yolsuzluğun doğrudan zarar kavramına bakılarak da yasaklanması gerektiği sonucuna ulaşmak kolaydır. Gerçekten de, Fernandez'in da ifade ettiği gibi kamu ihalelerinde yolsuzluk günümüzde kabuk değiştirmiş, bütün kamu kurum ve kuruluşlarını etkisi altına almış, katlanma sınırını aşmış ve devlet bütçesini sistematik olarak tahrip etmiştir. Fernandez, bundan başka, kamu ihalelerinde yapılan yolsuzluğun, ihaleye konu işlerin fiyatını şişirdiğini, kalitesini düşürdüğünü ve ekonomik olmayan veya bütünüyle gereksiz olan işlerin ihale edilmesine yol açarak zarara yol açtığını ifade etmektedir. Hatta yazar, bundan daha da vahim olarak, kamu ihalelerinde yolsuzluğun toplumun ahlak duygularında bir erozyona neden olduğunu, yurttaşların kamu hizmetlerine ve demokratik kurumlara karşı güveninin kaybolmasına yol açtığını haklı olarak ifade etmiştir.⁶⁴ Kamu ihalelerinde yapılan yolsuzluğun fiyatları ne kadar şişireceği sorusunu Strombon yanıtlamıştır. Yazara göre, kamu ihalesinde yolsuzluğun olduğu durumlarda ihaleye konu işlerin fiyatı, yolsuzluğun olmadığı durumlara göre yaygın olarak %20 ila %30 arasında, bazı durumlarda ise daha fazla olarak şişirilmektedir.⁶⁵ Özel ihalelerde yapılan yolsuzluk da doğrudan zarara yol açmaktadır. Çünkü söz konusu yolsuzluk sonucu ihale konusu işlerin fiyatları şişmekte, kalitesi düşmekte ve bundan daha da vahimi olarak

⁶³ Toroslu, Ceza Hukuku, ss. 46, 47.

⁶⁴ Obreja ve diğerleri, s. 6, 9 özellikle dip not 6 ve 9.

⁶⁵ Fazla bilgi için bkz. Strombon, a.g.m., s. 2 vd.

toplumun ahlaki duygularında ve insanların birbirine olan güvenini sarsılmakta hatta yok olmaktadır. Böyle bir durumun toplumsal yaşam açısından ne kadar büyük bir zarar ve tehlike doğurduğu ortadadır.

Bu çalışmayı bitirirken son olarak (ancak önem açısından son değil) bir hususun belirtilmesi uygun olacaktır. İhalelerde yolsuzluğa karşı etkin bir mücadele verilebilmesi için önerimiz olan İhalelerde Yolsuzluklarla Etkin Mücadele Kanununun çıkartılması tek başına yeterli değildir. Bunun yanında, kanımızca, çıkartılması gerekli olan Kanunun uygulamasının da başarılı bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. Bu çerçevede, yolsuzluk olaylarına karşı sürekli gözetim ile yaptırımların sıkı bir şekilde uygulanmasının, ihale yolsuzluğu olaylarını etkili bir şekilde caydırdığını ifade etmek gerekir. Bu amaçla, yargıç ve savcılarının görevlerini yerine getirirken tam bir şekilde bağımsızlığı ve tarafsızlığını sağlayacak düzeneklerin oluşturulması, yargıç ve savcılarının bu türdeki suçlarla etkin bir mücadele verebilmesini sağlayabilecek şekilde yeterli bilgi, araç ve kaynaklara sahip olmasının ihale yolsuzluğunu önlemek bakımından yaşamsal bir önem taşıdığını belirtmek gerekir.⁶⁶ Bu açıdan, İhalelerde Yolsuzluklarla Etkin Savaşım Kanunu çıkartılıp başarılı bir şekilde uygulanmalıdır, aksi takdirde, ihale yolsuzluklarıyla etkin bir savaşım verebilmek ham bir hayal olmaktan öteye geçemeyecektir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Buz, Vedat. Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

Demirağ, Fahrettin. Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu, Türkiye Barolar Birliği, 2. Baskı, Ankara, 2007.

Dursun, Hasan. Yolsuzluğun Ticaret ve Rekabet Üzerine Olumsuz Etkileri ve Bu Duruma Karşı Alınması Gereken Önlemler in 2004 Türkiye İktisat Kongresi Kamuda İyi Yönetişim Tebliğ Metinleri 10, İzmir, 2004.

Emek, Uğur. Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması, DPT Yayınları Yayın No: 2659, Ankara, 2002.

Günday, Metin. İdare Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2003.

⁶⁶ Obreja ve diğerleri, a.g.e., s. 13.

Kamu-İş; C:10, S:1/2008

- Kaplan, İbrahim. Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, AÜSBFY: 520, Ankara, 1983.
- Karahasan Reşit Mustafa. İnşaat İmar İhale Hukuku Cilt 3, Beta Yayınları, İstanbul, 1997.
- Obreja Efim, Gasca Viorelia ve Potirniche Teodor. Public Procurement and Public Ethics: a focus on fighting corruption, Transparency International-Moldova, 2002.
- Mitchell, William A ve Page Justin, Turkish homeowners demand an end to earthquake devastation in 2005 Global Corruption Report, Transparency International (TI), Berlin (http://www.globalcorruptionreport.org/gcr2005/download/english/costs_of_%20corruption.pdf).
- Münir, Metin. Turkey: Corruption Notebook, 2004 Country Report, Golabal Integrity (<http://www.globalintegrity.org/reports/2004/2004/country8683.html?cc=tr&act=noteb...>, Erişim Tarihi, 1.2.2008).
- Strombon, Donald. Corruption in Procurement. Economic Perspectives. USIA Electronic Journal, Vol.3, No.5, November 1998 (<http://usinfo.state.gov/journals/ites/1198/ijeec/strombon.htm>, Erişim Tarihi, 1.2.2008).
- Tandoğan, Haluk. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: 2, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları Nu: 202, Olgaç Matbaası, Ankara, 1987.
- Toroslu, Nevzat. Ceza Hukuku, Savaş Yayınları, İkinci Baskı, Ankara, 1991.
- . Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 1991.
- Van Duyne C. Petrus. Combatting Corruption: Acts and Attitudes in Five Issues in European Criminal Justice, HEUNI, Helsinki, 1999.
- Yılmaz, Ejder. Hukuk Sözlüğü, 2 nci Baskı, Yorum Yayıncılık, Ankara, 1982.