Sosyal Bilimler Dergisi / The Journal of Social Sciences

Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 47, Ağustos 2020, s. 547-571

ISSN: 2149-0821 Doi Number: <http://dx.doi.org/10.29228/SOBIDER.45798>

Ömer Tuğrul ZOR

Kamu İhale Uzmanı Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi Doktora Öğrencisi,
omerzor@hotmail.com

TİCARET ŞİRKETLERİNDEKİ YAPISAL DEĞİŞİMLERİN KAMU İHALELERİNE KATILMAKTAN YASAKLAMA KARARLARI ÜZERİNE ETKİSİ

Özet

Ticaret şirketlerinde birleşme, bölünme ve tür değiştirme olarak belirtilebilecek yapısal değişikliklerin veya yeniden yapılanmaların, şirketler hakkında verilmiş olan idari yaptırım niteliğindeki kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararlarına ne şekilde etki edeceğine ilişkin düzenlemelere gerek Kamu İhale Kanunu (KİK) gerekse Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda (KİSK) yer verilmemiştir. Açık düzenleme olmaması nedeniyle idari yaptırım hukukuna egemen olan ceza hukuku ilkelerinden özellikle kanunilik ve şahsilik ilkelerine başvurulması gerekmektedir. Öte yandan, ticaret şirketlerinin yapısal değişikliklerinin/yeniden yapılanmalarının, şirketler hakkında verilmiş olan katılma yasağı yaptırımından kaçmak için kullanılması durumunda, KİK m. 11'de yer alan hüküm de başvurulabilecek başka bir düzenlemedir.

Anahtar kelimeler: Ticaret şirketleri, yapısal değişiklikler, birleşme, bölünme, tür değiştirme, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı, idari yaptırım, ceza hukuku ilkeleri.

THE IMPACT OF STRUCTURAL CHANGES IN TRADE COMPANIES ON DECISIONS OF BLACKLISTING IN PUBLIC PROCUREMENTS

Abstract

There is no rule in either the Public Procurement Law (referred to as PPL) or the Public Procurement Contracts Law (PPCL) on how structural changes such as merger, division and type change in trade companies, will affect the decision of blacklisting in public procurements which is also an administrative sanction. Therefore, due to the lack of clear regulations, the principles of criminal law such as legality and personality of crimes, dominating administrative sanction law should be used. On the other hand, if structural changes of trading companies are used to avoid the blacklisting, the article 11 of the PPL shall also be applied.

Keywords: Trade companies, structural changes, merger, division, type change, decision of blacklisting, administrative sanctions, criminal law principles.

GİRİŞ

İhtiyaçların hızla artması ve çeşitlenmesine koşut olarak ekonomik koşullar da hızla değişime uğramaktadır. Bu hızlı değişimin, ticari hayatın önemli aktörlerinden olan ticaret şirketlerini etkilememesi düşünülemez. Ekonomik koşullarda meydana gelen değişim, ticaret şirketlerine de yansımakta ve yapısal değişimleri beraberinde getirebilmektedir. Bu yapısal değişiklikler kapsamında, şirketlerin kimi zaman farklı şirketlerle güç birliği yaparak büyümeleri, kimi zaman belirli alanlara faaliyetlerini yönleltmeleri için küçülmeleri kimi zaman da kanunların bazı şirket türleri için öngördüğü kolaylıklardan faydalanabilmek için nev'i değiştirmeleri söz konusu olmaktadır.

Bu yapısal değişikliklerin, şirketlerin hak ve borçları ile bu kapsamda olmak üzere daha önce haklarında verilmiş olan cezaları da etkilemektedir. Bu çalışmamızda, KİK ve KİSK uyarınca verilmiş olan idarelerce verilen kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararlarının (yasaklama kararı), şirketlerdeki yapısal değişikliklerden ne surette etkilendiği izah edilmeye çalışılacaktır¹.

I. Ticaret Şirketlerinde Yapısal Değişiklikler

TTK'da düzenlenen şirketler, ticaret şirketleridir. Bu şirketler, TTK m. 124 uyarınca kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibarettir. Şirketlerde yapısal değişiklikler ile TTK'da öngörülen şirketlerin birleşmesi, bölünmesi ve nev'i (tür) değiştirmesi kastedilmektedir. Ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 134 ila 194'üncü maddelerinde düzenlenmiştir². Bahsedilen

¹ Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararları, KİK ve KİSK uyarınca sadece idarelerce değil aynı zamanda mahkemelerce de verilebilmektedir. Ancak çalışmamızda idarelerce verilen yasaklama kararları ve şirketlerdeki yapısal değişikliklerin idari yasaklama kararları üzerine etkileri ile sınırlı bir inceleme yapılmıştır.

² Bu yasal düzenlemelerin ana kaynağını, son olarak 2009/109/AB sayılı Direktif ile değiştirilen 09.10.1978 tarih ve 78/855 sayılı AET'nin anonim ortaklıkların birleşmelerine ilişkin 3. Direktifi ile İsviçre'nin 2003 tarihli Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devrine İlişkin Federal Kanunu (Fransızca orijinal adı "Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine" dir) oluşturmaktadır (Reha Proy, Ünal Tekinap ve Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, Güncelleştirilmiş (İstanbul: 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2014) s.98-99.

düzenlemeler, TTK m. 134/I uyarınca münhasıran ticaret şirketlerine ilişkin olduğundan, adi şirketlerdeki yapısal değişiklikler bakımından uygulanmaz. Ancak TTK m. 194 uyarınca (adi şirket şeklinde işletilen) bir ticari işletmenin, ticaret şirketiyle birleşmesi veya ticaret şirketine dönüşmesi ile ilgili olarak TTK'nın ilgili bazı hükümleri kıyasen uygulanabilecektir³.

A. Şirket Birleşmeleri

Şirketlerin mevcut iktisadi yapısı bazen amaçlanan işlerin yerine getirilmesi için yeterli büyüklüğe sahip olmayabilir. Örneğin, KİK uyarınca yapılacak ihalelerde, ihaleye katılacak gerçek veya tüzel kişilerin belirli bir ölçüde iş hacmine sahip olmaları aranır. Ancak bu hacme sahip olan şirketlerin teklifleri, geçerli teklif kabul edilebilir ve ihale konusu işi yerine getirebilirler. Tek başına bu iş hacmine sahip olmayan şirketler, başka şirketlerle birleşme suretiyle ihaleye teklif vermeye yeterli şirketler haline dönüşebilirler. Dolayısıyla yerine getirilmesi amaçlanan ticari faaliyetin şirketlerin mevcut durumları ile yerine getirilemediği durumlarda şirketler birleşme yolunu tercih edebilmektedirler. Şirket birleşmeleri, TTK m. 136 ila 158'inci maddelerinde düzenlenmiş olan bir hukuki müessesedir.

Uygulamada sıklıkla rastlanan yapısal değişiklik veya yeniden yapılanma yöntemi, şirket birleşmeleridir. Birleşme daha ziyade rekabet gücünün artırılması gibi iktisadi bir amaçla gerçekleştirilir. Özellikle Sanayi Devriminden sonra hızla büyüyen aynı zamanda bir bütün olma yolunda giden piyasalarda pazar payının artırılması ve sektöre egemen olunması ve nihai olarak kazancın artırılması amacıyla cazip hale gelmiştir⁴. Ancak birleşme hangi amaçla gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinde birleşme hakkında yer alan sınırlamalara da riayet edilmesi gereklidir⁵.

Şirket birleşmelerine ilişkin bir tanıma TTK kapsamında ulaşılması mümkün değildir⁶. Doktrinde ise farklı tanımlar yapılmaktadır. Bir tanıma göre, bir sözleşme kapsamında, bir veya daha çok ticaret ortaklığının malvarlıklarını tasfiye etmeksizin mevcut veya yeni kurulan bir ticaret ortaklık tarafından devralınması ve devralınan malvarlığı karşılığında devralan ortaklığına ait payların, bir değiş tokuş ölçüsüne göre devrolunan ortaklıkların ortakları tarafından kendiliğinden iktisap edilmesi suretiyle devralan ortaklığın ortakları olması ticaret şirketlerinin birleşmesidir⁷. Başka bir tanıma göre, birleşme ortaklık oranları bahis konusu edilmeksizin, birden fazla şirketin, akdolunan birleşme sözleşmesine istinaden, birleşmeye katılan bir şirket bünyesinde veya yeni kurulan bir şirket bünyesinde bir araya gelmeleri, yeni kurulan veya bünyesinde birleşilen şirket dışında kalan şirket ya da şirketlerin tasfiyesiz olarak sona ermesi ile sonuçlanan hukuki müessesedir⁸.

³ Kürşat Göktürk, "Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar", Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL'a Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, S.1-2 (2013), s.633.

⁴ Mutlu Kağıtçıoğlu, Anonim Şirketlerde Kısmi Bölünme (İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2012), s.1.

⁵ Göktürk, s.636.

⁶ Hatta 28.12.2013 tarih ve 28865 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve doğrudan birleşme ve bölünmeleri konu edinen Sermaye Piyasası Kurulu Birleşme ve Bölünme Tebliği'nde de birleşme tanımına yer verilmemiştir.

⁷ Poroy, Tekinap ve Çamoğlu, s.99.

⁸ Göktürk, s.635.

1. Unsurları

Yapılan tanımlardan ve TTK'nın yukarıda anılan maddelerinden birleşmenin unsurlarına ulaşılması mümkündür. Bu unsurlardan ilki birleşme sözleşmesinin mevcudiyetidir. İradi bir işlem olan birleşme için birleşmeye katılan şirketlerin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile birleşme sözleşmesi akdedilir. TTK m. 145'e göre birleşme sözleşmesi yazılı yapılmalıdır. Kanununda öngörülen bu şekil şartı, geçerlilik şartıdır ve Kanunkoyucu adi yazılı şekil şartını yeterli görmüştür⁹.

Birleşmenin diğer unsuru, birden fazla şirketin mevcudiyetidir. Tabiatı gereği tek bir şirketin kendisi ile birleşmesi düşünülemez. TTK m. 136/II uyarınca birleşmeyi kabul eden şirket “devralan şirket”; katılan şirket ise “devrolunan şirket” olarak adlandırılır. Devrolunan şirketlerin malvarlıkları küll olarak devralan şirkete geçer ve devrolunan şirket(ler)in ortakları, devrolan malvarlığı nedeniyle devredilen ve yeni kurulan şirkette belirli bir değiş tokuş ölçüsüne göre hesaplanacak ortaklık hakkı iktisap ederler. Son unsur olarak, devrolunan şirket(ler) birleşmenin gerçekleşmesi ile tasfiye edilmeksizin infisah eder.

2. Türleri

TTK'ya göre iki tür şirket birleşmesi söz konusu olabilir. TTK m. 136'ya göre; birleşme, bir şirketin diğer bir şirketi devralmak suretiyle “yutma”sı şeklinde olabileceği gibi, birleşmeye katılan şirketlerin yeni bir şirket kurmak suretiyle “yeni kuruluş” biçiminde de olabilir¹⁰. Geçerli birleşmeler TTK m. 137'de sermaye, şahıs şirketleri ile kooperatifler arasında gösterilmiştir. Bu maddeye göre sermaye şirketleri; başka sermaye şirketleri, kooperatifler ve devralan şirket olmaları şartıyla, kollektif ve komandit şirketlerle birleşebilir; şahıs şirketleri, başka şahıs şirketleri, devrolunan şirket olmaları şartıyla, sermaye şirketleri ve kooperatiflerle birleşebilir; kooperatifler ise, diğer kooperatiflerle, sermaye şirketleriyle ve devralan şirket olmaları şartıyla, şahıs şirketleriyle birleşebilirler.

Devralma şeklinde birleşme, bir veya birden fazla ticaret şirketinin diğer bir ticaret şirketine tüm malvarlığı ile katılması veya onlar tarafından devralınmasıdır¹¹. Buna mukabil yeni kuruluş şeklinde birleşme, birleşen ticaret şirketlerinin mevcut olan bir ticaret şirketinin bünyesinde değil de sadece birleşme maksadıyla kurulmuş bulunan yeni bir ticaret şirketinin içinde birleşmeleri yani malvarlıkları itibarıyla kaynaşıp bütünleşmelerini ifade etmektedir¹². Başka bir ifadeyle birleşme, mevcut şirketlerden biri bünyesinde gerçekleşiyorsa, bu şirketin diğer şirketi devralması suretiyle gerçekleşen devralma şeklinde birleşme; birleşme mevcut şirketler dışında kurulan yeni bir şirket bünyesinde gerçekleşiyorsa, yeni kuruluş şeklinde birleşme söz konusu olur¹³.

⁹ Fena İpek Kayalı, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014) s.150.

¹⁰ İbrahim Kaplan, “İsviçre Birleşme Kanunu (FusG) İle TTK'da Düzenlenmiş Bulunan Şirketlerin Birleşme, Bölünme ve Devri Sözleşmeleri”, *TBB Dergisi* S:146, (2020), s. 315.

¹¹ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukukunun Genel Esasları*, (Ankara: Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015), s. 71.

¹² Poroy, Tekinap ve Çamoğlu, s. 102.

¹³ Göktürk, s. 636.

3. Hüküm ve Sonuçları

Birleşme ticaret siciline tescil ile geçerlilik kazanmaktadır¹⁴. Dolayısıyla şirket birleşmesi, hüküm ve sonuçlarını birleşmenin ticaret siciline tescili ile doğurmaya başlar. Birleşmelerin en belirleyici hükmü, devredilen veya yeni kuruluş bünyesinde birleşen şirketlerin hak ve borçlarının külli halefiyet yoluyla devralan mevcut veya yeni kurulan şirkete devredilmesidir¹⁵. Mal varlığının bir kül olarak geçmesinin sonucu olarak, devralan şirket, devrolunanın sadece mal ve haklarının sahibi olmaz ayrıca borçlarından da sorumlu olur ve durumun devralan tarafından bilinip bilinmemesinin neticeye sirayeti yoktur. Ayrıca, intikal kanun gereği gerçekleştiğinden, münferit tasarruf işlemlerinin yapılmasına da gerek yoktur¹⁶.

Bir diğer husus, devir suretiyle birleşmede, devir karşılığında devrolunan şirketin ortaklarının, devralan şirkette veya yeni kuruluş şeklinde birleşmede ise birleşen şirketlerin ortaklarının yeni kurulan şirkette belli bir değişim oranı dâhilinde pay sahibi olmalarıdır¹⁷. Devir yoluyla birleşmede, devralan şirket devrolunan şirketin ortaklarının haklarının korunması maksadıyla sermayesini gerekli olan düzeyde artırmak zorundadır. Zira devrolunan şirketin ortaklarına verilecek ortaklık payları sermaye artırımı yapılması ile karşılanır¹⁸. Şirket birleşmesi ticaret siciline tescil edildiği anda, ortaklık haklarına kanun hükmü uyarınca kendiliğinden sahip olunur.

Son olarak, devir suretiyle birleşmede devrolunan şirketler; yeni kuruluş şeklinde birleşmede ise birleşen şirketler, şirket varlıklarının paraya çevrilmesi, alacaklarının tahsil edilmesi ve borçlarının ödenmesi sonucunda, varsa kalanın ortaklara tasfiye kârı olarak aktarılması süreci olarak tanımlanan tasfiye süreci¹⁹ olmaksızın infisah ederek ticaret sicilinden silinirler.

B. Şirket Bölünmeleri

Ekonomik koşullardaki değişim ve ticari hayatın hızlı döngüsüne adapte olabilmek her zaman şirketlerin birleşerek büyümesini değil kimi zaman büyüklüğün getirdiği hantallıktan kurtulmayı ve belirli alanlara odaklanarak o alanlarda uzmanlaşmayı gerektirmektedir. Nitekim bölünmenin amacı da büyük şirketlerin hantal yapılarından kurtarılıp gelişen ekonomik

¹⁴ TTK'dan önce yürürlükte bulunan 6762 sayılı eTTK'da ticaret siciline tescilinden itibaren alacaklılara üç aylık itiraz süresi verilmişti. Bu sürenin geçmesi ile birleşme hüküm ve sonuç doğurmaktaydı. Hak düşürücü bu sürenin geçmesi ile alacaklılar herhangi bir itirazda bulunmazlar ise birleşme işlemi kesinleşmekteydi. Detaylı bilgi için bkz. İpek Kayalı, s. 309 vd. TTK'da itiraz hakkı yerine sadece alacaklıların haklarının haleldar olmaması için teminat gösterilmesi öngörülmüştür (TTK m. 157/I).

¹⁵ Poroy, Tekinap ve Çamoğlu, s. 107; Pulaşlı, s. 71; Göktürk, s. 636.

¹⁶ Göktürk, s. 659.

¹⁷ Pay sahipliğinin devamı ilkesinin istisnasını TTK m. 141 oluşturmaktadır. TTK m. 141/I' e göre birleşmeye katılan şirketlerin ortaklarına birleşme sözleşmesiyle pay ve ortaklık haklarının iktisabı ile iktisap olunacak şirket paylarının gerçek değerine denk gelen bir ayrılma akçesi arasında seçim yapma hakkı tanınabileceği gibi m. 141/II uyarınca birleşmeye katılan şirketler birleşme sözleşmesinde, sadece ayrılma akçesinin verilmesini öngörebilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bilge Develi, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi", Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL' a Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, S. 1-2, (2013), s. 443 vd.

¹⁸ İpek Kayalı, s. 18.

¹⁹ Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, (İstanbul: 7. Baskı, Beta Basım, 2012), s. 294; aktaran Erkan Aydın, "Kurumlar Vergisi Kanunu Açısından Sermaye Şirketlerinde Tam Bölünme", Marmara Üniversitesi İ.İ.B. Dergisi, C: XXXVI, S.II, (2014), s.76. Tasfiye, gerek ortaklar arasında gerekse dış ilişkideki hukuki ve mali bağların çözülmesi için yapılması gereken işlemlerin tümünü kapsamaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Poroy, Tekinap ve Çamoğlu, s. 245.

koşullara uygun hale getirilmesi, üretim, dağıtım ve pazarlama gibi faaliyetlerin ayrı şirketler bünyesinde örgütlenmesi ve böylece verimliliklerinin artırılmasının sağlanmasıdır²⁰.

TTK'da bölünmenin tanımı yapılmamıştır ancak doktrinde çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bir tanıma göre bölünme, bir şirketin malvarlığını ve yükümlülüklerini tamamen veya kısmen ayırarak tasfiyesiz olarak ve kısmi halefiyet yoluyla yeni kurulan veya mevcut bir sermaye şirketine veya kooperatife devretmesi ve devrin karşılığında devralan şirketin paylarının bölünen şirketin ortaklarına tahsis edilmesidir²¹. Başka bir tanım ise şu şekildedir: Bölünme, bir ortaklığın malvarlığının tümünün veya bir kısmının ya da bazı kısımlarının o ortaklıktan ayrılarak bir bütün halinde mevcut veya kurulacak bir ortaklığa yahut ortaklıklara devredilip karşılığında devralan mevcut veya yeni ortaklıkların paylarını, bölünen ortaklığın ortaklarının veya bizzat ortaklığın kendisinin iktisap etmesidir²². Son olarak başka bir tanıma göre bölünme, ticaret şirketlerinin, yoğunlaşma meydana getiren yollardan biri niteliğinde olan birleşmeye karşılık, işletme yapısı ve malvarlığının parçalanması suretiyle meydana getirilen küçülme şeklidir²³.

1. Unsurları

Bölünmenin geçerli olabilmesi için bölünme işlemlerinin yapılması gerekir. Temel bölünme işlemleri TTK m. 166'da bölünme sözleşmesi ve bölünme planı olarak belirtilmiştir²⁴. Bölünen malvarlığı parçası mevcut şirket(ler)e devredilecekse, bu şirketler ile bölünen şirket arasında bölünme sözleşmesinin yapılması (TTK m. 166/I); yeni kurulacak bir şirkete bölünme söz konusu olacaksa, bölünme planının yapılması gerekmektedir (TTK m. 166/II).

Bölünmenin gerçekleşebilmesi için önce şirket malvarlığının parçalara ayrılması ve daha sonra parçalara ayrılan malvarlığının tam bölünmede bütün parçaları itibariyle, kısmi bölünmede ise parçaların bir kısmı itibariyle mevcut veya yeni kurulan şirketlere devredilmesi başka bir ifadeyle bölünen şirketlerin malvarlıklarının bütünü veya bir kısmı itibariyle mevcut veya yeni kurulan şirketlerin malvarlıkları ile birleşmesi gerekmektedir. Birleşmede tek bir devralan şirket varken bölünmede en az iki devralan şirket bulunmaktadır.²⁵ Ayrıca bölünmede, birleşmede geçerli olan külli halefiyet yerine kısmi halefiyet söz konusudur. Bölünmenin hukuki açıdan geçerli olması ile birlikte, bölünme ürününe (bölünmeye konusu malvarlığı) bağlı tüm hak ve borçlar ipso iure devralan şirkete ya da kooperatife geçer ve bu, maddi olarak sınırlı bir külli halefiyettir.²⁶

Bölünmede, birleşmeye benzer şekilde, ortaklık pay ve haklarının korunması söz konusudur²⁷. Ayrıca, tam bölünme durumunda, bölünen şirketin malvarlığı birden fazla mevcut veya yeni kurulan şirkete devredilmekte ve bölünen şirket tasfiyesiz infisah etmekte buna

²⁰ Aydın, s. 72.

²¹ Pulaşlı, s. 104.

²² Poroy, Tekinap ve Çamoğlu, s. 145.

²³ Hamdi Yasaman, "Şirketlerin Birleşmesi ve Bölünmeleri", Bilgi Topluluğunda Ünal Tekinalp'e Armağan, C.I, İstanbul, Beta Basım, (2003), s. 703.

²⁴ Muhakkak ki, bu işlemler dışında bölünmede yerine getirilmesi gereken usuli işlemler vardır ancak bölünme için temel olan işlemler bölünme sözleşmesi ve bölünme planıdır.

²⁵ İpekel Kayalı, s. 28.

²⁶ Pulaşlı, s. 105.

²⁷ Poroy, Tekinap ve Çamoğlu, s. 153.

karşılık, kısmi bölünmede, bölünen şirket infisah etmeksizin hukuki varlığını devam ettirmektedir.

2. Türleri

Şirket birleşmelerinden farklı olarak şirket bölünmeleri farklı tasniflere tabi tutulabilir. Bu çerçevede, bir ticaret şirketinin malvarlığının tamamının mevcut veya yeni kurulacak en az iki ortaklığa devretmek suretiyle hukuken sona erdiği ve dolayısıyla paylarının da ortadan kalktığı bölünme tipine tam bölünme denir. Buna karşılık, bölünen veya devreden şirketin varlığını sürdürdüğü ve malvarlığının bir kısmını kendisi muhafaza ederken diğer bir kısmının ayrılarak mevcut veya yeni kurulacak bir veya birden fazla şirkete devrettiği bölünme tipine ise kısmi bölünme denilmektedir²⁸.

Tam bölünme – kısmi bölünme tasnifi, bölünmelere ilişkin en genel tasnif şeklidir. Bunun yanında, bölünen şirketin ortaklarının bölünme ile devrolan malvarlığı karşılığı mevcut veya yeni kurulan şirketteki sahip olacakları ortaklık oranları esas alınarak başka bir tasnif daha yapılmaktadır. Bu tasnife göre, ortaklık oranlarının korunduğu bölünmeler simetrik; ortaklık oranlarının korunmadığı bölünmeler ise asimetrik bölünmeler olarak tarif edilmektedir²⁹. Başka bir tasnife göre, bölünme ile devralan sermaye şirketi veya kooperatif mevcut bir şirket veya kooperatif ise devralma şeklinde bölünme; devralan sermaye şirketi veya kooperatif bölünme için kurulmuş ise yeni kuruluş yoluyla şeklinde bölünme söz konusudur³⁰.

Hangi tür şirketlerin, hangi tür şirketlere bölünebileceğine ilişkin TTK'da sınırlayıcı düzenlemeler mevcuttur. Şirket birleşmelerine ilişkin olarak TTK m. 137'de geniş bir liste mevcut olmasına karşın şirket bölünmelerinde bu liste dardır. TTK m. 160 uyarınca, sermaye şirketleri, sermaye şirketi veya kooperatiflere bölünebilirken; kooperatifler de kooperatif veya sermaye şirketlerine bölünebilir.

3. Hüküm ve Sonuçları

Bölünmenin en önemli sonucu, bölünme sözleşmesine konu olan bölünme ürünü malvarlığı unsurlarının tasfiyesiz olarak külli halefiyet yoluyla başka bir sermaye şirketine veya kooperatife intikalidir³¹. Buradaki külli halefiyet aslında kısmi külli halefiyet olarak ifade edilebilir. Zira, külli halefiyette tüm malvarlığı unsurlarının bir bütün halinde intikali söz konusu iken; bölünmede malvarlığı parçalara bölünerek intikal eder. İntikal eden kısım, tam bölünmede tüm malvarlığı iken kısmi bölünmede belirlenen malvarlığı kısmıdır.

Tam bölünmede, tam bölünen şirket veya kooperatifin, bölünme neticesinde hukuki varlığı sona erer ve unvanı ticaret sicilinden silinir. Buna karşılık kısmi bölünmede ise, bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümünün diğer şirketlere devri söz konusudur. Dolayısıyla bölünen şirket veya kooperatifin hukuki varlığı devam eder ve yavru bir şirket oluşturulur.

²⁸ Pulaşlı, s. 107-108.

²⁹ Simetrik ve asimetrik bölünme tam ve kısmi bölünmeye göre farklılık göstermektedir. Detaylı bilgi için bkz. Poroy, Tekinap ve Çamoğlu, s. 149-150.

³⁰ Poroy, Tekinap ve Çamoğlu, s. 151.

³¹ Pulaşlı, s. 105.

Bölünme neticesinde, bölünen ortaklığın ortakları, devralan ortaklığın (mevcut veya yeni kurulan) paylarını ve haklarını iktisap ederler³². Bu pay iktisabında bölünmeden önceki ortaklık oranları korunabileceği gibi korunmayadabilir. Pay oranlarının ne surette belirleneceği tarafların iradesine bırakılmıştır.

C. Şirket Nev'i/Tür Değişimleri

Ticaret şirketleri TTK'da sınırlı sayıda belirlenmiştir. Ticaret şirketi kurmak isteyen kişiler bu şirket türlerinden birini kurabilirler. Ancak amaçlanan ticari faaliyetin yerine getirilmesi kimi zaman mevcut nev'i ile uyumsuzluk arz edebilir. Bu durumlarda dönüşmek istenen türün olumlu yönlerinden faydalanmak maksadıyla şirketin nev'i değiştirmesi yoluna gidilebilir. Nitekim, seçilen tipe ait kanuni şartların yerine getirilmesiyle bir şirket kurulup faaliyetlerini bir süre yerine getirdikten sonra başka bir şirket tipine dönüşmek salt ekonomik nedenlerle de uygun olabilir³³.

Nev'i değiştirme, bir ticaret şirketinin, malvarlığında herhangi bir değişiklik olmaksızın, malvarlığı başkasına devredilmeksizin ve tasfiye yapılmaksızın, ekonomik bütünlüğün, payların ve hakların sürekliliği korunarak biçim değiştirmesidir³⁴. Başka bir tanımla, kanunda belirtilen tiplerden birine uygun olarak kurulan bir şirketin daha sonra tasfiye edilmeksizin başka bir tipe çevrilmesi işlemine nev'i/tür değiştirme denir³⁵.

Bu tanımlardan yola çıkılarak nev'i değiştirmeden söz edebilmek için kanuna uygun şekilde kurulmuş ve faaliyetini yürüten bir şirketin bulunması, bu şirketin hukuki ve ekonomik varlığını koruması, nev'i değiştirmek için herhangi bir hukuki engelin bulunmaması ve nev'i değiştirme işlemlerinin kanunda belirtilen şekilde gerçekleştirmesi gerekmektedir³⁶.

1. Türleri

İki tür nev'i değiştirme söz konusudur. Bunlardan ilki TTK tarafından da benimsenen şekil değiştirici nev'i değiştirme iken; diğeri TTK'da yer verilmeyen devredici nev'i değiştirmedir³⁷.

Şekil değiştirici veya hukuki kabuk değiştirmek suretiyle³⁸ nev'i değiştirmede, dönüşen ticaret şirketi hukuk süjesi olarak başka bir tür ticaret şirketine dönüşmektedir. Dolayısıyla tek

³² Bölünmelerde ayrılma hakkı olup olmayacağı konusunda doktrinde tartışma mevcuttur. Bu tartışmanın temelinde TTK'da sadece birleşmeler için bu durumun düzenlenmesi (m. 141) buna karşılık bölünme için bu yönde bir maddenin sevk edilmemesidir. Bu konuda, bölünmeler için bu yönde bir hüküm olmamasına karşın, uygulanmasını ileri süren görüşe (bkz. Kağıtcıoğlu, s.153 vd.) karşı; şirket birleşmeleri için öngörülen ayrılma akçesi hükümleri şirket bölünmeleri için öngörülmediğinden m. 141 hükmünün kıyasen şirket bölünmelerine uygulanamayacağını ancak bölünme sözleşmesine bu yönde bir hüküm seçim hakkı konulmasının da mümkün olduğu ileri sürülmektedir. (bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, s. 118 ve 156)

³³ Şaban Kayıhan, Ticaret Hukuku (Ankara: 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2009), s. 403.

³⁴ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, s. 167.

³⁵ Kayıhan, s.404.

³⁶ Ahmet Kavak, Sermaye Şirketlerinin Tasfiye, Birleşme, Devir ve Bölünme İşlemleri (Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları, 2009), s.66.

³⁷ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, s. 168.

bir tüzel kişilik vardır ve o tüzel kişilik sadece TTK'da yer alan bir şirket türünden başka bir şirket türüne dönüşmektedir. Buna mukabil, devredici nev'i değiştirmede eski tür ticaret şirketi yeni tür ticaret şirketine tasfiye edilmeksizin tüm malvarlığı ile devredilmektedir³⁹.

Her türlü ticaret şirketi nev'i değiştirebilmektedir ancak istenilen her nev'ie dönüşmek mümkün değildir. TTK m.181'de belirtilen şirketlere dönüşmek mümkündür. Bu maddede, sermaye, kollektif ve komandit şirketler ile kooperatiflerin ayrı ayrı dönüşebilecekleri ticaret şirketleri belirtilmiştir.

2. Hüküm ve Sonuçları

Ticaret şirketlerinin nev'i değiştirmesinin temel hükmü, nev'i değiştiren şirketin, hukuk süjesi olarak varlığını devam ettirerek ekonomik ve hukuki kimliğini korumasıdır⁴⁰. Nev'i değiştirmek suretiyle dönüşülen ortaklık, eskisinin devamı niteliğindedir. Zira, tür değiştirme bir ana sözleşme değişikliği niteliğinde olması hasebiyle tüzelkişilik değişmez⁴¹. Bunun sonucu olarak dönüşmeden önceki haklar, alacak, borç ve yükümlülükler, hiçbir değişiklik olmaksızın yeni türde de aynı şekilde devam eder⁴². Dolayısıyla, birleşme ve bölünmenin aksine nev'i değiştiren şirketin malvarlığının, külli halefiyet ilkesi gereğince bir bütün olarak dönüşmesi istenen şirkete geçmesi gerekli veya şart değildir⁴³.

II. Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararı

A. Tanımı

KİK veya KİSK hatta 2886 sayılı Devlet İhale Kanunundan (DİK) önce 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu'nun 70'inci maddesinde yasaklama kararına benzer şekilde memnuiyet hali düzenlenmiştir⁴⁴. Ancak, teknik anlamda kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı, DİK ile ihale mevzuatımıza girmiş ve müesseseye KİK ve KİSK'te de yer verilmiştir⁴⁵. Anılan kanunlar ve bunlara dayalı olarak çıkarılan ikinci mevzuat düzenlemelerinin hiçbirinde tanımı yapılmamış olan kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kavramının tanımı yapılmamıştır. Bu müesseseyi, rekabet, saydamlık, eşitlik ve kamuoyu denetimine açıklık gibi ilkeler merkezli kamu alım sistemini bozmaya yönelik olarak kanunda belirtilen ihlallerde bulunanlar ile bunların ortaklık ilişkisi içinde bulunduğu gerçek veya tüzel

³⁸ Pulaşlı, s. 137.

³⁹ Poroy, Tekinap ve Çamoğlu, s. 168.

⁴⁰ Pulaşlı, s.136.

⁴¹ Kayıhan, s.407.

⁴² Poroy, Tekinap ve Çamoğlu, s. 167.

⁴³ Pulaşlı, s. 137.

⁴⁴ 2490 sayılı Kanunun 70'inci maddesinde, hile, desise, vait veya tehdit ile yahut sair vasıtalarla diğer talipleri bu kanunda yazılı artırma ve eksiltmelere, iştirakten çevirmeğe veya komisyon azaları üzerinde nüfuz kullanmağa teşebbüs edenlerle 44'üncü ve sair maddelerindeki memnu fiilleri yapanlar hakkında muvakkat bir müddet için Devlet artırma ve eksiltmelerine iştirakten memnuiyet kararı verebileceği hüküm altına alınmıştır.

⁴⁵ Çalışmamızda KİK ve KİSK kapsamında verilen yasaklama kararları inceleme konusu yapılacaktır.

kişilerin, geçici veya sürekli⁴⁶ olarak ihalelere katılmaktan men edilmesi olarak tanımlamak mümkündür⁴⁷.

B. Hukuki Niteliği

Yasaklama işleminin hukuki niteliğinin belirlenmesi, uygulanacak hukuki rejimin tespiti ve bunun sonucu olarak tabi olacağı ilkelerin belirlenmesi açısından önemlidir. İdari işlemler, idare veya idare adına hareket eden özel hukuk kişileri tarafından, kamu gücü kullanılmak suretiyle ya doğrudan ya da belli bir süreç içinde rıza aramaksızın kişi veya kişilere ait nesnelerin hukuki durumlarını etkileyen kamusal nitelik taşıyan tek yanlı irade açıklamalarıdır⁴⁸. Daha kısa bir ifadeyle, idarenin hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamalarına idari işlemler denilmektedir⁴⁹. Yasaklama işlemi de idarelerin, kişilerin ekonomik alana temas eden hak ve hürriyetlerine geçici süre ile kısıtlama getiren dolayısıyla bu kişilerin hukuki alanlarında hüküm ve sonuç doğurmaya yönelik irade açıklaması olması sebebiyle bir idari işlemidir.

İdari işlemler arasında idarenin bir yargı kararına gerek duymaksızın yasaların verdiği açık yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya uyguladığı yaptırımlara “idari yaptırım”lar denilmektedir⁵⁰. İdari yaptırımların iki belirleyici özelliği bulunmaktadır: bunlardan ilki, bir idari organ veya makam tarafından kamu gücü kullanılmak suretiyle yapılan tek yanlı bir idari işlem olması, ikincisi ise yasal veya idari düzenlemelere uyulmamasının yaptırımı olarak bir ceza içermesidir⁵¹. Yasaklama işlemi de idari merciler tarafından gerçek veya tüzel kişilerin KİK veya KİSK’te yasaklanan bazı fiil veya davranışlarda bulunmaları nedeniyle ihalelere katılımlarına kısıt getirilerek hukuki alanlarında hüküm ve sonuç doğuran bir işlem olması sebebiyle idari yaptırımdır.

C. Hakim Olan İlkeler

İdari yaptırımlar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda (TCK) yer alan suçların karşılığı olarak öngörülen cezalar gibi, kişilerin hak ve hürriyetleri ile yakından ilgilidir. Zira her ikisi de bunlara kısıt getirmektedir. Hukuktaki gelişim, idari yaptırımlara da kişilerin hak ve hürriyetlerine kısıt getirmesi sebebiyle ceza hukukunda suç ve cezalar için öngörülen ve devletin cezalandırma yetkisi karşısında güçsüz olan bireyi korumayı amaçlayan ilkelerin uygulanması gerektiği yönündedir. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi idari

⁴⁶ KİK m. 58’e göre ihalelere katılmaktan yasaklama kararları, idarelerce ve ancak geçici nitelikte diğer bir ifadeyle süreli olarak; KİK m. 59’a göre verilen yasaklama kararları ise geçici/süreli veya sürekli/süresiz olarak mahkemelerce verilebilmektedir. Görüldüğü üzere, sürekli yasaklama kararı sadece mahkemelerce verilebilmektedir.

⁴⁷ Ömer Tugrul Zor, “Ceza Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararı”, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.90, (2014), s. 77.

⁴⁸ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009), s. 364-365.

⁴⁹ Kemal Gözler, İdare Hukukuna Giriş, (Bursa: 2. Baskı, Ekin Kitabevi, 2003), s. 99.

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi’nin 13.05.2004 tarih ve E:2000/43 K:2004/60 sayılı kararı, Erişim Tarihi: 03.06.2020, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/848c865e-a711-40ce-a61e-2f36e0192bdf?excludeGerceke=False&wordsOnly=False>

⁵¹ A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar (Ankara: 3. Baskı, Turhan Kitabevi, 2004), s. 709.

yaptırımları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesi kapsamında ceza alanı içinde değerlendirmektedir⁵². Yüksek Mahkeme, idari yaptırımların ceza hukuku alanıyla çok yakın bir ilişki içinde olduğu kabulüyle, daha ziyade ceza hukuku alanında uygulama alanı bulan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi güvencelerini, ceza hukuku yanında idari yaptırımlara da uygulama yoluna gitmektedir⁵³. Benzer yaklaşımla, Avrupa Konseyince 13.02.1991 tarihinde alınan tavsiye kararı, idari yaptırımlar üzerinedir ve kararda idari yaptırımların tesisinde uyulması gereken ve ceza hukukunda uygulanagelen birtakım prensiplere yer verilmiştir⁵⁴. İdari yaptırım hukukuna egemen olan ceza hukuku ilkeleri, kanunilik, şahsilik ve orantılılık ilkeleridir⁵⁵.

1. Kanunilik İlkesi

Ceza hukukunda “suçta ve cezada kanunilik” adı verilen bu ilke, işlendiği zamanın kanunu tarafından açıkça suç sayılmayan bir fiili cezalandırma ve kanun tarafından açıkça tespit edilmeyen bir ceza ile cezalandırma yasağını ifade etmektedir⁵⁶. Ceza müeyyidesi ile karşılanan ve suç adı verilen hareketlerin kanun tarafından tayin edilmesi ve keza yasak eylemlere ancak kanunun gösterdiği cezaların uygulanabilmesi çağdaş kamu hukukunun temel ilkelerinden biridir⁵⁷. Anayasanın 38 ve TCK'nın 2'nci maddesinde, çerçevesi açık bir şekilde çizilen suçta ve cezada kanunilik ilkesi, ceza hukukunda olduğu gibi idari yaptırım hukukunda da temel ilkeler arasında yer almaktadır ve belirli normların sadece yasalarla düzenlenebileceğini öngören bu ilke, idari yaptırım alanında da uygulanması zorunlu bir ilkedir⁵⁸. Avrupa Konseyinin (91) 1 sayılı Tavsiye Kararı'nda belirtilen ilk prensip, idari yaptırımlar ile idari yaptırım uygulanacak hallerin kanunlarda belirtilmesi gerektiğidir⁵⁹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince de bu ilkenin hukuk devletin önemli bir unsuru olduğu vurgulanmıştır⁶⁰.

⁵² Gözübüyük ve Tan, s. 713.

⁵³ Akıllıoğlu Tekin, İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku: Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Rolü, Erişim Tarihi: 25.05.2020, <http://www.idare.gen.tr/akillioglu-insan.htm>

⁵⁴ Recommendation No R (91) 1 on Administrative Sanctions Erişim Tarihi: 01.06.2020 https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804fc94c

⁵⁵ Kişi güvenliğinin hukuki zeminde kendini gösterdiği durumlardan biri, Non (ne) bis in idem ilkesi olarak ifade edilen aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz ilkesidir (Mustafa Özen, “Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, S.1, (2010), s.390) Aynı eylem ve konudan dolayı mükerrer yargılama ve cezaya çarptırılmaya izin verilmemesi anlamına gelen bir ceza hukuku ilkesi olan bu ilke, idari yaptırımlarda geçerliliği olan bir ilke değildir (İlhan Özay, İdari Yaptırımlar, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 1985), s.35; aktaran Yücel Oğurlu, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma İdari Ceza Hukuku ve İdari Cezalara Karşı Başvuru Yolları, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2000, s.79.) Dolayısıyla, bu ilkenin, idari yaptırım niteliğinde olan ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı içinde uygulanması söz konusu değildir. Nitekim, ihalelere katılmaktan yasaklama kararına mesnet teşkil eden bazı idari ihlallerde bulunulması (KİK m.11'e muhalefet gibi), idari mercilerce yasaklama yaptırımı ile birlikte teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımının uygulanmasına da sebebiyet verebilmektedir.

⁵⁶ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku, 5. Baskı, (Ankara, Savaş Yayınevi, 2001), s. 14.

⁵⁷ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku: Genel Kısım, 1. Cilt, (İstanbul: 14. Baskı, Beta Basım, 1997), s. 17.

⁵⁸ Mustafa Karabulut, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, (Ankara: Turhan Kitapevi, 2008), s.119'dan DİDDK, 25.01.2007, YD İtiraz No:2006/1460.

⁵⁹ Bu tavsiye Kararı, Bakanlar Konseyi tarafından 13.02.1991 tarihinde kabul edilmiştir.

⁶⁰ Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, (Ankara: Yeni TCK'ya göre yenilenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2008), s. 37.

İdari yaptırım niteliğinde olması nedeniyle yasaklama yaptırımı için de önem arz eden kanunilik ilkesi üç temel esasa dayanmaktadır. Bunlar; kanunun tekelliliği, açıklığı ve geriye yürümezliğidir.

Suç ve cezaların sadece yazılı olan kaynaklar arasından teknik anlamda kanunla ihdas edilebileceğini temel alan kanunun tekelliliği, yazılı olmayan kaynakları reddederek yargıcı kanuna tabi kılmakla yargılama gücünün keyfiliğini, yasama dışı yazılı kaynakları reddetmekle de yürütme gücünün keyfiliğini önlemektedir⁶¹. İdari yaptırım hukuku açısından bu ilke idari yaptırımın, bütün unsurları itibarıyla doğrudan kanunla ihdası ya da kanunun açıkça çizdiği sınırlar çerçevesinde idarelerce çıkarılan genel düzenleyici işlemler ile yaptırımın düzenlenmesi anlamına gelmektedir⁶². Bu çerçevede, yasaklama yaptırımı, idarelerce ancak kanunda açıkça zikredilen yasaklama sebeplerinin varlığı halinde tesis edilebilecektir. Dolayısıyla, kanunda açıkça hüküm altına alınmayan ancak ikinci mevzuat düzenlemelerinde yer alan bir sebebe dayanarak yasaklama işlemi tesis edilmesi hukuka uygunluk taşımayacaktır.

Kanunların suç ve cezalar hususunda tereddüde mahal bırakmayacak şekilde açık yazılmasını öngören kanunun açıklığı ilkesi, kıyas yasağını ve kanunların genişletici yoruma tabi tutulmaması esasını barındırmaktadır. Bu ilke hukuki güvenlik ilkesinin önemli bir unsuru niteliğindedir ve yaptırımı muhatap olabilecekler için, öngörülebilirliğin sağlanması açısından hayatidir. Kıyas yöntemi ile kanunun bir normuna dayanılarak, kanunun öngörmediği başka bir norm meydana getirilmektedir⁶³. Kıyas yasağı, kanunda açıkça hüküm altına alınmayan bir fiile, kanunda suç olarak öngörülen başka bir müessesenin benzerliği sebebiyle, bu müessese için öngörülen cezanın tatbikini yasaklar. TCK m. 2’de açık olarak kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, kıyasla bir suç veya ceza yaratılamaz, ceza ağırlaştırılamaz veya hafifletilemez.

Kıyas yasağı ilkesinin, idari yaptırım hukukundaki yansıması idarenin benzer bir düzenlemeden kıyasla idari yaptırımı başvurması veya yaptırımı ağırlaştırmasının yasak olmasıdır. Bir idari yaptırımı başvurulabilmesi, ancak kanunda yer alan açık düzenlemeye ve bu düzenlemenin çizdiği sınırlar içerisinde kalınmasına bağlıdır. Dolayısıyla, kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olarak kıyas yoluyla yeni bir suç ihdas edilemeyeceği gibi idari yaptırımı gerektiren davranışlar da kıyas yoluyla ihdas edilemez. Bu çerçevede, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı açısından KİK ve KİSK’de öngörülen yasaklama sebeplerinin kıyas yöntemi ile uygulama yönetmelikleri veya tebliğle genişletilmesi mümkün değildir⁶⁴.

⁶¹ Toroslu, s. 17-18.

⁶² Zor, s. 80. Nitekim, birçok kanunda yer alan idari yaptırımlara yönelik çatı/ortak düzenleme niteliğinde olan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun (KK) 4’üncü maddesinin birinci fıkrasında, hangi fiillerin kabahati oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak, KK m.4/II uyarınca kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilecektir.

⁶³ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2011), s.50.

⁶⁴ Nitekim Kamu İhale Kurulu’nca da bu hususa kararlarda yer verilmiştir. Örneğin 16.03.2010 tarih ve 2010/UH.II-809 sayılı uyuşmazlık kararında; “Bu çerçevede; ilgili maddesinde açıkça öngörülmediği halde, maddenin kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanması suretiyle, hakkında yasaklama öngörülmeleyen kişilerin yasaklanması sonucunu doğuracak şekilde uygulamaya gidilmesinin, idari

Diğer bir esas olan genişletici yorum yasağı kıyas yasağının uzantısı niteliğindedir. Nitekim TCK m. 2/III uyarınca suç ve ceza içeren hükümlerin, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak bu hükümle ceza hukukunda yorum tümüyle yasaklanmamakta, sadece yorumun kıyasa yol açacak şekilde yapılmasının önüne geçilmek istenmektedir. Bu itibarla, anılan maddede yer alan “kıyasa yol açacak geniş yorum” yasağı sadece, yasa koyucunun gerçek iradesinin benzetme yapılarak bulunması şeklinde anlaşılmalıdır⁶⁵. KİK’te karmaşık bir sistematik dahilinde düzenlenen yasaklama müessesine ilişkin maddelerde, “dolaylı katılım”, “rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışta bulunmak”, “isteklileri tereddüde düşürmek” gibi yoruma muhtaç ifadeler kullanılmıştır. Bu maddelerde Kanunkoyucunun gerçek iradesinin aranmasına yönelik yorum yapılacağı izahtan vareste olup; bu yorumun Kanunkoyucunun öngördüğü sınırlar dahilinde yapılması esastır. Bir başka ifadeyle, madde kapsamını yani yasaklama yaptırımının uygulama alanını genişletecek şekilde yorum yapılmaması gerekmektedir⁶⁶.

Son olarak suç ve cezayı düzenleyen kuralların konuldukları tarihten önceki olaylara uygulanmayacakları anlamına gelen kanunun geriye yürümezliği ilkesi⁶⁷, fiilin işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun uygulanması gerekliliğini, daha sonra yürürlüğe giren kanunun kural olarak uygulama alanı bulmayacağını ortaya koymaktadır. Bu ilke TCK m. 7/I’de hüküm altına alınmıştır. Yine bu husus 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nda (KK) da TCK’ya atıf yapılmak suretiyle düzenlenmiştir⁶⁸. Aynı zamanda devlet tüzelkişiliğinin cezalandırıcı yüzü ile karşılaşan bireyi koruduğu için idare yaptırım hukukunda da önemli bir yere sahiptir. İhalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı açısından, idari ihlal niteliği taşıyan fiil icra edenler hakkında, ihlalin işlendiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlere göre işlem tesis edilecektir. İhlalin gerçekleştiği tarihte yürürlükte olmayan ancak bu fiil veya davranışın tespit edildiği tarihte yürürlükte olan kanun hükümlerine dayanarak kişi hakkında yasaklama işlemi tesis edilemeyecektir.

2. Şahsilik İlkesi

Sadece suç failinin, suçtan bizzat sorumlu olması ve fail dışındaki üçüncü kişilerin suç olarak nitelendirilen davranış için cezalandırılmamalarını ifade eden bu ilke⁶⁹, TCK m. 20’de düzenlenmiştir.

İdari yaptırım hukuku alanında da uygulama alanı bulan bu ilke ceza yaptırımlarındaki kadar katı uygulanan bir ilke değildir⁷⁰. Bunun bir örneğini ihale mevzuatında görmek mümkündür.

yaptırımlarda da esas alınan ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı olduğu dikkate alındığında” şeklinde ifadelerle yer vermek suretiyle kıyas yasağına temas edilmiştir.

⁶⁵Sedat Bakıcı, 5237 sayılı Yasa kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 2. Baskı, Ankara, 2008, s. 20.

⁶⁶ Zor, s. 81. Nitekim Kamu İhale Kurulu 21.12.2010 tarih ve 2010/UH.III-3874 sayılı kararında; “... idari yaptırımlarda kıyasa yol açacak şekilde genişletici yorum yapılamayacağı da dikkate alındığında, iki farklı tüzel kişilik olan B. Turizm Yatırımları ve İşletmeleri A.Ş. ve B. Turizm Ticaret Nakliyat A.Ş.’nin birbirlerinin faaliyetleri hakkında sorumlu tutulamayacağı sonucuna varılmıştır.” şeklinde karar vermek suretiyle genişletici yorum yasağına temas emiştir.

⁶⁷ Karabulut, s.124

⁶⁸ Avrupa Konseyi (91) 1 sayılı Tavsiye Kararında da; işlendiği zaman yürürlükteki kurallara aykırı olmayan fiillere yaptırım uygulanamayacağı ve işlendikten sonra yürürlüğe giren ve daha ağır yaptırım öngören kuralların uygulama alanı bulmayacağı ifade edilmiştir.

⁶⁹ Karabulut, Age, s.149

KİK m. 58/II ve KİSK m. 26/II uyarınca yasaklama kararının verilmesine mesnet teşkil eden idari ihlalde bulunanlar dışında bu kişilerin (tüzel kişi olmaları halinde) ortakları ve içinde bulundukları ortaklıklara da de yasaklama kararı teşmil edilir. KİK m. 58 gerekçesinde, “Yasaklananların başka bir yöntem izleyerek dolaylı olarak kamu ihalelerine teklif vermesini önlemeyi amaçlasa da; teşmil neticesinde yasaklananlar ihlali işleyen hukuki kişilikten farklı gerçek ve tüzel kişilerdir.” şeklinde ifadelerle yer verilerek, kanunda öngörülen yasağın dolanılmasının engellenmesi amaçlansa da ihlali gerçekleştirenden farklı bir hukuki kişinin yaptırıma tabi tutulması dolayısıyla cezaların şahsiliği ilkesinden sapılmış olunmaktadır⁷¹.

3. Orantılılık İlkesi

Orantılılık veya başka bir ifadeyle ölçülülük ilkesi, bir amaca ulaşmak için kullanılan yolun ve aracın amaca uygunluğunu; amaçla araç arasında ölçülü bir orantı olmasını ifade etmektedir⁷². Orantılılık ilkesi hem cezanın etkinliğini sağlamakta hem de hakkaniyete uygun ceza verilmesini sağlamaktadır. Zira, bu ilkeye göre ihlalin ağırlığı ile yaptırım orantılı olacaktır ayrıca bu ilke yaptırımın bireyselleştirilmesi ve makul olması anlamına da gelmektedir⁷³.

Ceza hukuku alanında önemli olan bu ilke, idare hukuku ve bu çerçevede idari yaptırım hukuku açısından da yadsınamaz bir öneme sahiptir. Danıştay bu ilkeyi başta disiplin hukuku olmak üzere, kişilerin Anayasa ile güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükleriyle ilgili idari işlemlerde uygulamaktadır⁷⁴. İdari yaptırımlar da temel hak ve özgürlüklere kısıt getirmektedir⁷⁵. Bunun sonucu olarak, idari yaptırımlarda da orantılılık ilkesi uygulama alanı bulur. Nitekim KK m. 17/II’de idari para cezasının kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle belirlendiği hallerde, idari para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulacağı belirtilerek esasında ölçülülük ilkesine riayet edilmesi gerektiği belirtilir. Yasaklama yaptırımı, kişilerin ihalelere katılmalarına geçici süre kısıt getirmesi nedeniyle iktisadi hayatlarındaki hak ve hürriyetlerine müdahale etmesi nedeniyle, orantılılık ilkesine tabidir. Ancak, idari yaptırımın tesisinde bu ilkenin uygulanabilmesi için idari yaptırıma karar verecek mercie belli seçenekler veya alt ve üst limitler dahilinde yaptırım uygulama, kanunda öngörülen yaptırıma hiç başvurmama veya yaptırım konusu cezada indirim yapma gibi konularda takdir yetkisinin verilmiş olması gerekmektedir. İhalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı açısından, Kanunkoyucu yasaklama sebeplerine göre KİK ve KİSK’te iki ayrı yasaklama süresi

⁷⁰ Burcu Erdinç, İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2012/2, (2012), s. 268.

⁷¹ KİGT m. 28.1.7’de yer alan; “Ortak girişim ortaklarından bir veya birden fazla ortağın yasak fiil veya davranışa iştirak etmesi halinde yasak fiil veya davranış işleyen ve iştirak eden ortaklar hakkında 4734 sayılı Kanunun 58 inci maddesi hükümleri uygulanacak, yasak fiil veya davranışa iştirakin bulunmaması halinde yalnızca fiil veya davranış işleyen ortak veya ortaklar hakkında 58 inci madde hükümleri uygulanacaktır.” düzenlemesi ile ortak girişimler açısından yasaklama işleminin sadece idari ihlali işleyen ve bu davranışa iştiraki bulunanlar hakkında uygulanacağı yönünde düzenlemeye yer verildiğinden şahsiliği ilkesinin ortak girişimlerde katı bir şekilde uygulanacağı anlaşılmaktadır.

⁷² Karabulut, s.55.

⁷³ Gözübüyük ve Tan, s.720.

⁷⁴ Bahtiyar Akyılmaz, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2000), s. 185.

⁷⁵ Ekonomik faaliyetlere kısıtlama getiren gibi iktisadi hayata ilişkin hak ve hürriyetler temas eden idari yaptırımlar olduğu gibi toplantı ve yürüyüş hakkının kısıtlanması gibi iktisadi hayata ilişkin hak ve hürriyetlere temas etmeyen idari yaptırımlar da bulunur.

belirlemiştir. KİK m. 17 ve 61 ile KİSK’te yer alan yasaklama gerektiren fiil veya davranışları işleyenler bir yıldan iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne uygun sözleşme yapmayanlar ise altı aydan bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklanır. Kanunda hüküm altına alınan alt ve üst sınırlar içinde isteklinin ne kadar süre için ihalelerden yasaklanacağını belirleme hususunda idarelere takdir yetkisi verilmiştir. İdareler bu yetkilerine dayanarak ve orantılılık ilkesini göz önüne alarak alt ve üst sınırları dahilinde yasaklama süresini takdir edeceklerdir. İdareler yasaklama süresini belirlerken, orantılılık ilkesi çerçevesinde, yasaklamaya neden olan fiil veya davranışın ağırlığını, niteliğini, teşebbüs aşamasında kalıp kalmamasını, ilk defa veya mükerreren işlenip işlenmediğini göz önünde bulunduracaklardır⁷⁶.

D. Yasaklama Kararının Verilmesi

1. Yasaklama Kararı Vermeye Yetkili Merciler

Yasaklama kararı tesis etmeye yetkili merciler KİK m. 58/I’de ve KİSK m. 26/I’de aynı olacak şekilde belirlenmiştir. Bu maddeler uyarınca, ihale doğrudan bakanlıklar tarafından yapılmış ise ihalelere katılmaktan yasaklama kararını ihaleyi yapan bakanlık; ihale bir bakanlığa “bağlı” veya “ilgili” idare tarafından yapılmış ise, bu idarenin ilgili veya bağlı olduğu bakanlık; ihale il özel idareleri ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmeler tarafından yapılmış ise, İçişleri Bakanlığı; ihale belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmeler tarafından yapılmış ise, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı; ihale herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idareler tarafından yapılmış ise, bu idarelerin ihale yetkilileri verecektir.

Yetkili merciler incelendiğinde; KİK ve KİSK’in yasaklama kararını vermeye yetkili merci belirlemesinde kabul ettiği esasın, ihaleyi yapan idarenin hiyerarşi silsilesinde üstte yer alan veya vesayet denetimi ile bağlı bulunduğu merci tarafından yasaklama kararının tesis etmesi şeklinde olduğu anlaşılmaktadır. Kanımızca böyle bir tercihin temelinde, yasaklama kararını verecek mercilerin ülkenin her köşesinde ihale yapan idarelerin eşitlik ilkesine aykırı ve taraflı uygulamalarını engellemek için merkeziyetçi bir yaklaşım oluşturulmak istenmesi yatmaktadır⁷⁷.

2. Yasaklama Sebepleri

Yasaklama sebepleri, kamu alım sürecinin ihale aşamasını düzenleyen KİK ve KİK’e göre imzalanan sözleşmenin ifası aşamasını düzenleyen KİSK’te, ilişkin oldukları sürece uygun olarak belirlenmiştir

a. KİK’te Düzenlenen Yasaklama Sebepleri

KİK’te öngörülen yasaklama sebeplerini genel olarak, KİK m.17’de belirtilen yasak fiillerin icra edilmesi, ihale üzerine bırakıldığı halde sözleşme yapmaktan imtina edilmesi, ihale sürecinde gizli kalması gereken bilgilerin açıklanması oluşturmaktadır.

⁷⁶ Yaşar Gök, Açıklamalı Kamu İhale Kanunu, (Ankara: 5. Baskı, 2012), s.1335.

⁷⁷ Ömer Tuğrul Zor ve Bora Yosunkaya, Kamu İhale Kurulu ve Danıştay Kararları Işığında 100 soruda Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama, (İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2014), s. 253.

aa. KİK m.17’de düzenlenen yasak fiillerin icrası

17’nci maddede ihale sürecinde icrası yasaklanan fiili veya davranışlar fıkralar halinde sayılmıştır. Bu fiillere aşağıda yer verilmiştir:

- Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.
- Rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışta bulunmak.
- Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek
- Alternatif teklif verebilme halleri dışında sair surette birden fazla teklif vermek
- KİK m. 11 uyarınca ihaleye katılamayacaklar arasında yer alınmasına karşın ihaleye katılmak.

bb. Üzerine ihale yapıldığı halde sözleşme yapılmaması

KİK m. 44 uyarınca idare, ihale üzerinde kalan istekli sözleşmeyi imzalamak zorundadır. Mücbir sebep hali olmaksızın sözleşme yapmaktan imtina eden istekli hakkında KİK m. 58/I uyarınca yasaklama kararı tesis edilir. İhale üzerinde kalan isteklinin mücbir sebep halleri dışında sözleşme yapmaması, ihale üzerinde kalan istekli tarafından sadece sözleşmenin fiilen imzalanmaması halini değil sözleşmeye davet yazısının tebliğinden itibaren kanunen yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerin ihale üzerinde bırakılan istekli tarafından yerine getirilmemesi sonucu sözleşmenin imzalanamaması hallerini de kapsamaktadır⁷⁸.

cc. İhale sürecine ilişkin gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri açıklama

Bilgi ve belgeleri açıklama yasağı, idare görevlileri ile danışmanlık hizmeti sunanlar dikkate alınarak KİK m. 61’de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, idare görevlileri ile danışmanlık hizmeti sunanlar, ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve malî yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Bu yasağa aykırı davranış ise, danışmanlık hizmeti sunucuları hakkında yasaklama kararı verilmesini gerektirmektedir.

b. KİSK’te Düzenlenen Yasaklama Sebepleri

KİSK’te öngörülen yasaklama sebepleri, KİK m. 25’te hüküm altına alınan yasak fiillerin icra edilmesi⁷⁹ ve yüklenicinin mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getirememesidir.

aa. KİSK m. 25’te düzenlenen yasak fiillerin icrası

Üstlenilen kamu ihale sözleşmesinin ifası sırasında aşağıda sıralanan fiillerin icra edilmesi yasaklanmıştır:

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

⁷⁸ Zor ve Yosunkaya, s.115.

⁷⁹ KİSK’in diğer bazı maddelerinde de yasak fiillere yer vermekle birlikte, bunların hepsi KİSK m. 25 kapsamında mütalaa edilebilecek fiiller olduğu için ayrıca belirtme cihetine gidilmemiştir. Bununla birlikte KİSK m. 19’da yer alan düzenleme de bu kapsamda değerlendirilebilecek niteliktedir ancak, “mali acz içinde olma” farklı değerlendirmelere (kusursuzluk gibi) sebebiyet verebileceği düşüncesi ile ayrıca belirtilmiştir.

- 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 KİSK m. 29'da düzenlenen yükleniciye ilişkin gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin açıklamak
- Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek
- Sözleşmenin KİSK m. 16'ya aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması

bb. Yüklenicinin mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getirememesi

Bu yasaklama sebebi KİSK m. 19'da düzenlenmiştir. Yüklenicinin mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak bildirmesi üzerine ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Ayrıca, bu kişiler hakkında yasaklama işlemi tesis edilir. Bu durumun tek istisnasını ise yine maddede gösterilen mücbir sebep hali oluşturmaktadır.

3. Hakkında Yasaklama Kararı Verilecek Kişiler

Katılma yasağının verilmesine neden olan idari ihlalde bulunanlar hakkında ilk başta ve doğrudan yasaklama kararı tesis edileceği açıktır. Ancak yasaklama kararı yasaklama kararı verilmesi gereken ihlalde bulunanlarla sınırlı olarak uygulanmamakta, hakkında yasaklama kararı verilen kişi ile bağlantısı olduğu kanunen kabul edilen kişilere de uygulanmaktadır⁸⁰. Başka bir anlatımla, Kanunkoyucu, sadece doğrudan idari ihlalde bulunanlar hakkında değil; bu kişiler ile birlikte bu kararın verilmesine mesnet teşkil eden idari ihlalde rol oynadığı varsayımıyla tüzelkişiliğin ortaklarına ayrıca idari ihlalde bulunması nedeniyle hakkında yasaklama kararı verilenlerin sevk ve idaresinde varsayımsal olarak etkisi olduğu tüzelkişiliklere de katılım yasağı verilmesini öngörmüştür (KİK m. 58/II ve KİSK m. 26/II). Anılan maddelerde, yasaklama yaptırımının, ortaklara ve içinde bulunulan ortaklıklara teşmili tek dereceli olarak öngörülmüştür. Bu madde uyarınca; yasaklama kararının teşmil edeceği gerçek ve/veya tüzel kişiler,

- Hakkında yasaklama kararı verilen şahıs şirketinin tüm ortakları,
- Hakkında yasaklama kararı verilen sermaye şirketinin yarısından fazla hissesine sahip ortakları,
- Hakkında yasaklama kararı verilen gerçek kişi veya tüzel kişinin
 - Ortağı olduğu şahıs şirketleri,
 - Yarısından fazla hissesine sahip olduğu sermaye şirketleridir.

Teşmil kurallarına dikkat edildiğinde, şahıs ve sermaye şirketlerinde temel yönetim esasının dikkate alındığı görülmektedir. Zira, şahıs şirketlerinde ortakların kimlikleri önem taşımaktadır. Aksi kararlaştırılmadıkça her bir ortağın şirketin yönetiminde eşit derece söz hakkı sahibi olması ve kararların kural olarak oybirliği ile alınması nedeniyle, şahıs şirketlerince

⁸⁰ Yusuf Uslu ve Salim Demirel, Kamu İhale Hukuku ve Yapım İşleri İhaleleri, (Ankara: 2. Baskı, 2014), s.970.

yasaklamayı gerektiren idari ihlalde bulunulmasında tüm ortakların dahil olduğu Kanunkoyucu tarafından kabul edilmiştir. Bu sebeple şahıs şirketi hakkında yasaklama kararı verilmesi durumunda bu şirketin tüm ortaklarına da yasaklama kararı teşmil ettirilmektedir. Buna mukabil, sermaye şirketlerinde ise şirket ortaklarının kimlikleri değil şirkete getirdikleri sermaye ve buna bağlı olarak sahip oldukları ortaklık oranları önem arz etmektedir. Şirket yönetiminde oybirliği değil kural olarak oy çokluğu aranır. Bu çerçevede yasaklama yaptırımı tesis edilmesini gerektiren idari ihlalde bulunan sermaye şirketinde, sermayenin yarısından fazlasına sahip olan ortağın yönetimde tek başına söz hakkı olması nedeniyle ihlalde dahil olduğu varsayımı ile sermayenin yarısından fazlasına sahip ortağa da yasaklama kararının teşmil edileceği öngörülmüştür. Bu kural yasaklama kararını gerektiren ihlalde bulunan şirketlerin ortaklarına yönelik teşmile ilişkindir. Diğer taraftan, Kanunkoyucu idari ihlal nedeniyle hakkında yasaklama kararı verilenlerin ortağı olduğu şahıs ve sermaye şirketlerine yönelik teşmilinde de yine benzer bir anlayışı benimsemiştir. Buna göre yasaklama kararının verilmesini gerektiren ihlali gerçekleştirenlerin ortağı olduğu şahıs şirketlerini ve sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketlerine de yasaklama kararı teşmil ettirilecektir.

Görüldüğü üzere Kanunkoyucu, gerek şirket ortaklarına doğru gerekse içinde bulunulan şirketlere doğru tek dereceli teşmili öngörmüştür. Kanımızca teşmilin tek derece ile sınırlı tutulmasının altında, yasaklama kararı verilmesini gerektiren ihlal ile ihlalde bulunan arasındaki illiyet bağının makul bir seviyede korunması ve tutulması yatmaktadır. Bu tercihle, ceza hukukunda olduğu gibi idari yaptırımı hukukunda da geçerli olan şahsilik ilkesinin sınırları zorlanmak istenmemiştir. Ancak, düzenleme eleştiriye açıktır. Kanunkoyucu modern şirket anlayışında idari ihlalin gerçekleştirilmesinde ortaklardan daha fazla etkili olması olası olan şirket yöneticilerine teşmili öngörmemiş ve çok basit ve yalın şirket yönetim anlayışını esas almıştır. Dolayısıyla, bu teşmil sistemi gerçek modern ve karmaşık şirket yapılarında etkili olmaktan uzaktır.

Yasaklama kararının teşmil ile kısmen genişletilmesine karşın, hakkında yasaklama kararı tesis edilenlerin farklı suretlerde ihale sürecine dahil olması mümkündür. Kanunkoyucu, bu tehlikeyi de öngörerek, bu durumu engellemek için KİK m.11'i sevk etmiştir. Bu maddeye göre hakkında yasaklama kararı verilenlerin, doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamayacakları hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, doğrudan veya teşmil suretiyle yasaklananlar, yasaklandıkları tarihten itibaren ihaleye katılamayacaklar kapsamına girmekte ve doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına (vekaleten ihaleye katılım⁸¹) hiçbir şekilde KİK kapsamında yer alan kurum ve kuruluşların ihalelere katılamazlar. Bu maddede geçen doğrudan, kendileri adına veya alt yüklenici ve hatta başkaları adına ihalelere katılım ile ne amaçlandığında muğlaklık söz konusu olmamakla birlikte “dolaylı olarak” ihaleye katılım ile ne

⁸¹ Danıştay 13. D. E. 2016/4514, K. 2016/4063 sayılı kararı, Erişim Tarihi: 13.06.202 (http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/DokumanGosterServlet?dokumanId=6dQp1E3JJN2TqHn5HwZgd7pMO1SCD0Le%2BRwsNJGzcYM%2Fa%2B6gU8dOQaq%2FfBdKB2erVOD852ULQ1OyyhEf941M4QxZjbVfZZ50dc09FxSO5KOB9k%2FXLjULF5jCHQ2jsORW94kq4UNjIRohzLRQIEMPPA%3D%3D&aranan=var%C4%B1s%C4%B1ndan%20fazla&dokumanTuru=DANISTAYKARAR 0 Anılan kararda Yüksek Mahkeme, “4734 sayılı Kanun kapsamındaki bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine doğrudan, dolaylı ve alt yüklenici olarak kendisi veya başkaları adına hiçbir şekilde katılmasının mümkün olmadığı, kendisine vekalet veren davacı adına ihaleye katılmanın, ortaklığı olmasa da, başkaları adına ihaleye katılmak sonucunu doğurduğu anlaşıldığından ...” şeklinde karar vermek suretiyle “başkaları adına” ifadesiyle temsil kurumunu işaret etmiştir.

amaçlandığı tartışmaya açıktır. Kanımızca bir gerçek veya tüzel kişinin ihaleye dolaylı katılımından bahsedebilmek için, gerçek veya tüzel kişinin ihaleye bizzat katılmaması, ancak ortağı olduğu ve aynı zamanda yönetimini kontrol edebildiği yani hakim etkisi veya sevk ve idare yetkisi bulunduğu şirket vasıtasıyla ihaleye katılmasının söz konusu olması gerekmektedir⁸².

Teşmil bahsinde belirtilmesi gereken son bir husus ise ihlalin gerçekleştiği tarihteki ortaklık ilişkilerinin esas alınması gerekliliğidir. Aksi takdirde, gerek kanunilik gerekse şahsilik ilkelerine aykırılık söz konusu olur.

4. Yasaklama Kararının Verilmesi Usulü

KİK m. 58/IV ve KİSK m. 26/IV’de yasaklama kararlarının, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilmesi gerektiği ve Resmi Gazetede yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır. Yasaklama işleminin birel işlem olması nedeniyle muhataba doğrudan tebligat yapılmaması eleştiriye açık olmakla birlikte, Resmi Gazete’de yayımlanmayan bir yasaklama kararı, kişiler hakkında hüküm ve sonuç doğurmaz.

Öte yandan, KİGT m. 28.1.5’te bu kırkbeş günlük sürenin hak düşürücü süre olduğu ve bu sürenin, idarenin yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği yazının ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa ulaştığı tarihten itibaren başlayacağı dolayısıyla bildirim izleyen kırkbeş günlük sürenin geçirilmesi sonrasında yasaklama kararı verilmesinin mümkün bulunmadığı belirtilmiştir.

E. Yasaklamanın Hüküm ve Sonuçları

Yasaklama yaptırımının en temel hukuki sonucu belirli bir süre ile ihalelere katılamamadır. Bu süre yasaklama sebebine göre farklılık arz etmektedir. KİK m. 17 ve 61 ile KİSK uyarınca verilecek yasaklama kararları az bir en fazla iki yıl süreli; ihale üzerinde bırakıldığı halde sözleşmeden imzalamaktan imtina edilmesi halinde ise en az altı ay en fazla bir yıl süreli olmaktadır.

Yasaklamayı gerektiren fiil TCK’ya göre suç teşkil ediyor ise, bu fiili işleyen gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında TCK hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere suç duyurusunda bulunulur ve hükmolunacak cezanın yanısıra idarece KİK m. 58 veya KİSK m. 26 uyarınca verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar yasaklanırlar. Ayrıca, yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hükmolunanlar ise mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır.

Bununla birlikte, gerek idare gerekse mahkeme kararı ile ihlalde bulunanlar hakkında yasaklama kararı verilirken, bu yasaklama kararı yukarıda belirtilen teşmil kuralları çerçevesinde ortakları ve içinde bulundukları ortaklıklarına da sirayet ettirilir. Öte yandan haklarında yasaklama kararı verilenler (doğrudan veya teşmil neticesinde), yasaklılık süreleri boyunca sadece doğrudan veya asaleten değil aynı zamanda başkaları adına, alt yüklenici olarak veya dolaylı olarak da ihalelere teklif vermeleri yasaklanmıştır (KİK m. 11).

⁸² Zor ve Yosunkaya, s. 26.

Öte yandan, KİK m. 11 hilafına ihaleye katılım veya sözleşme yapmaktan imtina etme, KİSK m. 19 uyarınca mali acz nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi veya KİSK m. 25'te belirtilen fiillerin icra edilmesi halinde teminatın gelir kaydedilmesi de gerekecektir.

Son olarak, hakkında yasaklama kararı verilmesini gerektirecek idari ihlalde bulunanlar, idarelerce ihlalin tespit edildiği o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmezler.

III. Ticaret Şirketlerindeki Yapısal Değişimlerin Yasaklama Kararlarına Etkisi

A. Ticaret Şirket Birleşmelerinin Yasaklama Kararlarına Etkisi

Ticaret şirketlerinde birleşmelerin, devralma şeklinde ve yeni kuruluş şeklinde birleşme olmak üzere iki türlü olduğuna yukarıda değinilmişti. Her iki birleşme türünde de birleşen ortaklıklar arasında, hakkında katılma yasağı bulunan bir ortaklık veya ortaklıklar bulunması olasıdır. Başka bir ifadeyle, devrolunan veya devralan şirketlerden sadece biri veya tamamı hakkında yasaklama kararı bulunuyor olabilir. Birleşme türlerine göre farklı hüküm ve sonuçların doğması nedeniyle, ticaret şirketlerinin birleşmesinin, birleşmeye katılan şirketler hakkındaki katılma yasağına ne şekilde sirayet edeceğinin birleşme türleri için ayrı ayrı ele alınmasında fayda vardır.

1. Devralma Şeklinde Birleşme

Bu tür birleşmede, bir ortaklığın (katılan-iltihak eden-devrolunan) malvarlığı, bir bütün halinde başka bir ortaklığa (katılman-iltihak olunan-devralan) geçer. Katılan ortaklık infisah eder fakat tasfiye edilmez. Başka bir deyimle, iki ortaklıktan devralan ortaklık, hukuki varlığını sürdürür ancak devrolunan ortaklık infisah eder yani hukuki varlığı sona erer. Birleşmeye katılan ortaklıklardan devralan ortaklık hakkında katılma yasağı varsa, birleşme sonrasında da bu tüzelkişilik hakkındaki katılma yasağı devam eder. Zira bu ortaklık hukuki kişiliğini aynı şekilde devam ettirmektedir. Ancak devrolunan ortaklık hakkında bir katılma yasağı var ise; bu noktada devrolunan ortaklık infisah edeceği yani hukuki varlığı sona ereceği için bu ortak hakkında yasaklılık kararının devamından veya sirayetinden söz edilemez.

Bununla birlikte, infisah eden ortaklığın ortakları hakkında, doğrudan ya da KİK m. 58/II veya KİSK m. 26/II uyarınca teşmil etmiş bir yasaklılık söz konusu ise ve bu ortakların yasaklılıkları, hesaplanan bir değiş-tokuş ölçüsüne göre pay sahibi olunan yeni kurulan şirkette de devam eder. Bu durum, devralan ortaklığa yasaklılık kararını sirayet ettirmez ve bu ortaklığın yasaklanması sonucunu doğurmaz. Ancak bu yasaklı ortakların KİK m. 11 çerçevesinde, şartların varlığı halinde birleşme ile pay sahibi oldukları devralan şirketlerin ihalelere katılmalarına engel teşkil etmeleri mümkündür.

2. Yeni Kuruluş Şeklinde Birleşme

Bu birleşme türünde, birleşen ortaklıklar infisah etmekte ancak tasfiye olmamaktadır. Birleşen ortaklıklara ait malvarlıkları kül halinde yeni kurulan ortaklığa devredilmektedir. Tasfiye olmaksızın infisah eden ortaklıkların ortakları, hesaplanan bir değiş-tokuş ölçüsüne göre yeni kurulan ortaklıkta pay sahibi olmaktadır.

Birleşen ortaklıklar infisah ettiklerinden bahisle hukuki varlıkları sona ermektedir. Dolayısıyla, bu ortaklıklardan herhangi biri hakkında katılma yasağı varsa, yasaklamanın

süjesini oluşturan şirketler ortadan kalkacağı için artık bu şirketlere ait katılma yasağından da söz edilemez. Buna mukabil, hakkında katılma yasağı bulunan ve birleşmeye katılan ortaklıkların ortakları hakkında doğrudan veya KİK m. 58/II veya KİSK m. 26/II uyarınca teşmil etmiş bir yasaklılık söz konusu ise, bu ortakların yasaklılıkları, hesaplanan bir değiş-tokuş ölçüsüne göre pay sahibi oldukları yeni kurulan şirkette de devam eder. Devam eden bu yasaklılıkları nedeniyle KİK m. 11 çerçevesinde ortak oldukları şirketlerin ihalelere katılmalarına engel teşkil etmeleri söz konusu olabilir.

Öte yandan bu bahiste Kamu İhale Kurulu tarafından alınan 2009/DK.D-143 sayılı karara⁸³ değinilmesi gerekmektedir. Anılan Kararda, yasaklılık durumunun devralan ya da yeni kurulan şirkete etkisi inceleme konusu edilmiştir. Kararda “...ihalelere katılmaktan yasaklı olan ve tasfiyesiz sona eren şirkete veya işletmeye ait bütün malvarlığı unsurları ile hak ve borçlar külli halefiyet ilkesi gereği devralan ya da yeni kurulan şirkete geçecek olup, bütün bu hususların sonucu olarak da yasaklı olan şirketin ortakları veya işletme sahibi ile malvarlığı (işletmesi) arasındaki hukukî ilişki, devralan ya da yeni kurulan bir şirket aracılığıyla devam ettirilmektedir.” şeklindeki gerekçe ile “...4-Türk Ticaret Kanununa göre gerçekleştirilen şirket birleşmelerinde, tasfiyesiz sona eren şirketin/şirketlerin kendisinin yasaklı olması durumunda bu şirketin/şirketlerin yasaklılık süresi boyunca, Borçlar Kanununa göre gerçekleştirilen işletme devir ve birleşmelerinde ise yasaklı olan işletme sahibinin aynı zamanda işletmeyi devralan şirkette herhangi bir oranda pay sahibi olması durumunda bu kişinin yasaklılık süresi boyunca, devralan ya da yeni kurulan şirketin ihalelere katılamayacağına, 5-Türk Ticaret Kanununa göre gerçekleşen şirket birleşmelerinde, tasfiyesiz sona eren şirketin ortağı ya da ortaklarının yasaklanmış olması durumunda ise birleşme sözleşmesi sonucunda oluşan pay sahipliğine göre, devralan ya da yeni kurulan şirketin şahıs şirketi olması durumunda yasaklı kişinin/kişilerin bu şirketin ortağı olması, devralan ya da yeni kurulan şirketin sermaye şirketi olması durumunda ise yasaklı kişi/kişilerin bu şirkette toplam pay sahipliği oranının yarısından fazla olması durumu söz konusu ise devralan ya da yeni kurulan şirketin bu kişilerin yasaklılık süresi boyunca ihalelere katılmasının mümkün bulunmadığına” karar verilmiştir. Kanımızca, bu kararın 4’üncü maddesi, pay sahipliğinde herhangi bir oran aramaması ve dolayısıyla ortağı olunan şirketi sevk ve idare konusunda etkili olup olunmadığını sarfi nazar etmesi nedeniyle tartışmaya açıktır.

Bu bahse son vermeden kısaca ticari işletme birleşme ve devrine de değinilmesinde fayda vardır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) 202’nci maddesi malvarlığı ve işletmenin devralınması; 203’üncü maddesi ise işletmelerin birleşme ve şekil değiştirmesini düzenlemektedir. Gerek TBK m. 202 gerekse TBK m. 203 uyarınca gerçekleşen işletme devralma veya birleşmeleri, işletmeyi işleten şirketleri ve ortaklarını, kısacası şahıs unsurunu etkilememekte; ilgili şirketler ve ortaklar aynı kalmaya devam etmektedirler. Bu çerçevede, şirketler ve ortaklık yapılarında herhangi bir değişiklik söz konusu olmadığından şirket veya ortakları hakkında bulunan katılma yasakları 202 ve 203’üncü maddeler çerçevesinde gerçekleşen işlemlerden etkilenmez.

⁸³ Kamu İhale Kurulu tarafından itirazın şikayet başvuruları üzerine somut uyuşmazlığa yönelik uyuşmazlık kararları alınmakla birlikte KİK m.53’te yer alan “Bu (4734 sayılı) Kanuna ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek” şeklindeki görevi çerçevesinde somut bir uyuşmazlıktan bağımsız nitelikli düzenleyici kararlar da alınmaktadır.

B. Bölünmelerin Yasaklama Kararlarına Etkisi

Yukarıda da bahis konusu edildiği üzere, mevcut bir şirkete veya yeni kurulacak bir şirkete tam veya kısmi bölünme mümkündür. Bölünen şirketler veya bölünme sonucu malvarlığı devredilen mevcut şirketler hakkında daha önceden verilmiş yasaklama kararlarının bulunması olasıdır. Birleşme bahsine benzer şekilde kısmen farklılaşan hukuki sonuçlar nedeniyle tam ve kısmi bölünmenin ayrı ayrı inceleme konusu edilmesi gereklidir.

1. Tam Bölünme

Tam bölünmede, bir ticaret şirketi, malvarlığının tamamını mevcut veya yeni kurulacak en az iki ortaklığa devrederek, bölünme ile hukuki varlığı sona erer ve bunun sonucu olarak payları da son bulur. Tam bölünen şirketin hukuki varlığı sona ereceğinden, eğer bu şirket hakkında bir katılma yasağı söz konusu ise, süjesiz kalan yasaklama kararının, bölünme sonrasında hukuki varlığı sona eren şirkette devam etmesi veya bu yasaklamanın malvarlığın bölünerek devrolduğu mevcut veya yeni kurulan şirkete sirayeti söz konusu değildir.

Öte yandan, bölünen şirketin hakkında doğrudan veya KİK m. 58/II veya KİSK m. 26/II uyarınca teşmil neticesinde verilmiş yasaklama kararı bulunan ortaklarının, ortaklık oranları korunarak veya korunmayarak yani simetrik veya asimetrik olarak bölünme ile malvarlığı aktarılan şirketlerde pay sahibi olmaları durumunda; bu şirketlerde pay sahibi olan yasaklı ortakların şirketin sevk ve idaresi üzerindeki etkileri dikkate alınarak KİK m. 11 uyarınca ihalelere katılamayacaklar arasına yer almaları söz konusu olabilir.

2. Kısmi Bölünme

Kısmi bölünmede bölünen şirket hukuken varlığını sürdürmekte ve malvarlığının bir kısmını kendisi muhafaza ederken diğer kısmını mevcut veya yeni kurulacak bir veya birden fazla şirkete devretmektedir. Bölünen şirket infisah etmediği için bu şirket hakkında verilmiş olan bir yasaklama kararı mevcudiyetini sürdürür. Zira tüzelkişiliğinde herhangi bir değişiklik meydana gelmemiştir. Ancak, hakkında yasaklama kararı bulunan bölünen şirketin kısmi bölünme sonucu malvarlığının devredildiği şirketlere yasaklılık kararını sirayet ettirmesi söz konusu değildir.

Diğer taraftan, kısmi bölünen şirketin ortakları hakkında bir yasaklama kararının söz konusu olması durumunda, bu ortakların kısmi bölünme neticesinde malvarlığı devredilen mevcut veya yeni kurulan şirkette ortak olmaları durumunda, malvarlığı devredilen şirketlerin bu yasaklı ortaklardan dolayı yasaklılık süreleri boyunca KİK m. 11’de belirtilen şartların varlığı halinde ihaleye katılamayacaklar arasında yer almaları olasıdır.

Bununla birlikte, 6102 sayılı Kanunun 159’uncu maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca kısmi bölünmede, bölünen şirket, devredilen malvarlığı bölümleri karşılığında devralan şirketlerdeki payları ve hakları elde ederek yavru şirketini oluşturması durumunda da, kısmi bölünen şirket hakkındaki yasaklama kararının, KİK m. 11’de yer alan şartların varlığı halinde yavru şirketin ihaleye girmesine engel teşkil edebilir.

Bölünme bahsi kapatılmadan evvel son olarak 2016/DK.D-10 sayılı karara değinilmelidir. Bu kararda, *“Bölünerek infisah etmeyen şirket hakkında yasaklama kararı bulunması halinde, mevcudiyetini devam ettiren şirket hakkındaki yasaklama kararının geçerliğini devam ettireceğine ve infisah etsin veya etmesin bölünen şirketin yasaklılık süresi boyunca bölünme sonucu yeni kurulan veya bölünme ile malvarlığı devrolunan mevcut*

şirketlerin ihalelere katılamayacağına” Kamu İhale Kurulunca karar verilmiştir. Kanımızca düzenleyici karar, tam veya kısmi bölünen şirketin yasaklılık süresi boyunca bölünme sonucu yeni kurulan veya bölünme ile malvarlığı devrolunan mevcut şirketlerin ihalelere katılamayacağına yönelik kısmi itibariyle eleştiriye açıktır. Zira, bölünme sonucu malvarlığı devredilen şirkette sahip olunan paylar dolayısıyla KİK m. 11 çerçevesinde şirketin sevk ve idaresi üzerindeki etkisi dikkate alınmaksızın doğrudan bu şirketlerin ihalelere katılamayacağına hükmetmenin doğru bir yaklaşım olmadığı kanaatindeyiz.

C. Nev’i Değiştirmelerin Yasaklama Kararlarına Etkisi

Nev değiştirmelere ilişkin olarak TTK m. 180’de, *“Bir şirket hukuki şeklini değiştirebilir. Yeni türe dönüştürülen şirket eskisinin devamıdır.”* hükmü yer almaktadır. Anılan maddenin gerekçesinde ise *“... 180 inci madde, -181 inci madde ile birlikte yorumlandığı takdirde-, 6762 sayılı Kanunun 152 nci maddesi gibi, geniş bir tür değiştirme serbestisi ve türü seçme özgürlüğü sağlamaktadır. Tür değiştirme ile tür değiştiren şirketin hukuki ilişkilerinin değişmeyeceği hükmü 6762 sayılı Kanunun veciz “yeni nev’e çevrilen şirket, eskisinin devamıdır” kuralının başka şekilde ifadesidir...”* şeklinde açıklamaya yer verilmiştir.

Bu bağlamda, tür değiştiren şirketin sadece hukuki şeklinin değiştiği, tüzel kişiliğin aynı şekilde devam ettiği ve değişiklikten sonraki şirketin değişiklikten önceki şirketin devamı olduğu anlaşılmaktadır. Eski şirketin devamı olması dolayısıyla hakkında yasaklama kararı bulunan bir ticaret şirketinin TTK’ya göre tür değiştirmesi, yasaklılık kararını sona erdirmez.

SONUÇ

Ticaret şirketlerinde yapısal değişiklikler, birleşme, bölünme ve nev’i değiştirmedir. Bu değişikliklerin arkasında yatan düşünce, ekonomik ve ticari gereksinimlerine ayak uydurabilmek için kimi zaman birleşip büyümek, kimi zaman büyüklüğün getirmiş olduğu hantallıktan kurtulmak amacıyla bölünerek küçülmek, kimi zaman da şirketin mevcut hukuki yapısının amaçlanan ticari faaliyeti yerine getirmek için uygun olmadığı durumlarda, tür değiştirmektir.

Ticaret şirketlerinin, ticari faaliyetlerinin bazen tamamını bazen de bir kısmını kamuya karşı üstlendikleri taahhütleri oluşturmaktadır. Kamu, yaptıracağı işleri belirli bir yarışma sonucu bu yarışı kazanan gerçek ve tüzel kişilerle yaptığı sözleşmeler vasıtasıyla yerine getirmektedir. İhale adı verilen bu yarışmanın ve yarışma sonucu imzalanan sözleşmelerin belirli kurallar dahilinde yerine getirilmesini sağlamak amacıyla KİK ve KİSK’te idari yaptırımlar öngörülmüştür. Bu yaptırımlardan biri, kişilerin ihalelere katılımlarına süreli veya süresiz kısıt getiren kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararıdır. Yasaklama kararları sadece yasaklama kararı verilmesine mesnet teşkil eden idari ihlalde bulunanlar hakkında değil bu kişilerle birlikte belirli bir ortaklık ilişkisi içinde bulundukları kişiler hakkında da verileceği (teşmil kuralları) yine KİK ve KİSK’te öngörülmüştür. Bu idari yaptırımın, şirketlerdeki yapısal değişikliklerden ne şekilde etkileneceği idari yaptırım hukukunda da etkin olan ceza hukuku ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Nev’i değiştirmede şirket, sadece hukuki kabuğunu değiştirdiği ve eskisinin devamı olarak faaliyet gösterdiği için yasaklama kararları, bu değişiminden etkilenmez. Buna mukabil, birleşme veya bölünmelerde, hukuki varlığını devam ettiren şirketler hakkında verilmiş olan yasaklama kararları varlığını devam ettirecekken; birleşme ve bölünme neticesinde infisah eden

şirketler açısından yasaklama kararları konusuz kalacağından, yasaklama kararının devam ettirilmesi veya bu kararın teşmil ettirilmesi söz konusu olmayacaktır. Öte yandan birleşme ve bölünme sonucunda hesaplanan bir değiş-tokuş ölçüsüne göre malvarlığı devredilen şirketlerde pay sahibi olan ortaklar hakkında yasaklama kararları ise KİK m. 11 uyarınca şartları oluşmuş ise pay sahibi olunan şirketlerin ihalelere katılımına engel teşkil edebilecektir.

KAYNAKLAR

- Akıllıoğlu Tekin. “Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Rolü”, Erişim Tarihi: 25.05.2020, <http://www.idare.gen.tr/akillioglu-insan.htm>
- Akıylmaz Bahtiyar. İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000.
- Akıylmaz Bahtiyar, Sezginer Murat ve Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Aydın Erkan, “Kurumlar Vergisi Kanunu Açısından Sermaye Şirketlerinde Tam Bölünme”, Marmara Üniversitesi İ.İ.B. Dergisi, C: XXXVI, S. II, (2014): 71-91.
- Bilge Mehmet Emin, “Anonim Şirketlerin Sona Ermesi ve Tasfiyesi”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt No: XVI, Sayı No: 3-4, (2012): 261-294,
- Bahtiyar Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul: 7. Baskı, Beta Basım, 2012.
- Bakıcı Sedat. 5237 sayılı Yasa kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Ankara: 2. Baskı, 2008.
- Develi Bilge, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi”, Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL’a Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Sa. 1-2, (2013): 443-490.
- Dönmezer Sulhi ve Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku: Genel Kısım, 1. Cilt, İstanbul: 14. Baskı, Beta Basım, 1997.
- Erdinç Burcu. “İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması”, Ankara Barosu Dergisi, S.2012/2, (2012): 241-276.
- Gök Yaşar. Açıklamalı Kamu İhale Kanunu, Ankara: 5. Baskı, 2012.
- Göktürk Kürşat, Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL’ a Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Sa. 1-2, (2013): 631-662.
- Gözler Kemal, İdare Hukukuna Giriş, 2. baskı, Bursa, Ekin Kitabevi, 2003.
- Gözübüyük A. Şeref ve Tan Turgut, İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- İpek Kayalı Fena, Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşmeler, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Kağıtçıoğlu Mutlu, Anonim Şirketlerde Kısmi Bölünme, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2012.

- Kaplan İbrahim, “İsviçre Birleşme Kanunu (FusG) İle TTK’da Düzenlenmiş Bulunan Şirketlerin Birleşme, Bölünme ve Devri Sözleşmeleri”, TBB Dergisi Sa:146, (2020): 315-328.
- Karabulut Mustafa, İdari Yaptırımların Hukuki Rejim, Ankara: Turhan Kitapevi, 2008.
- Kavak Ahmet, Sermaye Şirketlerinin Tasfiye, Birleşme, Devir ve Bölünme İşlemleri, Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları, 2009.
- Kayihan Şaban, Ticaret Hukuku, Ankara: 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2009.
- Koca Mahmut ve Üzülmüş İlhan. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Oğurlu Yücel, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma İdari Ceza Hukuku ve İdari Cezalara Karşı Başvuru Yolları, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2000.
- Özay İlhan, İdari Yaptırımlar, İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 1985.
- Özen Mustafa. “Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Sa. 1, (2010): 389-417.
- Öztürk Bahri ve Erdem Mustafa Ruhan. Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara: yeni TCK’ya göre yenilenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Uslu Yusuf ve Demirel Salim, Kamu İhale Hukuku ve Yapım İşleri İhaleleri, Ankara: 2. Baskı, 2014.
- Poroy Reha, Tekinap Ünal ve Çamoğlu Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, Güncelleştirilmiş İstanbul: 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Pulaşlı Hasan, Şirketler Hukukunun Genel Esasları, Ankara: Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015.
- Toroslu Nevzat. Ceza Hukuku, Ankara: 5. Baskı, Savaş Yayınevi, 2001.
- Yasaman Hamdi, “Şirketlerin Birleşmesi ve Bölünmeler”, Bilgi Topluluğunda Ünal Tekinalp’e Armağan, C.I, İstanbul, Beta Basım, (2003):
- Zor Ömer Tugrul, Ceza Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararı, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:9, Sayı:90, (2014):77-86.
- Zor Ömer Tuğrul ve Yosunkaya Bora, Kamu İhale Kurulu ve Danıştay Kararları Işığında 100 soruda Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2014.