

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MALİYE ANA BİLİM DALI
MALİ HUKUK BİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

2886 SAYILI DEVLET İHALE KANUNU'NDA
YASAKLAMA KARARLARI VE KARARLARA
KARŞI BAŞVURU YOLLARI

YELİZ NESLİHAN AKEL

2501120565

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. S. ATEŞ OKTAR

İSTANBUL - 2017



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MÜDÜRLÜĞÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : YELİZ NESLİHAN AKEL Numarası : 2501120565
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : MALİ HUKUK Danışmanı : PROF. DR. SALİM ATEŞ OKTAR
Tez Savunma Tarihi : 09.11.2017 Saati : 13.00
Tez Başlığı : 2886 SAYILI DEVLET İHALE KANUNU'NDA YASAKLAMA KARARLARI VE KARARLARA KARŞI BAŞVURU YOLLARI

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

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. SALİM ATEŞ OKTAR		Kabul
2- PROF. DR. FİGEN ALTUĞ		KABUL
3- YRD. DOÇ. DR. Z. ERTUNÇ ŞİRİN		KABUL
4- YRD. DOÇ. DR. EZHAN DOĞRUSÖZ		Kabul
5- YRD. DOÇ. DR. YASEMİN TAŞKIN		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. ERKAN AYDIN		
2- PROF. DR. NAGİHAN OKTAYER İŞIKLAR		

ÖZ

2886 SAYILI DEVLET İHALE KANUNU'NDA YASAKLAMA KARARLARI VE KARARLARA KARŞI BAŞVURU YOLLARI

YELİZ NESLİHAN AKEL

Kamu ihalelerinde, ihalelerin başından sonuna dek idarelerce sağlanması zorunlu olan ihale ilkeleri bulunmaktadır. Bu ilkeler, kamu bütçesi üzerinde tesiri olan ve malî sonuçları bulunan ihalelerin sağlıklı bir süreç içinde gerçekleştirilebilmesi, kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılabilmesi, kamunun güvenirliliğinin sağlanabilmesi ve nihayetinde kamu yararı için elzemdir.

İdareler tarafından ihale ilkelerini temin etme sorumluluğunun yerine getirilmesinde, ihalelerde idarenin karşı tarafında yer alan kişilerin de fiil ve davranışları direkt etkilidir. Zira kişilerin ihale ilkelerinin teminini engelleyen fiil ve davranışlarına hukukî bir sonuç bağlanmıştır ve kamu düzeninin bir tezahürü olan ihale düzenini bozmaya yönelik fiil ve davranışları gerçekleştirenler hakkında kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilmektedir. Bu bağlamda, kamu ihale usullerini düzenleyen kanunlardan biri olan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile bu Kanun'a dayanan ikincil mevzuat uyarınca düzenlenen fiil ve davranışları gerçekleştirdiği tespit edilenler hakkında, idarelerce yasaklama kararı tesis edilmektedir.

İdarî fonksiyona tabi olan kamu ihalelerinden yasaklama kararları, geçici süreliğine tesis edilen bir bireysel idarî işlemdir. Bu sebeple hukuka uygun bir yasaklama kararı, idarî işlemlerin unsurları olan sebep, konu, yetki, şekil ve maksat yönlerinden incelenmesi gerekmektedir. Ayrıca özel idarî kolluk olduğunu düşündüğümüz kamu ihalelerinden yasaklama kararları ile oluşturulmak istenen dengede Anayasal temelde çatışan menfaatler bulunduğu için, bu kararların tesisinde çok dikkatli olunması gerekmektedir.

Kamu gücü kullanılarak tesis edilen ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanma özelliği bulunan kamu ihalelerinden yasaklama kararları, bir idarî

yaptırımdır. Bu kararlara karşı başvurulabilecek idarî ve yargısal başvuru yolları bulunmaktadır. İdarî yargıda dava konusu edilebilen yasaklama kararlarının iptal davası açmak suretiyle iptali istenebileceği gibi, zararın bulunduğu hâllerde de tam yargı davası ile zararın tazmini istenebilmektedir.

***Anahtar Sözcükler:** Kamu İhale Hukuku, Kamu İhaleleri, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, Kamu İhalelerinden Yasaklama Kararları, İdarî Fonksiyon, İdarî İşlem, İdarî Yaptırım, İdarî Yargı.*



ABSTRACT

PROHIBITION DECISIONS IN STATE PROCUREMENT LAW NO. 2886 AND REMEDIES AGAINST THESE DECISIONS

YELİZ NESLİHAN AKEL

In public procurements, there are mandatory tender principles that must be provided by the administrations from the beginning to the end of the tenders. These principles which have an impact on public budget and have financial consequences, are essential for tenders to realize in a healthy process, using public resources effectively and efficiently, ensuring public reliability and finally for public interest.

During the fulfillment of the responsibility of providing tender principles by administrations in tenders, the acts and conducts of the persons' on the opposite part of administrations are directly influential, as well. Because a legal consequence is binded to the acts and conducts of these persons' that prevent the fulfillment of tender principles and prohibition decisions from participating in public procurements are given to those who are involved in disturbing acts and conducts of tender order that is manifestation of public order. In this regard, prohibition decision is given to those who are involved in the acts and behaviors by the administrations in accordance with the State Procurement Law No. 2886 which is one of the laws regulating public procurement procedures and the secondary legislation based on this Law.

Prohibition decisions from participating in public procurements which are established temporarily are subject to administrative function and they are considered as individual administrative act. Therefore, a legal prohibition decision should be studied in terms of reason, subject, authority, form and purpose that are elements of administrative acts. Besides it is necessary to be very careful in the establishment of these decisions because there are conflicting interests on the Constitutional basis to create the desired balance with prohibition decisions from participating in public procurements that we considered to be a special administrative police.

Prohibition decisions from participating in public procurements which established by public power and capable of benefiting from legal compliance presumption are administrative sanction. There are administrative and judicial remedies against these decisions. The prohibition decisions which may be brought before the administrative judiciary can be requested to be cancelled by revocatory action, in case of damages, the compensation of the damage with full remedy action can be requested, as well.

Key Words: *Public Procurement Law, Public Procurements, State Procurement Law No. 2886, Prohibition Decisions from Participating in Public Procurements, Administrative Function, Administrative Act, Administrative Sanction, Administrative Judiciary.*

ÖNSÖZ

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı Malî Hukuk Anabilim Dalında Yüksek Lisans Tezi olarak hazırladığım bu çalışmada; 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca tesis edilen idarî nitelikli yasaklama kararları ve bu kararlara karşı başvuru yolları ele alınmıştır.

Çalışmamıza başlamadan önce fark ettiğimiz üzere, kamu ihalelerinden yasaklama kararları özelinde ve genel olarak 2886 sayılı Kanun hak ettiği ilgiyi görmemektedir. Güncel çalışmaların ezici çoğunluğu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve bu Kanun uyarınca akdedilecek sözleşmelere ilişkin usul ve esasları düzenleyen 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Ancak 2886 sayılı Kanun uyarınca yapılan ihaleler ile kamu bütçesine bir girdi oluşmakta ve 4734 sayılı Kanun ile yapılacak alımların ve bu alımlarda yapılan harcamaların finansmanı da sağlanmaktadır. 2886 sayılı Kanun uyarınca yapılan satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri aynî hak tesisi ile kamusal gider oluşturmayan iş ve işlemlerine ait ihaleler ile toplumun ortak değeri olan kamu kaynakları kullanılarak kamu bütçesine pozitif yönlü değer yaratılmakta olduğundan, bu alanı düzenleyen normatif düzenlemelerin geliştirilmesi amacıyla yapılacak olan katkı oldukça elzem olacaktır.

Hukuka uygun olmayan her bir yasaklama kararının olumsuz etkilerinin, yalnızca kişiler üzerinde olduğu düşünülmemelidir; zira daha sonra yapılacak kamu ihalelerine katılımı yasaklanan her bir kişi, belirlenen bir süre için bu ihalelerde oluşacak rekabette bir aktör olarak yer alamayacağı için, eksik bir rekabet ortamı ile kamusal bütçe için en verimli, en etkin sonuç yaratılamayacaktır. Ayrıca bu durum daha sonraki ihalelerde, ihale sürecinin bir aktörü olarak katılmayı düşünen diğer kişilerin güvenlerini de sarsacağından katılımın daha da azalarak rekabet ilkesinin tesisinin daha zorlaşması riskini beraberinde getirecektir. Diğer taraftan yasaklama kararı tesis etmeye yetkili idarelerin normatif düzenlemelerin uygulamasındaki hataları ve özellikle bu işlemlerin unsurları yönünden eksik uygulamaları vuku bulduğunda, yapılacak ihalelerden belirlenen süre ile uzaklaştırılması gereken

kişilerin gerçekleştirdiği fiil ve davranışları, ceza yargılaması saklı kalmak kaydıyla idarî yaptırımsız kalacaktır ve bu durum da ihale düzeni için riskler doğuracaktır. Bunun dışında yasaklama kararlarına karşı iptal davası açılabilen ve bu işlemlerin hukuka aykırılığının tespit edilmesi hâlinde de idarelerin sorumluluğu doğmaktadır. Zira ilgililerin, hukuka uygun olmayan bu kararlar sebebiyle ihlal edilen haklarının tazmini amacıyla açmış oldukları tam yargı davası sonucunda, idareler aleyhine maddî ve manevî tazminat kararı verilebilmektedir. Bu sebeple, 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen yasaklama kararlarını tüm yönleriyle irdelemeye gayret gösterdiğimiz bu çalışma, kararların hukukîliğinin sorgulanmasında kararı tesis eden idareler ile haklarında bu kararların tesis edildiği kişiler için işlevsel olacaktır. Ayrıca çalışmamızda yararlandığımız doktrin görüşleri ile somut uyuşmazlıkları ve bunların nasıl çözümlendiğini kavradığımız yargı kararları ışığında, 2886 sayılı Kanun'daki kamu ihalelerinden yasaklama kararlarını hükme bağlayan düzenlemeler için, kanun koyucunun dikkatine sunulmak üzere öneriler geliştirilmiştir.

Yasaklama kararlarının tesisinde bu alana ilişkin normatif düzenlemelerin anlaşılmasına katkı sağlayabilmeyi amaçladığımız ve hazırlanması sırasında pek çok yazarın eserlerinden akademik kural ve ölçüler içinde yararlanmış olduğumuz bu çalışmanın idare hukuku ve kamu ihale hukukuna katkı sağlamasını ve yeni oluşturulacak eserler için bir kaynak olabilmesini umut ediyoruz.

Çalışmanın mevcut duruma gelebilmesindeki katkısı, güveni ve hoşgörüsü nedeniyle, henüz başlarında olduğum akademi hayatımda akademisyenliğini örnek aldığım tez danışmanım ve çok değerli hocam sayın Prof. Dr. S. Ateş OKTAR'a ve hayatımın her anında olduğu gibi bu çalışmanın da başından sonuna dek desteğini ve sevgisini esirgemeyen annem, babam ve eşime teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim.

İstanbul, 2017
Yeliz Neslihan AKEL

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT.....	v
ÖNSÖZ.....	vii
İÇİNDEKİLER.....	ix
TABLolar LİSTESİ.....	xviii
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM KAMU İHALE HUKUKU

1.1. KAMU İHALESİNİN TANIMI.....	8
1.1.1. Kamu İhale Usullerini Düzenleyen Kanunlar.....	8
1.1.2. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve İhalenin Tanımı.....	12
1.1.3. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve İhalenin Tanımı.....	12
1.1.4. 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve İhalenin Tanımı.....	13
1.1.5. 2886 ve 4734 sayılı Kanunlar Dışındaki Kanunlarda İhalenin Tanımı....	13
1.2. KAMU İHALE HUKUKUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ.....	16
1.3. KAMU İHALE HUKUKUNDA YER ALAN KANUNLARIN KAPSAMI.	17

İKİNCİ BÖLÜM KAMU İHALE HUKUKUNDA YASAKLAMA KARARLARININ İDARİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ

2.1. KAMU İHALE HUKUKUNDA YASAKLAMA KARARLARININ İDARİ NİTELİĞİ.....	20
2.2. İDARE ORGANININ MAHİYETİ VE KAMU İHALE HUKUKUNDA YASAKLAMA KARARLARININ ÖZELLİKLERİ.....	23

2.2.1. İdare Organı	25
2.2.1.1. Yasama Organı.....	25
2.2.1.2. Yargı Organı.....	25
2.2.1.3. Yürütme Organı	26
2.2.2. İdarî Fonksiyon	26
2.2.2.1. Yasama Fonksiyonu ve İdarî Fonksiyon.....	29
2.2.2.2. Yargı Fonksiyonu ve İdarî Fonksiyon	30
2.2.2.3. İdarî Fonksiyona Tabi Olması Açısından Kamu İhalelerinden Yasaklama Kararlarının Özellikleri	34
2.2.2.4. İdarî Bir Kolluk Olarak Kamu İhalelerinden Yasaklama Kararlarının Özellikleri.....	38
2.2.2.4.1. Anayasal Hükümler Açısından Kamu İhalelerinden Yasaklama Kararları	38
2.2.2.4.2. Kamu İhalelerinden Yasaklama Kararlarının İdarî Kolluk Niteliği	42

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU İHALE HUKUKUNDA YASAKLAMA KARARLARININ İDARİ İŞLEM NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ

3.1. İDARİ İŞLEMLERİN TANIMLANMASI	48
3.2. İDARİ İŞLEMLERİN TÜRLERİ.....	51
3.2.1. Tek Taraflı İdarî İşlemler	52
3.2.1.1. Düzenleyici İdarî İşlemler.....	53
3.2.1.2. Bireysel İdarî İşlemler (İdarî Kararlar)	56
3.2.2. İki Taraflı İdarî İşlemler.....	57
3.3. TEK TARAFLI İDARİ İŞLEMLERİN ÖZELLİKLERİ	61
3.3.1. Tek Taraflı Olması	63

3.3.2. Kamu Gücünü İçermesi.....	65
3.3.3. Kamu Yararı Amacıyla Yapılması.....	66
3.3.4. İcrai Olması.....	67
3.3.5. Resen İcra Edilebilir Olması.....	69
3.3.6. Hukuka Uygunluk Karinesinden Yararlanması.....	69
3.4. BİREYSEL İDARÎ İŞLEMLERİN TÜRLERİ.....	72
3.4.1. Maddî Tasnife Göre Bireysel İdarî İşlemlerin Türleri.....	72
3.4.1.1. Sübjektif İşlemler.....	73
3.4.1.2. Şart İşlemler.....	74
3.4.2. Açıklanan İradenin Sayısına ve İradenin Açıklanmasında İzlenen Usule Göre Bireysel İdarî İşlemlerin Türleri.....	75
3.4.2.1. Basit İşlemler.....	75
3.4.2.2. Kolektif İşlemler.....	75
3.4.2.3. Karma İşlemler.....	76
3.4.3. Doğuracakları Hukukî Sonuca Göre Tasnif Temelinde Bireysel İdarî İşlemlerin Türleri.....	78
3.4.3.1. Yapıcı (İnşai) İşlemler.....	78
3.4.3.2. Belirleyici İşlemler.....	78
3.4.4. İlgilileri Üzerindeki Etkilerine Göre Tasnif Temelinde Bireysel İdarî İşlemlerin Türleri.....	79
3.4.4.1. Yararlandırıcı İşlemler.....	79
3.4.4.2. Yükümlendirici İşlemler.....	79
3.5. İDARÎ İŞLEMLERİN UNSURLARI.....	80

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
2886 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE KAMU İHALELERİNDEN
YASAKLAMA KARARLARINDA SEBEP UNSURU VE HUKUKA
AYKIRILIKLAR

4.1. İDARÎ İŞLEMLERDE SEBEP UNSURU	85
4.1.1. İdarî İşlemlerde Bağlı Yetki.....	87
4.1.2. İdarî İşlemlerde Takdir Yetkisi	88
4.2. YASAKLAMA KARARLARININ VERİLMESİNDE SEBEP UNSURU... 96	
4.2.1. Sözleşme İmzalanmadan Önce Tesis Edilen Yasaklama Kararlarında Sebep Unsuru	97
4.2.1.1. İhaleye İlişkin İşlemlere Fesat Karıştırmak veya Buna Teşebbüs Etmek	98
4.2.1.1.1. Hile ve Desise Suretiyle İhaleye İlişkin İşlemlere Fesat Karıştırmak veya Buna Teşebbüs Etmek	123
4.2.1.1.2. Vait Suretiyle İhaleye İlişkin İşlemlere Fesat Karıştırmak veya Buna Teşebbüs Etmek.....	130
4.2.1.1.3. Tehdit Suretiyle İhaleye İlişkin İşlemlere Fesat Karıştırmak veya Buna Teşebbüs Etmek.....	132
4.2.1.1.4. Nüfuz Kullanma Suretiyle İhaleye İlişkin İşlemlere Fesat Karıştırmak veya Buna Teşebbüs Etmek	133
4.2.1.1.5. Çıkar Sağlama Suretiyle İhaleye İlişkin İşlemlere Fesat Karıştırmak veya Buna Teşebbüs Etmek	136
4.2.1.2. Rekabeti Engelleiyici Fiil ve Davranışlarda Bulunmak.....	137
4.2.1.2.1. İhalelerde İsteklileri Tereddüde Düşürecek veya Rağbeti Kıracak Söz Söylemek ve İstekliler Arasında Anlaşmaya Çağrını İma Edecek İşaret ve Davranışlarda Bulunmak.....	147

4.2.1.2.2. İhalenin Doğruluğunu Bozacak Biçimde Görüşme ve Tartışma Yapmak	148
4.2.1.3. İhale İşlemlerinde Sahte Belge veya Sahte Teminat Kullanmak veya Kullanmaya Teşebbüs Etmek.....	148
4.2.1.3.1. İhale İşlemlerinde Sahte Belge Kullanmak veya Kullanmaya Teşebbüs Etmek	155
4.2.1.3.2. İhale İşlemlerinde Sahte Teminat Kullanmak veya Kullanmaya Teşebbüs Etmek	159
4.2.1.4. Üzerine İhale Yapıldığı Hâlde Usulüne Göre Sözleşme Yapmamak	160
4.2.1.5. İhalelerde Bir İstekli Tarafından Kendi veya Başkaları Adına Asaleten ya da Vekâleten Birden Fazla Teklif Vermek.....	163
4.2.2. Sözleşme İmzalandıktan Sonra Tesis Edilen Yasaklama Kararlarında Sebeup Unsuru	169
4.2.2.1. İhaleye İlişkin İşlemlere Fesat Karıştırmak veya Buna Teşebbüs Etmek	170
4.2.2.2. İhale İşlemlerinde Sahte Belge veya Sahte Teminat Kullanmak veya Kullanmaya Teşebbüs Etmek.....	172
4.2.2.3. Taahhüdünü Kötü Niyetle Yerine Getirmemek	175
4.2.2.4. Taahhüdünü Yerine Getirirken İdareye Zarar Verecek İşler Yapmak veya İşin Yapılması veya Teslimi Sırasında Hileli Malzeme, Araç veya Usuller Kullanmak	179
4.2.2.5. Sözleşme Yapıldıktan Sonra Taahhüdünden Vazgeçmek ve Mücbir Sebepler Dışında Taahhüdünü Sözleşme ve Şartname Hükümlerine Uygun Olarak Yerine Getirmemek	187
4.3. SEBEP UNSURUNDA HUKUKA AYKIRILIKLAR.....	189
4.3.1. İdarî İşlemin Sebeup Unsurunun Mevzuatta Belirtilmemiş ya da İdarelerce Belirtilmesinin Öngörülmemiş Olması	190

4.3.2. İdarî İşlemin Hukukî Tavsifinde Hataya Düşülmesi.....	191
--	-----

BEŞİNCİ BÖLÜM

2886 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE KAMU İHALELERİNDEN

YASAKLAMA KARARLARINDA KONU UNSURU VE HUKUKA

AYKIRILIKLAR

5.1. İDARÎ İŞLEMLERDE KONU UNSURU	194
5.2. YASAKLAMA KARARLARININ VERİLMESİNDE KONU UNSURU .	196
5.2.1. O İhaleye İştirak Ettirilmeme Kararı Alınması.....	196
5.2.2. Bütün İhalelere Katılmaktan Yasaklama Kararı Verilmesi	198
5.2.2.1. Bütün İhalelere Katılmaktan Yasaklama Kararı Verilmesinde Süre	200
5.2.2.2. Bütün İhalelere Katılmaktan Yasaklama Kararı Verilmesinde İdare Kapsamı.....	202
5.2.2.3. Bütün İhalelere Katılmaktan Yasaklama Kararı Verilmesinin Sirayeti	211
5.2.3. İhaleyi Yapan Bakanlık veya Yasaklama Kararını Veren İdarenin/Kurumun İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararı Verilmesi	213
5.2.3.1. İhaleyi Yapan Bakanlık veya Yasaklama Kararını Veren İdarenin/Kurumun İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararı Verilmesinde Süre	216
5.2.3.2. İhaleyi Yapan Bakanlık veya Yasaklama Kararını Veren İdarenin/Kurumun İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararı Verilmesinde İdare Kapsamı	217
5.2.3.3. İhaleyi Yapan Bakanlık veya Yasaklama Kararını Veren İdarenin/Kurumun İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararı Verilmesinin Sirayeti	225
5.3. KONU UNSURUNDA HUKUKA AYKIRILIKLAR	226

5.3.1. İdarî İşlemlerin Konu Unsurundaki Kısıt.....	226
5.3.2. İdarî İşlemlerin Sebep ve Konu Unsuru Arasındaki Nedensellik	227
5.3.3. İdarî İşlemlerin Sebep ve Konu Unsuru Arasındaki Ölçü	228
5.3.4. Takdir Yetkisinin Varlığı	229

ALTINCI BÖLÜM

2886 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE KAMU İHALELERİNDEN YASAKLAMA KARARLARINDA YETKİ UNSURU VE HUKUKA AYKIRILIKLAR

6.1. İDARÎ İŞLEMLERDE YETKİ UNSURU	235
6.1.1. Kişi Bakımından Yetki.....	237
6.1.2. Konu Bakımından Yetki	238
6.1.3. Yer Bakımından Yetki	238
6.1.4. Zaman Bakımından Yetki	239
6.2. YASAKLAMA KARARLARININ VERİLMESİNDE YETKİ UNSURU. 239	
6.2.1. O İhaleye İştirak Ettirilmeme Kararı Alınmasında Yetki	239
6.2.2. Bütün İhalelere ve İhaleyi Yapan Bakanlık veya Yasaklama Kararını Veren İdarenin/Kurumun İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararı Alınmasında Yetki	240
6.3. YETKİ UNSURUNDA HUKUKA AYKIRILIKLAR.....	248
6.3.1. Fonksiyon Gaspı	249
6.3.2. Yetki Gaspı	250
6.3.3. Yetki Tecavüzü	252
6.3.4. Ağır ve Bariz Yetki Tecavüzü.....	254

YEDİNCİ BÖLÜM

2886 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE KAMU İHALELERİNDEN YASAKLAMA KARARLARINDA ŞEKİL UNSURU VE HUKUKA AYKIRILIKLAR

7.1. İDARÎ İŞLEMLERDE ŞEKİL UNSURU	256
7.2. YASAKLAMA KARARLARININ VERİLMESİNDE ŞEKİL UNSURU VE HUKUKA AYKIRILIKLAR.....	258
7.2.1. Yasaklama Kararlarının Verilmesinde Yazılı Şekil Kuralı.....	259
7.2.2. Yasaklama Kararlarının Verilmesinde Fiil ve Davranışın Tespitine Bağlı Süre	264
7.2.3. Yasaklama Kararlarının Resmî Gazete'de Yayımlanmasında Süre	265
7.2.4. Yasaklama Kararlarının Verilmesinde İşlemin İlgililerine Bildirimin Şekli	265
7.2.5. Yasaklama Kararlarının Verilmesinde Gerekçeleştirme	271
7.2.6. Yasaklama Kararlarına Karşı Başvurulabilecek Kanun Yolları, Mercilerin ve Sürenin Gösterilmesi	274

SEKİZİNCİ BÖLÜM

2886 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE KAMU İHALELERİNDEN YASAKLAMA KARARLARINDA MAKSAT UNSURU VE HUKUKA AYKIRILIKLAR

8.1. İDARÎ İŞLEMLERDE MAKSAT UNSURU	283
8.2. YASAKLAMA KARARLARININ VERİLMESİNDE MAKSAT UNSURU	286
8.3. MAKSAT UNSURUNDA HUKUKA AYKIRILIKLAR.....	292
8.3.1. Yetki Saptırması.....	293
8.3.2. Usul Saptırması	294

DOKUZUNCU BÖLÜM

2886 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE KAMU İHALELERİNDEN YASAKLAMA KARARLARINA KARŞI BAŞVURU YOLLARI

9.1. YASAKLAMA KARARLARINA KARŞI İDARİ BAŞVURU YOLU.....	300
9.2. YASAKLAMA KARARLARINA KARŞI YARGISAL BAŞVURU YOLU	307
9.2.1. Yasaklama Kararlarında İptal Davası	308
9.2.1.1. Yasaklama Kararlarının İptal Davalarında Davaya İlişkin Şartlar .	310
9.2.1.1.1. Yetkili Mahkeme.....	310
9.2.1.1.2. Süre	312
9.2.1.2. Yasaklama Kararlarının İptal Davalarında Davacıya İlişkin Şartlar	314
9.2.1.2.1. Ehliyet	314
9.2.1.2.2. Husumet	317
9.2.2. Yasaklama Kararlarında Yürütmenin Durdurulması	318
9.2.3. Yasaklama Kararlarında Tam Yargı Davası	319
9.2.3.1. Yasaklama Kararlarının Tam Yargı Davalarında Davaya İlişkin Şartlar	325
9.2.3.1.1. Yetkili Mahkeme.....	325
9.2.3.1.2. Süre	326
9.2.3.2. Yasaklama Kararlarının Tam Yargı Davalarında Davacıya İlişkin Şartlar	327
9.2.3.2.1. Ehliyet	328
9.2.3.2.2. Husumet	330
SONUÇ VE ÖNERİLER.....	331
KAYNAKÇA	342

TABLolar LİSTESİ

Tablo 1: İhale Usullerini Düzenleyen Ulusal Kanunlar ve İhalenin Tanımı.....	16
Tablo 2: İdarî Fonksiyona Tabi Olması Açısından Kamu İhalelerinden Yasaklama Kararlarının Özellikleri	37
Tablo 3: İdarî İşlemlerin Türleri ve Kamu İhalelerinden Yasaklama Kararlarının Yeri.....	61
Tablo 4: Tek Taraflı İdarî İşlem Olması Açısından Kamu İhalelerinden Yasaklama Kararlarının Özellikleri	71
Tablo 5: Bireysel İdarî İşlem Türleri Temelinde Kamu İhalelerinden Yasaklama Kararlarının Özellikleri	80
Tablo 6: 2886 Sayılı Kanun'un 83. Maddesi Uyarınca Yasak Fiil ve Davranışların Gerçekleştiği İhale İşlemleri ile İhale İşlemlerinin Aşamaları	104
Tablo 7: 2886 Sayılı Kanun'un Madde 83/a Hükmüne Göre Sözleşme Öncesinde Gerçekleşen Yasak Fiil ve Davranışların Faili ve Yöneldiği Kişiler.....	122
Tablo 8: 2886 Sayılı Kanun'un Madde 83/b Hükmüne Göre Yasak Fiil ve Davranışların Faili ve Yöneldiği Kişiler	147
Tablo 9: 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu Uyarınca Sözleşme İmzalanmadan Önce Tesis Edilen Yasaklama Kararlarında Sebep Unsuru ve Özellikli Durumlar	168
Tablo 10: 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu Uyarınca Sözleşme İmzalandıktan Sonra Tesis Edilen Yasaklama Kararlarında Sebep Unsuru ve Özellikli Durumlar	189
Tablo 11: 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu Uyarınca Verilen Yasaklama Kararlarında Konu ve Yetki Unsurları ile Özellikli Durumlar	247
Tablo 12: Yasaklama Kararı Formu.....	270

KISALTMALAR LİSTESİ

A.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
A.Ş.	: Anonim Şirketi
bkz.	: Bakınız
E.	: Esas
K.	: Karar
Ltd. Şti.	: Limited Şirketi
No.lu	: Numaralı
s.	: Sayfa
Tic.	: Ticaret
TL	: Türk Lirası
TSE	: Türk Standartları Enstitüsü
YTL	: Yeni Türk Lirası
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve diğerleri

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kuruluşundan beri, kamusal ihtiyaçların karşılanmasını sağlamak ve kamusal hizmetlerin görülmesine katkıda bulunmak amacıyla yürütülen kamu ihalelerinin yapılış usullerine ilişkin hüküm getiren normatif düzenlemeler bulunmaktadır. İhale usullerini düzenleyen kanunların kapsamına giren idarelerin sayısının ve kamusal ihtiyaçların artışına bağlı olarak ve bu bağlamda da tecrübenin de birikimiyle, birçok disipline ait çalışmayı, işbirliğini gerektiren kamu ihale usulleri ile ilgili düzenlemelerin oldukça iyi bir ilerleme sağladığı görülmektedir.

Yalnızca kamu ihalelerinde değil, tüm ihalelerle ilgili akılda ilk canlanan olgu "rekabet" olmaktadır. Bir üst paragrafta belirttiğimiz ilerlemenin bir çıktısı olarak bu rekabet olgusunun tesisine hizmet edecek başka ihale ilkeleri de geliştirilmiştir. Kanaatimize göre ihalelerin birincil olarak çağrıştırdığı bu rekabet olgusu, ihaleyi, kamunun ihtiyaçlarının karşılanmasında gün ilerledikçe daha çok başvurulan bir usul olarak karşımıza çıkarmaktadır ve buna ilişkin olarak normatif düzenlemelerde yapılan değişikliklerle günbegün geliştirilmektedir. Bir usul olarak ihalelerin başta rekabet ilkesini beraberinde getirdiği varsayımının yanı sıra, bu amaca hizmet eden diğer ilkelerin geliştirilmesi ve ihale düzeninin sağlanması için gösterilen özenin en önemli sebebi ise kamu bütçesi ile ilgili olan direkt ilişkidir. Zira her bir kamu ihalesi, kamu bütçesinin aktif veya pasifinde bir etki oluşturmaktadır; bu malî sonuçlarının yanı sıra da kamunun belli bir ihtiyacı karşılanmakta veya bir kamu hizmetinin görülmesine katkı sağlanmakta olduğu için, ihaleler aracılığıyla yapılacak iş ve işlemlerin verimliliği, kalitesi ve etkinliği de ayrıca değerlendirilecektir.

İdare hukuku doktrinde "özel ihale usulleri" olarak ifade edilen ve en sık uygulama alanı bulan kamu ihale usullerini düzenleyen kanunlar, mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ve dolayısıyla harcamalar ile satım, kiraya verme, trampa, mülkiyetin gayri aynî hak tesisi ve dolayısıyla kamusal gelir oluşturan ya da gider oluşturmeyen iş ve işlemleri düzenlemek üzere, iki ayrı temelde yükselmektedir. Ancak yalnızca bu tasnif, ulusal mevzuatın izah edilmesinde yetersiz kalmaktadır;

zira kamu ihalelerini düzenleyen kanunlar, mevzuatımızda bu iki temel dışında dağınık olarak yer almaktadır. Durum bu olmakla birlikte, mevzuatımızda genel bir ihale usulü kanunu bulunmaması karşısında, uygulamada en sık başvuru alan kanunlar bu tasnifte yer almaktadır. Bu temellerden kamunun gelir getirici ve bütçeden gider oluşturmeyen iş ve işlemlerini düzenleyen 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve Kanun'a bağlı olarak çıkarılan ikincil mevzuat, çalışmamızın esasını oluşturmaktadır ve bağdaştığı ölçüde de 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda yer alan hükümlere yer verilmiştir.

2886 sayılı Kanun ve ihale usullerini düzenleyen diğer kanun hükümleri uyarınca ihale yapan idareler, ihalelerin başlangıcından sonuna dek ihale ilkeleri olarak addedebileceğimiz belirli temel ilkeleri temin etmekle sorumlu tutulmuşlardır. Bu bağlamda 2886 sayılı Kanun uyarınca yapılan ihalelerde idareler, başta rekabet olmak üzere açıklığı, ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını sağlamak zorunda olup ihale sürecinin idareler karşısında diğer tarafını oluşturan kişilerin de bu ihale ilkelerine riayet etmeleri gerekmektedir. Bu sebeptendir ki 2886 sayılı Kanun uyarınca yapılan ihalelerde, ihale ilkelerini temin etme sorumluluğunun yerine getirilebilmesi amacıyla idarelere, ihale düzenini tehdit edici, bozmaya yönelik fiil ve davranışlarda bulunan veya bunlara teşebbüs eden kişilerin ihale sürecinden dışlanabilmesi için, idarî nitelikli ve geçici süreli kamu ihalelerinden yasaklama kararı vererek idarî yaptırım uygulama yetkisi tanınmıştır. Zira idareler, bu sorumluluğun sağlanmasında ne kadar mükemmeliyetçi davranırsa davranırsa, sağlıklı bir ihale süreci için, idare karşısında diğer taraf olan kişilerin fiil ve davranışları da belirleyicidir ve direkt etkilidir.

İdarelerce kişilerin kamu ihalelerine katılımlarının geçici olarak yasaklanması şeklindeki idarî yaptırım, ihale usullerini düzenleyen ve Cumhuriyet tarihimizin bu anlamda ilk kanunu olan 1925 tarihli *661 sayılı Hükûmet Nâmına Vukû' Bulacak Müzâyede ve Münâkasa ve İhâlât Kânûnu*'nda da bulunmakta olup kendinden sonra yürürlüğe giren ihale usullerini düzenleyen tüm kanunlarda da hükme bağlanmıştır. Ancak bu alanı düzenleyen yeni kanunlar yürürlüğe girdikçe, ihalelere katılmaktan

yasaklama kararlarına ilişkin hükümler, neden ve sonuçları temelinde daha detaylı bir şekilde düzenlemiş olup kanunilik zemini pekiştirilmiştir.

Kamu ihalelerinden yasaklama kararları, sonuçları itibariyle diğer idarî yaptırımlardan farklılık arz etmektedir. Zira makro anlamda yasaklama kararları ile oluşan dengenin bir tarafını, ihale ilkelerinin etkinliğinin sağlanması suretiyle kamusal bütçe üzerinde tesiri ve malî sonuçları olan ihalelerdeki düzenin tesis edilmesi gerekliliği oluşturmaktadır. Dengenin diğer tarafını ise bahsi geçen bu gereklilikte, diğer ihale ilkelerinin de sürdürülebilmesine hizmet ettiği rekabet ilkesinin her bir yasaklama kararı ile bozulduğu gerçeği ve kişilerin çalışma hürriyetinin sınırlandırılması oluşturmaktadır.

2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen yasaklama kararlarını açıklamaya çalıştığımız çalışmamızın üç ana başlıktan oluşan birinci bölümünde, kullandığımız hukukî terminolojiyi adlandırmak ve çalışmamızın özel alanını ortaya çıkarmak amacıyla bilgiler verilmiştir. Bu bağlamda kamu ihalesinin tanımı, kamu ihale usullerini düzenleyen kanunlar, kamu ihale hukukunun tarihsel gelişimi ile kamu ihale hukukunda yer alan kanunların kapsamı irdelenmiştir. Bu vesile ile çalışmamızda kullandığımız tüm dengelim yönteminin amacına ulaşabilmesi için, kamu ihale hukuku hakkında genel bilgiler içinde, çalışmamızın esasını oluşturan 2886 sayılı Kanun'un mevzuat içindeki yeri, kapsamı, amacı saptanmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızın iki ana başlıktan oluşan ikinci bölümünde, 2886 sayılı Kanun özelinde ve ayrıca kamu ihale usullerini düzenleyen diğer kanunlar uyarınca tesis edilen yasaklama kararları için de geçerli olan açıklamalar yapılmıştır. Hem idarî makamlar tarafından verilen idarî nitelikli hem de yargı makamları tarafından verilen adlî nitelikli yasaklama kararlarının var olması sebebiyle, çalışma konumuzun sınırı çizilerek kamu ihale hukukunda yasaklama kararlarının idarî niteliği ve özellikleri hakkında bilgi verilmiştir. Doktrin ve yargı kararları ile oluşan verili bilgilerin gerekçeleri ile birlikte sağlanması yapılmaya çalışılmış olup idarî nitelikli yasaklama kararlarının tüm hukukî özelliklerinin ortaya çıkarılması gayretine girişilmiştir.

Tümdengelim yöntemi uygulanarak kamu ihale hukukunda yasaklama kararlarının idarî niteliğinin saptanmasında üst bir kavram olarak idarî fonksiyon içinde yer aldığına ilişkin öncelikle gerekçeler sunulmuş ve kararların bu tabiiyeti sebebiyle kazandığı özelliklere ve örneklerine yer verilmiştir. Daha sonrasında ise doktrinde de benzer düşünceler gördüğümüz ve idarî bir kolluk olduğuna kanaat getirdiğimiz yasaklama kararlarının öncelikle Anayasal hükümler ile olan ilişkisi verildikten sonra, bu sebeple kazanmış olduğu özelliklerine değinilmiştir.

Çalışmamızın beş ana başlıktan oluşan üçüncü bölümünde ise verili bir durum olan yasaklama kararlarının idarî işlem niteliği ve özellikleri detaylı bir şekilde incelenerek bu kararların idarî işlem türleri içindeki yeri saptanmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda öncelikle idarî işlemlerin tanımlanması ile başlanmış, sonrasında ise idarî işlemlerin türleri incelenmiştir. Bu incelemedeki özellikler tek tek ele alınıp yasaklama kararlarının hangi kategoride olduğu örnekler verilerek açıklanmıştır. Özellikle yasaklama kararlarına ilişkin uyumsuzlukların incelendiği son bölümümüz olan dokuzuncu bölüm için, bu kararların tabi olduğu durumlardan ileri gelen tüm özellikleri de açıklanmaya çalışılmış olup bu bölümün son başlığında bir bireysel idarî işlem olduğunu tespit ettiğimiz yasaklama kararlarının yargısal uyumsuzluklarında irdelenecek olan unsurlarının neler olduğu hakkında kısaca bilgi verilmiştir.

Çalışmamızın üç ana başlıktan oluşan dördüncü bölümünde, 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nda idarî işlemlerin inceleme yönlerinden; başka deyişle idarî işlemlerin unsurlarından biri olan sebep unsuru ile ilgili açıklamalar yapıldıktan sonra bu açıklamaların, 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen yasaklama kararları için somutlaştırılması çabasına girilmiştir. Kanun uyarınca tesis edilen yasaklama kararlarında sebep unsurunun incelendiği bu bölümde öncelikle, bağlı yetki ve takdir yetkisi açıklanmış ve yine çalışmamız özelindeki yasaklama kararlarındaki durum ele alınmıştır. Daha sonra yasaklama kararlarında sebep unsuru, tarafımızca yapılan *sözleşme imzalanmadan önce tesis edilen yasaklama kararlarında sebep unsuru ile sözleşme imzalandıktan sonra tesis edilen yasaklama kararlarında sebep unsuru* şeklinde tasnif edilerek irdelenmiştir. Bu iki temel tasnif de alt başlıklara ayrılarak

yasaklama kararı verilmesinde sebep unsuru oluşturan tüm fiil ve davranışlar tek tek ele alınmıştır. Bölümün sonunda ise genel olarak idarî işlemlerdeki sebep unsurundaki hukuka aykırılık türleri ve yaptırımları açıklanarak örnekler verilmek suretiyle 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen yasaklama kararlarında somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızın üç ana başlıktan oluşan beşinci bölümünde, idarî işlemlerin unsurlarından bir diğeri olan konu unsuru incelenerek öncelikle genel anlamda bu unsurun özelliklerine değinilmiş olup daha sonrasında 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen yasaklama kararlarında konu unsuru detaylı bir şekilde açıklanmıştır. Bu bağlamda, yasaklama kararlarının irdelenmesinde konu unsuru, *o ihaleye iştirak ettirilmeme kararı alınması, bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi ile ihaleyi yapan bakanlık veya yasaklama kararını veren idarenin/kurumun ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmesi* şeklinde üç ayrı başlık altında incelenmiştir. Bölümün sonunda da doktrin ve yargı kararları ile adlandırıldıkları şekilde, idarî işlemlerin konu unsurundaki hukuka aykırılıklar açıklanarak verilen örnekler ile 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen yasaklama kararlarında somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızın üç ana başlıktan oluşan altıncı bölümünde, idarî işlemlerin yetki unsuru incelenerek öncelikle genel anlamda bu unsurun özellikleri açıklanmış olup daha sonrasında 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen yasaklama kararlarında yetki unsuru hakkında detaylı bilgiler vermeye çalışılmıştır. Bu bağlamda yasaklama kararlarının konu unsuru incelenirken yapılmış olan tasnife uygun şekilde yetki unsuru, *o ihaleye iştirak ettirilmeme kararı alınmasında yetki ile bütün ihalelere ve ihaleyi yapan bakanlık veya yasaklama kararını veren idarenin/kurumun ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı alınmasında yetki* başlıkları altında açıklanmıştır. Bölümün sonunda doktrin ve yargı kararları ile adlandırıldıkları şekilde idarî işlemlerin yetki unsurundaki hukuka aykırılıklar açıklanarak verilen örneklerle 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen yasaklama kararlarında somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızın üç ana başlıktan oluşan yedinci bölümünde, genel anlamda idarî işlemlerin şekil unsurunun özellikleri incelenmiş olup daha sonrasında 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen yasaklama kararlarında şekil unsuru detaylı bir şekilde açıklanmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda *yasaklama kararlarının verilmesinde yazılı şekil kuralı, fiil ve davranışın tespitine bağlı süre, işlemin ilgililerine bildirim şekli, gerekçelendirme, bu kararların Resmî Gazete'de yayımlanmasında süre ile kararlara karşı başvurulabilecek kanun yolları, mercilerin ve sürenin gösterilmesi* ile ilgili hususları ve idarî işlemlerin şekil unsurundaki hukuka aykırılıklar birlikte irdelenmiştir.

Çalışmamızın üç ana başlıktan oluşan sekizinci bölümünde, genel anlamda idarî işlemlerin maksat unsurunun özellikleri incelenmiş olup daha sonrasında 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen yasaklama kararlarında maksat unsuru detaylı bir şekilde açıklanmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda yasaklama kararlarına dair genel ve özel maksada ilişkin bilgiler verildikten sonra, bölümün sonunda doktrin ve yargı kararları ile adlandırıldıkları şekilde idarî işlemlerin maksat unsurundaki hukuka aykırılıklar açıklanarak verilen örneklerle 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen yasaklama kararlarında somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızın iki ana başlıktan oluşan son bölümünde ise 2003-2016 yılları arasında 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının sayılarına ilişkin istatistiksel bilgilere yer verildikten sonra, bu kararlara karşı başvuru yolları ile ilgili açıklamalar yapılmıştır. Son bölüm için yapmış olduğumuz açıklamaların temeli ise kendinden önceki bölümlerde verilmeye çalışılmıştır. Zira çalışmamızın birinci bölümünün dışında diğer bölümlerde, 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen yasaklama kararlarının özellikleri, idare hukuku doktrini ve yargısal kararlar ışığında belirlenmeye çalışılmış olup hukuka uygun bir yasaklama kararının nasıl olması gerektiği tartışılmıştır. Dokuzuncu bölümde de hukuka uygunluk karinesinden faydalanan ve icrailik özelliği bulunan bu kararlara karşı, haklarında yasaklama kararları verilen kişilerin başvuru yolları, *idarî başvuru yolu* ve *yargısal başvuru yolu* olmak üzere iki başlık altında incelenmiştir. Çalışmamızın bu bölümünde kararlara ilişkin uyuşmazlıkların çözüm yollarına ilişkin

açıklamalar yapıldıktan sonra ise sonuç ve öneriler başlığı altında kanun koyucu için, 2886 sayılı Kanun'da yasaklama kararlarını hükme bağlayan normatif düzenlemelerde yapılmasını önerdiğimiz değişikliklere değinilmiştir. Bu noktada özellikle çalışmamızın tüm bölümlerinde yeri geldikçe bilgiler verdiğimiz 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan hükümlerden esinlenilerek yeni bir normatif düzenleme için kanaatimiz belirtilmiştir. Bu bağlamda değişikliğe gidilmesi için gerekçelerine yer verdiğimiz ve önerimizle şekillenen kanun maddeleri de sunularak çalışmamız tamamlanmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALE HUKUKU

Kamu ihaleleri, sonuçları itibariyle kamu bütçeleri üzerinde tesiri olan ve yapıma sebebine bağlı olarak kamu kaynağı, kamu geliri ya da kamu gideri (harcaması) oluşturan ihalelerdir. Bu bağlamda kamu ihalelerinin malî sonuçları bulunmaktadır. Bu bölümde kamu ihalelerinin tanımının yapılabilmesi, kamu ihale usullerini düzenleyen kanunların neler olduğunun anlaşılabilmesi, kanunların tarihsel gelişiminin ve kapsamının açıklanabilmesi ve kamu ihale hukuku içerisinde çalışmamızın kapsamının ve sınırının belirlenmesi amaçlanmaktadır.

1.1. KAMU İHALESİNİN TANIMI

Arapça "havale" kelimesinden türetilen¹ ihale, "*Bir işi birinin üstüne bırakma, üsterme.*"² şeklinde ifade edilmiştir. Yine Türk Dil Kurumunun hazırladığı Güncel Türkçe Sözlük'te ihale, "*İş, mal vb.ni birçok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene verme, eksiltme veya artırma.*" olarak tanımlanmıştır³. Hukukî terim olarak ihalenin tanımlanmasında da ihale usullerini düzenleyen kanunlarda yer alan hükümler ile doktrinde yer alan görüşler bize yol göstermektedir.

1.1.1. Kamu İhale Usullerini Düzenleyen Kanunlar

Kamu ihale hukukunda yer alan kanunlar, kamu bütçesi üzerinde tesiri olan iş ve işlemlerin yürütüldüğü ihalelerin usul ve esaslarını düzenlemektedir. Başka deyişle ihale usullerinin, idarenin malvarlığını etkileyen işlemler yapmaya yönelik usuller olduğu söylenebilir⁴.

¹ Burak Oder, "Kamu İhale Hukuku", in *Günlük Yönetim*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 549.

² Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Okul ve Yazışma Sözlüğü*, Ankara, 1964, s. 138.

³ Bkz.: Türk Dil Kurumu, (Çevrimiçi), http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58a16507862bf7.73123348, 03.11.2016.

⁴ Oder, *a.g.e.*, s. 550.

İdare hukuku doktrinde kamu ihaleleri, idarenin sözleşmeleri⁵ teorisi ile birlikte ele alınmaktadır⁶. Zira idare hukuku doktrinde ihale hukukunun *sözleşme yapma usulleri*⁷, *yönetimin ihale işlemleri*⁸, *idarenin sözleşme yaparken izleyeceği usuller (kamu ihale usulü)*⁹ ya da *idare sözleşmelerinin hukuksal rejimi (sözleşmenin yapılması)*¹⁰ başlıkları altında açıklandığı görülmektedir¹¹. İdare hukuku doktrindeki bu ele alınış sisteminin altında, idarelerin sözleşme usulüne başvurmak istediğinde, bir dizi idarî nitelikli tek yanlı işlemler tesis etmek suretiyle belli bir süreç gerçekleştirme zorunluluğu bulunmakta olup ortak bir başlık altında bu sürecin "kamu ihale süreci" olarak ifade edilebileceği belirtilmiştir¹². Başka bir ifade ile

⁵ İdarenin sözleşmeleri konumuzun kapsamı dışında olmakla birlikte, yeri gelmişken idarenin *idarî sözleşmeler* ile *özel hukuk sözleşmeleri* olmak üzere iki tür sözleşme yaptığını belirtelim. Bkz.: A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku: Genel Esaslar**, Cilt: I, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, Ekim 2016, s. 472. Bu konu ile ilgili Uyuşmazlık Mahkemesi, sürekli bir kamu hizmetinin görülmesi amacını taşıma, taraflardan birinin idare olması ve kamu hukukuna özgü, kamu hukukundan doğan şart ve hükümlerin sözleşmede yer alması şartlarının, bir sözleşmenin idarî sözleşme sayılmasında zorunlu olduğunu ve bu bağlamda idarenin taraf olduğu her türlü sözleşmenin, idarî sözleşme olarak kabul edilemeyeceğinden idarenin sözleşmeleri ile idare hukuku kural ve ilkelerine tabi olan "idarî sözleşme" kavramlarının birbirinden farklı kavramlar olduğunu ve idarî sözleşmeler dışında idarenin sahip olduğu tüzel kişilik sıfatından kaynaklanan hak ehliyetine dayanarak aynen bir özel hukuk tüzel kişisi gibi özel hukuk kurallarına tabi sözleşmeler de yapabileceğini belirtmiştir. Bkz.: Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 28.11.2016 Tarihli ve E. 2016/323, K. 2016/538 ve Sayılı Karar; (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWqKLmeEzkgPQ~~>, 05.03.2017.

⁶ Sıddık Sami Onar, *İdare Mukavelelerinin ve İdarî Mukavelelerin Teşekkülü* başlığı altında, idarî sözleşmeler de dâhil olduğu hâlde idare sözleşmelerinin teşekkülünün tabi olduğu usul ve şeklin esas itibarıyla -eserin yazıldığı dönemde yürürlükte olan 2490 sayılı *Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu*'na istinaden- artırma, eksiltme ve ihale prensibine dayandığını ve Devlet işlerinde artırma, eksiltme ve ihale sisteminin de 2490 sayılı Kanun ile kabul edildiğini belirtmiştir. Bkz.: Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, Cilt: 3, Üçüncü Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1614-1615.

⁷ Lütfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 435-437.

⁸ A. Şeref Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, 34. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, Ağustos 2016, s. 276-290.

⁹ Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 5. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, Ekim 2016, s. 312-323.

¹⁰ İsmet Giritli vd., **İdare Hukuku**, Altıncı Basımdan Yedinci Tıpkı Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2015, s. 1313-1334.

¹¹ İdare hukuku doktrinde diğerlerinden farklı olarak *İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri (Kamu İhaleleri)* başlığı altında yapılan çalışma için bkz: Metin Günay, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2015, s. 195-221. Benzer şekilde *İdarî Sözleşmelerin Akdedilmesi: Kamu İhalesi* başlığı altında yapılan çalışma için bkz.: Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve Düzeltilmiş Onsekizinci Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, Ağustos 2016, s. 467-468. Eserde, idarenin sözleşmeci kişiyi seçmek üzere izleyeceği usuller, "kamu ihalesi" olarak tanımlanmış, sözleşmelerin akdedilmesi yerine kamu ihalesi kavramı kullanılmıştır.

¹² Meltem Kutlu Gürsel, "Kamu İhale Süreci'nin Hukuki Açından Genel Olarak Değerlendirilmesi", **Güncel Mevzuat**, 2006, Sayı: 3, s. 23.

ihalenin, kendi içinde birden çok işlemten oluştuğu ve idarenin sözleşmelerinin hazırlık aşamasında gerçekleştiği ileri sürülmüştür¹³.

İdare hukukunda ihale, idarenin uymak zorunda olduğu kural ve yöntemlerin tümünü oluşturmaktadır. Bu kural ve yöntemler, idarenin icaba davet ve kabul iradelerini¹⁴ oluşturmak ve bu süreci yönetmek üzere hükme bağlanmıştır¹⁵. Diğer yandan kamu ihale usullerini düzenleyen kanunlarda teknik anlamda tanımlanan ihale, sözleşme imzalamadan önceki aşamada, idarelerin idare hukuku kurallarına tabi olarak gerçekleştirmek zorunda olduğu süreci ifade etmektedir¹⁶. Ancak teknik anlamda ihale kavramının bu anlamı dikkate alındığında, aslında kamu ihale hukukunun içeriğinden, akdedilecek sözleşmelere ilişkin usul ve esaslar dışlanmış olmaktadır. Duruma bu açıdan bakıldığında öncelikle akdedilecek sözleşmelere ilişkin de hükümler getiren 2886 sayılı Kanun için problem oluşmaktadır. Ayrıca sözleşme imzalandıktan sonra dâhi kişilerin belli fiil ve davranışları için de idarî nitelikli yasaklama kararları tesis edilmektedir. Bu sebeple, çalışmamızda kamu ihalesi tanımını daha geniş anlamda ifade eden idare hukuku doktrinindeki bakış açısı hâkim olmakla birlikte, kamu ihale hukukunun içeriğini, teknik anlamdaki ihale kavramını bir kenara bırakarak akdedilecek sözleşmelere ilişkin usul ve esasları düzenleyen mevzuatı da dâhil ederek bir bütün olarak ele aldığımızı belirtmek isteriz. Başka ifade ile çalışmamızda *kamu ihale sürecinin* içerisinde, sözleşme ile kurulan ilişki ve taahhüdün hukuka uygun olarak tamamlanmasına dek geçen süre de incelemeye alınmıştır.

¹³ İl Han Özay, **Günlükte Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 497.

¹⁴ 2886 ve 4734 sayılı Kanunlar çerçevesinde, ihale işlemlerinde sözleşmeye giden süreçte, tarafların fiillerinin hukukî olarak tanımlanmasında isteklilerin ihalelere katılmasının ön icap olduğu, ihalenin istekli üzerinde kalması hâlinde de teklifini yineleyerek ihaleyi yapan idareye icapta bulunma yükümlülüğü altına girdiği ve icabın da idare tarafından kabulü ile sözleşmenin kurulduğu belirtilmektedir. Ancak yalnızca 4734 sayılı Kanun'un uygulandığı ihalelerde ön icap sisteminin işletilmesine gerek bulunmadığı; bu durumda, ihalenin açılmasının icaba davet, isteklilerin ihalelere katılarak teklif sunmalarının icap, tarafların karşı karşıya oldukları bir ortamda sözleşme akdetmelerinin de kabul olduğu belirtilmektedir. Bkz.: Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 215-217.

¹⁵ Onur Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, Ağustos 2015, s. 214.

¹⁶ Meltem Kutlu, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 75, 1997, s. 8-9; Kutlu Gürsel, "Kamu İhale Süreci'nin Hukuki Açısından Genel Olarak Değerlendirilmesi", s. 24.

İhale hukukunu düzenleyen kanun hükümlerine bakıldığında, iş ve işlemlerin daha çok usul kısmının düzenlendiği; kamusal ihtiyacın ortaya çıkışı ile kamusal ihtiyacın tespiti hususunda açık kuralların bulunmadığı görülmektedir. Açık bir şekilde düzenlenmeyen bu alana ilişkin ise kanun metinlerinde yer alan *ilkeler*¹⁷ çerçevesinde yönlendirme yapılmaktadır¹⁸.

Türkiye'de ihale usullerini düzenleyen birden çok kanun bulunmaktadır. Hâl böyle olmakla birlikte, mevzuatımızda idarenin akdedeceği tüm sözleşmeleri düzenleyen genel bir ihale usulü kanunu bulunmamaktadır¹⁹. Uyuşmazlık Mahkemesi, "(...) idare, gerek yapısı gerekse idarede kanunilik ilkesi gereğince, hangi türde olursa olsun sözleşme yapmadan önce çeşitli usul kurallarına uymak zorunda" şeklindeki ifadeye kararında²⁰ yer vermiş olup devamında bu kuralların 2886 sayılı Kanun'da bulunduğunu belirtmiştir²¹. Mevcut durumda, belli konu veya

¹⁷ İlkelerin mahiyeti ile ilgili ilerleyen bölümlerde yeri geldikçe daha detaylı açıklamalar yapılacaktır. Ancak 2886, 4734 ve 4735 sayılı Kanunların tümünde, ihalelerin bütününe yön veren ilkelerin tek tek sayılarak hükme bağlandığını belirtelim.

¹⁸ Yazar eserinde, bu tespiti yalnızca kamu ihaleleri için yapmıştır; ancak yazarın kamu ihalesi olarak ele aldığı husus, 4734 sayılı Kanun'un iş ve işlem kapsamı ile ilgilidir. Ancak biz bu tespiti genelleştirerek 4734 sayılı Kanun dışında da ihale usullerini düzenleyen kanunlarda aynı durumun olduğunu düşünmekteyiz. Bkz.: Eren Toprak, **Kamu İhaleleri**, Ankara, Turhan Kitabevi, Ocak 2016, s. 98.

¹⁹ Ayrıca mevzuatımızda genel bir idarî usul kanunu da bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bazı idarî faaliyetlerin, bu faaliyetlerin düzenlendiği kanunlarında özel idarî usule tabi tutulduğu görülmektedir. *2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu*, *3194 sayılı İmar Kanunu*, *213 sayılı Vergi Usul Kanunu*, *2886 sayılı Devlet İhale Kanunu*, *6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun* gibi kanunlar bahsi geçen özel idarî usuller getiren düzenlemelere örnek teşkil etmektedir. Bkz.: Gürsel Özkan, "İdari Rejim Olarak Örnek Aldığımız Fransa'da, İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkına İlişkin Düzenlemeleri", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 2, Sayı 1-2, Haziran-Aralık 1998, s. 6. Aynı şekilde 4734 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemelerle de kamu ihale sürecine ilişkin idarî usul kuralları belirlenmiştir. Bkz.: Nusret İlker Çolak, "İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları", **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu: 144. Yıl Sempozyumu**, Ankara, Danıştay Yayınları No: 83, 11 Mayıs 2012, s. 106; (Çevrimiçi), http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_105422.pdf, 11.11.2016. Bu açıklamalardan sonra, ihale sürecinde uygulanacak kuralları düzenleyen 2886 ve 4734 sayılı Kanunların bir tür teknik idarî usul yasası olduğu belirtilebilir. Bkz.: Kutlu Gürsel, "Kamu İhale Süreci'nin Hukuki Açından Genel Olarak Değerlendirilmesi", s. 23.

²⁰ Bkz.: Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 21.06.1999 Tarihli ve E. 1999/8, K. 1999/17 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeUD4aBR3eBVXQ~~>, 05.11.2016.

²¹ Uyuşmazlık Mahkemesi kararının 1999 yılına ait olması sebebiyle Mahkeme, o tarihte yürürlükte olan 2886 sayılı Kanun'u işaret etmiştir. Bu karar şu an verilmiş olsa idi, Mahkeme'nin 2886 sayılı Kanun'un yanında, 4734 sayılı Kanun'u da belirteceğini düşünmekteyiz.

işlemlerde akdedilecek sözleşmeleri düzenleyen bazı özel kanunlar bulunmaktadır²². İhale usullerini düzenleyen birden çok kanunun yürürlükte olması sebebiyle de köklü²³ ve yeknesak bir kamu ihale hukuku oluşmamaktadır. Bu açıklamalardan sonra, kamu ihale usullerini düzenleyen kanunlara ilişkin bilgiler verilecektir.

1.1.2. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve İhalenin Tanımı

İhale usullerini düzenleyen kanunlar arasında, uygulamada en sık başvuru alan iki adet Kanun bulunmaktadır²⁴. Bunlardan ilki, 01.01.1984 tarihinden itibaren yürürlükte olan *2886 sayılı Devlet İhale Kanunu*'dur. Kanun'un 4. maddesinde ihalenin, Kanun'da yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemleri ifade ettiği belirtilmiştir. Bu bağlamda *ihale*, sözleşmeden önceki işlemleri kapsayan ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan bir süreç olarak işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını göstermektedir. Burada idare hukuku doktrininin kamu ihaleleri ile ilgili analiz yöntemini destekleyen bir düzenleme bulunmaktadır; ihalenin kanunî tanımında, ihalelerle ilgili usul hükümlerine yapılan gönderme bulunmaktadır.

1.1.3. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve İhalenin Tanımı

Uygulamada en sık başvuru alan bir diğer Kanun da 01.01.2003 tarihinden itibaren yürürlükte olan *4734 sayılı Kamu İhale Kanunu*'dur²⁵. 4734 sayılı Kanun'un 4. maddesinde ihalenin, Kanun'da yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri ifade ettiği belirtilmiştir. Bu bağlamda *ihale*, ihale yetkilisinin onayını takiben sözleşmenin imzalanması ile sona eren bir süreç olarak belirtilen işlerin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını göstermektedir ve

²² Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 469-471.

²³ Kutlu Gürsel, "Kamu İhale Süreci'nin Hukuki Açtıdan Genel Olarak Değerlendirilmesi", s. 25.

²⁴ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 470.

²⁵ 2886 ve 4734 sayılı Kanunların *özel ihale usulleri* olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 470.

Kanun'daki bu tanımdan anlaşılacağı üzere, 2886 sayılı Kanun'un ihale tanımı ile örtüşmektedir. Yine burada da idare hukuku doktrininin kamu ihaleleri ile ilgili analiz yöntemini destekleyen bir düzenleme bulunmaktadır. İhalenin Kanun'daki tanımında, ihale ilgili usul hükümlerine yapılan gönderme bulunmakla birlikte ayrıca Kanun'un 1. maddesinde, Kanun'un amacının, yapılacak ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek olduğu hükme bağlanarak usul ile ilgili durum çok daha belirgin hâle getirilmiştir; zira usul düzenlemesi Kanun'un amacı olarak bildirilmiştir.

1.1.4. 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve İhalenin

Tanımı

2886 sayılı Kanun hükümleri incelendiğinde, *İhalenin Sözleşmeye Bağlanması* başlıklı 53. maddesinden önce yer alan hükümlerde, ihale aşamasının düzenlendiği ve bu madde ile ve aynı maddenin devamında da ihale sonrasında akdedilecek sözleşmelere ilişkin hükümler bulunduğu belirtilebilir. Ancak 4734 sayılı Kanun'da durum böyle değildir; *4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu*'nda 4734 sayılı Kanun uyarınca akdedilecek sözleşmelere ilişkin usul ve esaslar hükme bağlanmıştır.

4735 sayılı Kanun'un 3. maddesinde de Kanun'un uygulanmasında 4734 sayılı Kanun'da yer alan tanımların geçerli olduğu belirtildiği için, 4734 sayılı Kanun'un ihale tanımı ile ilgili yapılan açıklamalar, aynı şekilde 4735 sayılı Kanun için de geçerli olmaktadır.

1.1.5. 2886 ve 4734 sayılı Kanunlar Dışındaki Kanunlarda İhalenin Tanımı

2886 sayılı Kanun'un hükümleri çalışmamızın kapsam ve sınırını oluşturmakta olup yeri geldikçe 4734 ve 4735 sayılı Kanunların hükümlerine yer verilecektir. Ancak daha önce belirttiğimiz üzere, mevzuatımızda kamu ihale usullerini düzenleyen başka kanunlar da bulunmaktadır. Bunlar, *3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve*

*Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun*²⁶, 3465 sayılı *Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun*²⁷, 3996 sayılı *Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanun*²⁸, 4046 sayılı *Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun*²⁹, 4283 sayılı *Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun*³⁰, 2985 sayılı *Toplu Konut Kanunu*³¹, 5710 sayılı *Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun*'dur³².

Yer verdiğimiz kanunların hepsini birlikte düşündüğümüzde ve özellikle en özel ihale usullerini düzenleyen kanunların³³ dipnotlarda belirttiğimiz amaçlarını da göz önünde bulundurduğumuzda, *kamu ihalelerinin geniş tanımı* ortaya çıkmaktadır. Bu geniş tanımda kamu ihalesi, idare tarafından akdedilecek bir sözleşmede, sözleşmenin diğer tarafını seçmek üzere yürütülen süreci ifade etmektedir³⁴. Diğer

²⁶ Kanun'un 1. maddesinde Kanun'un amacının, Türkiye Elektrik Kurumu dışındaki özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketleri statüsüne sahip yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmesini düzenlemek olduğu belirtilmiştir.

²⁷ Kanun'un 1. maddesinde Kanun'un amacının, özel hukuk hükümlerine tabi ve sermaye şirketi statüsüne sahip sermaye şirketlerinin, otoyolların ve üzerindeki bütün tesislerin yapımı, bakımı, işletilmesi ile görevlendirilmesine ve süresi sonunda yol ve tesislerin Karayolları Genel Müdürlüğüne devrine ait esaslarını düzenlenmek olduğu belirtilmiştir.

²⁸ Kanun'un 1. maddesinde Kanun'un amacının, kamu kurum ve kuruluşlarınca (kamu iktisadî teşebbüsleri dâhil) ifa edilen, ileri teknoloji veya yüksek maddî kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırılmasını sağlamak olduğu belirtilmiştir.

²⁹ Kanun'un 1. maddesinde Kanun'un amacının, ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak için, maddede tek tek belirtilen kuruluşların özelleştirilmelerine ilişkin esasları düzenlemek olduğu belirtilmiştir.

³⁰ Kanun'un 1. maddesinde Kanun'un amacının, yap-işlet modeli ile üretim şirketlerine ülke enerji plan ve politikalarına uygun biçimde elektrik enerjisi üretmek için, mülkiyetleri kendilerine ait olmak üzere termik santral kurma ve işletme izni verilmesi ile enerji satışına dair esas ve usulleri düzenlemek olduğu belirtilmiştir. Ayrıca buraya kadar yer verdiğimiz kanunların *en özel ihale usullerini* düzenleyen kanunlar olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 470-471.

³¹ Kanun'un 1. maddesinde Kanun'un amacının, konut ihtiyacının karşılanması, konut inşaatını yapanların tabi olacağı usul ve esasların düzenlenmesi, memleket şart ve malzemelerine uygun endüstriyel inşaat teknikleri ile araç ve gereçlerin geliştirilmesi ve Devlet'in yapacağı desteklemelere ilişkin hükümler getirmek olduğu belirtilmiştir.

³² Kanun'un 1. maddesinde Kanun'un amacının, enerji plan ve politikalarına uygun biçimde, elektrik enerjisi üretimi gerçekleştirecek nükleer güç santrallerinin kurulması, işletilmesi ve enerji satışına ilişkin usul ve esasları belirlemek olduğu belirtilmiştir.

³³ Adı geçen kanunların usul ve esaslarına ilişkin hükümler, bu kanunlara dayanılarak çıkarılan Yönetmelikler ile düzenlenmiştir.

³⁴ Oder, **a.g.e.**, s. 549.

tarafından iş ve işlem kapsamı belirlenmekle birlikte, belli bir alana özgülenmeyen ve idarece ihaleye çıkılmadan önce belirlediği bir işi, istekliler arasında Kanun'da öngörülen usuller çerçevesinde seçeceği birisine yaptırmak üzere yürüttüğü süreç de *kamu ihalelerinin dar tanımını* ortaya çıkmaktadır³⁵. Bu durumda ihale usullerini düzenleyen ve bahsi geçen kanunlar uyarınca gerçekleşen tüm ihaleleri, birer *kamu ihalesi* olarak kabul etmeliyiz. Bu bağlamda kanun koyucunun 4734 sayılı Kanun'un adını "Kamu İhale Kanunu" olarak takdir etmiş olması karşısında, yalnızca bu Kanun uyarınca yapılan ihalelerin kamu ihalesi addedilmesini doğru bulmamaktayız. Bu kabule koşut olarak, kanun koyucunun 4735 sayılı Kanun'un adını "Kamu İhale Sözleşmeleri" olarak takdir etmiş olması karşısında da yalnızca bu Kanun uyarınca akdedilecek sözleşmelerin kamu ihale sözleşmesi addedilmesini; başka deyişle örneğin 2886 sayılı Kanun uyarınca akdedilen sözleşmelerin 4735 sayılı Kanun uyarınca yapılmadığından bahisle kamu ihale sözleşmesi olarak ifade edilmesinden kaçınılmasını da doğru bulmamaktayız. Bu sebeple, 2886 sayılı Kanun uyarınca yapılan satım işine ait bir ihale yoluyla akdedilen sözleşme "satış sözleşmesi" olarak daha spesifik bir şekilde ifade edilebilirken, ayrıca bu sözleşmenin iş ve işlem temelinden bağımsız bir şekilde kamu ihale sözleşmesi olarak ifade edilebileceği kanaatindeyiz.

İhale kavramının hukukî olarak dar nitelikteki tanımının içeriğini dolduran ve dolayısıyla bu tanıma yapmamıza sebep olan kanunlar, daha önce belirttiğimiz üzere çalışmamızın kapsamı ve sınırını oluşturan 2886 sayılı Kanun ile yeri geldikçe hükümlerine yer vereceğimiz 4734 ve 4735 sayılı Kanunlardır. Bu kanunların iş ve işlem kapsamını daha sonraki bölümlerde açıklayacağımız için, bu noktada kamu ihalesinin dar tanımını içeren anlamını kullandığımızı ve kamu ihale hukukunu ilgilendiren bundan sonraki açıklamalarımızı bu kanunlar temelinde yaptığımızı belirtelim. Ayrıca buraya kadar yapılmış olan açıklamalarımızla ilgili bilgiler, Tablo 1'de verilmiştir.

³⁵ Oder, **a.g.e.**, s. 549.

Tablo 1: İhale Usullerini Düzenleyen Ulusal Kanunlar ve İhalenin Tanımı

İhale Usullerini Düzenleyen Kanunlar:	İhalenin Tanımı:
1. Özel İhale Usullerini Düzenleyen Kanunlar <ul style="list-style-type: none">• 2886 sayılı Kanun• 4734 sayılı Kanun• 4735 sayılı Kanun	Kamu İhalelerinin Dar Anlamda Tanımı
2. En Özel İhale Usullerini Düzenleyen Kanunlar <ul style="list-style-type: none">• 3096 sayılı Kanun• 3465 sayılı Kanun• 3996 sayılı Kanun• 4283 sayılı Kanun• 4046 sayılı Kanun• 2985 sayılı Kanun• 5710 sayılı Kanun	

1.2. KAMU İHALE HUKUKUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ

Mevzuatımızda, kamunun ihtiyaçlarını temin etmek ve kamu hizmetlerinin yürütülmesine katkı sağlamak üzere yapılan kamu ihalelerine ilişkin işlemlerin usul ve esaslarının düzenlenmesi amacıyla hükümler getiren dört adet Kanun ve yalnızca ihalelerde akdedilen sözleşmelere ilişkin usul ve esasları düzenlenmesine ilişkin hükümler getiren bir adet Kanun yürürlük kazanmıştır.

Yürürlük sırasına göre bu kanunlardan ilki, *661 sayılı Hükümet Nâmına Vukû' Bulacak Müzayede ve Münakasa ve İhalât Kanunu*'dur. Devam eden yıllarda 661 sayılı Kanun'da değişiklikler yapan başka kanunlar yürürlüğe girmiş olsa da *2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu* ile ilga olmuşlardır. Benzer şekilde zaman içinde 2490 sayılı Kanun'da da değişiklikler yapılmışsa da *2886 sayılı Devlet İhale Kanunu*, 2490 sayılı Kanun ile bu Kanun'da ek ve değişiklikler yapan kanunları ilga etmiş olup hâlâ yürürlüktedir. Ancak 2886 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten on dokuz yıl sonra, ihale işlemlerine ilişkin düzenlemeler getiren *4734 sayılı Kamu İhale Kanunu* ve bu Kanun uyarınca yürütülen ihalelerde akdedilen sözleşmelere

ilişkin düzenlemeler getiren 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu yürürlüğe girmiştir. Burada şu kadarını belirtelim ki 4734 ve 4735 sayılı Kanunların yürürlük kazanmasıyla birlikte, 2886 sayılı Kanun'un bir kısım hükümleri ilga olmakla veya kısmî uygulanmakla beraber, yürürlüğü devam etmektedir.

1.3. KAMU İHALE HUKUKUNDA YER ALAN KANUNLARIN KAPSAMI

2886 sayılı Kanun yürürlüğe girdiğinde, Kanun'un 1. maddesinde *alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri aynî hak tesisi ve taşıma işlerinin* Kanun'da yazılı hükümlere göre yürütüleceği ve bu bağlamda hem kamunun kaynak³⁶ kullanımı ile gider oluşturan hem de gelir yaratarak kaynak kazandırıcı işlemlerin yapılacağı³⁷ bildirilmiştir. Ancak mevcut durumda 2886 sayılı Kanun'un kapsamını belirlemek için, Kanun'da düzenlenen tüm iş ve işlemlerin değil; 4734 sayılı Kanun'un iş ve işlem kapsamı çıkarıldıktan sonra geriye kalanların dikkate alınması gerekmektedir. Zira 4734 sayılı Kanun yürürlüğe girdiğinde, 2886 sayılı Kanun'un bazı hükümlerini ilga etmiş olup³⁸ iş ve işlem kapsamını daraltmıştır.

4734 sayılı Kanun'un *Uygulanmayacak Hükümler* başlıklı madde 68/a hükmünde, Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 2886 sayılı Kanun hükümlerinin; madde 68/b hükmünde de diğer kanunların 2886 sayılı Kanun'dan muafiyet tanıyan hükümleri ile bu Kanun'a uymayan hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiş olup 4734 sayılı Kanun'un *Genel Gereğesinde* de kanunların ayrı uygulama alanlarına temas ettikleri belirtilmiştir³⁹. O hâlde iş ve işlem temelinde, her

³⁶ 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun *Tanımlar* başlıklı madde 3/g hükmünde, *kamu kaynakları*, borçlanma suretiyle elde edilen imkânlar dâhil kamuya ait gelirler, taşınır ve taşınmazlar, hesaplarda bulunan para, alacak ve haklar ile her türlü değerler olarak tanımlanmıştır.

³⁷ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 504.

³⁸ 4734 sayılı Kanun'da hiçbir hüküm öngörülmemiş olsaydı dahi, hukuk kuralları arasında çatışma vuku bulduğunda çözüm için başvurulmuş *lex posterior derogat legi priori* ilkesi uygulama alanı bulacak ve bu bağlamda da 2886 sayılı Kanun'un yürürlük tarihine göre daha sonraki Kanun olan 4734 sayılı Kanun hükümlerinde yer alan kural(lar), önceki Kanun olan 2886 sayılı Kanun'da yer alan kural(lar)ı kendi kapsamına denk düştüğü ölçüde ilga edecekti. Bkz.: Kemal Gözler, **Hukuka Giriş**, 11. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, Ağustos 2014, s. 343.

³⁹ 4734 sayılı Kanun'un Genel Gereğesinde, 2886 sayılı Kanun'un alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri aynî hak tesisi ve taşıma işlerini kapsadığı; ancak bu işlerden alım, hizmet,

iki Kanun'un çakıştığı bir alan bulunmamaktadır. Bu durumda artık *alım, hizmet, yapım ve taşınmazların kiralınması* ile *taşınma* iş ve işlemlerinin 2886 sayılı Kanun kapsamında olmadıklarını belirtmeliyiz. Zira 4734 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan *mal veya hizmet alımları* ile *yapım işlerinin ihaleleri* ile madde 22/e hükmünde de takdire bağlı olarak idarelerin ihtiyacına uygun *taşınmaz kiralınması (kiracı idare)*⁴⁰ işlemlerinin bu Kanun hükümlerine göre yürütüleceği belirtilmiştir. Sonuç olarak 2886 sayılı Kanun çerçevesinde, *satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri aynî hak tesisi* iş ve işlemleri ile kamusal gider oluşturmaksızın⁴¹ yapılan iş ve işlemlere⁴² yönelik ihaleler yapılmaktadır⁴³.

yapım, kiralama ve taşıma işlerinin kamu harcaması yapılmasına; satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri aynî hak tesisi işlerinin kamuya gelir sağlanmasına yönelik olması sebebiyle, farklı nitelikteki bu işlerin 2886 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olmasının uygulamada pek çok sorunun ortaya çıkmasına neden olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Türkiye Büyük Millet Meclisi, Kanunlar Dergisi, Cilt: 86, s. 1.

⁴⁰ Burada bahsedilen kiralama işleminde, idarelerin ihtiyacına uygun olan ve idarelerin "kiracı" statüsünde olduğu taşınmaz kiralınması; başka deyişle kiraya alma işlemi bulunmaktadır. Bkz.: Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 473.

⁴¹ Kamu İhale Genel Tebliği'nin 4734 sayılı Kanun'un kapsamına ilişkin düzenleme getiren *İdarelerin Kamu Kaynağı Kullanımını Gerektirmeyen İşleri* başlıklı 3. maddesinde kamu harcaması yapılmasını gerektirmeyen ve bütçeden ödenek kullanımı olmayan kat ve/veya arsa karşılığı yapım işlerinin; kamu kaynağı kullanılmayan, bedeli okul idaresi tarafından ödenmeyen ve sadece talep edenlerin faydalandığı öğrenci taşıma hizmeti ve yemek hizmeti alımlarının 4734 sayılı Kanun kapsamında yer almadığı belirtilmiştir.

⁴² Danıştay'da görülen ve inşaat işinin kat karşılığı yaptırılması işine yönelik bir uyuşmazlığa burada yer vermek istiyoruz. Kararda, 2886 sayılı Kanun'un alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri aynî hak tesisi ve taşıma işlerinin kamu harcaması yapılmasına karşın, alım, hizmet, yapım, kiralama ve taşıma işlerinin kamu harcaması yapılmasına; satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri aynî hak tesisi işlerinin kamuya gelir sağlanmasına yönelik oldukları için, farklı nitelikteki bu işlerin aynı kanunda düzenlenmesinin uygulamada pek çok sorunun ortaya çıkmasına neden olduğu, kamu harcaması gerektiren işlere özgü ihalelerde yeni uygulamaların hayata geçirilebilmesi ve harcama yapılması ile gelir elde edilmesine yönelik ihalelerin kendine özgü niteliklerine uygun olarak ihtiyaçlara cevap verecek şekilde ayrı kanunlarda düzenlenmesi gerekli bulunarak kamu harcaması yapılmasını gerektiren mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin 4734 sayılı Kanun kapsamına alındığı; bu Kanun kapsamındaki idarelerin, münhasıran yapım ihalelerinin anılan Kanun hükümleri gereğince yapılacağı ve tarafların karşılıklı olarak edimde bulunma sorumluluğunun bulunduğu ve hem yapım hem de satış işlemlerinin birlikte gerçekleştiği kat karşılığı inşaat ihalelerinin ise anılan her iki Kanun'da da düzenlenmediğinin görüldüğü belirtilmiştir. Kararın devamında, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde kat inşa etme unsuru nedeniyle eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanmakta olduğu, idarenin belli katları devir borcu altına girdiği için, yapılan sözleşmenin satışı da içermesi nedeniyle, karma sözleşme olarak değerlendirildiği bildirilmiştir. Bu durumda da yapım işinin yanında satışın da gerçekleştiği kat karşılığı inşaat ihalelerinin, 4734 sayılı Kanun kapsamında münhasıran bir yapım işi olarak değerlendirilmesine olanak bulunmadığı; kat karşılığı inşaat ihalelerinde yapım işi ile belirlenen katların mülkiyetinin devrinin tek bir ihaleye konu olduğu, idare yapım işinin bedelini yapıdan belli katların mülkiyetini devretmek suretiyle karşıladığı

Türkiye'deki hukukî metinlerde **kamu alımlarını** karşılamak için ihale kavramı tercih edilmiştir⁴⁴; ancak daha önce değindiğimiz üzere, ihale usullerini düzenleyen kanunların hepsinin iş ve işlem kapsamlarını, sadece kamu alımları oluşturmamaktadır⁴⁵. Bu bağlamda ihale kavramının kullanılışında, **bir idarî işlemin** işaret edilmesi ve durumu bu şekilde anlamlandırmak daha doğru gözükmetedir⁴⁶. Zira kamu ihale usullerini düzenleyen ve dar anlamda kamu ihalesinin tanımını oluşturan yukarıda belirtmiş olduğumuz Kanunlar uyarınca yürütülen ihalelerin bütçe temelinde sonuçları farklı olmaktadır. 2886 sayılı Kanun'un hükümleri gereğince iş ve işlem temelinde **kamu bütçesine gelir sağlayan ve gider oluşturmayan**; 4734 sayılı Kanun ile de yine aynı temelde **kamu bütçesinden bir harcama/gider** ile sonuçlanan ihalelerin yapılabildiği anlaşılmaktadır.

bu tür karma sözleşmeyi gerektiren ihalelerin 4734 sayılı Kanun'a göre yapılmasının mümkün olmadığı ve 2886 sayılı Kanun hükümlerince gerçekleştirilmesinin uygun olacağı belirtilmiştir. Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 07.10.2008 Tarihli ve E. 2008/2450, K. 2008/6590 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), http://www.tbb.gov.tr/online/dergi/2015_kasim/files/search/searchtext.xml, 11.11.2016.

⁴³ Murat Arapgirli, **Açıklamalı Devlet İhale Kanunu**, Ankara, İlksan Matbaası, Nisan 2016, s. 33.

⁴⁴ Toprak, **a.g.e.**, s. 2.

⁴⁵ Uluslararası literatürde *public/government procurement* kavramı daha yaygın kullanılmaktadır. Dilimize kamu alımları ya da tedarikleri olarak aktarabileceğimiz bu kavram, uluslararası düzenlemelerde başlı başına düzenleme objesidir. Mevzuatımızda da benzer şekilde kamu alımlarını başlı başına düzenleme kapsamına alan 4734 sayılı Kanun bulunmaktadır. Ancak uygulamada yanlış biçimde kamu alımları ile kamu ihaleleri anlamdaş olarak kullanılmaktadır. Bkz.: Abdullah Uz, **Kamu İhale Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s. 1.

⁴⁶ Toprak, **a.g.e.**, s. 2; 7.

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALE HUKUKUNDA YASAKLAMA KARARLARININ İDARÎ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ

Bu bölümde öncelikle genel olarak kamu ihale hukukunda düzenlenen kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının idarî niteliği ve bu niteliğinden kaynaklanan özellikleri incelenecektir. Zira daha sonraki bölümlerde 2886 sayılı Kanun'da bu yasaklama kararlarına ilişkin hükümlere yer verirken yasaklama kararları işlemlerinin sebep, konu, yetki, şekil ve maksat yönlerinden irdelenmesi için bir başlangıç yapılması amaçlanmaktadır.

2.1. KAMU İHALE HUKUKUNDA YASAKLAMA KARARLARININ İDARÎ NİTELİĞİ

Kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının genel anlamda hukukî niteliğinin analizinde, çalışmamızın kapsam ve sınırını idarelerce verilen ve bu bağlamda idarî nitelikli yasaklama kararları oluşturmaktadır. Zira belirli şartların oluşması hâlinde mahkemeler tarafından da cezai yaptırım niteliğindeki ihalelerden yasaklama kararlarına hükmedilmektedir¹; ancak bu kararlara ilişkin bilgilere konumuzla ilgili olduğu ölçüde yer verilecektir.

Mevzuatımızda normatif düzenlemelerde yer alan ihale kelimesi, teknik bir ifade olarak kullanılmaktadır². Daha önce değindiğimiz ve kanun düzeyinde ihalenin tanımlandığı hükümlere baktığımızda bu durum görülmektedir. 2886 sayılı Kanun'da *ihale*, bu Kanun'un uygulanmasında, Kanun'da yazılı usul ve şartlarla, *işin* istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve *yetkili mercilerin* onayı ile tamamlanan *sözleşmeden önceki işlemleri* ifade etmektedir. Yine 4734 Kanun'da *ihale*, bu Kanun'un uygulanmasında, Kanun'da yazılı usul ve şartlarla *mal veya*

¹ İdarî nitelikli olmayan kamu ihalelerinden yasaklama kararları, cezai bir yaptırım niteliğindeki bir güvenlik tedbiri olup bu güvenlik tedbirinin ekonomik yoksunluk olarak isimlendirildiği çalışma için bkz.: Cemil Kaya, "İhale Hukukunda Çalışma Hürriyetinin Sınırlanması: İhalelere Katılmaktan Yasaklanma", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 2, Yıl: 2006, s. 153.

² Toprak, *a.g.e.*, s. 69.

hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve *ihale yetkilisinin* onayını müteakip *sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri* ifade etmektedir³. Bu tanımlar ışığında hangi Kanun'un hükümlerine göre yapıldığına bakılmaksızın ihale tanımındaki ortak unsur, kamu ihale sözleşmesinin ihale için bir "nihayet" olduğudur. Başka deyişle sözleşmenin akdedilmesi ile teknik anlamdaki ihale kavramının, o somut durum için hukukî yaşamı sona ermektedir. Durum bu olmakla birlikte ihale işlemlerinin kapsamaları ve aşamaları ile ilgili irdelemede, 2886 ve 4734 sayılı Kanunların farklılaştığını ve bunun çok önemli sonuçlar ortaya çıkardığını belirtmeliyiz. Zira her ne kadar 2886 sayılı Kanun'da ihale, Kanun'da yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemleri ifade etmekte ve 4734 sayılı Kanun'dakine benzer bir tanımla ihtiva etmekte ise de *ihale işlemleri ve aşamaları*, Kanun'un düzenleniş biçimine uygun olarak sözleşme ve sonrası aşamayı da içerecek şekilde anlaşılmalıdır. Başka deyişle *ihale işlemleri ya da ihaleye ilişkin işlemler ile aşamaların* yorumlanış biçimi, 2886 ve 4734 sayılı Kanunlarda farklı olacaktır.

Uyuşmazlık Mahkemesi, 2886 sayılı Kanun kapsamına giren bir işin veya ihtiyacın belirlenmesi, ihale yönteminin tespiti, ihale ilanı ve ihale kararı alınması şeklindeki işlemlerin tümüyle idarenin kamu gücüne dayanan, resen ve tek taraflı olarak tesis ettiği *idarî nitelik* taşıyan ihale işlemleri olduğunu belirtmiştir⁴. Bu karar ışığında, ihale süreci için bir nihayet olarak addettiğimiz sözleşme yapılarına kadar olan aşamanın idarî niteliğe sahip olduğunu belirtebiliriz⁵. Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu kararda ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemi, *idarî işlem* olarak nitelendirmiştir⁶. Danıştay kararlarında⁷ da ihaleden yasaklama kararının

³ Kanunlarda yer alan ihale tanımında birbirinden farklılık arz eden ifadeler, italik olarak yazılmıştır.

⁴ Bkz.: Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 21.06.1999 Tarihli ve E. 1999/8, K. 1999/17 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUD4aBR3eBVXQ~>, 05.11.2016; Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 28.11.2016 Tarihli ve E. 2016/573, K. 2016/578 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWRAQpy%2BV2CxA~>, 03.03.2017.

⁵ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 276-290.

⁶ Bkz.: Anayasa Mahkemesi, 22.11.2012 Tarihli ve E. 2012/132, K. 2012/179 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/9ee39d6d-4c54-466a-b949-5583eda75f87?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, 03.03.2017.

bireysel idarî işlem ve ayrıca *idarî yaptırım* niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Bu durumda hem 2886 sayılı Kanun hem de 4734 ile 4735 sayılı Kanunlar uyarınca tesis edilen yasaklama kararları ile ilgili verili ilk durum, bu kararların idarî nitelikte olduklarıdır. Tümdengelim yaparak öncelikle bunun nedenini araştırmak ve sağlamlasını yapmak gerekmektedir. Yine kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının birer idarî işlem oldukları yönündeki verili ikinci durum, bu işlemlerin hukukî niteliğini açıklamak adına, idarî işlem teorisi temelinde irdelenecektir⁸. Ancak Danıştay'ın birçok kararında idarî işlemin tanımlanması, idarî fonksiyon kavramı ile birlikte yapılmıştır⁹. Başka deyişle idarî işlemin irdelenmesinde çatı bir kavram olan

⁷ Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 12.03.2013 Tarihli ve E. 2012/731, K. 2013/687 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeXPJ57%2Bq7ifgQ~~>, 14.12.2016; Danıştay 13. Dairesi, 19.09.2013 Tarihli ve E. 2013/1279, K. 2013/2292 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeV3LJP34Xsjtw~~>, 14.12.2016; Danıştay 13. Dairesi, 25.12.2012 Tarihli ve E. 2011/4274, K. 2012/4033 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeVFqGmlfq29UA~~>, 14.12.2016; Danıştay 13. Dairesi, 23.10.2009 Tarihli ve E. 2008/2779, K. 2009/9319 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeXJkiAkqWv3ew~~>, 15.12.2016; Danıştay 13. Dairesi, 05.03.2007 Tarihli ve E. 2006/4272, K. 2007/1029 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeVwInkeo7KQIQ~~>, 15.12.2016; Danıştay 13. Dairesi, 20.03.2006 Tarihli ve E. 2005/7380, K. 2006/1443 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeXTYZzwmHNHTg~~>, 15.12.2016; Danıştay 13. Dairesi, 08.11.2005 Tarihli ve E. 2005/7182, K. 2005/5405 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeXXpUwh6TmiMQ~~>, 15.12.2016; Danıştay 6. Dairesi, 22.05.2000 Tarihli ve E. 1999/425, K. 2000/3195 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://www.emsalyargi.com/danistay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=a3174321a1266f7f&ktarih1=2000-05-22, 17.12.2016>.

⁸ 2886, 4734 ile 4735 sayılı Kanunlar uyarınca tesis edilen yasaklama kararlarının idare hukuku temelindeki özellikleri aynıdır; bu sebeple 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen yasaklama kararlarının idarî işlem teorisi başlığı altında incelenmesine dek, genel ifademiz olarak belirlediğimiz kamu ihaleleri kavramı kullanılacaktır.

⁹ Danıştay'ın muhtelif kararlarında idarî işlemin genel olarak idarenin işlevleriyle ilgili idarî makam ve mercilerin kamu hukuku alanında tesis ettikleri, tek taraflı, doğrudan uygulanabilir nitelikte hukukî bir tasarruf olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Danıştay 10. Dairesi, 11.01.2016 Tarihli ve E. 2015/1663, K. 2016/91 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://www.emsalyargi.com/danistay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=bc0f1d90616adb17&ktarih1=2016-01-11; http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeWcnXK!gg995w~~>, 01.02.2017; Danıştay 4. Dairesi, 13.02.2013 Tarihli ve E. 2010/4816, K. 2013/657 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), [22](http://www.emsalyargi.com/danistay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=a43edaa742d7b67e&eyil=2010&eno1=4816&ktarih1=2013-02-13, 17.12.2016; Danıştay 4. Dairesi, 12.06.2012 Tarihli ve E. 2012/3659, K. 2012/2917 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), http://www.emsalyargi.com/danistay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=34a99ffdc77553aa&eyil=2012&eno1=3659&ktarih1=2012-06-12, 18.12.2016. Danıştay'ın başka kararlarında idarî işlemlerin, idarî makamların idare işlevleriyle ilgili ve kamu gücüne dayanarak kamu hukuku alanında tesis ettikleri tek yanlı, doğrudan uygulanabilir nitelikteki ve ilgililerin hukukî durumlarını etkileyen hukukî tasarruf olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Danıştay 6. Dairesi, 21.01.2014</p></div><div data-bbox=)

ve kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına idarî nitelik kazandıran idarî fonksiyonun ne olduğunu bilmek gerekmektedir¹⁰. Bu sebeple bu incelemeleri yapabilmek için öncelikle idare ve idarî fonksiyonun anlamı ve idarî fonksiyonun saptanmasındaki kriterler ile kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının idarî niteliği ve bu niteliğin ona kazandırdığı özellikler açıklanacaktır. Ayrıca idarî işlemlerin tanımı, türleri ve özellikleri ile bireysel idarî işlemlerin tanımı, özellikleri, türleri ve unsurları ise bir sonraki bölümde açıklanacaktır.

2.2. İDARE ORGANININ MAHİYETİ VE KAMU İHALE HUKUKUNDA YASAKLAMA KARARLARININ ÖZELLİKLERİ

Tüzel kişiliği haiz olan Devlet, hukuk âleminde müstakil ve bağımsız bir varlık olarak fonksiyonları aracılığıyla, kendisinin varlık sebebi olan zarurî nitelikteki kolektif ihtiyaçların giderilmesini, toplum için gerekli ve faydalı işlerin yapılmasını temin etmektedir. Bahsi geçen fonksiyonlar, kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsenmesi ile Anayasa'da *yasama, yargı ve yürütme* olmak üzere üç tür olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹. Bu fonksiyonlar, Devlet'in hukukî fonksiyonlarını oluşturmakta¹² olup fonksiyonlar içinde idarî fonksiyonun özel bir yeri

Tarihli ve E. 2012/2240, K. 2014/213 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUb3VXpai2sUg~~>, 20.12.2016; İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu, 22.12.2011 Tarihli ve E. 2007/321, K. 2011/1643 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://www.emsalyargi.com/danistay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=d0652c735c158de8&ktarih1=2011-12-22>, 20.12.2016. Yine Danıştay kararında, idarî işlemin idarî makamların kamu gücü ve kudreti ile hareket ederek, idare işlevine (veya idare hukuku alanına) ilişkin olarak yaptıkları ve çeşitli hak ve/veya yükümlülükler doğuran tek yanlı irade açıklamaları olduğu belirtilmiştir. Bkz.: İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu, 14.01.2010 Tarihli ve E. 2007/127, K. 2010/28 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWMHQF9Clf05w~~>; İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu, 21.03.2017; 22.10.2009 Tarihli ve E. 2007/736, K. 2009/1793 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeX0WowrluSIPQ~~>, 14.04.2017; Danıştay 13. Dairesi, 16.05.2011 Tarihli ve E. 2011/1527, K. 2011/2296 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://www.emsalyargi.com/danistay.php?karar=9aac937380caf99e>, 21.03.2017.

¹⁰ Bir organın yahut bir fonksiyonun veya yetkinin *idarî* olduğu tespit edildiği zaman, bunun kural ve çözümlerinin daha kolay tespit edilebileceğini; fakat bunun bilinmediği zaman ise her şeyin boşuna olacağını belirten görüş için bkz.: Mükbil Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, Teksir, Daktilo, Fotokopi, 1972-1973, s. 186.

¹¹ Siddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt: 1, Üçüncü Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1-2.

¹² Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 47.

bulunmaktadır¹³. Zira aşağıda açıklayacağımız üzere, yasama ve yargı fonksiyonunun belirli ölçülerde idarî iktidara sahip olması sebebiyle, devlet hayatında idarî fonksiyon diğer iki fonksiyona kıyasla daha geniş olmaktadır¹⁴. İdare ve idare alanını belirleyen en önemli unsur olan idarî fonksiyonun¹⁵ yerine getirilmesi için uygulanan kamu hukuku işlemleri, idarî eylemlerle¹⁶ birlikte, idarî işlemlerdir¹⁷.

İdare, yani kamu idaresi¹⁸, organik/yapısal anlamda¹⁹ ve görevsel/işlevsel/fonksiyonel anlamda²⁰ kullanılmaktadır²¹. Organik anlamda olan kullanım yerine *idare organı* ve fonksiyonel anlamda kullanım yerine de *idarî fonksiyon* kavramları da tercih edilmektedir²². Şimdi bu kavramlar açıklanacaktır²³.

¹³ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 5.

¹⁴ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 55.

¹⁵ Duran, **a.g.e.**, s. 6. Eserde idare fonksiyonu, idarî işlev/idare işlevi olarak ifade edilmektedir.

¹⁶ İdarî eylem, "*idarî işlemlerin uygulanması, hazırlanması ya da bazı hizmetlerin yürütülmesi*" olarak tanımlanmaktadır. Bkz.: Tan, **a.g.e.**, s. 213. Başka bir tanıma göre idarî eylem, maddî veya teknik bir faaliyeti ifade etmektedir. Bkz.: Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukuku I: Genel Konular**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayın No. 326, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1970/1972, s. 9. Görüldüğü üzere idarî fonksiyon, idarî işlemlerle birlikte idarî eylemlerle de yerine getirilmektedir. Ancak kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına ilişkin başlangıç noktasındaki verili durum, bunların idarî nitelikli ve birer idarî işlem olduklarının tespiti idi. Bu noktada yalnızca idarî eylemlerin tanımı verilecek ve idarî eylemlere konumuzun kapsamı dışında kalması sebebiyle tekrar değinilmeyecektir.

¹⁷ Günay, **a.g.e.**, s. 121.

¹⁸ Balta, **a.g.e.**, s. 1; 3.

¹⁹ Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. (...)*" hükmünde idarenin organik anlamına yer verilmiştir. Ayrıca organik anlamda idare yerine, *uzvî anlamda idare* tasnifi de kullanılmaktadır. Bkz.: Balta, **a.g.e.**, s. 4.

²⁰ Anayasa'nın madde 126/2 hükmünde yer alan "*İllerin idaresi yetki genişliği esasına dayanır.*" ibaresinde idarenin fonksiyonel anlamına yer verilmiştir. Bkz.: Balta, **a.g.e.**, s. 4.

²¹ Günay, **a.g.e.**, s. 3. Ayrıca bu anlamların yanında idarenin *bütüncü anlamının* da bulunduğu; bu anlamın idarenin hem organik hem de fonksiyonel anlamını kapsadığı ve bu anlamın da Anayasa'nın 123/1 hükmünde yer alan "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*" ibaresinde mevcut olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Balta, **a.g.e.**, s. 4; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 3.

²² Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 10-11.

²³ Danıştay, fonksiyonel anlamda idare kavramının, idarî işlemin çerçevesini çizmek ve buna bağlı olarak idarî yargının görev alanını belirlemek için kullanılan organik anlamda idare kavramının yetersiz kalması üzerine geliştirildiğini ve fonksiyonel anlamda idare kavramı ile genel olarak, devletin yasama ve yargı fonksiyonu ile yürütme organının siyasî fonksiyonu dışında kalan tasarrufları ile diğer kamu tüzel kişilerinin idarî tasarruflarının anlatıldığını belirtmiştir. Bkz.: Danıştay 10 Dairesi, 11.01.2016 Tarihli ve E. 2015/1663, K. 2016/91 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://www.emsalyargi.com/danistay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=bc0f1d90616adb17&ktarih1=2016-01-11>; <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWcnXK!gg995w~>, 01.02.2017. Bu bağlamda idarî işlemin çerçevesi çizilirken ve idarî yargının görev alanı belirlenirken idarenin anlamları önem kazanmaktadır.

2.2.1. İdare Organı

İdare organı ile Devlet'in belli tür organları ve kuruluşları ifade edilmektedir²⁴. Başka deyişle idare alanının kuruluş yönünü belirten bir anlam ihtiva etmektedir²⁵. Burada yasama organı ve yasama organından biraz daha az kolaylıkla yargı organı, yeterli düzeyde net bir biçimde belirlenebilmektedir. Bu olanağı kullanarak belirlenebilen yasama ve yargı organları dışındaki tüm idarî kuruluşları idare organı olarak tanımlamak, ulaşılabilen en küçük ve en hatasız alanı bulmamızı sağlamaktadır²⁶. Durum bu olmakla birlikte, daha net bir sonuç vermek için diğer organları incelemek gerekmektedir.

2.2.1.1. Yasama Organı

Organik anlamda kullanılan idarenin, yasama organının ayrılmasında bir zorlukla karşılaşmamaktadır. Zira Anayasa'nın 7. maddesinde yer alan "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*" hükmüne göre, devredilmesi yasaklanan yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisine mahsus kılınmıştır.

2.2.1.2. Yargı Organı

Organik anlamda kullanılan idarenin, yargı organının ayrılmasında yine bir zorlukla karşılaşmamaktadır. Anayasa'nın 9. maddesinde yer alan "*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.*" hükmüne göre bağımsız mahkemelerden oluşan organlar topluluğu yargı organını temsil etmektedir²⁷. Bu

²⁴ Günday, **a.g.e.**, s. 3.

²⁵ Balta, **a.g.e.**, s. 4.

²⁶ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 46.

²⁶ Onar, **a.g.e.**, Cilt:1, s. 5.

²⁷ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 43.

noktada bağımsız nitelik ve birden fazla organın bulunması²⁸, yargı organının ayırt edici noktalarıdır²⁹.

2.2.1.3. Yürütme Organı

Yürütme organı, Anayasa'nın 101 ile 137. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 123 ile 137. maddeleri arasında da idare organı düzenlenmiş olduğundan Anayasa'ya göre idare organının yürütme organı içinde olduğu belirtilmektedir³⁰. Bu tasnif ile de idare organı, yürütme organının üçüncü parçasını oluşturmaktadır³¹. Ayrıca her ne kadar idare kavramı ile tek bir idareden bahsediliyormuş anlamı uyandırır da Anayasa'nın idareyi düzenleyen üçüncü kısmında çeşitli idare kurumları ile idare kuruluşları da yer almakta olduğundan tek bir idare değil; çok sayıda idare bulunmaktadır³².

Hemen burada 2886 sayılı Kanun'da yer alan hükümlerden örnek vermeye çalışacağız. Kanun'un madde 83/c hükmünde yer alan " (...) *İhale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak*" hükmünde yer alan idare kavramının, organik anlamda kullanılmış olduğunu belirtebiliriz.

2.2.2. İdarî Fonksiyon

İdarî fonksiyon, yasama ve yürütmenin daha önceden belirttiği yönde, hukukî sınırlar içerisinde toplumun yaşamını sürdürmesi için icra edilen kamu etkinliklerini ifade etmektedir³³. Bu bağlamda idarenin faaliyet yönü işaret edilmektedir³⁴. Bu

²⁸ Türkiye'de geçerli olan *yargı ayrılığı sistemi* sebebiyle, kararları aynı Yüksek Mahkemede temyiz edilen mahkemelerin oluşturduğu yargı kolları ortaya çıkmıştır. Bu yargı kollarında bir veya daha fazla bağımsız mahkemeler tesis edilmiş olup bunlar bir araya gelerek yargı organını oluşturmaktadır.

²⁹ Günay, **a.g.e.**, s. 4-5.

³⁰ Tan, **a.g.e.**, s. 16; 21.

³¹ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 44.

³² Ragıp Sarıca, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Kömen Teksir Bürosu, Daktilo, Fotokopi, Ocak 1972, s. 8.

³³ Tan, **a.g.e.**, s. 16.

açıklamalara dikkat edildiğinde fonksiyonel anlamda idarenin, organik anlamda idareye göre daha kapsamlı bir duruma işaret ettiği göze çarpmaktadır³⁵.

İdarî fonksiyonun Anayasa'da belirtilen yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarından ayırt edilmesi için kullanılmak üzere, maddî ve organik kriter geliştirilmiştir³⁶. Maddî kriterin tamamlayıcısı niteliğinde olan³⁷ organik kriterde fonksiyonu icra eden organa göre ayırım yapılmaktadır³⁸; bu sebeple de yalnızca işlemleri gerçekleştiren ve irade açıklayan organ göz önünde tutulmakta³⁹ olup yapılan işlemin içeriğinin önemi bulunmamaktadır⁴⁰. Organik kriter gereğince idare fonksiyonu, idare organından (organik anlamda idareden) kaynaklı işlem ve eylemlerdir; bunlar da idarî işlem ve eylem olarak ifade edilmektedir⁴¹.

Bu noktada açıklamamız gereken iki husustan birincisi, idarî fonksiyonun tespitinde organik kriteri kullandığımızda ve organik anlamda idareyi düşündüğümüzde *dar anlamda organik idarenin* işaret edilmediğidir; zira idarî fonksiyon içindeki faaliyetler, sadece dar anlamdaki organik idare tarafından ifa edilmemektedir. Devletin diğer organları da ve hatta özel hukuk tüzel kişileri de idarî fonksiyonu ifa edebilmektedir. Başka ifade ile yasama ve yargı organları da belli görev ve yetkiler çerçevesinde fonksiyonel anlamda idare içinde yer almakta olup bunun yanında özel hukuk tüzel kişilerinin de kamu gücü kullanma yetkisine sahip olarak kamu hizmetini yürütmek üzere giriştiği faaliyetlerde de yapılan işlemin niteliği dikkate alınarak idarî fonksiyonun varlığı ileri sürülmektedir⁴². Diğer husus

³⁴ Balta, **a.g.e.**, s. 4.

³⁵ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 54.

³⁶ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 15.

³⁷ Balta, **a.g.e.**, s. 10.

³⁸ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 5.

³⁹ Giritli vd., **a.g.e.**, s. 1236.

⁴⁰ Celal Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları No: 51, Ankara, Danıştay Matbaası, 1990, s. 61.

⁴¹ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 18.

⁴² Ramazan Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 49-51. Ayrıca Uyuşmazlık Mahkemesi, idarenin her işleminin idarî işlem olmadığını ve bütün idarî işlemlerin de kamu tüzel kişileri tarafından tesis edilmesinin de söz konusu olmadığını için sadece işlemi tesis eden mercinin dikkate alındığı organik kriterin tek başına yeterli olmadığını; gerek statüleri ve gerekse teşkilatlanmaları ve yönetimleri bakımından özel hukuk tüzel kişisi olup da idarî karar alma yetkisi ve gücüyle donatılmış olan ve kamu hizmeti gören kuruluşların, bu hizmetleri yerine getirirken kamu makamı gibi hareket etmekte olduğunu ve işlemlerinin de idare hukuku kurallarına

da idare organının bizzat kendisinin idarî fonksiyon dışında işlemleri bulunuyor olmasıdır. İdare organının kimlik değiştirdiği bu işlemler, idarenin özel hukuk işlemleri olmaktadır⁴³. Ancak kamu ihalelerinden yasaklama kararları için yapılacak olan irdelemede bu türden bir sonuç bulunmadığı için, bu durumlarla ilgili ayrıca bir açıklama yapılmayacaktır.

Maddî kriterde fonksiyonların faaliyetlerinin konusuna⁴⁴, mahiyetine⁴⁵, görev ve yetkilerine⁴⁶ bakılmaktadır. Maddî kritere göre idare fonksiyonu, genel ve soyut nitelikli normların belli kişi ve durumlara tatbik edilmesidir⁴⁷. Bu bağlamda, idarî fonksiyon somut, bireysel ve subjektif hukukî ve maddî işlem ile fiiller olmaktadır⁴⁸.

tabi olduğunu belirtmiştir. Bu sebeple de özel faaliyetler için söz konusu olmayacak üstün ayrıcalıklara sahip olan ve yükümlülükler rejimine tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son kertede bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen kamu hizmeti niteliğindeki elektrik dağıtım faaliyetini yürüten davalı ... A.Ş. tarafından tek yanlı olarak tesis edilen, ilgilinin hukukî durumunda değişiklik yapan ve idarî işlem niteliğinde bulunan işlemin yargısal denetiminin idarî yargıda yapılması gerektiğine karar vermiştir. Bkz.: Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 28.11.2016 Tarihli ve E. 2016/103, K. 2016/531 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeU6JFrwg2ek5w~~>, 03.04.2017. Yine Danıştay, kural olarak idare makamlarınca tesis edilmekte olan idarî işlemlerin idarî fonksiyonla ilgili ve tek taraflı irade beyanına dayalı olarak hukukî sonuç doğuran tasarruflar olarak tanımlandığını; ancak idarî fonksiyonla ilgili kamu yetki ve usullerini kullanmakla yetkili olduğu özel kanunî düzenlemeyle istisnai olarak kabul edilen özel hukuk tüzel kişilerinin de tek taraflı irade beyanlarıyla hukukî sonuç doğuran ve doğrudan uygulanabilir nitelikli işlemlerinin de idarî işlem niteliği taşıdığı kabulünün gerektiğini, bir işlemin idarî işlem olup olmadığı konusunda asıl ayırt edici unsurun işlemin idarî fonksiyonla ilgili bir alanda, kamusal yetki ve usuller kullanılarak yapılması, başka bir deyişle idare hukuku ilke ve kurallarına tabi olması olduğunu belirtmiştir. Bkz.: Danıştay 10. Dairesi, 16.12.2009 Tarihli ve E. 2009/5590, K. 2009/10533 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeVYWdv7OGHglA~~>, 19.12.2016.

⁴³ Erkut, **a.g.e.**, s. 69-70. Uyuşmazlık Mahkemesi bir kararında, ihale kararını almış olan belediye encümeninin, 2886 sayılı Kanun'un 13. maddesinden kaynaklanan ihale komisyonu görevinin sözleşme imzalanması ile sona erdiği için, dava konusu kararın ihale işlemleri kapsamında bir idarî işlem olarak görülmesine olanak bulunmadığını ve buna göre sözleşmeye bağlanmış bulunan inşaat işinin yapımı sırasında doğan anlaşmazlıkların giderilmesi için belediye başkanınca imzalanan protokolü uygun bulan encümenin, sözleşmenin eki niteliği taşıyan bu hukukî tasarrufu yorumlamasından ibaret bulunan kararın, sözleşmenin uygulanmasına yönelik idarenin özel hukuk işlemi olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz.: Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 18.12.2000 Tarihli ve E. 2000/50, K. 2000/62 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeXDDImG39g4Xg~~>, 20.02.2017.

⁴⁴ Balta, **a.g.e.**, s. 10.

⁴⁵ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 6.

⁴⁶ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 43.

⁴⁷ Günday, **a.g.e.**, s. 10.

⁴⁸ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 7.

O hâlde, burada hangi organ olduğuna bakılmaksızın idarî bir işlem ya da eylem⁴⁹ yerine getirildiği vakit, idarî fonksiyon olduğu belirtilecektir⁵⁰.

İdarenin organik anlamını yürütme organı içine özgüleyebildiğimiz hâlde, idarî fonksiyon için bu durum gerçekleşmemektedir. Zira idarî fonksiyon, sadece yürütme fonksiyonunun tekelinde değildir. Bu sebeple de diğer fonksiyonlar olan yasama ve yargı fonksiyonlarının idarî fonksiyonları bulunmaktadır⁵¹. Ancak bu durumun tersi mümkün değildir. Başka deyişle yasama ve yargı organlarınca idarî fonksiyona dâhil işlemler yapılabilir iken, idare organı tarafından yasama ve yargı fonksiyonuna dâhil işlemler yapılamamaktadır⁵².

Bu açıklamalardan sonra idarî fonksiyonunun diğer fonksiyonlar karşısındaki durumunu bu kriterler çerçevesinde tartışarak kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının konumunu tespit etmeye çalışacağız.

2.2.2.1. Yasama Fonksiyonu ve İdarî Fonksiyon

Anayasa'nın *Cumhuriyetin Temel Organları* başlıklı Üçüncü Kısımının birinci bölümünde, Türkiye Büyük Millet Meclisinin kuruluşu (madde 75), görev ve yetkileri (madde 87-92) ve bilgi edinme ve denetim yolları (madde 98-100) belirtilmiştir.

Meclis, kendine özgü bir yetki olarak Anayasa değişikliği yapabilmekte ve Anayasal düzeyde ve geçerlikte genel normlar getirebilmektedir. Yine kanun geçerliliği düzeyinde kanun koyma, değiştirme veya kaldırma suretiyle, genel normlar getirebilmektedir. Ayrıca merkezî bütçe kanunlarını kabul etme, para

⁴⁹ İdarî işlem ve idarî eylemin her ikisini birden ifade etmek üzere idarî faaliyet kavramı kullanılmaktadır. Bkz.: Çağlayan, **a.g.e.**, s. 47.

⁵⁰ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 44.

⁵¹ Balta, **a.g.e.**, s. 5. Ayrıca Danıştay'ın bir kararında, idarî fonksiyonun yapısal anlamda idarenin dışında kalan organlarca da yürütülebilen bir faaliyet olması sebebiyle, idarî makamlar dışındaki diğer organlar tarafından yapılan bazı işlemlerin de idarî işlemler olarak kabul edildiği, bu sebeple idarî işlem niteliğinde maddî kriterden faydalanılmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Danıştay 12. Dairesi, 13.03.2014 Tarihli ve E. 2013/6822, K. 2014/1612 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUHdQ73vxB8QQ~>, 22.02.2017.

⁵² Günday, **a.g.e.**, s. 15. Karşı görüş için bkz.: Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 8.

basılmasına ve genel ve özel af ilanına karar verme, ölüm cezalarını onaylama gibi Anayasa'nın çeşitli maddelerinde hüküm altına alınmış yetkileri bulunmaktadır⁵³. Bunun dışında meclis, siyasî denetim de yapmaktadır⁵⁴; ancak yasama fonksiyonunda bu saydıklarımızla ilgili olmayan görevler de bulunmaktadır⁵⁵.

Yasama kavramı, kanun yapma faaliyetini ifade etmektedir ve bu faaliyetteki kanunun *şeklî ve maddî* olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Şeklî kanun, meclisin özel nitelikli, bu işleme mahsus usulle yapılan işlemi olarak yasama fonksiyonuna dâhildir. Maddî kanun ise kaynağına bakılmaksızın genel hukuk kuralları olarak tanımlanmaktadır⁵⁶.

Organik kriteri uyguladığımızda meclisten kaynaklanan işlemler, yasama fonksiyonuna dâhil edilmekte; ancak tek başına yeterli olmamaktadır. Maddî kriteri uyguladığımızda, yasama fonksiyonu için daha önce belirttiğimiz üzere, Anayasa'nın 7. maddesinde düzenlenen meclisin yetkisi, *kanun koyma yetkisi* olarak anlaşılmalıdır. Buradaki kanun, Anayasa ve içtüzüklerin öngördüğü usuller izlenerek meclis tarafından açıklanan irade olmaktadır ki burada en başta belirttiğimiz maddî kanun değil; şeklî/usulî kanun tanımına ulaşılmaktadır⁵⁷. Bu sebeptendir ki kanun koyma yetkisi idarî bir yetki olmayacağı gibi idare hukuku kurallarına da tabi kılınmayacaktır⁵⁸. Sonuç olarak yasama fonksiyonu ve idarî fonksiyon arasındaki ayrımı yapabilmek için her iki kriterin beraber değerlendirilmesi gerekmektedir⁵⁹.

2.2.2.2. Yargı Fonksiyonu ve İdarî Fonksiyon

Yargı fonksiyonunda, organik kriteri uyguladığımızda bağımsız mahkemeler ile hâkimlerden kaynaklı işlemler yer almaktadır. Ancak yasama fonksiyonunda olduğu gibi bağımsız mahkemeler ile hâkimlerce tesis edilen her işlem yargısal

⁵³ Özyörük, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 44.

⁵⁴ Balta, *a.g.e.*, s. 11.

⁵⁵ Örneğin Meclis'te çalışmakta olan kamu personelleri bulunmaktadır ve bu personellerin maaş, özlük vb. işlemleri görülmektedir. Bu işlemler idarî fonksiyona dâhildir. Bkz.: Gözübüyük, *a.g.e.*, s. 9.

⁵⁶ Balta, *a.g.e.*, s. 12; 166.

⁵⁷ Özyörük, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 44.

⁵⁸ *A.e.*, s. 48.

⁵⁹ Giritli vd., *a.g.e.*, s. 9.

işlem⁶⁰ niteliğini haiz değildir⁶¹. Dolayısıyla yargı fonksiyonunun da her zaman kesin hüküm niteliğinde kararlar vermediği işlemleri de bulunmaktadır⁶².

Maddî kriteri uyguladığımızda, hukuk düzeninin ihlali iddiası ile başlayan, hâkim tarafından bu iddia ile ilgili gözlemi içeren bir tespit ile devam eden ve ne tür bir müeyyidenin uygulanacağını belirleyen kesin hüküm ile biten bir süreç (iddia - tespit - kesin hüküm)⁶³ bulunmaktadır⁶⁴. Bu bağlamda belli koşullar altında, yargı fonksiyonu ile ebedileşen ve son sözün söylendiği bir hükme ulaşılmaktadır⁶⁵. Ancak

⁶⁰ Danıştay, *yargısal işlemi (kararı)*, yargı fonksiyonunun yerine getirilmesi amacıyla, hukukî bir uyumsuzluğa çözüm üretmek için, yargı organları tarafından yargısal usuller izlenerek tesis edilen işlemler olarak tanımlamıştır. Bkz.: Danıştay 10. Dairesi, 11.01.2016 Tarihli ve E. 2015/1663, K. 2016/91 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://www.emsalyargi.com/danistay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=bc0f1d90616adb17&ktarih1=2016-01-11>; <http://khyk.kazanci hukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWcnXK!gg995w~~>, 01.02.2017.

⁶¹ Danıştay, idarî fonksiyon kavramının idareyi ve idare alanını belirleyen en önemli unsur olduğunu ve idare içinde yer alan birimlerin tüm işlemlerinin idarî fonksiyona tabi olmayacağı gibi idare dışındaki yasama ve yargı organlarının idarî fonksiyona tabi işlemlerinin de mevcut olabileceğini; bu bağlamda yargı fonksiyonu ile ilgili olmayan işlemlerin yargıçlardan kurulu organlar ya da mahkemeler ve hatta sadece yargıçlar tarafından yapılmasının bunların yargısal işlem sayılmasına dayanak oluşturmayacağını; idarî fonksiyona tabi işlemlerin hangi makam tarafından yapılırsa yapılsın, idarî işlem sayılarak idarî yargının denetimine tabi olması gerekliliği karşısında yargı mercilerinin, sırf mahkeme olmalarından dolayı ve bu sıfatla yaptıkları faaliyet ve işlemlerden ayrılabilen faaliyet ve işlemlerinin idarî faaliyet ve idarî işlem teşkil ettiğini belirtmiştir. Bkz.: Danıştay 5. Dairesi, 17.05.1996 Tarihli ve E. 1995/4416, K. 1996/1911 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUsT%2BcZcD5uDg~~>, 12.12.2016.

⁶² Danıştay'ın başka bir kararında, fonksiyonel açıdan yargı organlarının, yargılama süreci ile ilgili işlemlerinin Anayasa'nın 125. maddesinde öngörülen "idarî işlemler" kapsamına girmediği; yargı fonksiyonu ile ilgili olmayan işlemlerin sırf mahkemeler veya hâkimler tarafından yapılmasının, bunların yargısal işlem sayılmasına dayanak oluşturmayacağından yargı organlarının, yargısal işlemlerden ayrılabilen ve yargılama süreci ile ilgili olmayan faaliyet ve işlemlerinin idarî faaliyet ve idarî işlem teşkil ettiği ve idarî fonksiyona tabi işlemlerin hangi makam tarafından yapılırsa yapılsın idarî işlem sayılarak idarî yargının denetimine tabi olması gerektiği belirtilmiştir. Bkz.: Danıştay 10. Dairesi, 11.01.2016 Tarihli ve E. 2015/1663, K. 2016/91 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://www.emsalyargi.com/danistay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=bc0f1d90616adb17&ktarih1=2016-01-11>; <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWcnXK!gg995w~~>, 01.02.2017.

⁶³ Hukukî anlaşmazlıkların veya hukuka aykırılıkların, ilgililerin iddialarının ve savunmalarının alınarak yargı usulü ile bağımsız ve tarafsız (mahkemelerce) olarak kesin hükme bağlama işlevinin yalnızca çekişmeli yargıya özgü olduğu ve bu yargı türünün de yargı fonksiyonunu idarî fonksiyondan ayırdığı belirtilmiştir. Bkz.: Balta, **a.g.e.**, s. 14.

⁶⁴ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 49-52. Bu sürecin *iddia, cevap ve karar* olmak üzere üç aşamadan oluştuğunu belirten görüş için bkz.: Leon Duguit, Çeviren: Süheyp Derbil, **Kamu Hukuku Dersleri**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Kolektif Ortaklık, 1954, s. 90.

⁶⁵ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 49; 51. Yargı fonksiyonu işlemlerinin sahip olduğu bağlayıcı otoritesi olan kesin hükmün maddî kuvvetinin, idarî fonksiyondaki işlemler için de geçerli olduğunu

tıpkı yasama fonksiyonunda olduğu gibi, yalnızca maddî kriteri uygulayarak her zaman yargı fonksiyonu tespit edilememektedir⁶⁶. Hatta yargı fonksiyonunun tespitinde her iki kriterin birlikte değerlendirilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir⁶⁷. Bu sebeple yargı fonksiyonunun saptanmasında hem maddî hem de organik kriterin kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekmektedir⁶⁸.

Yargı fonksiyonu sürecinin son aşamasını değiştirerek iddia-tespit-müeyyide olarak belirlediğimizde, bu süreci içeren idarî işlemler de bulunmakta olduğundan idarî fonksiyonun alanına girilmiş olmaktadır⁶⁹. Yine aynı şekilde bu sürecin işlediği ve maddî anlamda yargı fonksiyonuna benzeyen meclis işlemleri de mevcuttur⁷⁰. Bu noktada kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının maddî kritere göre tespiti önem kazanmakta olup asıl temasımız yargı fonksiyonu ile idarî fonksiyon arasındaki benzerlikler ve farklılıklar olacaktır. Kamu ihalelerinden yasaklama kararları da daha sonra detaylarını açıklayacağımız üzere iddia - tespit - müeyyide sürecinden oluşmaktadır; hatta aynı tür yaptırım mahkemelerce de uygulanmaktadır.

Yargı fonksiyonu ve idarî fonksiyon arasında var olan yakınlığın, bu fonksiyonlarla yasama fonksiyonu arasında görülmediği belirtilmektedir⁷¹. Tıpkı idarî fonksiyon gibi, içtihadı birleştirme kararları dışında yargı fonksiyonunun da bireysel nitelikte olduğu ileri sürülmektedir⁷². Genel hukuk teorisi açısından yargı ve idarî fonksiyonları incelendiğinde, her ikisinin de hukuk normlarını uyguladıklarını kabul edilmektedir⁷³. Durum bu olmakla birlikte, yargının idareye karşı üstünlüğü

belirten yazarlar mevcuttur. Bu görüşün dayanağı olarak yargısal işlemlerin devamlılığı gibi idarî işlemlerin devamlılığının da hukuk güvenliği ve idare otoritelerinin itibarının sarsılmaması bakımından gerekliliği belirtilmiştir. Bu sebeple de idarî işlemlerde de devamlılık ve istikrarın kuralı, idarî işlemlerin değiştirilebilmelerinin de istisnayı teşkil ettiği kabul edilmektedir. Bkz.: A. Ülkü Azrak, "Yargı ve İdare, İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Teorik Deneme", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 34, Sayı: 1-4, 1968, s. 147-150.

⁶⁶ Günday, **a.g.e.**, s. 11.

⁶⁷ Balta, **a.g.e.**, s. 14.

⁶⁸ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 20.

⁶⁹ Günday, **a.g.e.**, s. 12.

⁷⁰ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 17.

⁷¹ Azrak, **a.g.m.**, s. 152.

⁷² Giritli vd., **a.g.e.**, s. 9.

⁷³ Azrak, **a.g.m.**, s. 147.

bulunmaktadır⁷⁴. Yasama fonksiyonu ise yargı ve idarî fonksiyonlarca uygulanan kanunları meydana getirmektedir⁷⁵. Ayrıca yargı fonksiyonu ve idarî fonksiyonda yer alan takdir yetkisi türetilmiş bir yetki iken yasama fonksiyonunda bu aslî bir yetkidir⁷⁶.

Bu açıklamalar ile birlikte ortaya çıkan sonuç, yargı fonksiyonu ile idare fonksiyonu arasındaki farkı, maddî kriterin uygulanmasından sonra organik kriterin belirleyeceğidir. Zira tek farklı durum yargı fonksiyonunun, tam bağımsız ve önüne gelen uyuşmazlıklarla doğrudan ilişkisi olmayan mahkeme ve hâkimler tarafından yerine getirilmesidir. Bu bağlamda da maddî kriter genel olarak ve konumuz kamu ihalelerinden yasaklama kararları özelinde, bu fonksiyonları ayırmada tek başına işlevsel olmamaktadır⁷⁷.

2886 sayılı Kanun'un *İdarelerce İhalelere Katılmaktan Geçici Yasaklama* başlıklı 84. maddesinde ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceği hükme bağlanmıştır. 4734 sayılı Kanun'un *İhalelere Katılmaktan Yasaklama* başlıklı 58. maddesinde, katılma yasaklarının ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verileceği belirtilmiştir. Son olarak 4735 sayılı Kanun'un *İhalelere Katılmaktan Yasaklama* başlıklı 26. maddesinde de katılma yasaklarının sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verileceğine hükmedilmiştir. Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere, kamu ihale hukukunda bu kararlardan oluşan işlemlerin çıkış noktası daima idare organları olmaktadır.

⁷⁴ Giritli vd., **a.g.e.**, s. 11.

⁷⁵ Azrak, **a.g.m.**, s. 148.

⁷⁶ **A.e.**, s. 152-153.

⁷⁷ **A.e.**

O hâlde yargı benzeri usuller de dâhil olmak üzere çeşitli usuller ile almış oldukları kararlarda idarî makamların *idarî* kimliği korunacağından⁷⁸ ve organik kritere göre idare kaynaklı olan kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının, organik anlamdaki idarenin fonksiyonel bakımdan yasama veya yargı niteliğinde faaliyetleri ve işlemleri bulunmadığından⁷⁹ idarî fonksiyona dâhil olduğunu ve idarî nitelikli olduklarını belirtebiliriz.

2.2.2.3. İdarî Fonksiyona Tabi Olması Açısından Kamu İhalelerinden Yasaklama Kararlarının Özellikleri

Buraya kadar yaptığımız tüm açıklamaların sebebi, kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının birer idarî işlem olduğu yönündeki verili durum idi⁸⁰. Yaptığımız açıklamalar ile bu kararların idarî niteliğinin sağlanmasını yapmaya ve idarî fonksiyona dâhil olduğunu saptamaya çalıştık. O hâlde kamu ihalelerinden yasaklama kararları birer idarî işlem olarak idarî fonksiyona dâhil olup bu fonksiyonun da aşağıda yer vereceğimiz özelliklerini taşımaktadır.

İdarî fonksiyonun özelliklerine baktığımızda, fonksiyonel anlamda idarenin açıklanmasında, organik anlamda idare başlığı altında olduğu gibi yürütme için ayrı bir başlık altında inceleme yapılmamıştır. Çünkü fonksiyonel anlamda yürütme fonksiyonunun, idarî fonksiyondan bağımsız bir alanı bulunmamaktadır. Yürütme fonksiyonu da idarî fonksiyonun unsurlarından biri olan idarî işlemlerle yürütülmektedir⁸¹. Sonuç olarak yürütme organının bir fonksiyonu olan idarî fonksiyon⁸², devletin, yasama ve yargı fonksiyonları ile yürütme organının siyasî nitelikli fonksiyonları dışında kalan kamusal işlerin bütününe ifade etmektedir⁸³.

⁷⁸ Erkut, **a.g.e.**, s. 72-73.

⁷⁹ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 54.

⁸⁰ Danıştay'ın içtihadı birleştirme kararında idarî işlem, idare fonksiyonu ile ilgili konularda idare makamlarının aldığı tek taraflı icrai karar olarak tanımlanmıştır. Bkz.: Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 14.04.1973 Tarihli ve E. 1972/2, K. 1973/10 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUnMMMt6oZjkg~>, 09.01.2017.

⁸¹ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 52.

⁸² Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 22.

⁸³ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 8.

İdare hukuku kanundan kaynaklanan istisnalar hariç olmak üzere, organik anlamda idareyi ve devlet organlarından hangileri tarafından yürütüldüğü önemli olmaksızın maddî kriter bakımından *idarî* olan işlem ve eylemden oluşan idarî fonksiyonu düzenlemektedir⁸⁴. Bu bağlamda kamu ihalelerinden yasaklama kararları şeklide tesis edilen işlemler, idare hukukuna⁸⁵ ve idarî yargıya tabidir⁸⁶.

İdarî fonksiyonun konusunun basit ve genel anlamda kamu hizmetlerini oluşturmakta olduğu⁸⁷ belirtilse de burada idarî fonksiyonun içinde idarî makamlarca verilen disiplin cezaları, kolluk işlemleri, idarî para cezaları da bulunmakta⁸⁸ olup teknik nitelikli kamu işleri olan idarî işlem ile idarî fonksiyon yürütülmektedir⁸⁹. Burada kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının idarî bir kolluk faaliyeti olduğu yönündeki düşüncemizi belirtmek isteriz. Bu konuyu biraz aydınlatmak amacıyla bir sonraki başlıkta bu durum incelenecektir.

İdarî fonksiyonun amacı kamu yararadır ve bu amaç yerine getirilirken kamu gücü ayrıcalıkları kullanılmaktadır⁹⁰. Ayrıca bu amaç, yasama, yargı ve yürütme organı tarafından saptanmaktadır⁹¹. Başka ifade ile yasama organı kanun ile yargı organı içtihadı birleştirme kararları ile ya da yürütme organı düzenleyici işlemleri ile idareye bir görev ve yetki yüklemeyse idarî bir fonksiyondan bahsedilememektedir⁹². İdarî fonksiyon ile bu fonksiyonu icra eden görevliler sürekli

⁸⁴ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 54.

⁸⁵ İdare hukukunun idarî rejim bakımından değerlendirilmesinde, idarenin hukukunun yalnızca idare hukukundan ibaret olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Zira esas itibarıyla idarî fonksiyona, sayılı ve sınırlı hâllerde özel hukuk hükümleri de uygulanmaktadır. Bkz.: Duran, **a.g.e.**, s. 16.

⁸⁶ Danıştay, kamu hizmeti niteliğinde olan ve idarî fonksiyon içinde yapılan işlemlere karşı açılan davalarda, idarî yargının görevli olduğunu belirtmiştir. Bkz.: Danıştay 10. Dairesi, 26.03.2003 Tarihli ve E. 2002/5500, K. 2003/1119 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeWbrue1UT8KGw~~>, 12.02.2017. Yine başka bir kararında Danıştay, idarî fonksiyona ilişkin olarak yapılan işlemlerin hangi makam tarafından yapılırsa yapılsın, idarî işlem sayılarak, idarî yargının denetimine tabi olması gerektiğini belirtmiştir. Bkz.: Danıştay 10. Dairesi, 11.01.2016 Tarihli ve E. 2015/1663, K. 2016/91 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://www.emsalyargi.com/danistay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=bc0f1d90616adb17&ktarih1=2016-01-11>; <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeWcnXK!gg995w~~>, 01.02.2017.

⁸⁷ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 8.

⁸⁸ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 20.

⁸⁹ Duran, **a.g.e.**, s. 7.

⁹⁰ Günday, **a.g.e.**, s. 16.

⁹¹ Duran, **a.g.e.**, s. 16.

⁹² Sarıca, **a.g.e.**, s. 20.

niteliklidir⁹³. İdarî fonksiyon alanında idare, kural olarak tek yanlı ve kendiliğinden davranmaktadır. Burada idare resen hareket, icrai karar alma ve resen icra yetkisine sahiptir⁹⁴. Son olarak idarî fonksiyona tabi işlemler, hukuka uygun olarak yürütülmektedir⁹⁵. Yer verdiğimiz bu açıklamalar çerçevesinde idarî fonksiyona tabi olan kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının özellikleri Tablo 2'de⁹⁶ belirtilmiştir.



⁹³ Tan, **a.g.e.**, s. 17; Günday, **a.g.e.**, s. 17.

⁹⁴ Duran, **a.g.e.**, s. 7; Tan, **a.g.e.**, s. 17.

⁹⁵ Tan, **a.g.e.**, s. 17.

⁹⁶ Tabloda yer alan özelliklere ilişkin detaylı açıklamalar, idarî işlemlerin incelenmesi sırasında yapılacaktır.

Tablo 2: İdarî Fonksiyona Tabi Olması Açısından Kamu İhalelerinden Yasaklama Kararlarının Özellikleri

İdarî Fonksiyona Tabi Olması Açısından Kamu İhalelerinden Yasaklama Kararlarının Özellikleri
Sahip olduğu özellikler nedeniyle, çok sıkı kural ve usullere bağlanmış bir kamu hizmetidir.
İdarî kolluk faaliyetidir ⁹⁷ .
Tek taraflı, kamu yararı amacıyla kamu gücüne dayalı olarak idarî usullerin uygulanması suretiyle, ilgilinin talebine bağlı olmaksızın doğrudan tesis edilir ⁹⁸ .
İdare hukukuna tabidir ⁹⁹ .
İdarî yargıya tabidir ¹⁰⁰ .

⁹⁷ Kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının bu özelliği, bir sonraki başlıkta açıklanacaktır.

⁹⁸ Bkz.: Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 11.07.2005 Tarihli ve E. 2005/15, K. 2005/56 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUB3HDom2U15g~~>, 11.03.2017.

⁹⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi, ihalenin tümüyle, 2886 sayılı Kanun hükümleri uyarınca ihaleyi yapan idarenin yetkisi dâhilinde yürütülen idarî işlemler olduğunu, bu Kanun'un kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla ticarî piyasadan yararlanma yolunu gösteren, buyurucu, uyulması zorunlu hükümlerden oluşması sebebiyle bir kamu kanunu olduğu için, bu aşamada ortaya çıkan uyuşmazlıkların idare hukukunu ilgilendirdiğini belirtmiştir. Bkz.: Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 18.11.1991 Tarihli ve E. 1991/41, K. 1991/42 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVNJScAuSc7PA~~>, 14.03.2017.

¹⁰⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi, 2886 sayılı Kanun'un kamu hukukunu ilgilendiren bir kanun olması nedeniyle, doktrin ile adli ve idarî yargı uygulamasında sözleşme aşamasına kadar Kanun uyarınca idarece alınan karar ve yapılan işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların idarî yargı yerinde görülmesi gerektiği hususunun genel kabul gördüğünü belirtmiştir. Bkz.: Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 28.11.2016 Tarihli ve E. 2016/320, K. 2016/537 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeV0qHJPBFZAFQ~~>, 19.03.2017. Uyuşmazlık Mahkemesi başka bir kararda da idarede kanunilik ilkesi gereğince, 2886 sayılı Kanun'un 1. maddesinde sayılan işlemlerle ilgili olarak yapılacak ihalelerde, idarenin çeşitli usul kurallarına uymasının zorunlu olduğunu, bu Kanun kapsamına giren bir işin veya ihtiyacın belirlenmesi, ihale yönteminin tespiti, ihale ilanı ve ihale kararı alınması sürecinden geçilmesi gerektiğini; tümüyle idarenin kamu gücüne dayanan, resen ve tek taraflı olarak tesis ettiği bu ihale işlemleri hakkındaki yargısal denetiminin idare hukuku ilkelerine göre idarî yargı yerlerince yapılacağı tartışmasız olduğunu belirtmiştir. Bkz.: Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 11.07.2005 Tarihli ve E. 2005/15, K. 2005/56 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUB3HDom2U15g~~>, 11.03.2017. Ayrıca Yargıtay, yasaklama kararlarının tabi olduğu yargı kolu ile ilgili, 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesinde yer alan hükme göre, yasaklama kararı verme yetkisinin bağlı bulunduğu Bakanlığa ait olduğunu ve yasaklama kararı nedeniyle doğan zararın idarenin işlem ve eyleminden kaynaklanması sebebiyle idarî işlem olan yasaklama kararının iptaline veya yasaklama kararı nedeniyle uğranılan zararların tazminine ilişkin davaların idarî yargıda açılması gerektiğini belirtmiştir. Bkz.: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 18.05.2016 Tarihli ve E. 2015/3478, K. 2016/2904 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeW700RgXZ9KAg~~>, 21.03.2017.

2.2.2.4. İdarî Bir Kolluk Olarak Kamu İhalelerinden Yasaklama Kararlarının Özellikleri

Kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının idarî bir kolluk olduğuna ilişkin tespitin yapılabilmesinde, Anayasal hükümler açısından bu işlemlerin bir değerlendirmesini yapmak gerekmektedir. Zira bu kararlar, Anayasa'da yer alan hükümler nezdinde bir menfaat çatışması oluşturmaktadır.

2.2.2.4.1. Anayasal Hükümler Açısından Kamu İhalelerinden Yasaklama Kararları

Anayasa'nın madde 123/1 hükmünde idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Hukukî ve idarî nitelikteki bir dizi işlemde oluşan ihale sürecinde taraflardan biri mutlaka idare olduğu için de kamu ihale hukukunun kanun ile düzenlenme zorunluluğu bulunmaktadır. Danıştay, idarenin kanunîliği ilkesinin en sıkı uygulanması gereken alanlardan birisinin de ihale olduğunu belirtmiştir¹⁰¹.

Kamu ihalelerinden yasaklama kararları özelinde düşündüğümüzde, bu kararlar ile oluşturulmak istenen dengenin Anayasal hükümlerle sıkı bir ilişkisi bulunmaktadır. Madalyonun bir yüzünde idare ve idarenin kamu bütçesine karşı olan sorumluluğu bulunmaktadır. Anayasa'nın *Piyasaların Denetimi ve Dış Ticaretin Düzenlenmesi* başlıklı madde 167/1 hükmünde, "*Devlet para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.*" ibaresi bulunmaktadır. Bu hüküm içinde geçen *Devlet'in para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alacağı* yönündeki amir hüküm, özellikle ihaleler ile direkt ilişkilidir. Zira yasaklama kararları ile kamu ihalelerinin ilgili kanunlarında belirlenen *ihale ilkeleri* olarak addedebileceğimiz ilkelere uygun olarak yapılmasının

¹⁰¹ Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 10.02.2010 Tarihli ve E. 2007/1724, K. 2010/1168 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeVQUZKmugrmcA~~>, 09.11.2016.

sağlanması, idarelerin haksız yere zarara uğramasının önlenmesi, ihale edilen işlerin idarenin ihtiyaç duyduğu zamanda ve düzenli olarak yapılmasının ve kamusal kaynakların etkin ve verimli bir biçimde kullanılmasının temini amaçlanmaktadır¹⁰². Bu amacın gerçekleştirilmesinde de daha sonra detaylı bir şekilde inceleyeceğimiz üzere, kararı tesis etmekle yetkilendirilen kişilerin yetkisi, yasaklama kararlarının verilmesi çoğunlukla bağlı yetki niteliğindedir; bu bağlamda genel anlamda ihale düzeninin¹⁰³ sağlanması için yasaklama kararlarına sebebiyet veren ve kanunlarda düzenlenen fiil ve davranışların tespiti hâlinde, hiçbir gecikme gösterilmeksizin idarelerce işlem yapılması zorunludur. Bu fiil ve davranışlara bakıldığında anlaşılacaktır ki bunların direkt veya endirekt şekilde, ihale düzenini bozmak veya bozmaya teşebbüs suretiyle kamu bütçesine zarar verici sonuçları bulunmaktadır. Hatta bunlar ceza hukukunda, ayrıca ceza yaptırımına bağlanan suçları da oluşturmaktadır. Ayrıca Devlet, Anayasa'nın 167. maddesi gereğince para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri almakla yükümlü tutulurken, idareler -ve dolayısıyla Devlet- ihaleler aracılığı -ihale usulü- ile bu piyasalarda aktör olarak da yer almaktadır. Yine bu anlamda düşünüldüğünde, ihaleler aracılığıyla piyasada aktör olarak idarelerin yer alması ile ihale sürecine idarenin karşı tarafı olarak katılan kişilerin ihale ilkelerine uymadığı ya da ihale ilkelerinin ve bu bağlamda sağlıklı bir ihale düzeninin tesisine kanunlarda sayılan fiil ve davranışları ile engel oldukları veya olmaya teşebbüs ettikleri durumlarda uygulanan yasaklama kararları, belli süreler ile kişileri bu mükâfattan mahrum bırakmaktadır.

İhale ilkelerinin idarelerce temin edilmesi sorumluluğu ve kanunlar uyarınca hükme bağlanan usul ve esaslar ile idarelerin sözleşmenin diğer tarafını dilediği gibi seçme imkânı sınırlandırılmaktadır; bu bağlamda objektif hukuk tarafından bu

¹⁰² Kaya, **a.g.m.**, s. 153.

¹⁰³ Çalışmamızda ihale düzeni kavramı, kamu düzeni kavramının bir tezahürü anlamında kullanılacaktır. Bkz.: Ali D. Ulusoy, **İdarî Yaptırımlar**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, Yayın No. 400, Kasım 2013, s.141; Kaya, **a.g.m.**, s. 154; Aziz Taşdelen, "Mali Sonuçlu Bir İdari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklanma", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 55, 2006, Sayı: 1, s. 294; Begüm İsbir, **Kamu İhalelerine Katılma Yasağı**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s. 40.

serbesti kaldırılmış olmaktadır¹⁰⁴. Zira idarelerin sözleşme akdetmesine ilişkin ihale sürecinde uymak zorunda olduğu tüm kurallar, idare hukuku kuralları olduğu¹⁰⁵ için durumun bu açıdan değerlendirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. İhale ilkelerine ihale sürecinde idarelerin karşı tarafında yer alan kişilerin de uymak zorunluluğu ile idarelerin bu ilkelerin tesisinde sorumluluğu bir arada düşünüldüğünde, bu durum Devlet ve idare yararına olmaktadır¹⁰⁶.

2886 sayılı Kanun uyarınca yapılan ihaleler özelinde duruma bakmak istediğimizde, Kanun'un kamu ihalelerinden yasaklama yaptırımına tabi tuttuğu bu fiil ve davranışlar "malum" sonucu değiştirerek ve en önemlisi rekabet koşullarının altını oyarak bütçenin yakalaması gereken en yüksek gelirin oluşmasına engel olmaktadır. Burada fiyat konusunda anlaşmalar olabileceği gibi, kendi lehine durum yaratmak amacıyla sahte belge veya teminat kullanmak ya da ihaleye fesat karıştırma suretiyle hukuka aykırı görünüm oluşturmak ya da yine ihaleye fesat karıştırma suretiyle rakiplerin dışlanması da olabilmektedir. Sakıncalarını anlatmaya çalıştığımız madalyonun bu yüzüne karşılık diğer yüzünde de gerçek veya tüzel kişilerin ekonomik akıbeti ile ihale ilkeleri temelinde oluşturduğu paradoks bulunmaktadır.

Anayasa'nın 48. maddesinde, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu ve Devlet'in, kurulması serbest olan özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alacağı hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının çalışma hürriyetinin sınırlandırılmasına yönelik sonuçları bulunmaktadır. İleride yapılacak ihalelerin de sağlıklı bir şekilde yapılmasının güvencesinin oluşturulması amacıyla çalışma hürriyetinin, yasaklama kararının uygulanacağı süre ile sınırlandırılmasıyla bu kararların ilgilileri kamu ihalelerinden dışlanmakta ve kişiler potansiyel bir

¹⁰⁴ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1615; Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 468.

¹⁰⁵ Kutlu Gürsel, "Kamu İhale Süreci'nin Hukuki Açısından Genel Olarak Değerlendirilmesi", s. 23.

¹⁰⁶ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1618.

ekonomik çıkardan yoksun bırakılmaktadır¹⁰⁷. Başka ifade ile rekabetin kişisel ve sübjektif olarak engellendiği bu hâllerde, bu girişimlerde bulunan kişiler, bir nevi kara listeye alınmaktadır¹⁰⁸. Duruma bir de bu açıdan bakıldığında tesis edilecek kararların hukuka aykırı oldukları hâllerde Anayasal bir hak da ihlal edilmiş olmaktadır. Bu bağlamda, madalyonun iki yüzü arasında öyle hassas bir denge bulunmaktadır ki kamu ihalelerinden yasaklama kararları ile diğer isteklilerin çıkarları gözetilerek bu çıkarı zedeleyenlerin belli süreler ile ihalelere giriş vizeleri elinden alınmakta, idarenin malî açıdan zarara uğramasının önüne geçilmekte ve total anlamda kamu bütçesinin tüm vatandaşlarla olan bağı düşünüldüğünde de kamu yararı korunmaktadır¹⁰⁹. Özellikle yasaklama kararları ile ihale sürecine katılanlar nezdinde bir güven oluşturulmuş¹¹⁰ olacaktır ki bu da *güvenirlilik ilkesinin* tesisine hizmet etmektedir. Diğer yandan ise bu yasaklama kararlarının hukuka aykırı olması; başka deyişle tesis edilen idarî işlemin sakat olması hâlinde tüm bu amaçlar ters yönde işlemektedir.

İhale ilkelerinden biri olan rekabet, diğer tüm ilkelerin doğrudan bağlantılı olduğu bir ilke olup kanaatimize göre de tüm ihale sistematığı, en başta bu ilke üzerinde yükselmektedir. Yasaklama kararlarının verilmesine sebep teşkil eden fiil ve davranışlara en tepeden baktığımızda rekabet ilkesi ile olan direkt bağlantısı görülecektir¹¹¹. Hatta 2886 sayılı Kanun'un madde 84/3 hükmünde düzenlenen ve üzerine ihale yapıldığı hâlde usulüne göre sözleşme yapmayanlar ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyenler hakkında tesis edilecek yasaklama kararlarının dâhi, bu işi, bu fiil ve davranışları göstermeksizin yapacak kişileri eleyerek rekabeti sonuç itibariyle uygulanamaz hâle getiren bir duruma karşı tepki olan bir idarî yaptırım olduğu kanaatindeyiz.

¹⁰⁷ Kaya, **a.g.m.**, s. 153.

¹⁰⁸ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1619.

¹⁰⁹ Kaya, **a.g.m.**, s. 154.

¹¹⁰ Meltem Kutlu Gürsel, "Kamu İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezai Yaptırımları", in **Bilgi Toplumunda Hukuk**, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt: III, İstanbul, 2003, s. 599.

¹¹¹ Yarışma ortamının ifade edildiği rekabet ilkesi, sağlıklı bir ihale süreci için tek başına yeterli olmayıp bu ilkenin başka diğer ihale ilkeleri ile güçlendirilmesi gerekmektedir. Bkz.: Kutlu Gürsel, "Kamu İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezai Yaptırımları", s. 597-598.

Tekrar başa dönersek kamu ihalelerinden yasaklama kararları ile aslında yeni açılacak ihalelere iştirak edebilecek kişilerin ihalelerden dışlanması ile bir kısır döngü oluşturmakla birlikte, ihale sürecindeki fiil ve davranışları ile rekabeti zedeleyen kişilerin dışlanması hem hukukî hem de meşrudur. Ancak yasaklama kararlarının hukuka aykırılığı hâlinde ise ihale sürecinde rekabeti zedelemeyen bir kişi uzaklaştırılmış olduğu için, rekabet ilkesinin tesisi, bizzat idareler tarafından yine engellenmektedir. İhalelerde isteklilerin varlıkları veya yoklukları bu bağlamda had safhada önem arz etmektedir; zira rekabeti zedelememesine rağmen bu kişileri yasaklama kararı vermek suretiyle ihalelerden uzaklaştırdıkça belli dönem içinde yapılan ihalelere iştirak edemeyeceklerinden rekabet tesisinde en önemli aktör olan isteklilerin azalmasına bağlı olarak yine kamu bütçesi temelinde arzu edilen sonuç alınamayacaktır.

2.2.2.4.2. Kamu İhalelerinden Yasaklama Kararlarının İdarî Kolluk Niteliği

Kolluğun, idarî ve adlî olmak¹¹² üzere iki türü olduğu belirtilmektedir¹¹³. Çalışmamızın konusunu idarî nitelikte ve idarî fonksiyona tabi olduğunu tespit ettiğimiz kamu ihalelerinden yasaklama kararları oluşturduğu için, burada da açıklamalarımız idarî kolluğa ilişkin bilgiler ile devam edecektir. Ayrıca kolluk kavramı ile bir yandan idarî bir faaliyet diğer yandan da bu idarî faaliyeti yürüten görevliler ifade edilmekte¹¹⁴ olup aksi belirtilinceye dek açıklamalarımızda idarî kolluk faaliyetini ifade eden kolluk kavramı kullanılacaktır.

İdare hukuku doktrininin büyük bir kısmında idarenin faaliyetleri, kolluk faaliyeti ile kamu hizmetleri olmak üzere¹¹⁵ iki başlık altında ele alınmaktadır. Bu

¹¹² Adlî kolluk, ayrıca *suç kolluğu* olarak da ifade edilmektedir. Bkz.: Özay, **a.g.e.**, s. 725.

¹¹³ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 589.

¹¹⁴ Giritli vd., **a.g.e.**, s. 1147.

¹¹⁵ Duran, **a.g.e.**, s. 303; Gözübüyük, **a.g.e.**, 291-307; Günay, **a.g.e.**, s. 289-366; Tan, **a.g.e.**, s. 333-433; Giritli vd., **a.g.e.**, s. 1147-1228; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 567-608; Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 528-612; Çağlayan, **a.g.e.**, s. 237-297.

sebeple de aslında bu faaliyetlerin birbirinden farklı olduğu iddia edilmektedir¹¹⁶. Kamu hizmeti ile kolluğun farklı başlıklar altında ele alınıp alınmamasına ilişkin tartışmada, her iki tarafı da en iyi şekilde çözüme kavuşturan bir görüş idarî kolluğu, sahip olduğu özellikler nedeniyle çok sıkı kural ve usullere bağlanmış bir kamu hizmeti olarak ifade ederek ayrı bir başlık altında incelenme gerekliliğinin altını çizmiştir¹¹⁷.

İdarenin kolluk alanındaki hizmeti, kamu düzeninin korunmasına yönelik olup koruma işlevi de kamu düzeninin bozulmasını önlemek ve engellemek; bu mümkün olmadığında ise bozulan kamu düzenini geri getirmektir¹¹⁸. Bu faaliyeti yaparken de idareler bir yetki olarak kamu ihalelerinden yasaklama kararları gibi bireysel idarî işlemler tesis edebilmektedir¹¹⁹. Bu sebeple de kolluk, kamu düzeninin sağlanması amacıyla, ismen belirlenen kişilere yahut olaylara uygulanan idarî işlemler olarak tanımlanabilmektedir ve ayrıca bireysel idarî işlemler tesis etmek suretiyle kamu düzeninin sağlanmasında hem kolluk makamları hem de kolluk amirleri yetkili olmaktadır¹²⁰.

İdarelere kolluk yetkisi verilmesi, kamu düzeninin sağlanması içindir¹²¹. Kamu düzeninin sağlanması ve korunması amacına yönelen kolluğun, kamu gücü kullanımının en eski ve en yaygın görevi olduğu belirtilmiştir¹²². Bu bağlamda kamu gücü ve egemenliğinin bütün özelliklerinin kollukta görüldüğü ileri sürülmektedir¹²³. Ayrıca bir idarî fonksiyon olan kolluğun, bu sebeple kamu düzenini koruma veya

¹¹⁶ İdare hukuku doktrininde kolluğun kamu hizmetleri içerisinde yer aldığını belirten görüşler de bulunmaktadır. Örneğin Sıddık Sami Onar, polis faaliyetleri olarak isimlendirdiği kolluk faaliyetini, özel bir kamu hizmeti ve aynı zamanda idarî fonksiyonun ortak bir usulü olarak ele almıştır. Bkz.: Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1474-1478.

¹¹⁷ Aydın Gülan, "Kamu Hizmeti Kavramı", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 9, Sayı: 1-3, 1988, s. 152; Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s. 648. Ayrıca kolluk faaliyetlerinin kendine özgü usuller ile yürütülen ve kamu hizmetinin bir türü olarak kabul etmenin gerekli olduğunu belirten görüş için bkz.: Özay, **a.g.e.**, s. 722.

¹¹⁸ Duran, **a.g.e.**, s. 248; Özay, **a.g.e.**, s. 723.

¹¹⁹ Atay, **a.g.e.**, s. 649.

¹²⁰ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 597.

¹²¹ Çağlayan, **a.g.e.**, s. 271.

¹²² Duran, **a.g.e.**, s. 248. Kolluk faaliyetinin bu özelliği sebebiyle, kamu hizmetlerinin ilk hâlinin kolluk olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Özay, **a.g.e.**, s. 722.

¹²³ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1475.

bozulsa da geri getirme suretiyle, amacı kamu yararı olmaktadır¹²⁴ ve idarî kolluk, idare hukukuna tabi olup bu faaliyette ortaya çıkan uyuşmazlıklar idarî yargıda çözümlenmektedir¹²⁵. Bu bağlamda bir kolluk olarak kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına ilişkin hukuka aykırılıklar, ayrıca birer idarî işlem olmaları sebebiyle idarî işlemlerin unsurları yönünden irdelenmektedir ve bu kararlara karşı iptal davası açılabileceği gibi hakların ihlal edilmesi hâlinde tam yargı davası da açılabilmektedir¹²⁶.

Kolluk, Anayasa ile güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması veya kısıtlanmasını zorunlu kılmaktadır¹²⁷; bu sebeple bireyler üzerinde olumsuz etkiler yaratmakta ve idarenin emir ve yasakları biçiminde kendini göstermektedir¹²⁸. Bu durumda da idare, bireyler ile karşı karşıya gelmektedir¹²⁹. O hâlde bir önceki başlıkta belirttiğimiz üzere, kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının, temel hak ve özgürlüklerden olan Anayasa'nın Üçüncü Bölümünde *Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler* içinde yer alan çalışma ve sözleşme hürriyetinin üzerindeki sınırlayıcı ve kısıtlayıcı özelliği göz önüne alındığında, bu temelde **bir kolluk** olduğunu belirtebiliriz. Kamu ihalelerinden yasaklama kararları ile kamu yararı ve bireysel hak ve özgürlükler arasında denge sağlanmaktadır¹³⁰. Ayrıca Anayasa'da düzenlenen temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kanunlara *kolluk kanunları* denilmekte olduğu¹³¹ için de kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının düzenlendiği başta 2886 sayılı Kanun olmak üzere, 4734 ve 4735 sayılı Kanunların da **kolluk kanunu** niteliğinde olduğunu belirtebiliriz.

Anayasa'nın 13. maddesine göre, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği ve bu sınırlamaların, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve

¹²⁴ Özay, **a.g.e.**, s. 724.

¹²⁵ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 582.

¹²⁶ Giritli vd., **a.g.e.**, s. 1185-1186.

¹²⁷ Duran, **a.g.e.**, s. 246.

¹²⁸ **A.e.**, s. 249.

¹²⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 589.

¹³⁰ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 303; Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: I, s. 652.

¹³¹ Günday, **a.g.e.**, s. 290; Giritli vd., **a.g.e.**, s. 1147.

ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır. Kolluk yetkisi de kanun koyma suretiyle yasama organı tarafından verilmekte ve fakat yetkinin idarî fonksiyona tabi olması açısından da yürütülmesi ise idare organına ait olmaktadır¹³².

Kolluk ile maddî kamu düzeniyle ilgilenilmekte olduğu¹³³, bu faaliyet ile korunmak ya da bozulsa bile geri getirilmesi istenen kamu düzeninin, toplumun dışsal ve maddî durumunu ifade ettiği belirtilmiştir¹³⁴. Başka bir görüşte de kişilerin belli temellerde güvenliğinin sağlanmasının kamu düzeni anlamına geldiği belirtilmiştir¹³⁵.

İdareler kolluk faaliyetlerinde, aykırı durumların gerçekleşmesi hâlinde tıpkı kamu ihalelerinden yasaklama kararları gibi, idarî nitelikli yaptırımlar uygulayabilme yeteneğine sahiptirler¹³⁶. Kolluk faaliyeti, düzenleyici, önleyici, durdurucu ve bastırıcı niteliktedir¹³⁷. Bu özellikler değerlendirildiğinde, 2886, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda düzenlenen fiil ve davranışları gerçekleştirenler hakkında, ihale düzeninin sağlıklı bir şekilde devamının sağlanması için tesis edilen yasaklama kararlarının *düzenleyici* niteliği ve kişilerin de bu yaptırımlar aracılığı ile yapılacak yeni ihalelere katılımlarının yasaklanması ile de bu kararların *önleyici*¹³⁸, *durdurucu* niteliği ön plana çıkmaktadır. İlâveten kamu ihalelerinden yasaklama kararları gibi idarî yaptırımlar alanında kolluk faaliyeti, cezalandırıcı niteliğe de sahip olmaktadır¹³⁹. Bu bağlamda genel bir kavram olarak idarî yaptırımların, idarî cezalar, kolluk tedbirleri ve idarî cebri icradan oluştuğu belirtilmesine karşılık olarak bir idarî yaptırım olan kamu ihalelerinden yasaklama kararları, bu yaptırımın bir kolu olan kolluk tedbiri olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁴⁰.

¹³² Duran, **a.g.e.**, s. 249; Günday, **a.g.e.**, s. 289.

¹³³ Özay, **a.g.e.**, s. 723.

¹³⁴ Duran, **a.g.e.**, s. 247.

¹³⁵ Çağlayan, **a.g.e.**, s. 266.

¹³⁶ Özay, **a.g.e.**, s. 725.

¹³⁷ Atay, **a.g.e.**, s. 673.

¹³⁸ Kutlu Gürsel, "Kamu İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezai Yaptırımları", s. 622.

¹³⁹ Turan Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, Güncellenmiş 6. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, Yayın No: 60, Ekim 2015, s. 549.

¹⁴⁰ Ali D. Ulusoy, "Erkler Ayrılığı ve Yürütme-Yargı İlişkileri Bağlamında Kabahatler Kanununun Değerlendirilmesi", **Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl - Sempozyum**, Danıştay Tasnif ve

Zaman içinde kamu düzeni kavramı, içerik yönünden genişlemiştir¹⁴¹. Kamu düzeninin, güvenlik, dirlik ve esenlik, genel sağlık ve genel ahlak olmak üzere unsurlarının bulunduğu¹⁴² ve bu unsurların¹⁴³ bozulmasını önleme ve bozulduğunda da geri getirmeye yönelik kolluk türünün *genel idarî kolluk* olduğu belirtilmektedir¹⁴⁴. Genel idarî kolluğun yanı sıra da *hizmet kolluğu* olarak ifade edilen *özel idarî kolluk* bulunmaktadır¹⁴⁵. Özel idarî kolluk da bazen genel idarî kolluğun usulleriyle ve bazen de bunların dışında daha değişik usullerle yürütülmektedir¹⁴⁶.

Genel idarî kolluk, coğrafi olarak yetkilendirildiği alandaki herkes hakkında ve her tür faaliyet için yetkili ve görevli iken, özel idarî kolluk sadece özgülendikleri faaliyet bakımından ve bu faaliyetleri gerçekleştiren kişiler hakkında özel kanunlarında belirlendiği şekilde yetkili ve görevlidir¹⁴⁷. Bu açıklamalar ışığında, kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının, ***özel idarî kolluk*** olduğunu belirtebiliriz. Zira 2886, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda yasaklama kararı yaptırımına sebebiyet verecek fiil ve davranışların neler olduğu düzenlenmiş olup bu bağlamda da genel idarî kolluğun unsurları dışında olmakla birlikte genel anlamda kamu düzeninin tezahürü, özel anlamda ise kamu huzuru-dirlik-esenlik unsurunun tezahürü olarak düşündüğümüz ihale düzeninin korunması ve sürdürülebilirliğinin sağlanması hedeflenmektedir. İhale düzenini bozanlar ise idarî nitelikli yaptırım olan yasaklama kararları ile cezalandırılmaktadır.

2886 sayılı Kanun uyarınca verilen yasaklama kararlarının maksat unsuru yönünden irdelenmesinde de değineceğimiz üzere, burada daha özel bir amaç bulunmaktadır. Özel idarî kolluk olarak belirttiğimiz yasaklama kararları, genel

Yayın Bürosu Yayınları No: 77, 12 Mayıs 2008, (Çevrimiçi), http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_105257.pdf, 03.01.2017.

¹⁴¹ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: I, s. 655.

¹⁴² Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 587.

¹⁴³ Kamu güvenliği, kamu huzuru ile kamu sağlığı olarak belirtilen kolluk unsurlarının, *klasik anlayışta* yer aldığı; genel ahlak, kamusal estetik, insan onuru ile bireylerin kendilerine karşı korunmasının *modern anlayışta* yer aldığı belirtilmiştir. Bkz.: Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 578-579.

¹⁴⁴ Özay, **a.g.e.**, s. 727.

¹⁴⁵ Duran, **a.g.e.**, s. 258; Özay, **a.g.e.**, s. 727.

¹⁴⁶ Özay, **a.g.e.**, s. 727.

¹⁴⁷ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 584.

kolluğun dışında kalmakla birlikte makro olarak kamu düzeni, mikro olarak da kamu huzuru sağlanmasında işbirliği içindedir¹⁴⁸. Bu açıklamalardan sonra idare hukuku doktrinine "**kamu ihale kolluğu**" ifadesinin kazandırılmış olduğunu da belirtelim¹⁴⁹.

Kamu düzeninin spesifik bir alanını korumak veya belli bir sektörü regüle etmek amacıyla, özel olarak yetkilendirilmiş idarî makamlarca verilen idarî cezaların *regülatif cezalar* olarak ifade edilebileceği ve bunların spesifik bir alanda kolluk yetkisini ifade ettiği belirtilmektedir¹⁵⁰. Bu belirtmeden yola çıkarak da kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının, regülatif ceza kategorisinde olduğunu ve kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının hem sonucu itibariyle bir yasaklama yaptırımını içermesi hem de Kanun'da bu karara sebebiyet veren bazı fiil ve davranışların da yasak olduğunun belirtilmesi sebebiyle kolluk usullerinden **yasaklama usulü**¹⁵¹ ile yürütülmekte olduğunu düşünmekteyiz.

Son olarak özel kolluk makamlarının, faaliyetlerini icra ettiği örgütün başı durumundaki bakanlığa bağlı olmaları sebebiyle, *bakanların* kolluk yetkileri çerçevesinde görev yaptıkları belirtilmektedir¹⁵². 2886 sayılı Kanun çerçevesinde kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının verilmesinde yetki unsurunda inceleyeceğimiz üzere, yetki sahibi sadece bakanlık ya da ihaleyi yapan idarenin ilgili bakanlığıdır ve bu bağlamda kamu ihale kolluğunda kolluk makamı mutlak anlamda bakanlıklardır.

¹⁴⁸ Atay, **a.g.e.**, s. 675.

¹⁴⁹ "Kamu ihale kolluğu" ifadesine yer veren çalışmalar için bkz.: Kutlu Gürsel, "Kamu İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezai Yaptırımları", s. 609; 622; Ali D. Ulusoy, **a.g.e.**, s. 12.

¹⁵⁰ Eserde, regülatif cezaların yanı sıra kabahat ve disiplin cezaları olmak üzere üç kategorik ceza tasnifi yapılmıştır. Bkz.: Ali D. Ulusoy, **a.g.e.**, s.140- 141.

¹⁵¹ Yıldırım vd., **a.g.e.**, s. 567.

¹⁵² Giritli vd., **a.g.e.**, s. 1161.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU İHALE HUKUKUNDA YASAKLAMA KARARLARININ İDARİ İŞLEM NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ

İdarî işlemlerle ilgili açıklama yapılırken görüleceği üzere idarî işlemler, idarî fonksiyon ile ortak özelliklere sahiptir. Bu bölümde idarî fonksiyona tabi bir işlem olarak kamu ihalelerinden yasaklama kararları, idarî işlem teorisi temelinde incelenecek olup öncelikle idarî işlemlerin tanımı, türleri ve özellikleri ile sonrasında idarî işlemlerin bir türü olan bireysel idarî işlemlerin tanımı, özellikleri, türleri ve unsurları açıklanacaktır.

3.1. İDARİ İŞLEMLERİN TANIMLANMASI

İdarî işlemler açıklanırken öncelikle hukukî işlem (hukukî muamele, hukukî tasarruf) kavramından hareket edilmektedir. Hukukî işlem teorisi, esasında medenî hukukta doğan, gelişen ve şeklini alan bir teori olup idare hukukunda da uygulama alanı¹ bulmuştur. Medenî hukuk alanındaki hukukî işlemler, tam anlamıyla bir irade serbestisi üzerine kurulmuş olup işlemlerden gerçekleşecek menfaat ile ortaya çıkacak zararın takdiri kişilere bırakılmıştır. Ayrıca hak ve menfaat denkliği ile sözleşme serbestisi hâkimdir. Bu bağlamda yapılan hukukî işlem, kamu düzenine, genel ahlaka ve genel menfaate aykırı olmadıkça tarafları için fayda ve zararı önemli olmaksızın, işleme hukukî varlık tanınmakta ve işlem geçerli sayılmaktadır². İdarî işlemlerde ise ilgililerin iradesine çok sınırlı yer verilmekte ya da hiç yer verilmemektedir³⁴.

¹ Özellikle kamu hukuku-özel hukuk konusundaki yazılarda, daha önce özel hukukun düzenlediği birtakım ilişkilerin zamanla kamu hukukunun düzenleme konusu hâline gelişinin ve en çok kamu hukukunda hızlı bir şekilde ortaya çıkmasının karşılığı olmak üzere "istila (amme hukukunun hususî hukuku istilasası)" kavramı kullanılmıştır. Bkz.: Mükbil Özyörük, **Hukuka Giriş**, Ankara, Ege Matbaası, 1959, s. 51-54.

² Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 278.

³ Tan, **a.g.e.**, s. 14.

⁴ İdare hukukuna tabi durumların esas olarak ilgililerin iradesine hiç yer vermemesi ya da sınırlı olarak yer vermesi ve hukuk kurallarınca düzenlenmesi, idare hukuku durumlarına "kuralsallık" ilkesinin hâkim olması ile ilgilidir. Bkz.: Balta, **a.g.e.**, s. 195.

Ancak bahsi geçen hukuk dallarının içeriklerindeki ve esaslarındaki farklılıklar sebebiyle hukukî işlem teorisi, idare hukukunda uygulanırken medenî hukuktan farklı bir şekil ve içerik kazanmıştır. Böylece idare hukukundaki hukukî işlemlerin (idarî işlemlerin) daha farklı ve fazla unsur ihtiva ettikleri, daha bileşik nitelikte oldukları ve izahlarının medenî hukuktaki işlem teorisi ile yapılamayacağı belirtilmektedir⁵. Bu bağlamda idarî işlemler, hukukî işlemlerin bir türü olmaktadır⁶. Bu bağlamda idarî işlemlerin anlaşılabilmesi için, öncelikle hukukî işlem açıklanmalıdır.

Genel olarak hukukî işlem, hukukî bir sonuç ortaya çıkarmak üzere, bir veya daha fazla kişinin iradelerini⁷ açıklamalarıdır. Bu durumda hukukî işlemlerin irade açıklaması ve hukukî sonuç olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır⁸. Ancak bu iradelerin hukukun ehil olarak öngördüğü kişi(ler) tarafından ve koyduğu şart ve kurallar dâhilinde yapılması hâlinde, bu iradelerin ulaşmak istediği sonucun oluştuğu kabul edilmektedir⁹.

Hukukî işlemin varlığında aranan diğer bir şart, irade beyanına olanak tanıyan açık ve geçerli bir normun bulunmasıdır. Bu hâlde hukukî işlemlerdeki subjektif hak ile idarî işlemlerdeki yetkiyi temin edecek açık ve geçerli bir normun varlığı zaruri olmaktadır¹⁰. Hukukî işlemin varlığında aranan başka bir şart da açık ve geçerli olan norm uyarınca hukukî iktidarı ve dolayısıyla hukukî işlemlerde subjektif hakkı ve idarî işlemlerde yetkiyi kullanacak kişinin tayin edilmesi gerekliliğidir¹¹. Bu açıklamalar ışığında, her hukukî işlemin hukukî durumda değişiklik yapma ya da

⁵ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 274.

⁶ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 262.

⁷ İrade beyanı, hukukî bir sonuca yönelmiş olan arzunun açığa vurulması, açıklanmasıdır. Bkz.: Erhan Adal, **Hukukun Temel İlkeleri El Kitabı**, İstanbul, Marmara Üniversitesi Yayın No. 428, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayın No. 372, Fatih Yayınevi Matbaası, 1985, s. 235.

⁸ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 190; Tan, **a.g.e.**, s. 213; Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 262.

⁹ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 275.

¹⁰ Daha önceleri idare hukukundaki yetkinin "salahiyet" ve medenî hukuktaki subjektif hakkın da "hak" kavramları ile ifade edildiği belirtilmiştir. Ayrıca eserde medenî hukuktaki subjektif hak ve idare hukukundaki yetkinin karşılığı olarak "hukukî iktidar" kavramı kullanılmıştır. Bkz.: Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 18-20.

¹¹ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 18-21.

hukukî durumu belirtme, bir irade açıklaması içermeye ve kanunî bir yetkinin ya da hakkın kullanılması olmak üzere üç özelliği bulunmaktadır¹².

İdarî işlemlerde irade beyan edenlerin sübjektif hak¹³ ve menfaatleri bahis konusu değildir¹⁴. Medenî hukuktaki sübjektif hakkın işlevini, idare hukukunda, ilgili işlemin tesis edilebilmesi için tanınan yetki yerine getirmektedir. Başka deyişle, iradenin belirtilmesi, medenî hukukta sübjektif hak, idare hukukunda ise yetki aracılığıyla yapılmaktadır¹⁵. Bu noktada idare hukuku işlemlerindeki bağılı iradenin medenî hukukta yer alan hukukî işlemlerdeki özerk iradeden farklılaşması, her iki işlemin de farklı hukukî statülere tabi olmasını gerektirmiştir¹⁶.

Ayrıca idarî işlemler, hukukî işlemlerden farklı olarak kanunun (daha önce) o iradeye tanımış olduğu hukukî sonucun elde edilmesi için gerçekleştirilmektedir¹⁷. O hâlde medenî hukukta yer alan hukukî işlemleri gerçekleştirmeye yönelik irade özerk nitelikte iken, idarî işlemlerdeki irade bu niteliğe sahip olmayıp sıkı kayıt ve şartlar ile bağılı olmaktadır¹⁸.

Hukukî işlemler, hukukî olayların bir türünü oluşturmaktadır. Hukukî olay, hukuk âleminde bir etki, bir değişiklik yaratan (hukuk âleminde mevcut olmayan bir hukukî durumu doğuran) ya da mevcut durumu değiştiren veya ortadan kalkmasını

¹² Tan, **a.g.e.**, s. 213.

¹³ Hak ve hukuku ifade etmek için, bu kavramların önüne getirilen objektif ve sübjektif sıfatlarının kullanılması ilk defa Almanya'da başlamış olup hak ve hukuk için ayrı kavramlar üretilmediği ve yalnızca "recht" ifadesi bulunmasından dolayı bu ayrımı, hukuka "objektives recht" ve hakka "recht" diyerek sağlamışlardır. Bu durum Almanya'dan Fransa'ya geçmiş ve Fransızca'da "droit" ifadesi de hem hak hem de hukuku ifade etmek için var olduğundan, kullanıldıkları an hangisinin kastedildiğinin ayrımının yapılabilmesi için hukuka "droit objectif" ve hakka da "droit subjectif" denilmiştir. Bu sebeple de hak ve hukuku ifade eden iki ayrı kavram ihtiva eden Türkçe'de hakkın önüne getirilen objektif ve sübjektif şeklindeki sıfatların, kelimenin anlamına etkisinin olmadığı düşünülmektedir. Bkz.: Özyörük, **Hukuka Giriş**, s. 32.

¹⁴ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 279.

¹⁵ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 18-19.

¹⁶ Erkut, **a.g.e.**, s. 9-10.

¹⁷ Giritli vd., **a.g.e.**, s. 1232.

¹⁸ Günday, **a.g.e.**, s. 121.

içeren olaylardır¹⁹. Daha basit bir tanımla, hukukî sonuç doğuran olaylar, hukukî olaylardır²⁰.

Bizzat hukuk biliminin yarattığı olaylar olması sebebiyle, hukukî hayatın ve ilişkilerin dokusunu oluşturan hukukî işlemlerin²¹ hukukî bir sonucun ortaya çıkmasında yalnızca bir tarafın iradesinin açıklanmasının yeterli olduğu tek taraflı hukukî işlemler ve hukukî bir sonucun ortaya çıkmasında birden çok iradenin bulunduğu çok taraflı hukukî işlemler olmak üzere iki türü bulunmaktadır²².

Sonuç olarak idarî işlemler de mevcut olan hukukî durumları ve ilişkileri değiştirmeye, ortadan kaldırmaya yahut yeni hukukî durumlar yaratmaya yönelik irade açıklaması²³ olarak hukukî işlemle aynı tanımı içerse de eksik bir tanım yapılmış olmaktadır ve başka hususların da tanıma dâhil edilmesi gerekmektedir. Bu tanıma son hâlini verebilmek için idarî işlemlerin sahip olduğu özelliklerin de bilinmesi gerekmekte olup bu özellikler de idarî işlemlerin türleri incelenerek ortaya çıkarılacaktır.

3.2. İDARÎ İŞLEMLERİN TÜRLERİ

Bir üst başlıkta idarî işlemlere ilişkin verdiğimiz genel tanım, idarî işlemlerin tüm türleri için ortaktır. Ancak idarî işlemlerin de kendi içinde türleri bulunmaktadır ve bu türlere göre birbirinden farklı bazı özellikler kazanmaktadır.

İdarî işlemler, *tek taraflı/yanlı idarî işlemler* ve *iki taraflı/yanlı idarî işlemler* olarak ikiye ayrılmaktadır ve idarenin sözleşmeleri, iki taraflı idarî işlem özelliği göstermektedir. Ayrıca idarî işlemlerin büyük çoğunluğunu oluşturan tek taraflı idarî

¹⁹ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 275.

²⁰ Ayrıca hukukî olaylar niteliklerine göre, *insanın irade ve eylemi sonucu olmayan* ve *insanın irade ve eylemi sonucu olan* olmak üzere iki başlık altında irdelenmektedir. Bu ayrımında hukukî işlem, insanın irade ve eylemi sonucu olan hukukî olay niteliğine sahip olmaktadır. Bkz.: Adal, **a.g.e.**, s. 230.

²¹ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 276.

²² Adal, **a.g.e.**, s. 232-235.

²³ Giritli vd., **a.g.e.**, s. 1231.

işlemler de *düzenleyici idarî işlemler* ile *bireysel idarî işlemler (idarî kararlar)* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır²⁴.

En başında belirttiğimiz verili durum, kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının idarî nitelikli ve idarî işlemlerin bir türü olan bireysel idarî işlem olduğudur. Bu sebeple iki taraflı idarî işlemler ile düzenleyici idarî işlemler konumuzun kapsamı dışında kalmaktadır. Ancak yine de kısaca idarî işlemlerin türlerini açıklamakta fayda görülmektedir.

3.2.1. Tek Taraflı İdarî İşlemler

İdarî işlemlerin özellikleri incelenirken görüleceği üzere, mahkeme kararlarındaki idarî işlem tanımında, idarî işlemlerin tek taraflı olma özelliği ortak olarak belirtilmiştir. Ancak idarî işlemlerin iki taraflı türünün de bulunduğu unutulmamalıdır.

İdarî işlemlerdeki tek ve iki taraflı betimleme, en basit olarak aslında iradenin açıklanması bakımından yapılmaktadır. Bu ayrımda idarenin tek başına, konu ve etkisi önemli olmaksızın hukuk alanında yenilik veya değişiklik yapan tüm işlemleri toplanmaktadır²⁵. İşte idareler hukuk düzeninde bir hukukî sonuç yaratmak üzere, kamu hizmetlerini yürütebilmek ve görevlerini yerine getirebilmek amacıyla -idarî fonksiyonun ifası amacıyla- iki taraflı işlemlerden çok, genellikle olağan bir yol olarak tek taraflı işlemler tesis etmektedir²⁶.

Tek taraflı idarî işlemlerin bireysel ve düzenleyici idarî işlem olmak üzere iki türünün bulunduğunu belirtmiştik ve Anayasa'nın madde 125/1 hükmünde yer alan "*İdarenin her türlü (...) işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*" ibaresinde geçen işlemler kavramı, bu iki türü de kapsamakta ve bu türler arasında ayırım yapılmamaktadır. Aynı şekilde 2577 sayılı *İdari Yargılama Usulü Kanunu*'nun idarî dava türlerinin düzenlendiği 2. maddesinde yer alan iptal ve tam yargı davaları

²⁴ Günday, **a.g.e.**, s. 122.

²⁵ Duran, **a.g.e.**, s. 386.

²⁶ Sarıca, **a.g.e.**, s. 84.

bakımından da bireysel ve düzenleyici idarî işlem ayrımı yapılmamıştır²⁷. Tek taraflı idarî işlemlerin özellikleri tek tek irdeleneceği için bu noktada bu açıklamalar ile yetinilmiştir.

3.2.1.1. Düzenleyici İdarî İşlemler

Düzenleyici idarî işlem kavramı, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecek davaların düzenlendiği 24. maddesinde yer almaktadır. Maddeye göre, Bakanlıklar ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere karşı açılan davalarda Danıştay, ilk derece mahkemesi olarak görev almaktadır. Yine 2577 sayılı Kanun'un dava açma süresinin düzenlediği 7. maddesinde, ilanı gereken düzenleyici işlemlerde dava süresinin ilan tarihini izleyen günden itibaren başlayacağı; ancak bu işlemlerin uygulanması üzerine ilgililerin, düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden dava açabileceği ve düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olmasının bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmayacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca Kanun'un temyiz başlıklı 46. maddesinde de düzenleyici işlemlere karşı açılan iptal davalarının, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde Danıştay'da temyiz edilebileceği hükme bağlanmıştır.

Düzenleyici idarî işlemlerin özelliklerine baktığımızda, bizzat idare tarafından yapılmakta olup idareyi bağlayan hukuk kaynaklarından birini oluşturduğu görülmektedir²⁸. Genel işlem²⁹ de denilen düzenleyici idarî işlemler, hukuk düzeninde yeni kural (genel norm)³⁰ yaratan veya var olan bir kuralı değiştiren

²⁷ Duran, **a.g.e.**, s. 390; Günay, **a.g.e.**, s. 122.

²⁸ Günay, **a.g.e.**, s. 110.

²⁹ Sarıca, **a.g.e.**, s. 98. Ayrıca düzenleyici idarî işlemlerin, *düzenleyici genel işlem* ya da sadece *düzenleyici işlem* olarak da ifade edildiği eserler bulunmaktadır. Bkz.: Duran, **a.g.e.**, s. 392.

³⁰ Kural kavramının ayrıca bir *emir* niteliğinde olduğu ve emrin, emretmeye yetkili kılınan kişi veya kişilerce de uyulması zorunlu olan bir *irade beyanı* olduğu belirtilmiştir. Ayrıca yalnızca genel ve kişilik dışı olan ve gereğinin sürekli olarak yerine getirilmesinin zorunlu olduğu ve maddî bir müeyyidesi bulunan emirlerin *kural* olarak ifade edilebileceği; sonuç olarak da bu nitelikleri ve şartları taşıyan ve *kural* olarak ifade edilen hukuk emirlerinin de genel normları oluşturduğu belirtilmiştir. Bkz.: Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 9-11.

ya da ortadan kaldıran işlemler olup genel, nesnel, sürekli ve soyut niteliklidirler³¹. Bu tanımdan hareketle ayrıca maddî açıdan hukukî işlemlerin tasnifinde bir tür olan *kural işlem*³² olarak da adlandırılmaktadırlar³³. Bu bağlamda belli kişi ve durumlara ilişkin değillerdir³⁴. İlâveten kişilik-dışı (gayri-şahsî) hukukî durumlar yarattıkları için de kişilerin kimliklerinin ne olduğuna bakılmaksızın tatbik edilirler ve ayrıca aynı usullerle değiştirilebilmektedirler³⁵.

Düzenleyici idarî işlemler denildiğinde, bütün objektif işlemleri kapsayan bir ifade kullanılmaktadır³⁶. Bu objektif işlemlerin Türk hukukunda kanun hükmünde kararname, tüzük³⁷, yönetmelik ile adsız düzenleyici işlemler olarak dört kategorisi

³¹ Tan, **a.g.e.**, s. 129.

³² Danıştay, kural tasarruf olarak da ifade edilen genel ve soyut nitelikteki düzenleyici işlemlerin, yine genel düzenleyici işlemlerle değiştirilebileceğini veya kaldırılabilceğini belirtmiştir. Bkz.: Danıştay 8. Dairesi, 17.06.1997 Tarihli ve E. 1996/3847, K. 1997/2153 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUUodNRqqRr5w~>, 01.04.2017.

³³ Eserde kural işlem, *kural tasarruf* olarak ifade edilmiştir. Bkz.: Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 36.

³⁴ Günday, **a.g.e.**, s. 110.

³⁵ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 36.

³⁶ Balta, **a.g.e.**, s. 175.

³⁷ 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yapılan Anayasa değişiklikleri, 16.04.2017 tarihinde halkoyuna sunulmuş kabul edilmiştir. 6771 sayılı Kanun'un madde 16/E hükmü ile Bakanlar Kurulunca kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştay'ın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabileceğine ilişkin hüküm getiren Anayasa'nın 115. maddesi yürürlükten kaldırılmış olup değişiklik yapan bu hüküm, 27.04.2017 tarihinden sonra birlikte yapılacak ilk Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin takvimin başladığı tarihte yürürlüğe girecektir. Ayrıca 6771 sayılı Kanun'un madde 16/B hükmü ile Anayasa'nın 124 ve 137. maddelerinde geçen "tüzük" ibareleri "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" olarak değiştirilmiş olup yine değişiklik yapan bu hüküm de 27.04.2017 tarihinden sonra birlikte yapılacak ilk Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin takvimin başladığı tarihte yürürlüğe girecektir. Yine 6771 sayılı Kanun ile Anayasa'da "Bakanlar Kurulu" ibaresi geçen maddelerden bazılarında bu ibare, madde metnin çıkartılmış bazılarında ise "Cumhurbaşkanı" olarak değiştirilmiş olup değişiklik yapan bu hüküm, 27.04.2017 tarihinden sonra birlikte yapılacak ilk Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin takvimin başladığı tarihte yürürlüğe girecektir. Son olarak 6771 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile Anayasa'nın 119. maddesi değiştirilerek olağanüstü hâllerde Cumhurbaşkanının, olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabileceği ve bu kararnamelerin kanun hükmünde olduğu hüküm altına alınmıştır ve Anayasa'da geçen "kanun hükmünde kararname" ibareleri de "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" olarak değiştirilmiş olup 27.04.2017 tarihinden sonra birlikte yapılacak ilk Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin takvimin başladığı tarihte yürürlüğe girecektir. Bu sebeple 27.04.2017 tarihinden sonra birlikte yapılacak ilk Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin takvimin başladığı tarihten sonra değişikliklerin yürürlüğe girmesi ile birlikte, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemler olmak üzere, üç kategori altında toplayacağımız düzenleyici işlemler bulunacaktır.

bulunmaktadır³⁸. Özellikle vergi hukuku alanında sık uygulama alanı bulunan adsız düzenleyici işlemler de genel tebliğ, genelge, sirküler ve özelge olarak karşımıza çıkmaktadır³⁹. Ayrıca kamu hukuku alanında idarelere verilen düzenleyici idarî işlem yapma yetkisi, idarelerin düzenleme zorunluluğunu ve görevini oluşturmaktadır⁴⁰. İlâveten düzenleyici idarî işlem yapma yetkisi, Anayasa veya kanunlarda belirtilen sınırlı sayıda idare⁴¹ tarafından yapılabilmekte olduğu için istisnaidir⁴². Durum bu olmakla birlikte sınırlı sayıda yetkilendirilen bu idareler, uyulması zorunlu olan düzenleyici idarî işlemleri her zaman ve dilediği sayıda yapma konusunda serbesttir⁴³.

Sonuç olarak kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının hukukî niteliğine bakacak olursak bu kararların, 2886, 4734 ve 4735 sayılı Kanunların ilgili hükümlerinde düzenlenen yasak fiil ve davranışları gerçekleştirenler hakkında ve dolayısıyla belli kişi ve durumlara ilişkin tesis edilmeleri sebebiyle düzenleyici idarî işlem niteliği taşımadığını belirtebiliriz⁴⁴.

³⁸ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 417.

³⁹ S. Ateş Oktar, **Vergi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 12. Baskı, İstanbul, Türkmen Kitabevi, 2017, s. 40-42.

⁴⁰ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 27.

⁴¹ Konumuz bakımından bir örnek vermek gerekir ise, 4734 sayılı Kanun'un madde 53/(b)-2 hükmüne göre Kamu İhale Kurumunun, bu Kanun'a ve 4735 sayılı Kanun'a ilişkin bütün mevzuatı, hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek şeklinde görev ve yetkisinin bulunduğu belirtilmiştir. Bu görev ve yetkinin akabinde, Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan *Kamu İhale Genel Tebliği* yayımlanmış olup Tebliğ'de 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar uyarınca verilecek olan kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına ilişkin hüküm bulunmaktadır. Bu bağlamda bu Tebliğ, konumuz açısından bir düzenleyici idarî işlem niteliğini haizdir.

⁴² Duran, **a.g.e.**, s. 391.

⁴³ Giritli vd., **a.g.e.**, s. 217.

⁴⁴ Danıştay, 2886, 4734 ve 4735 sayılı Kanun hükümlerine göre verilen ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının düzenleyici bir işlem niteliğinde olmadığını belirtmiştir. Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 23.10.2009 Tarihli ve E. 2009/2667, K. 2009/9386 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXWXc5NQwULdg~~>, 21.04.2017; Danıştay 13. Dairesi, 14.09.2009 Tarihli ve E. 2009/459, K. 2009/8236 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXZ8FkVA!uJUA~~>, 21.04.2017.

3.2.1.2. Bireysel İdarî İşlemler (İdarî Kararlar)

Bireysel idarî işlemler, *birel işlem* veya *özüml işlem* olarak da adlandırılmaktadır⁴⁵. Bireysel ve özgül nitelikteki bu idarî kararlar, her idarî makam ve yetkilendirilen bir kamu görevlisi tarafından yapılabildiği için de Türk idaresinin genel ve normal yetkisi olarak belirtilmiştir⁴⁶.

Bireysel idarî işlemler genel düzenleyici işlemlerin uygulanması ile tesis edilmektedirler⁴⁷. Ancak düzenleyici idarî işlemlerin aksine bireysel idarî işlemler, belli kişi ve durumlara ilişkindir ve idarenin kişisel ya da öznel hukukî durumlar oluşturan, bu durumları değiştiren ya da kaldıran birel veya özgül işlemleri olarak tanımlanmaktadır⁴⁸. Sonuç olarak bireysel idarî işlemlerin uygulama öznesi bir kişi, bir nesne ya da bir olay olabilir ve yalnız bu özne için geçerli olan hukukî durumda, özne ve özne için idarî işlemle yaratılan durum bellidir⁴⁹. Ayrıca bireysel idarî işlemlerin ilgililerine duyurulması tebliğ yolu ile sağlanmaktadır⁵⁰.

Kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına ilişkin idarî işlemlerin bireysel idarî işlem türünün bir örneği olduğunu daha önce belirtmiştik. Bu bağlamda kamu ihalelerinden yasaklama kararları 2886, 4734 ve 4735 sayılı Kanunların ilgili hükümlerinde düzenlenen yasak fiil veya davranışları gerçekleştirenler için yeni bir hukukî durum yaratan, kişilik-dışı olmayan, yalnızca bunlar için geçerli sonuç doğuran ve ilgililerine tebliği zorunlu idarî işlemlerdir⁵¹.

⁴⁵ Duran, **a.g.e.**, s. 391.

⁴⁶ **A.e.**, s. 391-392.

⁴⁷ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 310.

⁴⁸ Duran, **a.g.e.**, s. 394.

⁴⁹ Tan, **a.g.e.**, s. 219.

⁵⁰ Duran, **a.g.e.**, s. 391.

⁵¹ Danıştay, 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesinde, 83. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları anlaşılmanın, bu fiil veya davranışlarının özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, haklarında bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceği ve kararı veren idarelerin, bu kararı Resmî Gazete'de ilan ettirecekleri şeklindeki hükmün; kamu idarelerinin ihalelere katılmaktan yasaklı kişilerden haberdar olmasını ve yasaklı kişilerin ihalelere katılmasını engelleyerek ihale işlemlerinin sekteye uğramasını önlemek amacıyla getirilmiş olduğunu ve ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının bireysel işlem niteliğini değiştirmediğini belirtmiştir. Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 12.03.2013 Tarihli ve E. 2012/731, K. 2013/687 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeXPJ57%2Bq7ifgQ~~>, 14.12.2016; Danıştay 13. Dairesi, 25.09.2009 Tarihli ve E. 2008/14146,

3.2.2. İki Taraflı İdarî İşlemler

Her ne kadar iki taraflı işlemler kavramı tercih edilmiş olsa da nihayetinde tek taraflı olan işlemlerden ayırt etme noktasında en az iki veya daha fazla hukuk süjesinin karşılıklı ve genellikle eşit, özerk nitelikteki iradelerinin uyuşması sonucunda hüküm ifade eden ve hukukî sonuç doğurabilme yeteneği bulunan ve yine bu süjelerin birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen hukuk düzenindeki olağan işlemlerden bahsedilmektedir⁵².

Daha önce belirttiğimiz üzere, idare görevlerini yerine getirmek amacıyla kendisine verilen yetkileri kullanırken pek çok kez tek yanlı idarî işlemler tesis etse de bu nitelikteki işlemler ile hemen her zaman bu görevleri yerine getirmesi mümkün olmamaktadır. Bu sebeple de bazı hâllerde idare, tek taraflı nitelikte olmayan sözleşme usulüne başvurabilmektedir⁵³.

İdarelerin iki taraflı işlemleri, karşılıklı iradelerin bir ürünüdür. İdarelerin bu iradelerinin oluşmasında başvurabileceği iki hukukî yol bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kamu hukuku kanunlarında yer alan hükümler ile idarelerin yetkili kılınarak bir sözleşme akdetmesi şeklinde olmaktadır. Diğeri ise idarelerin sahip olduğu tüzel kişiliğin⁵⁴, genel hükümler dairesinde sözleşme akdetme hususunda bir yetenek

K. 2009/8646 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMT2gFWlnEsBd88JGeUeaoBDut%2Beqg~~>, 09.07.2017; Danıştay 13. Dairesi, 25.09.2009 Tarihli ve E. 2008/3504, K. 2009/8647 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMT2gFWlnEsBd88JGeU0ejSjDPdAFA~~>, 07.06.2017; Danıştay 13. Dairesi, 14.09.2009 Tarihli ve E. 2009/459, K. 2009/8236 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMT2gFWlnEsBd88JGeXZ8FkVA!uJUA~~>, 21.04.2017.

⁵² Erkut, **a.g.e.**, s. 35.

⁵³ Günay, **a.g.e.**, s. 183.

⁵⁴ Devletin bir organı olarak yürütme organı içinde bulduğumuz idarenin, Anayasa'nın idarenin kuruluşunu hükme bağlayan madde 126 ile 127. maddelerinde merkezî idare ile mahallî idareler olarak düzenlendiğini görmekteyiz. Bu noktada organ olarak idareler topluluğundan bahsedilse de tek bir kavram olarak idarenin varlığı kabul edilmektedir. Bkz.: Sarıca, **a.g.e.**, s. 4-8. Devlet idaresi olarak ifade edilen merkezî idare organı, mahallî idareler ve kamu kurumları ile meslek kuruluşlarının dışında olup başkentte ve ülkenin tümünde -taşrada- idarî fonksiyon ifa etmektedir ve tek bir tüzel kişidir. Mahallî idareler ise genel idarenin içinde yer almamakla birlikte Anayasa'nın 128. maddesi "*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslı ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*" hükmüne göre, genel idare esaslarına göre yürütülmektedirler. Bkz.: Duran, **a.g.e.**, s. 76-77; 79. Devletin sahip olduğu hukukî kişilik, hem onun özelliklerinden birini

bahşetmesidir⁵⁵. İdarelerin bu hukukî yollardan herhangi birine başvurarak akdetmiş olduğu tüm sözleşmelerin özel hukukta akdedilenlerden farklı nitelikte olduğu ve özellikler taşıdığı belirtilmiştir⁵⁶.

Kamu hukuku kanunlarında yer alan düzenlemelerde, idarelerin yetkili kılınarak bir kamu hizmetinin ifası amacıyla akdettiği sözleşmelerde kamu hizmetinin değişen şartlarına uydurmak için, bu sözleşme şart ve hükümlerini tek taraflı olarak değiştirebilme yetkisi mevcuttur ve böyle bir yetki özel hukukta bulunmamaktadır⁵⁷. Bu bağlamda idarî sözleşmeler⁵⁸ olarak ifade edilen bu

ifade etmektedir hem de yapıcı unsurlarından birini oluşturmaktadır. Böylece Devlet'e doğduğu andan itibaren ona özgü bazı hak ve sorumluklar tanınmakta olduğundan hak sahibi olma ile borç yükümlülüğü altına girme ehliyeti bulunmaktadır. Bkz.: Recai Galip Okandan, "Devletin Şahsiyeti", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 15, Sayı: 4, 1949, s. 486; 498. Ayrıca bütün kamu kesimini kapsayan ve tüzel kişiliği haiz Devlet, diğer kamu tüzel kişilikleri ile birlikte idare hukukunun süjesi konumundadır. Bu durumla ilgili Anayasa'nın 46. maddesinde "*Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hâllerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.*" şeklinde düzenlenen hüküm bulunmaktadır. Bkz.: Balta, **a.g.e.**, s. 198. Yine Anayasa'nın madde 123/2 hükmünde, "*Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.*" ibaresi bulunmaktadır. Bu bağlamda, idarenin kuruluşu ve düzenlenmesindeki yetkinin Yasama organına ait olduğu ve bunun dışında kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kamu tüzel kişiliğinin kurulmasında bir idarî işlem tesis edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır ve bu kamu tüzel kişileri, organik ve fonksiyonel anlamda idarî fonksiyona dâhil işlemler yürütmektedir. Sonuç olarak kamu tüzel kişiliği tesisinde yasama fonksiyonu ya da idarî fonksiyon işlevsel olduğu için devlet/kamu hukuku işlemine dayanılmaktadır ve nihayetinde devlet tarafından kurulmaktadır. Kamu tüzel kişiliğinin varlığı ile kişilik kavramına özgü bir iradeye sahip olunmaktadır. Bu sebeple devlet ile kamu hukuku ilişkileri kurabilmek, sözleşme akdedebilmek, devlete karşı kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında davacı, davalı olabilmek hususlarında kanunlarca hükme bağlanan ve kamu tüzel kişiliğinin varlık şartlarından birini oluşturan devlet yetkileri bulunmaktadır. Bunun dışında kamu tüzel kişiliğinin varlığından bahsedebilmek için bir diğer gerekli şart da faaliyetinin veya faaliyetlerinden bir kısmının kanunî bir tekel şeklinde tahsis edilmiş olmasıdır. Bu iki şarttan herhangi birinin varlığında kamu tüzel kişiliği kazanılmaktadır. Bkz.: Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 58; 81-83. Sonuç olarak merkezî idare denilen ve tek tüzel kişilik olan devlet tüzel kişiliği, Anayasal bir referansa sahiptir. Ancak kamu tüzel kişiliğinin varlığı için gerekli şartları toparlamak gerekirse, öncelikle Anayasal ya da kanunî bir niteleme olup olmadığına bakılacaktır. Eğer Anayasa'da veya kanunda kamu tüzel kişiliğinin bulunduğu dair bir nitelendirme yok ise bir tüzel kişinin kamu niteliğine sahip olup olmadığı noktasında devlet tarafından kurulma ve kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olma şartları kümülatif olarak aranacaktır. Bkz.: Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 87-95.

⁵⁵ Duran, **a.g.e.**, s. 427.

⁵⁶ **A.e.**

⁵⁷ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 68.

⁵⁸ Anayasa Mahkemesi, bir sözleşmenin idarî sözleşme sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin idare olması, kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve idareye özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gerektiğini belirtmiştir. Bkz.: Anayasa Mahkemesi, 01.04.2015 Tarihli ve E. 2013/50, K. 2015/38 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/5d099e3f-231a-4cae-97a195c1d2314d9b?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>,

sözleşmelerin, özel hukuk sözleşmelerinden en önemli farkı da kural olarak birden fazla irade içermelerine karşılık yükümlerinin tek taraflı olarak değiştirilebilmesidir; zira bu sözleşmelerde idarenin karşısına çıkan kişi, idarenin iradesine katılmaktadır. Bunun sebebi, kamusal ihtiyacın ortaya çıkmasından önce, "değişmez" nitelikte saptanmasının mümkün olmaması ve buna karşılık her zaman yeni haklar ve yükümler çıkabilme olasılığının bulunmasıdır. Bu olasılıklar vuku bulduğunda da yeni bir sözleşmenin varlığına delâlet edecek şekilde yorumlama ve uygulama ya da istenilen anda, sözleşmeyi dilediği şekilde tek taraflı değiştirmek imkânı tanınmalıdır⁵⁹.

İkinci hukukî yol olarak da idarelerin tüzel kişilik sıfatından kaynaklanan hak ehliyetine dayanarak genel hükümler dairesinde akdettiği sözleşmeler bulunmaktadır⁶⁰ ve bunlar tamamen özel hukuk hükümlerine tabi olan idarenin özel hukuk sözleşmeleridir⁶¹. Durum bu olmakla birlikte, idarenin özel hukuk sözleşmesi yapma kararı, özel hukuktaki bir yetkinin kullanılmasıyla (sübjektif hak) değil, Devlet yetkisi ile olduğundan, bu yetkiyi kullanmak hususundaki kararı da idarî niteliklidir. Çünkü idarenin bir özel hukuk sözleşmesi akdedebilmek hususunda kanundan kaynaklanan bir yetkisi olmadığında, özel hukuk sözleşmesi

16.03.2017. Uyuşmazlık Mahkemesi de bir sözleşmenin idarî sözleşme sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması, kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gerektiğini belirtmiştir. Bkz.: Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 27.11.2006 Tarihli ve E. 2005/5304, K. 2006/4486 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVQiS0ZXRGPRQ~~>, 21.02.2017. Toparlayacak olursak bazı hâllerde kanunlar bir sözleşmenin türünü, tabi olduğu yargı yerini ya da kamu veya özel hukuka tabi olduğunu belirtebilir. Böyle bir belirleme olmadığında, idarenin sözleşmelerinin bir türü olan idarî sözleşmelerin ölçütlerinden ilki, sözleşmenin taraflarından birinin idare olmasıdır. Ancak sözleşmenin diğer tarafı ya da taraflarının özel kişi olma zorunluluğu yoktur; tüzel kişiliğe sahip başka bir kamu kuruluşu da olabilir. İkinci ölçüt de sözleşmenin konusunun (idareye özgü bir düzenlenişe gereksinim gösteren) kamu hizmeti olması gerekmektedir. Son koşul da sözleşmelerde, idareye özel hukuk sözleşmelerinde görülmeyen bazı üstünlük ve ayrıcalık tanınmalıdır. Bkz.: Günday, **ag.e.**, s. 184-187.

⁵⁹ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 108-109.

⁶⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi, idarenin taraf olduğu her türlü sözleşmenin idarî sözleşme olarak kabul edilemeyeceğinden idarenin sözleşmeleri ile idarî sözleşme kavramlarının birbirinden farklı kavramlar olduğunu, idarenin tüzel kişilik sıfatından kaynaklanan hak ehliyetine dayanarak aynen bir özel hukuk tüzel kişisi gibi özel hukuk kurallarına tabi sözleşmeler de yapabileceğini, idarenin kamu yararını gerçekleştirmeyi amaçladığı sözleşmeler olarak tanımlanabilecek olan idarî sözleşmelerin, idare hukuku kural ve ilkelerine tabi olduğunu belirtmiştir. Bkz.: Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 28.11.2016 Tarihli, E. 2016/323, K. 2016/538 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWqKLmeEzKfPQ~~>, 05.03.2017.

⁶¹ Günday, **ag.e.**, s. 183-184.

yapamayacaktır ve eğer yapar ise akdettiği sözleşme, idarî sözleşme olacaktır⁶². Dolayısıyla idarenin genel hükümler dairesinde sözleşme akdetme yeteneği, özel hukuk kişilerine kıyasla oldukça sınırlıdır⁶³.

Kamu ihale hukukunda akdedilen sözleşmeler ise iki taraflı idarî işlemlerden olup mahkeme içtihatları⁶⁴ ile doktrinin⁶⁵ büyük kısmının kabul ettiği üzere bu sözleşmelerin, idarenin özel hukuk sözleşmeleri olduğu belirtilmektedir⁶⁶.

Kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının tek taraflı idarî işlem olduğunu daha önce belirtmiştik. Bu noktada, idare hukuku doktrinin bakış açısıyla, iki taraflı idarî işlemler kategorisinde yer alan sözleşmeyi akdetmek üzere girilen ihale süreci ve bu süreçte yer alan işlemler, "ayrılabilir işlem teorisi" çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu bağlamda sözleşmeye uzanan ihale süreci, sözleşmenin aşamaları ile aynı mahiyette olup sözleşmenin oluşum aşamasında ayrılabilir işlem teorisi dâhilinde idarelerin hukukî bir sonuç doğurmaya yönelik, tek taraflı ve idarî yargıda iptal edilebilirliği mümkün olan idarî işlemlerinin var olabileceği belirtilmektedir⁶⁷. Bu açıklamalar ışığında kamu ihalelerinden yasaklama kararları, ayrılabilir işlem teorisi dâhilinde, akdedilecek ve iki taraflı işlem niteliğini haiz sözleşmenin oluşumu sırasında ve dolayısıyla ihale sürecinde, idareler tarafından tesis edilen tek taraflı idarî işlemlerden birini oluşturmaktadır. Tüm bu açıklamalardan sonra, idarî işlem türleri içerisinde kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının yeri Tablo 3'te belirtilmiştir.

⁶² Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 191.

⁶³ Duran, **a.g.e.**, s. 427.

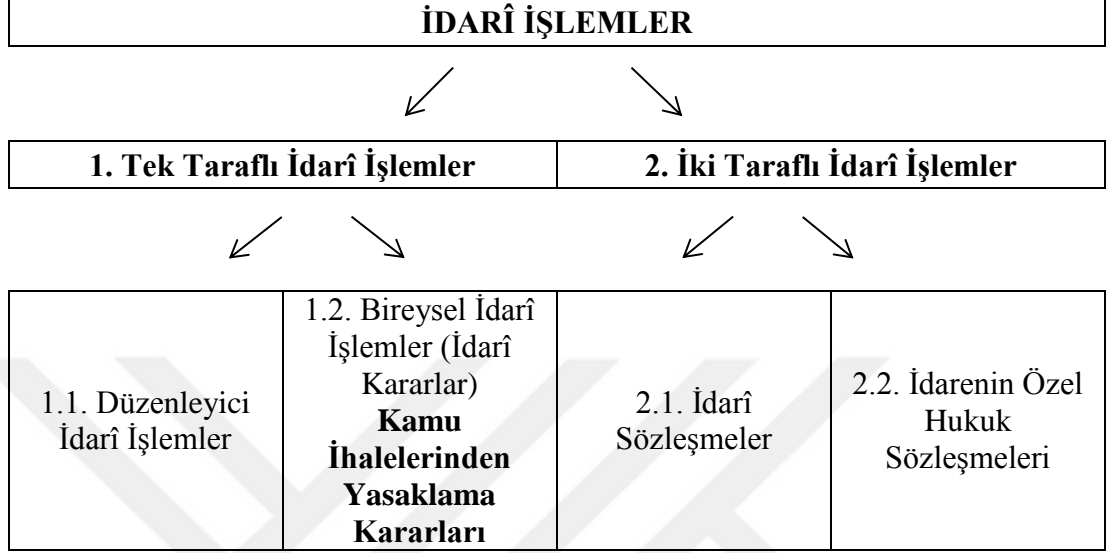
⁶⁴ Danıştay, ihalelerde, sözleşme yapıldıktan sonra sözleşme hükümlerinin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar ile sözleşmeye karşı açılacak davaların özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde görülüp çözümlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 06.04.2010 Tarihli ve E. 2009/7074, K. 2010/2940 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVXb71Z72ijvQ~~>, 30.03.2017.

⁶⁵ Doktrindeki genel görüşün aksine, 2886 ve 4734 sayılı Kanun uyarınca yapılan ihalelerden sonra akdedilen kamu ihale sözleşmelerinin baştan bir kabul ile hukukî niteliğinin kategorik olarak özel hukuk sözleşmesi olarak belirtmenin doğru olmadığını ve idarî sözleşmelere ait şartları taşımak kaydı ile idarî sözleşme kategorisinde de olabileceğini belirten görüş için bkz.: Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 489-492. Konumuzun kapsamı dışında olmakla birlikte, aynı görüşü paylaştığımızı belirtelim.

⁶⁶ Kamu ihale sözleşmeleri için adî sözleşmeler ifadesi kullanılan eserde, bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmeleri ve adli yargıya tabi olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Duran, **a.g.e.**, s. 447.

⁶⁷ Kutlu, **a.g.e.**, s. 8-9.

Tablo 3: İdarî İşlemlerin Türleri ve Kamu İhalelerinden Yasaklama Kararlarının Yeri



3.3. TEK TARAFLI İDARÎ İŞLEMLERİN ÖZELLİKLERİ

Bu başlıkta yer verilecek olan özellikler, iki taraflı idarî işlemler olan idarenin sözleşmelerinin özellikleri olmayacak olup tek taraflı idarî işlemlerin türleri olan bireysel idarî işlemler ile düzenleyici idarî işlemlerin sahip olduğu özelliklerdir⁶⁸.

İdarî işlemler, hem özellikleri hem de unsurları açısından özel hukukta yer alan hukukî işlemlerden farklıdır⁶⁹. Anayasa'nın 125. maddesinde, "*İdarî işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar. (...) İdarî işlemin uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.*" hükmünde idarî işlem kavramına yer verilmekle beraber, tanımı yapılmamıştır. Aynı şekilde 2577 sayılı

⁶⁸ Ayrıca idarî işlemleri, yalnızca tek taraflı işlemlerden -dolayısıyla düzenleyici ve bireysel idarî işlemler- teşekkül olarak belirten görüş için bkz.: Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 312. İlâveten mahkemelerce yapılan idarî işlem tanımlarına bakıldığında da idarî işlemin tek taraflı özelliğinin ortak olduğu göze çarpmaktadır ve bu bağlamda da mahkemelerin de idarî işlemler lafzı ile yalnızca tek taraflı idarî işlemler olan bireysel ve düzenleyici işlemleri kast ettiği anlaşılmaktadır.

⁶⁹ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 312.

Kanun'da da idarî işlemin varlığına bağlanan birçok hukukî sonuca ilişkin hüküm bulunmakla birlikte tanımına yer verilmemiştir⁷⁰.

Anayasa Mahkemesinin bir kararında idarî işlem, "(...) idari yargı yerlerinde görülmekte olan davaların niteliği gereği, idareler tarafından, kişinin rıza ve muvafakatine bağlı olmaksızın idarenin tek yanlı olarak kamu gücü ayrıcalığından yararlanan, hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklaması" olarak tanımlanmaktadır⁷¹. Uyuşmazlık Mahkemesinin bir kararında idarî işlem, "(...) idari makamların kamu gücü kullanarak ve idari usuller uygulamak suretiyle idare işlevine ilişkin olarak yaptıkları, çeşitli hak ve yükümlülükler doğuran, doğrudan uygulanabilen, kesin ve yürütülmesi zorunlu, tek yanlı irade açıklaması" olarak tanımlanmıştır⁷². Danıştay'ın bir kararında ise idarî işlem, " (...) idari makamların kamu gücü ve kudreti ile hareket ederek, idare işlevine veya idare hukuku alanına ilişkin olarak yaptıkları ve çeşitli hak ve/veya yükümlülükler doğuran tek yanlı irade açıklamaları" olarak tanımlanmıştır⁷³. Yargıtay'ın bir kararında da idarî işlem, "İdari işlemler, idari makamların kamu gücüne dayanarak, idare işlevine ilişkin olarak yaptıkları, tek yanlı, doğrudan uygulanabilir nitelikte ve ilgililerin hukuki durumlarını etkileyen irade açıklamalarıdır.⁷⁴" olarak tanımlanmıştır⁷⁵.

İdarî işlemlerin tanımları için ortak olan unsurları, organik anlamda idarenin ve organik ve maddî kriter ile tespit edilen fonksiyonel anlamda idarenin (idarî

⁷⁰ Anayasa Mahkemesi, kanunî bir tanımı bulunmayan idarî işlemin niteliklerinin doktrin ve idarî yargı kararlarıyla belirlendiğini belirtmiştir. Bkz.: Anayasa Mahkemesi, 09.03.2006 Tarihli ve E. 2006/34, K. 2006/37 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/94bb9020-8720-4533-93e5-8a47c0078eee?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, 30.04.2017.

⁷¹ Bkz.: Anayasa Mahkemesi, 06.06.2013 Tarihli ve E. 2011/145, K. 2013/70 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/d25b1653-ffc1-41b2-a55d-c2dd0a04f17e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, 30.04.2017.

⁷² Bkz.: Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 03.05.2010 Tarihli ve E. 2009/108, K. 2010/98 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeUqWZcj%2BvJGcw~~>, 27.05.2017.

⁷³ Bkz.: Danıştay 13. Hukuk Dairesi, 16.05.2011 Tarihli ve E. 2011/1527, K. 2011/2296 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://www.ensalyargi.com/danistay.php?karar=9aac937380caf99e>, 21.03.2017.

⁷⁴ Bkz.: Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 03.11.2015 Tarihli ve E. 2014/21155, K. 2015/17124 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeUP86OwuI1g8g~~>, 27.05.2017.

⁷⁵ Yüksek Mahkemelerin kararlarında yer alan idarî işlemin tanımında farklılıklar bulunduğu göze çarpmaktadır. Biz burada, içerik olarak birbirine daha yakın olduğunu düşündüğümüz kararlardaki tanımlara yer vermiş olduğumuzu belirtelim.

fonksiyonun) varlığı⁷⁶, tek taraflılık ve kamu gücü kullanımını içermesi şeklinde tespit edebiliriz⁷⁷.

Organik ve maddî kritere ilişkin detaylı açıklamaları daha önce yapmıştık. Bu tanımlarda organik kriter ortak unsurdur, zira dikkat edildiğinde idarî işlemlerin idarî makamlar ve idarî mercilerce yapıldığına ilişkin bir açıklama bulunmaktadır ve bu bağlamda işlemleri yapan kaynak dikkate alınmaktadır. Ayrıca organik anlamda idare tanımı kullanılmaktadır.

Yine bu tanımlarda maddî kriter ortak unsurdur, çünkü kamu/idare hukuku alanında tesis edilen ve idarî fonksiyona ilişkin olduklarına ilişkin belirtme de yapılmıştır. Zira idarî işlemin idarî fonksiyonun ifasında tesis edilen bir işlem⁷⁸ olduğunu daha önce de belirtmiştik. Bu noktadan sonra yukarıda idarî işlemlerin tanımlarında yer alan ortak özellikler ile yargısal tanımların tümünde yer almamış olsa da doktrinde yer alan bilgiler çerçevesinde idarî işlemlerin diğer özellikleri tek tek irdelenecektir.

3.3.1. Tek Taraflı Olması

Öncelikle idarî işlemlerin tek taraflılık özelliğini haiz olması, bu işlemlerin hem özel hukukta yer alan hukukî işlemlerden hem de idarenin sözleşmelerinden ayrılmasını sağlamaktadır⁷⁹. Tek taraflılık özelliği ile idarî işlemin tesisinde, idarenin iradesi esas etken sayılmaktadır⁸⁰. Başka deyişle idarî işlemler, tek taraflı irade açıklaması ile hukukî değer kazanmakta ve bu işlem karşısında üçüncü kişiler sadece *ilgili veya muhatap* sıfatı kazanmaktadırlar⁸¹. Bu noktada eylemci idarenin tesis ettiği

⁷⁶ Tan, **a.g.e.**, s. 215.

⁷⁷ İdarî işleme ilişkin mahkeme kararlarında bulunan tanımlarda yer alan "*hukukî sonuç doğurmaya yönelik irade açıklaması*", "*çeşitli hak ve yükümlülükler doğuran, (...) irade açıklaması*" ve "*ilgililerin hukukî durumlarını etkileyen irade açıklamaları*" şeklindeki ifadelerin, hukukî işlemin temel tanımında da bulunduğunu hatırlatalım. Zira daha önce belirttiğimiz üzere, idarî işlemler de hukukî işlemlerin bir türüdür. Bu başlık altında hukukî işlemin tanımında bulunmayan ve bu sebeple idarî işleme özgü olan özellikleri tespit etmeye çalıştığımız için ortak olan bu özelliklere yer verilmemiştir.

⁷⁸ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 194.

⁷⁹ Erkut, **a.g.e.**, s. 12.

⁸⁰ Balta, **a.g.e.**, s. 196.

⁸¹ Erkut, **a.g.e.**, s. 20-21.

işlem veya tedbirlere *muhatap olanlar*, idare hukukunun bir süjesi olarak *idare edilen* durumundadır⁸².

Bu bağlamda özel hukuktaki hukukî işlemlerin aksine kamusal irade üstün durumda olduğundan ilgililerin muvafakatine de ihtiyaç duyulmamaktadır⁸³. Tek taraflılık özelliği olan idarî işlemin sahip olduğu emredici gücün, esasen işlemin *idarî* kimliği ile ilgili olduğu belirtilmiştir⁸⁴. İlâveten idarî işlemin içerdiği tek taraflılık özelliğinin temelinde idare hukukunda kabul gören, tarafların arasındaki eşitsizliktir ve bu sebeple idarenin çıkarı, bireyin çıkarından üstün tutulmaktadır⁸⁵.

Tek taraflılık, kavram olarak tek bir irade açıklaması demektir. İradenin tek taraflılığı, tek bir kişi ya da organın iradesi değil; işlemin tek yanlı bir irade açıklaması ile oluşması anlamına gelmektedir. Bu sebeple, idarî işlemde yer alan irade, tek bir makam ya da organ tarafından açıklanabileceği gibi, birçok kişiden oluşan bir organ veya kurul tarafından da açıklanabilir. Yine birden fazla idarî makam ya da organ, tek bir irade açıklaması için bir araya gelebilir. İşte tüm bu durumlarda idarî işlem tek taraflı niteliklidir⁸⁶. Bu bağlamda tek taraflı idarî işlemlere *tek* niteliğini kazandıran iradelerin sayısı değil, iradelerin yönü olmaktadır⁸⁷.

Kamu ihalelerinden yasaklama kararları ve diğer ihale işlemleri de yasaklanan kişinin iradesinden, rıza ve muvafakatinden bağımsız olarak 2886, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda irade açıklamak için yetkilendirilmiş idarelerce tek taraflı olarak tesis edilmektedir⁸⁸.

⁸² Balta, **a.g.e.**, s. 197. Ancak 2577 sayılı Kanun'da "ilgililer" ifadesi kullanıldığı için, biz de kanunî terminolojiye uygun olarak çalışmamızda bu kullanımı tercih etmiş olduğumuzu belirtelim.

⁸³ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 312.

⁸⁴ Erkut, **a.g.e.**, s. 18.

⁸⁵ Tan, **a.g.e.**, s. 224.

⁸⁶ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 275; Bkz.: Anayasa Mahkemesi, 04.02.2010 Tarihli ve E. 2007/98, K. 2010/33 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2a4f7cf0-1dff-49e4-801a-b25845b487e0?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, 09.03.2017.

⁸⁷ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 275.

⁸⁸ Bkz.: Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 21.06.1999 Tarihli ve E. 1999/8, K. 1999/17 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUD4aBR3eBVXQ~~>, 05.11.2016; Danıştay 10. Dairesi, 08.12.2003 Tarihli ve E.

3.3.2. Kamu Gücünü İçermesi

Bir işleme idarî nitelik kazandıran esaslı unsur, o işlemde yer alan kamu gücü ayrıcalıklıdır. Bu bağlamda her idarî işlemin bir hukukî işlem sayılmasına karşılık, kamu gücü ayrıcalıklarının idarî işlem tanımında mutlak olması sebebiyle, her hukukî işlem idarî işlem niteliği kazanamamaktadır⁸⁹. Başka deyişle bir idarî işlemin varlığının, kamu hizmeti yürütümü amacıyla, kamu gücü kullanılarak bir kamu idaresi tarafından yapılmış bir faaliyetin bulunmasına bağlı olduğu belirtilmiştir⁹⁰.

İdare hukukunda yapılan işlemlerde, özel hukuk işlemlerinden farklı olarak kamu görevlilerinin hak ve fiil ehliyetine sahip olmaları yanında, ayrıca mevzuat tarafından yetkilendirilmeleri de gerekmektedir. İdarî işlem tesis eden bu kişiler egemenlikten kaynaklanan Devlet yetkisini (kamu gücünü) kullanmaktadırlar. Bu bağlamda da idarî işlem, kamu gücü kullanımının bir aracı olmaktadır⁹¹. O hâlde denilebilir ki kamu gücü olarak ifade edilen üstünlük, Devlet'e tanınan ve bu vesile ile kullanılan egemenliğin, idare hukuku alanına yansıyan özel bir tezahürüdür ve kamu gücünün kaynağında bu egemenlik yatmaktadır⁹².

İdarî makamların idarî fonksiyonu icra ederken kullandıkları kamu gücü, söz konusu makamlara bireyler ile girdikleri ilişkilerde, onların iradesinden bağımsız bir şekilde ve hatta karşıt iradelerine rağmen, tek taraflı olarak hukukî sonuçlar ve etkiler yaratabilecek işlemler yapabilme yetki ve yeteneği tanımaktadır⁹³. Bu sebeple de

2003/1136, K. 2003/4856 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeXVp4eCx2z3dg~~>, 06.11.2016.

⁸⁹ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 265.

⁹⁰ Bkz.: Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 29.12.2014 Tarihli ve E. 2014/1132, K. 2014/1174 Tarihli Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeXp9py7U6O5Og~~>, 22.04.2017.

⁹¹ Bkz.: Anayasa Mahkemesi, 05.03.2009 Tarihli ve E. 2008/3, K. 2009/44 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/7ed9edd6-ef3e-4902-9ec3-1690f6ad4d9f?excludeGereke=False&wordsOnly=False>, 21.05.2017.

⁹² Sarıca, **a.g.e.**, s. 76; 81.

⁹³ Erkut, **a.g.e.**, s. 13; ayrıca bkz.: Danıştay 10. Dairesi, 30.11.2015 Tarihli ve E. 2012/8825, K. 2015/5399 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeXREF7GIF3E%2Bg~~>, 21.04.2017.

idarî işlemlerin kamu gücü kullanılmak suretiyle tesis edilmesi, diğer kamu hukuku işlemlerinde olduğu gibi, en belirgin ve ayırt edici özelliği olduğu belirtilmiştir⁹⁴.

Kamu gücünün idare hukuku doktrininde, idare hukukunun uygulama alanının belirlenmesinde bir kriter olarak kullanıldığı görülmektedir. Bu kriter esas alındığında, idarenin *hâkimiyet ve temşiyet tasarrufları* bulunduğu belirtilmektedir⁹⁵. Hâkimiyet tasarrufları, bu başlık altında açıkladığımız tüm özellikleri haizdir; başka deyişle kamu gücü kullanma suretiyle idarenin emretme ve tek taraflı iradesiyle ilgililerine kabul ettirme noktasında, gerektiğinde zor kullanma yeteneği de içeren tasarruflardır⁹⁶. Temşiyet tasarrufları ise idarenin bir özel bir hukuk kişisi gibi hareket ettiği, kamu gücü içermeyen tasarruflardır⁹⁷.

İlgililer nezdinde idarî işlem tesis etmek suretiyle kamu gücünün kullanılması ile bu kişilerin rızaları dikkate alınmaksızın haklarında bağlayıcı karar ve uygulayıcı tedbir alınmaktadır⁹⁸. İdarî işlemlerde yer alan kamu gücü ayrıcalığı, icrai kararlar alabilmek ve alınan kararları resen icra edebilmek unsurlarını⁹⁹ da içermektedir¹⁰⁰.

3.3.3. Kamu Yararı Amacıyla Yapılması

Maddî hukuk açısından idare hukukuna kamu yararı egemendir¹⁰¹. Bir üst başlıkta belirttiğimiz üzere, kamu gücü kullanılmak suretiyle tesis edilen idarî işlemlerde, bu kamu gücünün kullanımı ancak kamu yararı amacıyla¹⁰² yapılabilmektedir¹⁰³ ve bu bağlamda idarî işlemlerin kamu yararı amacı dışında

⁹⁴ Günday, **a.g.e.**, s. 121.

⁹⁵ Giritli vd., **a.g.e.**, s. 68.

⁹⁶ Günday, **a.g.e.**, s. 30.

⁹⁷ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, 188.

⁹⁸ Balta, **a.g.e.**, 151.

⁹⁹ Bu özelliklerin idarî fonksiyonun özelliklerini de oluşturduğunu belirtmek isteriz.

¹⁰⁰ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1456.

¹⁰¹ Balta, **a.g.e.**, s. 144.

¹⁰² Bu konuda Anayasa Mahkemesinin bir kararında, bir kamu yönetiminin, kamu hizmetini yürütebilmek için sahip olduğu yetkinin önceliğini kamu gücünden değil, kamu yararından almakta olduğu ve kuvvetin, hakkın belirleyicisi olmadığı, aksine hakkın, kuvvetin belirleyicisi olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Anayasa Mahkemesi, 10.06.1993 Tarihli ve E. 1993/9, K. 1993/21 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/881bac0e-acc7-491d-bbe8-71c23087f9a3?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, 22.02.2017.

¹⁰³ Günday, **a.g.e.**, 121.

yapılmaması esastır¹⁰⁴. Varlıkları, yetkileri ve hizmetleri Devlet tarafından belirlenen kamu tüzel kişilerinin yürütecekleri kamu hizmetleri ve bu hizmetleri yürütmekle gerçekleştirecekleri kamu yararları bulunmaktadır¹⁰⁵. Kamu yararı, toplumda bireysel kolektif menfaatler arasında kurulabilen bir denge olarak tanımlanmıştır¹⁰⁶.

Kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının verilmesine sebep olan fiil ve davranışlar incelendiğinde, daha sonra anlamlarına ve varlık sebeplerine yer vereceğimiz ve ihalelerde idarelerce ihalelerin başından sonuna dek tüm işlemlerde tesis edilmesi gereken ihale ilkelerini bozmaya yönelik sonuçları bulunmakta olup bu ilkeler 2886, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda hüküm altına alınmıştır¹⁰⁷.

3.3.4. İcrai Olması

İdarî işlemlerin icrailik özelliği¹⁰⁸ ile ilgili betimlemenin güncel olarak ifadesi, "uygulanabilirlik özelliği" şeklindedir¹⁰⁹. Özel hukuktaki işlemlerde olmayan icra kabiliyeti, idarî işlemlerde mevcuttur¹¹⁰. Doğrudan doğruya icra edilebilen idarî

¹⁰⁴ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 313.

¹⁰⁵ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 84.

¹⁰⁶ Yıldırım vd., **a.g.e.**, s. 464.

¹⁰⁷ 4734 sayılı Kanun'da, idarelerin Kanun uyarınca yapılacak ihalelerde, saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu oldukları hükme bağlanmış olup Kanun'un *İhalelere Katılmaktan Yasaklama* başlıklı 58. maddesinin gerekçesi şu şekilde belirtilmiştir: "*Kamu ihalelerinin belirlenen ilkelere uygun olarak yapılmasını sağlamak, idarelerin zararına sebep olunmasını önlemek, işlerin zamanında ve düzenli olarak yapılmasını gerçekleştirmek amacıyla; yasak olan fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenlerin, fiil veya davranışlarının özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık tarafından haklarında maddede belirlenen süre ile kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği hüküm altına alınmıştır.*" Bkz.: TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, (Çevrimiçi), http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?_adf.ctrl-state=6as0q4560_19&pkanunlarno=18394&pkanunnumarasi=4734, 19.12.2016.

¹⁰⁸ İdarelerin bütün tek taraflı işlemlerinin icrailik özelliği bulunmamaktadır, başka deyişle icrailik niteliğinden yoksun olan ve bu bağlamda hukukî durumu etkilemeyen tek taraflı idarî işlemler de mevcuttur. Ancak hem Türk hukukunda tesis edilen idarî işlemlerin ezici bir çoğunluğunun icrailik özelliği içermesi hem de çalışma konumuz kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının da bu özelliği haiz olması sebebiyle, bu özellik ayrı başlık açılarak irdelenmiştir.

¹⁰⁹ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 313.

¹¹⁰ Anayasa Mahkemesi, kamu gücünün üçüncü kişiler üzerinde ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya çeşitli hukukî sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösterdiği işlemlerin icrai nitelikte ve iptal davasının konusunu oluşturan idarî işlemlerin diğer bir unsurunun icrailik olduğunu belirtmiştir. Bkz.: Anayasa Mahkemesi, 04.02.2010 Tarihli ve E. 2007/98, K. 2010/33 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2a4f7cf0-1dff-49e4-801a-b25845b487e0?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, 09.03.2017.

işlemlere, bu sebeple *icrai kararlar* denmektedir. İdarî işlemin icrailik özelliğine¹¹¹ sahip olması iki şekilde sonuç ortaya çıkarmaktadır. Bunlardan ilki, idarenin tek taraflı beyanıyla tesis ettiği idarî işlem karşısında ilgililer için uyulması zorunlu bir hukukî durum ortaya çıkmaktadır. İdare edilenler için idarî işlemin hukuka aykırılığı iddiası ile idarî veya yargısal mercilere başvurmuş olmaları da bu zorunluluğu değiştirmemektedir¹¹². Diğeri ise idarî işlemin uygulanmasında hâkim kararına ya da iznine gerek olmaksızın idarenin bu hukukî durumu kendi kudretiyle¹¹³ yerine getirebilmesidir¹¹⁴.

İcrai bir karar ile ilgililer hakkında ya yeni bir hukukî durum yaratılmakta ya ilgililerin hukukî durumlarında değişiklik yapılmakta ya da hukukî durumları ortadan kaldırılmaktadır¹¹⁵. Bu sebeple de icrailik özelliği bulunan idarî işleme *hukuksal durumu etkileyen karar* ya da *etkili işlem* de denilmektedir¹¹⁶. İdarî işlemlerdeki icrailik özelliği ile idarî işlemlerin ilgililerine karşı önemli üstünlükler kazanılmaktadır ve kümülatif olarak idarenin kendi iradesini empoze etme yeteneğini içeren icrailik özelliğinin temelinde kamu gücü; kamu gücünün de temelinde daha önce belirttiğimiz üzere kamu yararı bulunmaktadır¹¹⁷.

¹¹¹ Bir idarî işlemin icrailik özelliğine sahip olup olmadığının tespiti, iptal davasına konu oluşturması bakımından önem arz etmektedir. Ancak idarî işlemlerin hukukî durumlarda yeni birtakım etkiler yaratma gücü barındıran icrailik özelliği, iptal davasına konu olması bakımından olmazsa olmaz bir koşul olmakla birlikte tek başına da yeterli değildir. Bkz.: Erkut, **a.g.e.**, s. 117; 120. İdarî işlemlerin iptal davasına konu olabilmeleri için kesin ve yürütülmesi gerekli işlemler olması gerektiği belirtilmekte ve bir kısım mahkeme kararında bu ifade bulunmaktadır. Kesinlik ile işlemin uygulanmaya hazır, tamam bir işlem olduğu kastedilmektedir ve *lazımül icra* olarak ifade edilmiştir. Bkz.: Turgut Tan, "İdarenin Kesin İşlemleri ve 5917 Sayılı Kanun Uygulaması", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 4, 1969, s. 109. Ayrıca daha önce belirttiğimiz üzere, idarenin her türlü tek taraflı işlemleri, icrailik özelliği taşımamaktadır. Bu bağlamda örneğin, idarenin gösterici ve hazırlık işlemleri icrai nitelikte değildir. Bkz.: Günday, **a.g.e.**, s. 124.

¹¹² Bu özellik, idarî işlemin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması sebebiyledir ve bir diğer başlıkta bu özelliğin içeriği irdelenecektir.

¹¹³ Bu özellik de idarî işlemin resen icra edilebilirlik özelliğine sahip olması sebebiyledir ve bir diğer başlıkta içeriği irdelenecektir.

¹¹⁴ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1456.

¹¹⁵ Günday, **a.g.e.**, s. 124.

¹¹⁶ Giritli vd., **a.g.e.**, s. 1278-1279.

¹¹⁷ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 279-280.

3.3.5. Resen İcra Edilebilir Olması

Tek taraflı idarî işlemlerin resen icra özelliği, icrailik özelliğinden başka bir şeyi ifade etmektedir. İcrailik özelliği ile hukuk âleminde doğan yenilik ve değişikliğin maddî âlemde de gerçekleşebilmesi için bazı hâllerde idarenin harekete geçmesi gerekmektedir¹¹⁸. Bu sebeple icrailik özelliği işlemin oluşmasıyla, resen icra özelliği ise işlemin uygulanmasıyla ilgilidir. Ayrıca kanunlar ile kısıtlama getirilmediği durumlarda idarenin kural olarak resen icra yetkisinin bulunduğu belirtilmektedir¹¹⁹. Resen icra yetkisi ile idareler, başka bir aracının varlığı olmaksızın idarî işlemleri kendisi uygulayabilmektedir¹²⁰.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, idarî işlemlerin icrailik özelliğinin hukuk alanındaki etkisinin ani ve genel olduğu; tamamlandıkları anda hukukî durumda değişiklik meydana getirdikleri anlaşılmaktadır. Ancak uygulama noktasında ise idarî işlemler gecikmeli ve istisnai özelliktedir; bu sebeple idarî işlemler, uygulama işlemleri yapılmadıkça maddî alana derhal aktarılamamakta ve her zaman fiili değişiklik olmamaktadır¹²¹.

Kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında, yasaklamaya yönelik idarî işlemin tesisi ile hukuk âleminde bir değişiklik yapılmaktadır. Bunu uygulamaya yönelik olarak da işlemin ilgililerinin ihalelere katılımının engellenmesi temin edilerek uygulanması ile de resen icra edilebilirlik sağlanmaktadır¹²².

3.3.6. Hukuka Uygunluk Karinesinden Yararlanması

Tüm idarî işlemlerin hukukî bir dayanağa sahip olması ve hukuka uygun olarak yapılması gerekmektedir. Bu gereklilik sebebiyle de idarî işlemlerin hukuka uygun oldukları kabul edilmektedir ve yargı makamlarınca ya da idarî üstlerce

¹¹⁸ Günday, **a.g.e.**, s. 124-125.

¹¹⁹ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 281-282.

¹²⁰ Tan, **a.g.e.**, s. 224.

¹²¹ Duran, **a.g.e.**, s. 413.

¹²² Ayrıca kamu ihale koluğuna tabi olduğunu belirttiğimiz yasaklama kararları, kanunun izin verdiği ölçüde görevli personelin resen icra yetkisini temin etmektedir. Bkz.: Günday, **a.g.e.**, s. 308.

bozulmadıkları sürece geçerli sayılmaktadırlar¹²³. Hukuka uygunluk karinesinden yararlanma özelliği, *kanunilik karinesi*¹²⁴ veya *doğruluk karinesi*¹²⁵ olarak da ifade edilmektedir.

İdarî işlemler yalnızca bozulmalarında değil; tesis edildikleri andan itibaren de aracıya ihtiyaç olmaksızın hukuka uygun kabul edilmektedir. İdarî işlemlerin icrailik özelliği sebebiyle hukuka uygunluk karinesinden yararlandıkları belirtilmiştir. Durum bu olmakla birlikte ilgililerin bu işlemler için, yargı yoluna başvurma hakları bulunmaktadır; ancak hukuka aykırılıklarının ileri sürülmesi işlemin -birçok hâlde- icrailiğini etkilememektedir¹²⁶. Zira idarî işlemin hukuka veya mevzuata aykırılığından bahisle yargı yoluna başvurulması hâlinde hukuka uygunluk karinesi ortadan kalkmamaktadır¹²⁷.

İdarî işlemlerin mevzuata ve hukuka uygun kabul edilmesi, bir karine teşkil etmektedir ve işlem tesis edildikten sonra idarenin bu uygun sayılma niteliği için herhangi bir ispat ileri sürme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu bağlamda hukuka uygunluk karinesi, tek taraflı idarî işlemlerin kamu gücünü içerdiğine ve idarenin işlemdeki üstünlüğüne delalet eden bir özellik olarak karşımıza çıkmaktadır¹²⁸.

Kamu ihalelerinden yasaklama kararları da yetkililerce kabul ve imza edilmesiyle tamam olmaktadır. Bu bağlamda bu işlemin hukuka uygunluğunun

¹²³ Gözübüyük, **a.g.e.**, s 312-313.

¹²⁴ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 382.

¹²⁵ Danıştay içtihadı birleştirme kararında, idare hukukunun önemli ilkelerinden birinin de idarî işlemlerdeki doğruluk karinesi olduğu ve bu ilkenin, idarenin tek taraflı kararlarına uyma zorunluğunu doğurduğu belirtilmiştir. Bu ilkenin sonucu olarak idarî işlemlerde devamlılık ve istikrarın esas olduğu ve idarede kararsız kalınmak yerine, kanunsuz işlemlere bir süre sonra kanuniyet tanınmanın yeğlendiği ve yürütmenin durdurulması kararı verilmedikçe dava açılmasının kararın uygulanmasına engel sayılmadığı belirtilmiştir. Bkz.: Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 22.12.1973 Tarihli ve E. 1968/8, K. 1973/14 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://www.emsalyargi.com/danistay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=6b8f915952d41082&eyil=1968&eno1=8&ktarih1=1973-12-22>, 16.02.2017. Ayrıca Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, kanun maddelerinde öngörülen usul ve esaslara uygun olarak düzenlenen belgenin ve bu belgelere dayanılarak yapılan kayıtların, vergi hukukunda "ilk görünüş ya da doğruluk karinesi" adı verilen bir hukukî bir ön kabulden yararlandığını belirtmiştir. Bkz.: Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 26.12.2012 Tarihli ve E. 2010/707, K. 2012/618 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWsJJMnOHWE!w~>, 11.03.2017.

¹²⁶ Günday, **a.g.e.**, s. 125-126.

¹²⁷ Sarıca, **a.g.e.**, s. 94.

¹²⁸ **A.e.**, s. 85-86.

teyit ettirilmesi için başka bir aracıya ihtiyaç duyulmamaktadır. İlgililer, bu kararların hukuka aykırılığını ileri sürseler ve yargı yoluna başvursalar dahi iptalleri sağlanana dek hukuka uygun kabul edilmektedirler¹²⁹. Bu özellikler ve yer verdiğimiz yargı kararlarında yer alan tanımlar çerçevesinde tek taraflı idarî işlem olması açısından kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının özellikleri Tablo 4'te belirtilmiştir.

Tablo 4: Tek Taraflı İdarî İşlem Olması Açısından Kamu İhalelerinden Yasaklama Kararlarının Özellikleri

Tek Taraflı İdarî İşlem Olması Açısından Kamu İhalelerinden Yasaklama Kararlarının Özellikleri
Hukukî bir işlemdir.
İdarelerin ve bu idareler adına irade açıklamaya yetkili kişilerin, bu işlemin tesisinde hak ve menfaatleri bulunamaz.
Kuralsallık hâkimdir. İdarî işlemde, ilgililerin iradeleri ya hiç yoktur ya da çok sınırlıdır.
Tek taraflı bir idarî işlemdir.
Bireysel nitelikli bir idarî işlemdir.
Kamu gücü ayrıcalıklarına dayanmaktadır ¹³⁰ .
Kamu yararı amacıyla yapılmaktadır.
İcrailik özelliği vardır.
Resen icra edilebilme özelliği vardır.
Hukuka uygunluk karinesinden faydalanmaktadır.

¹²⁹ Kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının icrailiğini etkileyebilecek bir husus, 2577 sayılı Kanun'un yürütmenin durdurulmasını düzenleyen 27. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Maddede, Danıştay'da veya idarî mahkemelerinde dava açılmış olmasının, dava edilen idarî işlemin yürütülmesini durdurmayacağı belirtildikten sonra, Danıştay veya idarî mahkemelerin, idarî işlemin uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilecekleri belirtilmiştir.

¹³⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi, ihale sürecinde sözleşme yapıldıktan sonraki aşamada, 4734 sayılı Kanun'a göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi üzerine tesis edilen işlemin, sözleşmeden doğan bir ihtilafa yönelik olmayıp kamu gücüne dayanılarak ve tek yanlı olarak tesis edilen işlem olduğunu belirtmiştir. Bkz.: Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 06.07.2009 Tarihli ve E. 2008/238, K. 2009/176 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeUzfkJs5zpnZA~~>, 12.06.2017.

3.4. BİREYSEL İDARİ İŞLEMLERİN TÜRLERİ

İdarî işlemlerin tek taraflı kategorisine dâhil ve bir türü olan bireysel idarî işlemlerin de belli kriterlere göre türleri bulunmaktadır. Çalışma konumuz olan kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının da bireysel idarî işlem türünün bir örneği olması sebebiyle, bu türe ait açıklamaların detaylandırılmasında fayda görülmektedir. Zira bu kriterler çerçevesinde kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının içeriği daha net anlaşılacak olup tespit edilen durumlar tablo hâlinde verilecektir. Bu bağlamda *maddî tasnif, açıklanan iradenin sayısına ve iradenin açıklanmasında izlenen usule göre tasnif, doğuracakları hukukî sonuca göre tasnif ve ilgilileri üzerindeki etkilerine göre tasnif* temelinde bireysel idarî işlemlerin türleri ile kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının hangi türlere dâhil olduğu irdelenecektir.

3.4.1. Maddî Tasnife Göre Bireysel İdarî İşlemlerin Türleri

Maddî tasnif ile idarî işlemin hukuk düzeninde meydana getirdiği değişiklik esas alınmaktadır. Bu esasa göre idarî işlemler, *kural işlem, sübjektif işlem ve şart işlem*¹³¹ olmak üzere üç türe ayrılmaktadır¹³². Durum bu olmakla birlikte, düzenleyici idarî işlemler açıklanırken bunların birer kural işlem¹³³ olduklarını ve belli başlı özelliklerini daha önce belirtmiş olduğumuz ve başlık olarak irdelene alanımızı da bireysel idarî işlemler olarak sınırladığımız için maddî tasnifin uygulanması sonucu ortaya çıkan kural işlem ile ilgili açıklama yapılmayacaktır.

¹³¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, idarî işlemlerin maddî bakımdan ayrımının konu ve içerik itibarıyla yapılan ayrım olduğunu; bu bağlamda idarî işlemlerin “kaide tasarruf” (kural işlem), “sübjektif tasarruf” (sübjektif işlem; birel işlem) ve “şart tasarruf” (koşul işlem) olmak üzere üçe ayrıldığını belirtmiştir. Bkz.: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 19.02.2014 Tarihli ve E. 2013/3-590, K. 2014/117 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWIsangCh2fLw~~>, 15.03.2017; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 07.03.2012 Tarihli ve E. 2011/3-809, K. 2012/125 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazanci hukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUGik1LlA5qvA~~>, 15.03.2017.

¹³² Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 37; Derbil, **a.g.e.**, s. 35.

¹³³ Objektif, genel nitelikli, kişilik dışı ve soyut hukukî durum yaratan kural işlemler, *objektif işlemler* olarak da isimlendirilmektedir. Bkz.: Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 339.

3.4.1.1. Sübjektif İşlemler

Objektif işlemlerin sahip olduğu özelliklerin tam tersine sahip olan sübjektif işlemler¹³⁴ ile bireysel ve sübjektif bir hukukî durum yaratılmakta ve yalnızca uygulandıkları olay veya birey bakımından hüküm ortaya çıkmaktadır. Sadece bu özellikler kullanıldığında sübjektif işlemlerin geniş anlamına ulaşılmakta olup oldukça kapsamlı bir alan işaret edilmektedir. Ancak hukuk düzeninde meydana getirdiği değişiklikleri ve bu bağlamda da konu ve içeriğın niteliği dikkate alındığında, sübjektif işlemlerin dar anlamına ulaşılmaktadır ve bu kategorinin işaret ettiği alanın daralması sebebiyle bir sonraki başlıkta açıklayacağımız üzere şart işlemler kategorisi sübjektif işlemlerden ayrılmaktadır¹³⁵.

Öznel işlemler olarak da ifade edilen¹³⁶ sübjektif işlemler aracılığıyla yeni bir hukukî durum yaratılmaktadır. Hukukî durum, statü kavramı ile ifade edilmekte olup sübjektif işlemlerde bu statü de özel, sübjektif ve bireysel niteliklidir¹³⁷. Yaratılan yeni hukukî durum belli bir kişi için olabileceği gibi kişiler arasında da olabilmekte ve bu bağlamda da idare alanında tek taraflı yahut iki taraflı idarî işlemler (sözleşmeler) sübjektif işlem karakteri gösterebilmektedir¹³⁸. Ancak çalışmamız kapsamındaki sınırlandırmamıza uygun olarak tek taraflı idarî işlemler kategorisinde yer alan bireysel idarî işlemlere ilişkin açıklamalara devam etmek gerekirse, sübjektif işlemler ile kişilere mahsus bir hak ya da külfet yükleyerek daha önce hukuk âleminde mevcut olmayan bir durum oluşturulmaktadır¹³⁹.

İdarî yaptırım niteliğine sahip kamu ihalelerinden yasaklama kararları ile ilgili bir tespit yapmak istediğimizde bu kararların, *sübjektif işlemlerin özelliklerini taşıdığı* görülmektedir. Zira idareler tarafından tesis edilen yasaklama kararları,

¹³⁴ Yargıtay, bireysel hukukî durumlar doğuran ya da bireysel hukukî durumlarda değişiklik yaratan işlemlerin, sübjektif işlemler olduğunu belirtmiştir. Bkz.: Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 15.03.2016 Tarihli ve E. 2015/6295, K. 2016/3904 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVsRBAr829Yzw~~>, 17.03.2017.

¹³⁵ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 339.

¹³⁶ Tan, **a.g.e.**, s. 221.

¹³⁷ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 36-37.

¹³⁸ Tan, **a.g.e.**, s. 221.

¹³⁹ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 339-340.

yalnızca uygulandıkları gerçek veya tüzel kişiler nezdinde bir hukukî durum yaratmakta ve daha önce hukuk âleminde olmayan bir durum oluşturulmaktadır ve yine bu kararlar ile kişiden kişiye göre değişen durum ortaya çıkmaktadır.

3.4.1.2. Şart İşlemler

Belli kişi veya olaylara uygulanan, nispî ve sübjektif bir hukukî durum yaratan şart işlemler¹⁴⁰, bu özellikleri itibariyle sübjektif işlemlere benzemekle birlikte; sübjektif işlemlerden farklı olarak şart işlemlerde kişiler, daha önce hukuk âleminde mevcut olan bir statüye sokulmaktadır¹⁴¹. Bu bağlamda, *durum işlem* ya da *koşul işlem* olarak da ifade edilen şart işlem ile gerçek manada bir hukukî durum yaratılmamakta olup kişilerin daha önceden belirlenen genel duruma sokulmasını sağladıkları için, geniş anlamda öznel nitelik taşımaktadırlar¹⁴². Bu durumda şart işlemlerdeki sübjektiflik yalnızca kişiye özgü olup hukuk âlemindeki maddî durum değişmemektedir¹⁴³. Statünün varlığını ve işlemin konusunu tarafların iradeleri oluşturmamaktadır, daha önceden belirlenen objektif kurallar tarafından tayin edilmektedirler¹⁴⁴.

Şart işlemler ile kişiler genel, objektif, kişilik-dışı hukukî duruma sokulmakta¹⁴⁵ olduğu için, şart işlemlerin içeriği nesnel ve kuralsaldır¹⁴⁶. İdare alanında şart işlemler, sübjektif işlemlere göre daha fazla uygulanmaktadır¹⁴⁷.

¹⁴⁰ Yargıtay, idarî işlemlerin maddî mahiyetlerine göre "şart işlemler (durum işlemler)" ve "sübjektif işlemler" olmak üzere ikiye ayırdıklarını; şart işlemlerin bir kişiyi veya bir şeyi hukuk kurallarınca önceden tespit edilmiş bulunan, genel, objektif ve kişilik dışı bir hukukî statüye sokan veya böyle bir statüden çıkararak işlemler olduğunu belirtmiştir. Ayrıca en bilinen örneği memur atama işlemi olan şart işlemlerin içeriğinin önceden kişilik dışı ve objektif olarak belirlenmesi ve yaratılan hukukî durumun, o durum içine sokulacak herkes için geçerli olması sebebiyle, bu işlemlerin içeriklerinin statüsel nitelikte olup lehine oldukları kişilere sübjektif haklar bahşetmedikleri, bu hâllerin kişilerin şahsına verilmiş haklar değil, buldukları statüden kaynaklanan haklar olduğunu belirtmiştir. Bkz.: Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 15.03.2016 Tarihli ve E. 2015/6295, K. 2016/3904 Sayılı Karar, (Çevrimiçi),

¹⁴¹ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 340.

¹⁴² Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 310; Tan, **a.g.e.**, s. 221.

¹⁴³ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 340.

¹⁴⁴ **A.e.**, s. 341.

¹⁴⁵ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 37.

¹⁴⁶ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 310-311; Tan, **a.g.e.**, s. 221.

¹⁴⁷ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 341; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 311; Tan, **a.g.e.**, s. 221.

3.4.2. Açıklanan İradenin Sayısına ve İradenin Açıklanmasında İzlenen Usule Göre Bireysel İdarî İşlemlerin Türleri

Bu tasnife göre bireysel idarî işlemler *basit işlemler*, *kolektif işlemler* ve *karma işlemler* olmak üzere üç türe ayrılmaktadır¹⁴⁸. Şimdi sırasıyla bunlar inceleyelim.

3.4.2.1. Basit İşlemler

Basit işlemlerde, tek bir iradenin açıklanması ile idarî işlem tesis edilmektedir¹⁴⁹. Bir karar vericinin iradesi ile tesis edilen basit işlemler, *yalın işlemler* olarak da ifade edilmektedir¹⁵⁰. Basit işlemlerde, idarî makamın tek bir görevli tarafından temsil edilmesi gerekmektedir¹⁵¹. Kanaatimize göre, kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının çok büyük bir kısmı basit işlem değildir; zira bu kararlar tek bir karar verici ile değil; birden çok idare ve kamu görevlisinin işbirliği ve belli bir sıra ile ortaya çıkmaktadır. Ancak konumuz bakımından basit idarî işlemin tek örneğini, 2886 sayılı Kanun uyarınca yapılan ihaleyi yapan idarenin bir bakanlık olması ve bakanlığın ita amiri olan bakanın veya yetkilendirmiş olduğu kişinin, bizzat kendisinin Kanun'un yasaklama kararı sonucuna bağladığı fiil ve davranışı tespit etmesi hâlinde tesis edilen yasaklama kararları oluşturmaktadır.

3.4.2.2. Kolektif İşlemler

Birden fazla kişinin tek taraflı bir idarî işlem tesis etmek üzere iradelerini açıklamalarıyla oluşan kolektif işlemlerde, birden fazla irade aynı anda birbirine eklenmektedir. Kolektif işlemlerde hukukî bir sıralama bulunmadığı için, iradelerini beyan edecekler arasında öncelik-sonralık ilişkisi mevcut değildir. Bu bağlamda bir iradenin sonucunun başka bir iradeyi etkileme kabiliyeti yoktur¹⁵². Ayrıca kolektif

¹⁴⁸ Günday, **a.g.e.**, s. 128.

¹⁴⁹ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 39.

¹⁵⁰ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 317.

¹⁵¹ Erkut, **a.g.e.**, s. 21.

¹⁵² Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 40.

işlemlerde birden fazla iradenin yetkili olduğu tek bir idarî makam ya da organ söz konusudur¹⁵³.

Kolektif işlemlerdeki iradeler, hem aynı anda hem de aynı yönde açıklanmaktadır ve aynı konu ve amaçta birleşmesi sebebiyle de karşılıklı olarak iradelerin açıklandığı idarî sözleşmelerden farklı özellik arz etmektedirler¹⁵⁴. Seçimler, meclis ve kurul kararları, sonuç olarak ortaya tek bir iradenin çıktığı kolektif işlemlerin bir örneğini teşkil etmektedir¹⁵⁵. Bu bağlamda kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında, şartlar oluştuğunda yasak fiil ve davranışı gerçekleştirenlerin o ihaleye iştirak ettirilmemesi kararının alınması yönündeki irade, kolektif işlem örneği teşkil etmektedir.

3.4.2.3. Karma İşlemler

İdarî işlemler, genellikle birden çok faaliyet ve işlemten oluşan bir bütünü temsil etmektedirler. İdarî işlemi tesis eden irade, süreç olarak ifade edilen ve evrelerden oluşan bir zaman dilimi içinde hazırlanır, tamamlanır ve yürürlüğe konulmaktadır. Bu bağlamda bazı idarî işlemlerde aynı süreç içerisinde birden çok karar vermeye yetkili organın işbirliği bulunmakta olup birden fazla, birbirinden ayrı ve fakat birbirini tamamlayan işlemler söz konusu olmaktadır. Örneğin idarenin bütünlüğünün sağlanmasında kullanılan vesayet denetimi yetkisine sahip bir idarenin onayını müteakip yerel yönetim organlarının kararlarının yürürlüğe girmesi biçiminde olan süreçler bulunmaktadır. Bu süreçlerde yer alan idarî işlemleri farklı nitelikteki organlar tesis etmekte olduğu için de bu işlemler karma işlemler olarak ifade edilmektedir¹⁵⁶.

Ayrıca bazı hâllerde, aynı idare içindeki yetkililer ve görevlilerin de ortak ve genel bir amaca istinaden bir arada çalışmasını gerektiren durumlar söz konusu olabilmektedir. Burada yer alan ortak ve genel bir amacı ifade eden işlemler, *amaç* ya da *sonuç işlem* olarak da isimlendirilmektedir. İşlemlerin tesisinde yer alan

¹⁵³ Erkut, **a.g.e.**, s. 22.

¹⁵⁴ Günday, **a.g.e.**, s. 128-129.

¹⁵⁵ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 352.

¹⁵⁶ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 317.

işbirliği için, hem bu durum hem de bir üst paragrafta açıkladığımız durumlarda işbirliğine katılan işlemlerdeki hukuka aykırılık diğerlerine de sirayet etmektedir; zira bir işlemin hukukî nedenini kendinden önceki işlem oluşturmakta olup işlemlerin yapılma sırasının değiştirilmesi yahut atlanması da hukuka aykırılığı gündeme getirebilmektedir¹⁵⁷.

Karma işlemlerin birçok özelliği, kolektif işlemler ile ortaktır. Karma işlemlerde de tek taraflı bir idarî işlem tesis etmek üzere, aynı yönde, aynı konu ve amaca yönelik birden çok irade beyan edilmektedir. Durum bu olmakla birlikte kolektif işlemlerden farklı olarak karma işlemlerde iradeler, belli bir sıra ile açıklanmaktadır¹⁵⁸. Bu bağlamda karma işlemlerde hukukî bir sıra bulunmakta olup bir iradenin açıklanması kendinden önceki iradenin varlığına ve yönüne bağlı olmaktadır.

Karma işlemlerde iradeler, öngörülen sıraya göre açıklanarak birbirine eklenmektedir. Ayrıca karma işlemin tesis edildiği süreçteki iradelerin bir kısmının niteliği kolektif işlem de olabilmektedir. Müşterek kararname, karma işlemlerin bir örneğini teşkil etmektedir¹⁵⁹.

Kamu ihalelerinden yasaklama kararları kanaatimize göre, karma işlem örneğini teşkil etmektedir. Öncelikle ihaleyi yapan idare bir bakanlık ise yine bu bakanlığın içerisinde ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanların, -özellikle ihale komisyonunun- Kanun'un yasaklama kararı sonucuna bağladığı fiil ve davranışı tespit etmesi ve kayıt altına alması gerekmektedir. Daha sonra ise bu yasaklama kararının verilmesi gerektiğine ilişkin öneri bakana iletilmekte ve bakanlıklar bu kararları tesis etmektedirler. İhaleyi yapan idare bakanlık değil ise yine ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanlar -özellikle ihale komisyonunun- ile ita amirlerinin Kanun'un yasaklama kararı sonucuna bağladığı fiil ve davranışı tespit etmesi ve kayıt altına alması gerekmektedir. Daha sonra ise bu yasaklama kararının verilmesi

¹⁵⁷ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 317.

¹⁵⁸ Günday, **a.g.e.**, s. 129.

¹⁵⁹ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 292.

gerektiğine ilişkin öneri ilgili bakanlıklara iletilmekte ve bakanlıklar bu kararları tesis etmektedirler.

3.4.3. Doğuracakları Hukukî Sonuca Göre Tasnif Temelinde Bireysel İdarî İşlemlerin Türleri

İdarî işlemler doğuracakları hukukî sonuca göre, *yapıcı (inşai) işlemler* ve *belirleyici işlemler* olmak üzere iki türe¹⁶⁰ ayrılmaktadır¹⁶¹. Şimdi sırasıyla bunları inceleyelim.

3.4.3.1. Yapıcı (İnşai) İşlemler

*Kurucu işlem*¹⁶² olarak da ifade edilen yapıcı (inşai) işlemler, belli bir kişi hakkında yeni bir hukukî durum ortaya çıkaran yahut mevcut hukukî durumu değiştiren veya kaldıran işlemler olarak tanımlanmaktadır¹⁶³. Bu tanımdan yola çıkarak kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının yapıcı (inşai) işlem olduğunu belirtebiliriz; zira bu kararların ilgilisi gerçek veya tüzel kişiler, belli bir süre ile kamu ihalelerine girmekten men edilmektedirler.

3.4.3.2. Belirleyici İşlemler

İzhari ya da *beyan edici işlemler*¹⁶⁴ olarak da ifade edilen belirleyici işlemler, yapıcı (inşai) işlemlerin aksine yeni bir hukukî durum yaratmamaktadırlar¹⁶⁵; zira hukuk düzenindeki değişiklik, belirleyici işlemlerden önce doğmuşlardır¹⁶⁶. Bu bağlamda belirleyici işlemler aracılığıyla, daha önceden doğmuş olan hukukî durum belirlenmektedir¹⁶⁷. Kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında, önceden belirlenen

¹⁶⁰ Doğuracakları hukukî sonuca göre tasnifte yer alan türlerin bulunduğu başka bir tasnif şekli de *bireysel idarî işlemlerin içeriklerine göre tasnif* başlığı altında yapılmaktadır. Ancak bu başlık altında yapıcı (inşai) işlemler ile belirleyici işlemlerin yanı sıra üçüncü bir tür olarak *emredici işlemler* belirtilmiş olan çalışma için bkz.: Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 288-290.

¹⁶¹ Günday, **a.g.e.**, s. 127-128.

¹⁶² Çağlayan, **a.g.e.**, s. 434.

¹⁶³ Günday, **a.g.e.**, s. 128.

¹⁶⁴ Çağlayan, **a.g.e.**, s. 434.

¹⁶⁵ Günday, **a.g.e.**, s. 128.

¹⁶⁶ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 289.

¹⁶⁷ Günday, **a.g.e.**, s. 128.

bir durum bulunmamaktadır, bilakis bu kararlar aracılığıyla yeni bir hukukî durum yaratılmakta olduğu için, idarî işlem türleri içinde bu kategoride yer almamaktadırlar.

3.4.4. İlgilileri Üzerindeki Etkilerine Göre Tasnif Temelinde Bireysel İdarî İşlemlerin Türleri

İlgilileri üzerindeki etkileri bakımından bireysel idarî işlemler, yararlandırıcı işlemler ve yükümlendirici işlemler olmak üzere iki türe ayrılmaktadır.¹⁶⁸ Şimdi sırasıyla bunları inceleyelim.

3.4.4.1. Yararlandırıcı İşlemler

İlgililerine yarar sağlayan ya da ilgisini bir yükümden kurtaran işlemler, yararlandırıcı işlemler olarak ifade edilmektedir¹⁶⁹. Bu bağlamda yararlandırıcı işlemlerin hak bahşedici özelliği bulunmaktadır¹⁷⁰. Kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının özellikleri göz önünde alındığında, bu işlemler ilgisine yarar sağlamamakta ya da ilgisini bir yükümden kurtarmamaktadır; bu bağlamda bu işlemler, yararlandırıcı işlem türünü oluşturmamaktadır.

3.4.4.2. Yükümlendirici İşlemler

İlgililerine belli bir davranışta bulunma ya da bulunmamayı yahut belli bir davranışa karşı görmezlikten gelmeyi gerektiren işlemler, yükümlendirici işlemler olarak ifade edilmektedir¹⁷¹. Bu işlemlerin ilgilileri için yüküm doğurmaları tebliğ edilmeleri ile mümkündür¹⁷². Kamu ihalelerinden yasaklama kararları da ilgilileri üzerindeki etkileri bakımından değerlendirildiğinde, yükümlendirici işlem tasnifinde yer aldığını belirtebiliriz. Zira yasaklama kararları ile daha önce belirttiğimiz üzere, gerçek veya tüzel kişilerin belli bir süre ile kamu ihalelerine girişleri mümkün olmamaktadır. Bu bağlamda yasaklama kararları ile kişilerin, belirlenen sürelerle

¹⁶⁸ Çağlayan, **a.g.e.**, s. 435.

¹⁶⁹ Günday, **a.g.e.**, s. 132.

¹⁷⁰ Çağlayan, **a.g.e.**, s. 435.

¹⁷¹ Günday, **a.g.e.**, s. 132.

¹⁷² Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 201.

ihalelere katılım yönündeki hiçbir girişimine izin verilmemekte ve bu katılımın yasaklanması yönünde bir yüküm oluşturulmaktadır.

Yukarıda yer verdiğimiz özellikler ve yargı kararlarında yer alan kararlar çerçevesinde bireysel idarî işlem türleri temelinde kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının özellikleri Tablo 5'te belirtilmiştir.

Tablo 5: Bireysel İdarî İşlem Türleri Temelinde Kamu İhalelerinden Yasaklama Kararlarının Özellikleri

Bireysel İdarî İşlem Türleri Temelinde Kamu İhalelerinden Yasaklama Kararlarının Özellikleri
Maddî tasnife göre, sübjektif işlemdir.
Açıklanan iradenin sayısına ve iradenin açıklanmasında izlenen usule göre basit, kolektif ve karma işlemdir.
Doğuracakları hukukî sonuca göre, yapıcı (inşai) işlemdir.
İlgilileri üzerindeki etkilerine göre, yükümlendirici işlemdir.

3.5. İDARÎ İŞLEMLERİN UNSURLARI

Hukukî işlemlerin ehil bir kimse tarafından yapılmış irade açıklaması ve mümkün ve meşru bir konu olmak üzere iki adet aslî ve şekil olmak üzere de bir adet tali unsurunun var olduğu¹⁷³ belirtilmektedir. Saik¹⁷⁴ ve maksat unsurları, medenî hukukta yer alan irade serbestisine uygun biçimde, hukukî işlemin unsurları olmamaktadır. Zira bu unsurlar, her hukukî işlemde kişi veya kişilerin içinde kalan ve bu sebeple kişiden kişiye göre değişen ve nüfuz edilmesi zor olan özelliktedir¹⁷⁵.

Hukukî işlemler temelinde, medenî hukukta irade beyanını harekete geçiren dayanağın sübjektif hak; idarî işlemler için ise yetki olduğunu belirtmiştik¹⁷⁶. İdarî işlemlerde yetkili kişilerin, sahip oldukları yetkilerinin kullanımları takdirlerinde

¹⁷³ Şekil unsuru, biçim koşulları olarak da ifade edilmektedir. Bkz.: Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 313.

¹⁷⁴ İdarî işlemlerde sebep unsuru objektifleştirilmiştir ve idare hukukunda en başlarda, sebep unsuru yerine ikame edilmek istenen saik unsuru, şu an terk edilmiştir. Bkz.: Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 200.

¹⁷⁵ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 275; 278.

¹⁷⁶ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 35.

bulunmamaktadır. Buradaki yetki, kolektif ihtiyacı karşılamak ve kamu yararını tesis etmek amacıyla kullanılabilen¹⁷⁷ olduğundan yetki, belli bir amaca özgülenmektedir¹⁷⁸. Zira idare hukukunda *konu* unsuru, idare hukukunun statüer hukuku¹⁷⁹ olması sebebiyle, belirli ve objektif niteliklidir ve medenî hukuktaki elastikiyet kaybolmaktadır. Ayrıca hukukî işlemde talî unsur olarak belirttiğimiz *şekil* unsuru da idarî işlemde aslî ve devamlı bir unsur niteliğine sahip olmaktadır. İlâveten idare adamlarının yetkisi medenî hukuktaki gibi haklardan yararlanma niteliğinde de değildir. Ortaya çıkan bu sonuçlar ile idarî işlemlerde hukukî işlemlerde bulunmayan *sebeup* ile *maksat* unsurları mevcuttur. O hâlde idare hukukuna ait bir hukukî işlem teorisi oluştuğu belirtilmektedir¹⁸⁰.

Doktrinde belirtilen bu unsurlar, kanun koyucu tarafından da hükme bağlanmıştır. 2577 sayılı Kanun'un idarî dava türlerinin bildirildiği madde 2/a hükmünde iptal davaları, "*İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan*" davalar olarak belirtilmiştir. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, idarî işlemlerin hukuka aykırılıklarının tespitlerinde¹⁸¹ *yetki, şekil, sebep, konu ve maksat* yönlerinden değerlendirme yapılacağı için, bu yönler idarî işlemlerin unsurlarını oluşturmaktadır. Bu unsurlar ile birlikte idarî işlemlerin anatomisi belirlenmektedir ve hukuka uygun bir idarî işlemin nasıl tesis edilebileceği açıklanabilmektedir¹⁸².

2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen yasaklama kararlarını irdeleyeceğimiz daha sonraki bölümlerde bu idarî işlemlerin unsurları, yetki, şekil, sebep, konu ve

¹⁷⁷ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 279.

¹⁷⁸ Kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında da yetki, en tepeden bakıldığında kamu yararı; idarî bir kolluk olması yönünden de kamu düzeninin bir tezahürü olan ihale düzeninin sağlanması ve korunması ve bu düzen bozuldu ise yeniden geri getirilmesi amacıyla özgülenmiştir.

¹⁷⁹ İdare hukukuna ait kurallar ile genellikle hukuk düzeninde mevcut bir kuralı değiştiren veya ortadan kaldıran yahut hukuk düzenine yeni bir kural getiren işlemler var olmaktadır. İşte bu kurallar ile yaratılan durumların nitelikleri, genel, soyut, sürekli ve kişilik dışıdır ve bu nitelikteki hukukî durumlar, *statü* olarak ifade edilmektedir. Sonuç olarak idare hukuku kuralları ile birçok statünün düzenlenmesi sebebiyle de idare hukukunun *statü hukuku* olduğu belirtilmektedir. Bkz.: Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 44.

¹⁸⁰ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 279.

¹⁸¹ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 313; Tan, **a.g.e.**, s. 225.

¹⁸² Özay, **a.g.e.**, s. 450.

maksat temelinde irdelenecektir. İdare hukuku doktrinde unsurların irdelenmesi genellikle, 2577 sayılı Kanun'da hükme alındığı bu sıra izlenerek açıklanmaktadır. Ancak biz çalışmamızda, idarî işlemin tesisinden önce ortaya çıkan¹⁸³ maddî ya da hukukî bir durum olan *sebeup unsurunu*¹⁸⁴, daha sonra konu unsurunu ve sonra da sırasıyla yetki, şekil ve maksat unsurlarını inceleyeceğiz¹⁸⁵.

Son olarak 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesi ile Geçici 1 ile 5. maddeleri dışındaki maddeleri, 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu maddelerden biri olan Kanun'un 3. maddesinde Kanun hükümlerinden istisna tutulan idareler ile iş ve işlemler hükme bağlanmıştır. Bu istisnalar ile esasında kamu bütçesinden harcama yapılması gerektiren iş ve işlemler ile idare açısından ve bu bağlamda 4734 sayılı Kanun'un 2. maddesinde yer alan kapsama dâhil olması gerekir iken kanunî istisna yaratılarak mal veya hizmet alımları veya yapım işlerinin ihalelerinde Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Kanun'un 2. maddesinde (a) ve (u) bentleri arasında düzenlenen bu istisnaların, ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç, bu Kanun'a tabi olmadıkları belirtilmiştir. Bu belirtme, bu Kanun içinde istisna tutulan ve bu bentlerde belirtilen iş ve işlemlere özgüdür. Bu sebeptendir ki 2886 sayılı Kanun kapsamında yürütülen ihalelerde verilecek olan kamu ihalelerinden yasaklama kararları, 2886 sayılı Kanun'da düzenlenen hükümler çerçevesinde uygulanacaktır. Başka deyişle, 2886 sayılı Kanun'un kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına ilişkin hükümleri mülga olmayıp yasaklama ve cezaya ilişkin uygulamalar, bu Kanun çerçevesinde yapılacaktır.¹⁸⁶ Durum bu olmakla birlikte, kanun koyucunun 2886 sayılı Kanun'un yasaklama hükümlerini 4734 ve 4735 sayılı Kanun ile özdeş tutmasını, başka deyişle yasaklama kararlarının

¹⁸³ İdarî işlemlerin unsurlarının irdelenmesinde öncelikle sebeup unsurunun ortaya çıkması sebebiyle, incelemeye öncelikle bu unsurdan başlanması gerektiği belirtilmiştir. Bkz.: Giritli vd., **a.g.e.**, s. 1257.

¹⁸⁴ Özay, **a.g.e.**, s. 453.

¹⁸⁵ Onar da eserinde, hukukî işlemlerin analizinin başlangıcını sebeup unsuru ile yapmıştır. Bkz.: Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 281.

¹⁸⁶ Karşı görüş için bkz.: İsbir, **a.g.e.**, s. 73. Eserde yazar, bir ihaleye 2886 sayılı Kanun'un uygulandığı durumlarda dahi, 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin son fıkrasını referans göstererek 4734 sayılı Kanun'un yasaklamaya ilişkin hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir.

tesisinde aynı hükümlerin uygulanmasını dilerdik; böylece bu Kanunların benzer davranışlara farklı yaptırımlar öngören sonuçları oluşturması da mümkün olmazdı.

2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen ve bundan sonraki bölümlerde unsurları bakımından irdeleyeceğimiz yasaklama kararları ile ilgili açıklamalarda Kanun'un muhtelif hükümlerinden faydalanacaktır; bu bağlamda idarî işlemlerin unsurlarının özellikleri ile birlikte Kanun'un konu ile ilgili düzenlemelerine bakılacaktır. Ayrıca daha önce de belirttiğimiz üzere, 4734 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra, 2886 sayılı Kanun uyarınca *satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri aynî hak tesisi* ile kamu harcaması ortaya çıkarmayan iş ve işlemlerle ilgili ihaleler yürütülmektedir. 2886 sayılı Kanun'un *tarihi ve bedii değeri olmayan taşınmaz mallarla ilgili işlemlerin* düzenlendiği 74. maddesine göre, tarihi ve bedii değeri olanlar hariç, Hazinesinin özel mülkiyetindeki yerlerin satışı, kiraya verilmesi, trampası ve mülkiyetin gayri aynî hak tesisi ile Devlet'in hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kiraya verilmesi, mülkiyetin gayri aynî hak tesisi esaslarının Maliye Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte belirleneceği belirtilmiş olup maddede yer alan iş ve işlemler incelendiğinde, 2886 sayılı Kanun uyarınca yapılan ihalelere ait iş ve işlemlerin büyük bir kısmını oluşturduğunu söylemek yanlış olmaz. Bu madde ve ilgili diğer kanunlara dayanılarak Maliye Bakanlığınca hazırlanan *Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik* çıkarılmış¹⁸⁷ olup bu Yönetmelik¹⁸⁸ hükümleri de incelenecektir¹⁸⁹. İlâveten henüz 4734 sayılı Kanun

¹⁸⁷ Yönetmelik, Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmazların satışı, trampası, arsa veya kat karşılığı inşaat yaptırılması, kiraya verilmesi, ön izin verilmesi ve üzerlerinde irtifak hakkı kurulması, Devlet'in hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kiraya verilmesi, ön izin ve kullanma izni verilmesi ile ecrimisil ve tahliye işlemlerine ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla çıkarılmıştır. Yönetmelik'in 97. maddesi ile 16.12.1984 tarihli ve 18607 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *Devlete Ait Taşınmaz Mal Satış, Trampa, Kiraya Verme, Mülkiyetin Gayri Aynî Hak Tesis, Ecrimisil ve Tahliye Yönetmeliği* yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁸⁸ Yönetmelik'e göre, *Devlet'in hüküm ve tasarrufu altındaki yer*, Türk Medenî Kanunu ile diğer kanunlarda Devlet'in hüküm ve tasarrufu altında olduğu belirtilen yerleri; *hazine*, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri açısından Devlet tüzel kişiliğinin adını; *hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmaz*, tapuda Hazine adına tescilli taşınmazları; *hazine taşınmazı*, Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmazlar ile Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerleri; *idare*, merkezde Maliye Bakanlığını (Millî Emlak Genel Müdürlüğü), illerde defterdarlığı (millî emlak dairesi başkanlığı veya millî emlak müdürlüğü) ve ilçelerde millî emlak müdürlüğünü yoksa malmüdürlüğünü ifade etmektedir. Bu bağlamda Yönetmelik, 2886 sayılı Kanun'un kapsamında olan tüm idareleri -özel bütçeli idareler, özel idare ile belediyeler- ve ayrıca 2886 sayılı Kanun'da yer alan taşınır mallar ile hizmet ve hakların

yürürlüğe girmeden önce, Maliye Bakanlığınca çıkarılan *2000/1 No.lu Devlet İhaleleri Genelgesi*¹⁹⁰, *2001/1 No.lu Devlet İhaleleri Genelgesi* ile *2002/1 No.lu Devlet İhaleleri Genelgesi* hükümlerine ve son olarak da Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan *Kamu İhale Genel Tebliği*'nde yer alan hükümlere bakılacaktır.



satımını, kiraya verilmesini kapsamamaktadır. Durum bu olmakla birlikte, satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri aynî hak tesisi iş ve işlemlerinin tamamına yer verilmiştir.

¹⁸⁹ Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik'in kapsamında olmayan idareler de kendi yönetmeliklerini oluşturmaktadır. Örneğin 26.02.2015 tarihli ve 29279 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *Hacettepe Üniversitesi Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik*; 02.05.2015 tarihli ve 29343 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *Orman Genel Müdürlüğü Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik* bulunmaktadır.

¹⁹⁰ 2886 sayılı Kanun'un uygulanmasına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı bu Genelge ile 1999 yılında yayımlanan 99/1 sıra numaralı Genelge yürürlükten kaldırılmıştır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

2886 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE KAMU İHALELERİNDEN YASAKLAMA KARARLARINDA SEBEP UNSURU VE HUKUKA AYKIRILIKLAR

Bu bölümde, idarî işlemlerdeki sebep unsurunun mahiyeti ve özellikleri ile idarelerin takdir yetkisi ile bağlı yetkisi açıklandıktan sonra, yasaklama kararlarının verilmesinde sebep unsurunun nelerden oluştuğu irdelenecektir. Bu irdelemede, sözleşme öncesinde ve sözleşme imzalandıktan sonra ortaya çıkan ve kamu ihalelerinden yasaklama kararı ile sonuçlanan fiil ve davranışlar tek tek açıklanacak olup gerekli görülen hâllerde bu bilgiler tablolara işlenerek verilecektir. Daha sonra ise idarî işlemlerin sebep unsurundaki hukuka aykırılıkların kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında ortaya çıkabilecek durumları ise tek bir başlık altında incelenecektir.

4.1. İDARÎ İŞLEMLERDE SEBEP UNSURU

İdarî işlemlerde sebep unsuru¹, idarî makamı bir idarî işlem tesis etmeye yönelten dürtü olarak ifade edilmekte olup hukukî ve maddî/fiilî sebep olmak üzere ikiye ayrılmaktadır². İdarî işlemin dayanağını oluşturan sebep unsuru, idarî işlemin bir tür gerekçesini oluşturmaktadır³. İdarî işlemin sebep unsurunda mühim olan husus, idarenin işlemi tesis ederken dayandığı olayların hukukî tavsifini doğru yapması gerekliliğidir⁴.

Sebep unsuru bakımından üç durum oluşmaktadır. Bunlardan ilki, işleme esas tutulacak sebebin objektif bir şekilde tayin ve tespit edilmesidir; başka deyişle sebep,

¹ Sebep unsuru, *neden unsuru* olarak da ifade edilmektedir. Bkz.: A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku: İdari Yargılama Hukuku**, Cilt: II, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, Ekim 2016, s. 460.

² Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 146; 195.

³ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: II, s. 460.

⁴ Günday, **a.g.e.**, s. 155; Halil Kalabalık, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı, Konya, Sayram Yayınları, Ekim 2015, s. 185.

kanun veya bir hukuk kuralında açıkça ve kesin olarak belirtilmektedir⁵. Aşağıda yapacağımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının tesisinde sebep unsurları çoğunlukla bu türden olup hukuk kurallarında açıkça ve kesin olarak belirtilmişlerdir. İkinci olarak sebep unsuru kanun veya bir hukuk kuralında objektif bir biçimde ve açıkça belirtilmemekle birlikte idare, objektif hukuk tarafından işlem için bir sebep göstermekle zorunlu tutulmaktadır⁶ ve sebep unsurunun içeriği her olaya göre değişebilen biçimiyle ortaya çıkmaktadır⁷. Başka deyişle sebep, belirsiz ya da genel ve esnek kavramlar⁸ ile ifade edilmektedir. Sonuncu olarak ise sebep unsuru objektif nitelikte değil, sübjektif karakter kazanmıştır⁹. Buradaki durumda, idarî işlemin sebep unsuru mevzuatta belirtilmemiş¹⁰ ya da sebep unsurunun idarelerce belirtilmesi öngörülmemiştir¹¹.

Sebep unsuru bakımından yukarıda açıkladığımız durumlardan hangisi olduğuna bakılmaksızın, idarî işlemlerin tesis edilebilmesi için bir sebep bulunmak zorundadır¹²; zira idareye tanınmış olan her yetkinin kullanılması için bir sebep bulunması, bir sebebe dayanması gerekmektedir¹³. İdarî işlemlerin dayandığı ve esasını oluşturan bu sebep unsuru¹⁴ ise tesis edilmelerinden önce var olan, nesnel hukuk kurallarınca belirlenen, kanıtlanabilir¹⁵ ve idareyi işlem yapmaya sevk eden etkendir¹⁶. Sebep unsurunun taşıdığı nesnel niteliğin sebebi, işlemi yapan kişinin düşünceleri tarafından belirlenmemesi ile ilgilidir. Zira ilgili idarî işlemin tesisi için kimin yetkilendirildiği önemli olmaksızın, kişilerin dışında kalan ve nesnel hukuka uygun bir neden yahut bir maddî/fiilî bir olgu, işlemin sebep unsurunu

⁵ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 293; Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: II, s. 461; Giritli vd. **a.g.e.**, s. 1263; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 431.

⁶ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 293-297.

⁷ Giritli vd. **a.g.e.**, s. 1264.

⁸ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: II, s. 461.

⁹ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 297-300; Giritli vd. **a.g.e.**, s. 1264; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 433.

¹⁰ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: II, s. 461; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 431.

¹¹ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: II, s. 464; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 433.

¹² Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 344.

¹³ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: II, s. 461.

¹⁴ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 281.

¹⁵ Giritli vd. **a.g.e.**, s. 1258.

¹⁶ Günday, **a.g.e.**, s. 152.

oluşturacaktır¹⁷. Burada yer alan hukukî sebep, bahse konu idarî işlemten önce yapılmış başka bir işlem iken maddî sebep ise maddî olayın kendisini oluşturmaktadır¹⁸. Çoğu kez bir idarî işlemin hem maddî hem de hukukî sebebi bulunabilmekte ve iç içe geçmiş olabilmektedir¹⁹.

Sebebin varlığı, idareyi işlem yapmaya yöneltmekte ve zorlamakta olup aynı zamanda da idarenin faaliyetlerinin sınırı ile bu sınır içinde idarenin hareket alanını da belirlemektedir²⁰. Ayrıca sebep unsuru, idarî işlemlerin tesisinde kamu yararının gerçekleştirilmesine elverişli ve yeterli olacak şekilde olmalıdır²¹. Bu bağlamda kanunda belirtilip belirtilmediğine bakılmaksızın idarî işlemin dayanağı olan sebep, kamu yararı anlayışına dayanmak zorundadır²². Bahsetmiş olduğumuz bu özellikleri taşıyan sebep unsurunda eksiklik bulunması hâlinde, bu eksikliğin sonradan giderilmesinin mümkün olmayacağını belirtmeliyiz²³.

İdarî işlemlerin sebep ve bir sonraki bölümde anlatacağımız konu unsurları arasındaki yakın ilişki ve nedensellik bağı temelinde, idarenin bazı sebepler vuku bulduğunda bazı işlemleri yapmak zorunda olmadığında takdir yetkisinden, yapmak zorunda olduğunda ise bağlı yetkiden bahsedilmektedir²⁴. Zira idarî işlemin sebep unsurundaki hukuka aykırılık, konu unsurunu da etkilemektedir²⁵. Bu bağlamda bu başlık altında, birbirini bütünleyen²⁶ takdir yetkisi ile bağlı yetki kavramlarından bahsetmek gerekmektedir.

4.1.1. İdarî İşlemlerde Bağlı Yetki

İdarî yetki çeşitleri, bağlı yetki ve takdir yetkisi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu kavramlar, bir idarî işlem tesis edilmeden önce yetkili makamların

¹⁷ Özay, **a.g.e.**, s. 454-455.

¹⁸ Günday, **a.g.e.**, s. 153.

¹⁹ Özay, **a.g.e.**, s. 455.

²⁰ Atay, **a.g.e.**, s. 505.

²¹ Günday, **a.g.e.**, s. 153.

²² Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: II, s. 461.

²³ Giritli vd., **a.g.e.**, s. 1266.

²⁴ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 354.

²⁵ Giritli vd., **a.g.e.**, s. 1275.

²⁶ **A.e.**, s. 125.

sahip olduğu değerlendirme yapabilme yetkisinin sınırını ve kapsamını belirlemektedir²⁷. İdarenin takdir yetkisinin aksi olan²⁸ bağlı yetkide idarenin, belli şart veya durumların varlığında, belli bir çözüm şeklini uygulama ödevi bulunmaktadır²⁹. Bağlı yetkide, idarenin bir şey yapması ya da belli bir davranışta bulunmasının kesin bir biçimde emredildiği, başka türlü hareket etme imkânı olmadığı³⁰ ve idarî yetkilerin büyük bir bölümünün değindiğimiz özelliklere sahip bağlı yetki niteliğinde olduğu belirtilmiştir³¹. Bağlı yetkide, idareler yetkilerini mutlak anlamda kullanmak zorundadırlar³²; bu yetkinin kullanılması mecburî olduğu için de yetkiyi kullanmayan idarenin görevini yapmadığı, yükümünü yerine getirmediği sonucu çıkmaktadır ve bu durum hukuka aykırıdır³³. Burada idare, kanunun öngördüğü kararı almak zorundadır; ancak idarî işlemin sebep unsurunun mevcut olup olmadığını da araştırmak zorundadır³⁴. Sonuç olarak bağlı yetkide idarî işlemin hem sebep unsuru hem de konu unsuru bakımından sınırlandırma mevcut olduğu için her iki unsurda da idarenin değerlendirme yetkisi bulunmamaktadır ve bu yetki yargısal denetime tabidir³⁵.

4.1.2. İdarî İşlemlerde Takdir Yetkisi

İdarenin faaliyetlerini düzenleyen ve çeşitli kaynaklarda yer alan hukuk kurallarının, bu faaliyetlerin bütün detaylarını kapsayacak şekilde düzenleyemeyeceği gerçeğinin karşısında; sayısı önceden tahmin edilemeyen ve oldukça çeşitli ihtiyaçların zorunlu olarak karşılanması noktasında idare, bu faaliyetleri yürütecek olup bazı durumlarda da idarelere serbesti tanınmaktadır³⁶. Takdir yetkisinde hukuk, idareyi belli şart ve durumların varlığında, uygun çözümün tercihinde az ya da çok serbest bırakmaktadır. Durum bu olmakla birlikte, belli şart

²⁷ Atay, **a.g.e.**, s. 512.

²⁸ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 426; Özay, **a.g.e.**, s. 455.

²⁹ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 210; Balta, **a.g.e.**, s. 134; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 331-332.

³⁰ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 331-332.

³¹ Balta, **a.g.e.**, s. 134.

³² Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 210.

³³ **A.e.**, s. 225.

³⁴ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 354.

³⁵ **A.e.**, s. 357-358.

³⁶ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 420.

ve durumların gereğini yerine getirirken idare, çözüm tercihini seçme hususunda dilediği gibi davranmamaktadır; takdir kullanmak zorundadır³⁷. İdare bu yetkisine dayanarak çeşitli hâllerden birini seçebilmekte veya herhangi bir karar alıp almama noktasında tercih hakkını kullanabilmektedir³⁸. Başka deyişle takdir yetkisinde alınacak karar konusunda idarenin belli ölçüde serbestliği bulunabileceği gibi, kanunî olarak kabul edilebilir kararlar arasından da idare, uygun bulduğunu seçme imkânına sahiptir³⁹.

Bağlı yetkinin aksine yetkinin kullanıp kullanılmaması veya bu kullanımın bazı gereklerinin bizzat idare tarafından belirlenmesinin serbest bırakıldığı bu durumlarda⁴⁰, genellikle idarenin takdir yetkisinin varlığını, kapsamını ve derecesini ilgili hukuk kuralı belirlemektedir; aksi durumda ise yorum faaliyeti yapılmaktadır⁴¹. İlâveten takdir yetkisi, idarenin hukuka bağlılığının bir istisnasını teşkil etmemektedir; yine bir hukuk kuralından doğmakta⁴² olup hukuk kuralları içindeki hareket özgürlüğünü ifade etmektedir⁴³. Zira takdir yetkisi, Devlet yetkisinin bir kullanım biçimi olup özel bir yetki türü değildir⁴⁴. Sonuç olarak hukuk kurallarınca yapılması ya da yapılmaması emredilen hususlarda idarenin takdir yetkisinden bahsedilememektedir; zira burada bağlı yetki bulunmaktadır⁴⁵.

İdarî işlemlerin unsurları bakımından takdir yetkisinin var olup olmadığına ilişkin bir irdeleme yapmak gerekmektedir. İdarî işlemlerin sebep unsurunda takdir yetkisinin bulunup bulunmadığına ilişkin idare hukuku doktrininde görüş ayrılığı mevcuttur. Aslında bu ayrılığın, takdir yetkisinin tanımındaki farklılıktan ileri geldiğini düşünmekteyiz. Zira takdir yetkisini, karar alıp almama ya da birden fazla

³⁷ Balta, **a.g.e.**, s. 134.

³⁸ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 420-421.

³⁹ Yıldırım vd., **a.g.e.**, s. 456.

⁴⁰ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 210; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 332.

⁴¹ Balta, **a.g.e.**, s. 136.

⁴² Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 432.

⁴³ Özay, **a.g.e.**, s. 456.

⁴⁴ Devlet yetkisinin bir sübjektif hak olmadığı da düşünüldüğünde, bundan türeyen tüm yetkilerin kullanılmasında kişilerin kendi sübjektif dürtüleri, düşünceleri veya yorumları yer alamamaktadır ve bu bağlamda takdir yetkisi kullanılırken bazı hukukî şart ve şekillere uyulması zorunludur. Bkz.: Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 132; 211.

⁴⁵ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 433.

karar arasından birini tercih edip etmeme⁴⁶ şeklinde; başka deyişle sonuç temelindeki serbesti olarak tanımladığımızda sebep unsuru açısından takdir yetkisinin bulunamayacağını söyleyebiliriz. Ancak takdir yetkisinin kapsamını genişleterek yukarıda verdiğimiz tanımlardan hareketle ayrıca, yetkinin kullanımının bazı gereklerinin bizzat idare tarafından belirlenmesini de ifade edecek şekilde dikkate aldığımızda, bazı hâllerde sebep unsurunda takdir yetkisinin var olduğu söylenebilecektir. Şimdi doktrindeki görüşlere, idarî işlemlerin sebep unsurundaki daha önce belirttiğimiz üç durum açısından yer vermeye çalışacağız⁴⁷.

⁴⁶ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 355.

⁴⁷ Sebep unsurundaki değinilecek olan üçlü ayırım bir tarafa bırakıldığında Danıştay kararlarında genel olarak -böyle bir ayırma gidilmeksizin- sebep unsurunda takdir yetkisinin var olduğu kabul edilmektedir. Danıştay, idarelerin tesis ettikleri bireysel ya da düzenleyici işlemlerin unsurlarından biri olan sebep unsurunun, idareyi işlem yapmaya iten hukukî neden, bir başka ifadeyle tüm idarî işlemlerde olduğu gibi işlemle gerçekleştirilmeye çalışılan kamu yararına dayanan hukukî ve somut durum olduğunu; idarî işlemin sebep unsurundaki hukuka aykırılığın yargı mercii önüne getirildiğinde resen dikkate alınacağını belirtmiştir. Ayrıca idarî işlemlerin bir sebebe ve gerekçeye dayalı olmasının hukukun genel ilkelerinden olması sebebiyle bu ilkenin, genel anlamda düzenleme veya işlem yapan idareyi, uyguladığı ve düzenleme yaptığı alanda doğru ve anlamlı olgular ortaya koymaya ve denetim yapmaya zorlamakta olduğunu; işlemlerde gösterilen sebep ve gerekçenin, işlemin kanuna uygunluğunu ve dayanağını değerlendirme, itiraz edip etmeme konularında ilgililere yardımcı olmakla birlikte, idarenin saydamlığı, savunma hakları ve idareye güven ilkeleri ve hukuk devleti anlayışının oluşumu noktalarında da büyük öneme sahip olduğunu, diğer taraftan ise idarelerin işlem tesis ederken kendilerine Anayasa ve kanunlarla çizilen çerçeveye içinde takdir hakkına sahip oldukları açık olup bu takdir hakkının, serbestçe kullanılabilir bir keyfiyeti ifade etmediğini, kamu yararı ve hizmet gerekleri açısından hukuka uygun olarak temellendirilmiş olgularla desteklenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz.: Danıştay 8. Dairesi, 18.05.2010 Tarihli ve E. 2010/106 Sayılı Kararı, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeWLxWF4zcw!vw~>, 14.04.2017. Danıştay'ın sebep unsurunda takdir hakkının varlığına ilişkin bir kararında, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 76. maddesi ile memurların naklen atanmaları konusunda idareye takdir yetkisi tanındığı, bu yetkinin ise ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri göz ardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idarî yargı merciiince saptanması hâlinde, dava konusu idarî işlemin sebep ve maksat yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceğinin yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunduğu; bu durumda davacının görevinde başarısız veya verimsiz olduğu yolunda herhangi bir somut belirlemenin mevcut olmaması sebebiyle anılan Kanun'un 76. maddesinde öngörülen takdir yetkisine dayalı biçimde tesis edilen dava konusu işlemin sebep unsuru yönünden hukuka aykırılık taşıdığı belirtilmiştir. Bkz.: Danıştay 2. Dairesi, 25.01.2008 Tarihli ve E. 2007/3131, K. 2008/329 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeVWEqBNWAlv%2Bg~>, 14.04.2017. Danıştay başka bir kararında, idarî işlemin sebep unsurunu, amirlerin düşüncelerini yansıtan bir husus olarak kabul etmiş ve bu unsurdaki takdir yetkisinin varlığını işaret etmiştir. Kararda, iptali istenen 2003 yılı sicil ve başarı değerlemesi raporundaki 1 ve 2. sicil amirlerinin düşüncelerini yansıtan hususun, davacının herhangi bir şekilde menfaatini ihlal eden bir idarî işleme dayanak alınması durumunda, idarî yargı yerince söz konusu işlemin sebep unsuru olarak irdelenip değerlendirilebileceğinin kuşkusuz olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Danıştay 2. Dairesi, 02.03.2010 Tarihli ve E. 2008/4715, K. 2010/814 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeU3uHk1Y7KaJA~>, 14.04.2017. Danıştay'ın

Daha önce belirttiğimiz üzere, sebep unsuru bakımından üç durum oluşmakta olup bunlardan ilkinin, işleme esas tutulacak sebebin objektif bir şekilde tayin ve tespit edildiği, kanun veya bir hukuk kuralında açıkça ve kesin olarak belirtildiği durum oluşturmaktadır. Bu duruma ilişkin doktrindeki ilk görüşe göre, bu sebebe dayanarak idarî işlem tesis edilip edilmeyeceğine ve tesis etme kararı alındığında bunun zamanının ne olacağına ilişkin değerlendirmenin takdir yetkisini oluşturduğu belirtilmiştir⁴⁸. Sebep unsurunun oluşturduğu ilk duruma ilişkin bizim de katıldığımız doktrindeki diğer bir görüşe göre ise bu durumda idarî işlemin sebep unsurunda takdir yetkisi bulunmamaktadır⁴⁹. Kanaatimize göre, tesis edilecek idarî işlemin sebep unsuru, bir normda açık ve kesin şekilde hüküm altına alındığında, burada artık idarenin takdir yetkisinden bahsedilemeyecektir; zira burada idarenin bağlı yetkisi bulunmaktadır. Konumuza geri dönersek daha önce belirttiğimiz üzere, kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının verilmesinde sebep unsuru çoğunlukla, idarenin bağlı yetki ile donatıldığı mahiyettedir.

Sebep unsuruna ilişkin ikinci durumda ise sebep unsuru, kanun veya bir hukuk kuralında objektif bir biçimde ve açıkça belirtilmemekle birlikte idare, objektif hukuk tarafından işlem için bir sebep göstermekle zorunlu tutulmakta olup sebep içeriği her olaya göre değişebilen biçimiyle ortaya çıkmakta ve sebep unsuru

idarelerce ihale dokümanının satılıp satılmaması noktasındaki sebep unsurunda takdir hakkının bulunduğuna ilişkin bir uyumsuzluğun karşı oy kararında, 4734 sayılı Kanun'da yer alan, ön yeterlilik veya ihaleye katılmak isteyen isteklilerin bu dokümanı almalarının zorunlu olduğu; ilan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanının sadece idare tarafından davet edilenlere satılacağı hükümlerine yer verildikten sonra, Kanun'un 28. maddesi uyarınca idarenin davet edilmeyenlere doküman satma zorunluluğunun bulunmamakta olduğu, bu hüküm aynı zamanda davet edilmeyi talep edenlerin de davet edilmesi zorunluluğunun bulunmadığı anlamını içerdiği ve Kanun'un madde 21/2 hükmü uyarınca davet edilecek firmaların belirlenmesi konusunda idarelerin takdir hakkının bulunduğu belirtilmiştir. Kararın devamında davalı idarenin '... davacı şirketin, yasaklı bir firmayla organik bağı olduğu ve ihale yasağını delebilmek için ihale mevzuatına aykırı olarak başvuruda bulunulduğu, başvuruda bulunan dört firmanın da dilekçelerinin aynı kalemde çıktığı, başvuruların ihale günü ihale saatinde yapıldığı ve gayri ciddi olduğu...' şeklindeki gerekçeleri dikkate alındığında takdir hakkının da keyfi kullanılmadığının anlaşıldığı ve bu nedenlerle, dava konusu işlemde hukuka aykırılık, işlemin iptali yönündeki İdare Mahkemesi kararında ise hukuka uygunluk bulunmadığından, davalının temyiz isteminin kabulü ile İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği görüşüyle oyçokluğu ile alınan karara karşı olduğu bildirilmiştir. Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 10.09.2015 Tarihli ve E. 2015/2659, K. 2015/3052 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWKDcnOsoV!TQ~>, 23.04.2017.

⁴⁸ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 213.

⁴⁹ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 433; Giritli vd., **a.g.e.**, s. 131; Atay, **a.g.e.**, s. 513; Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 356.

belirsiz ya da genel ve esnek kavramlar ile ifade edilmektedir. Burada, belirsiz kavramlara verilen örnekler, hukuk kurallarınca getirilen *kamu yararı*, *kamu düzeni*, *ahlak*,⁵⁰ *millî güvenlik*, *genel sağlık*, *ihtiyaç*, *lüzum*,⁵¹ *hizmetin gerekleri*, *hakkaniyet*, *eşitlik*,⁵² *gerektiğinde*,⁵³ *millî egemenlik* ve *kamu esenliği*,⁵⁴ *zorunlu hâllerde*, *yapılabilir*⁵⁵ şeklinde kavramlardır. Bu kavramların sebep unsuru teşkil ettiği idarî işlemlerde, idarelerin daha titiz davranması ve soyut olarak belirlenmiş kavramın içeriğini doldurması gerektiği belirtilmiştir⁵⁶. İlâveten içeriğin doldurulmasında yine idarî işlemi tesis eden kişilerin kişisel kanaatleri, düşünceleri ve değerlendirmeleri dayanak olarak kullanılamamakta; toplumda egemen olan kanaat ve düşünce ile istikrar kazanmış olan uygulamaların dayanak alınması gerektiği belirtilmiştir⁵⁷. Bu noktada doktrindeki bir görüşe göre burada idarelerin takdir yetkisi bulunmaktadır⁵⁸. Diğer bir görüşe göre de bu durum için, takdir yetkisinin var olup olmadığını kestirmek oldukça zordur. Bu sebeple de takdir yetkisinin varlığının tespiti için, iki kriter öne sürülmüştür. Bu bağlamda, belirsiz ya da genel ve esnek nitelikteki bu kavramların esasını, objektif bir değer mi yoksa yetkili idarenin anlayışının mı oluşturup oluşturmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Eğer ki kriterin yorumunda, sebep unsurunda objektif bir değer dikkate alındığı sonucu ortaya çıkıyor ise takdir yetkisinin olmadığı; diğer taraftan sebep unsurunda yetkili idarenin anlayışının dikkate alındığı sonucu ortaya çıkıyor ise takdir yetkisinin var olduğu belirtilmiştir⁵⁹.

Sebeb unsurunun oluşturduğu ikinci duruma ilişkin ve esas itibarıyla yukarıdaki görüşe yakın olan diğer görüşe göre, belirsiz ya da genel ve esnek nitelikteki bu kavramların hangi maddî olayları kapsadıklarının her zaman belli olmadığı ve fakat bu kavramların uygulanma tecrübesiyle ve toplumun belli bir

⁵⁰ Balta, **a.g.e.**, s. 136.

⁵¹ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 356.

⁵² Giritli vd., **a.g.e.**, s. 1264.

⁵³ Yıldırım vd. **a.g.e.**, s. 455.

⁵⁴ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 432.

⁵⁵ Giritli vd., **a.g.e.**, s. 125.

⁵⁶ **A.e.**, s. 1264.

⁵⁷ Atay, **a.g.e.**, s. 507.

⁵⁸ Özay, **a.g.e.**, s. 456; Giritli vd., **a.g.e.**, s. 125; Yıldırım vd., **a.g.e.**, s. 455.

⁵⁹ Balta, **a.g.e.**, s. 136-137.

anlam atfetmesiyle birlikte belli ve objektif bir anlam kazandıkları ve öze sahip oldukları belirtilmiştir. İlaveten burada idarî işleme sebep esas teşkil eden maddî olayın, belirsiz ya da genel ve esnek nitelikteki bu kavrama altlanıp altlanamayacağı objektif olarak belirlenemiyor ise idarenin takdir yetkisinin varlığından bahsedilmektedir. Diğer bir ifade ile kuşkulu durumlarda idarenin idarî işlemin sebebini belirleme noktasında takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir⁶⁰. Burada idarenin dayanak olarak gösterdiği maddî olayın belirsiz ya da genel ve esnek nitelikteki bu kavramın kapsamına girebilecek nitelikte olması gerektiği belirtilmiştir⁶¹.

Sebep unsurunun oluşturduğu ikinci duruma ilişkin doktrindeki bir diğer görüşte, belirsiz ya da genel ve esnek nitelikteki bu kavramların kapsamının geniş olması sebebiyle yorumlanmaya ihtiyaç duydukları ve aslında bu durumun bağlı yetki ile takdir yetkisi karşıtlığını yumuşattığı belirtilmiştir⁶². İlaveten belirsiz ya da genel ve esnek nitelikteki bu kavramın idarenin anlayışını ifade ettiği durumda idarenin sübjektif değerlendirilmesinin ve takdir yetkisinin var olduğu belirtilmektedir⁶³.

Sebep unsuruna ilişkin ikinci durumla ilgili yukarıdakilerden farklı yönde olan diğer bir görüşe göre, belirsiz ya da genel ve esnek nitelikteki bu kavramların idarî işlemlerin sebep unsurunu teşkil ettiği durumlarda idarenin değerlendirme yetkisine sahip olduğunu ve bunun da takdir yetkisi ile değil, değerlendirme marjı ile ifade edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁶⁴. Değerlendirme marjının, idarî işlemin sebep unsurunda yer alan bir yetki olduğu ve idarelerce bu yetkinin belirsiz ya da genel ve esnek nitelikteki bu kavramların sebep unsurunun ortaya konulmasında yorumlanarak ve hukukî tavsifi yapılarak kullanıldığı ileri sürülmüştür. Sonuç olarak bu görüşe göre, idarî işlemlerde sadece konu unsurunda idarenin takdir yetkisi

⁶⁰ Günday, **a.g.e.**, s. 154-156.

⁶¹ Atay, **a.g.e.**, s. 507.

⁶² Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 431; 433.

⁶³ **A.e.**, s. 433.

⁶⁴ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 356.

bulunmaktadır⁶⁵. Doktrindeki bu görüşün içinde yer alan ve takdir yetkisine benzer olduğu belirtilen⁶⁶ değerlendirme yetkisinin varlığında da bazı hâllerde takdir yetkisinin bulunabileceği bazı hâllerde ise bulunamayacağına ilişkin görüş de mevcuttur. Bu ayırım da yine sebep unsurunun esasını, objektif bir belirlemenin mi yoksa yetkili idarenin anlayışının mı oluşturduğu temeline dayanmaktadır⁶⁷. Başka deyişle, idarenin yaptığı değerlendirmede bazı hâllerde nesnel ölçü kullanılması gerekirken bazı hâllerde ise takdir yetkisinin tanındığı belirtilmiştir⁶⁸.

Sebeup unsuruna ilişkin üçüncü durumda ise sebep unsurunun objektif nitelikte olmadığı, sübjektif karakter kazandığı; idarî işlemin sebep unsurunun mevzuatta belirtilmediği ya da sebep unsurunun idarelerce belirlenmesinin öngörülmediği durumlar için de sebep unsurunda idarenin takdir yetkisinin var olduğu belirtilmiştir⁶⁹. Bu durumda idarenin takdir yetkisinin var olup olmadığına ilişkin idare hukuku doktrinindeki görüşlerden ilkinke göre, burada idarî işlemin sebebi objektif bir unsur değildir ve tamamen sübjektif nitelikte olduğundan idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır⁷⁰. Başka bir görüşe göre, işlem için hiç sebep belirtilmeyen hâllerde idarî işlemin tesisinde idarenin geniş bir değerlendirme marjının bulunduğu belirtilmiştir⁷¹. Buradaki görüşte takdir yetkisi ile değerlendirme marjı aynı anlamda kullanılmıştır. Diğer bir diğer görüş ise ikinci durumda da olduğu gibi bu son durumda da ve aslında sebep unsurunda idarenin takdir yetkisinin bulunmadığını; burada değerlendirme marjının var olduğunu belirtmiştir⁷².

Yargı kararları ile idare hukuku doktrininde yer verdiğimiz bu görüşleri incelerken, her birindeki iddialara katılmamak elde değildir; zira kendi içlerinde tutarlı tezleri mevcuttur. Ancak kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının yargıya taşınması hâlinde, bu işlemin sebep unsurunda takdir yetkisinin bulunup

⁶⁵ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 356-357.

⁶⁶ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 332.

⁶⁷ Balta, **a.g.e.**, s. 137-138.

⁶⁸ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 332.

⁶⁹ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 297-300; Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: II, s. 464; Giritli vd. **a.g.e.**, s. 1264; Günday, **a.g.e.**, s. 155; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 433.

⁷⁰ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 433.

⁷¹ Atay, **a.g.e.**, s. 507.

⁷² Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 356-357.

bulunmadığının tespiti önemli olacağı için, bu tartışma içinde bir görüşü savunmak yerine, kamu ihalelerinden yasaklama kararları özelinde, bu işlemlerin sebep unsurunda, çoğunlukla bağlı yetki bulunduğunu ve birkaç durumda da takdir yetkisinin bulunduğunu düşünmekteyiz. Zira kanaatimize göre, her takdir yetkisi de kendi içerisinde bir değerlendirme faaliyeti içermektedir ve bu değerlendirme sonucunda yapılan bir tercih bulunmaktadır⁷³.

İdarî işlemlerin konu unsurunda⁷⁴ takdir yetkisinin bulunabileceği belirtilmektedir⁷⁵. Bu şu anlama gelmektedir ki idarenin bir konudaki idarî işlemi için, hangi maddî veya hukukî olayı sebep kabul edeceği ve bu sebeplerin varlığı karşısında belli bir konuda işlem tesis edip edemeyeceği⁷⁶ irdelenmektedir. Bağlı yetkinin var olduğu hâllerde sebep unsurunun doğru saptaması ile konu unsuru -yani kanun veya hukuk kuralında yer alan hukukî sonuç- zorunlu olarak ortaya çıkacağı için, burada konu unsurunda idarenin takdir yetkisinden bahsedilemeyecektir⁷⁷. Diğer yandan kanun veya hukuk kuralı belli bir kararın alınmaması ya da alınacak ise hangi kararın alınacağı noktasında idarenin bir seçim hakkı, hareket serbestisinin bulunduğu hâllerde de idarenin takdir yetkisinin bulunduğu belirtilmiştir⁷⁸. Ayrıca yetki unsurunda⁷⁹, biçim (şekil ve usul⁸⁰) unsurunda⁸¹ ve amaç unsurunda⁸² idarenin takdir yetkisinin bulunamayacağı belirtilmiştir.

⁷³ Takdir yetkisinin bulunduğu hâllerde idarenin, değerlendirme marjına sahip olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Atay, **a.g.e.**, s. 513.

⁷⁴ İdarî işlemlerin konu unsurunda idarelerin takdir yetkisinin var olabileceği konusunda da uzlaşma mevcuttur; ancak idarî işlemlerin sebep unsurunda idarelerin takdir yetkisinin olup olamayacağına ilişkin doktrinde görüş farklılıkları bulunmakta olduğunu daha önce belirtmiştik.

⁷⁵ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 420; Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 211, Özay, **a.g.e.**, s. 456; Günday, **a.g.e.**, s. 153-158; Giritli vd., **a.g.e.**, s. 132; Atay, **a.g.e.**, s. 521; Yıldırım vd., **a.g.e.**, s. 455-459.

⁷⁶ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 211.

⁷⁷ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 357.

⁷⁸ Giritli vd. **a.g.e.**, s. 1275.

⁷⁹ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 211; Özay, **a.g.e.**, s. 456; Atay, **a.g.e.**, s. 521; Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 355.

⁸⁰ Usul unsurunda takdir yetkisinin bulunabileceğine ilişkin görüş için bkz.: Özay, **a.g.e.**, s. 456.

⁸¹ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 199; 211; Atay, **a.g.e.**, s. 521; Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 356.

⁸² Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 432; Özay, **a.g.e.**, s. 456; Atay, **a.g.e.**, s. 521.

4.2. YASAKLAMA KARARLARININ VERİLMESİNDE SEBEP UNSURU

2886 sayılı Kanun'da sözleşme öncesi ve sonrası işlemler ayırt edilmeksizin ihalelerin tüm sürecine ilişkin düzenlemeler bulunduğunu; ancak 4734 sayılı Kanun'da ise sözleşme imzalanana kadar olan süreçte gerçekleşen ihale işlemlerine ilişkin usul ve esasların düzenlediğini ve ihale sonrasında akdedilecek kamu ihale sözleşmelerine ilişkin hükümlerin ise 4735 sayılı Kanun'da yer aldığını daha önce belirtmiştik. Bu durum sebebiyle, karşılaştırma yapılabilmesini sağlamak üzere, 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen yasaklama kararlarına ilişkin sebep unsuru irdelenirken sözleşmenin akdedilmesinden⁸³ önce ve sonra gerçekleşen fiil ve davranışlar ayrı ayrı açıklanacaktır⁸⁴. Ancak burada başka bir hususu da belirtmek istiyoruz. Yasaklama kararlarının verilmesinde sebep unsuru irdelenirken hangi fiillerin sebep unsuru olarak hükme bağlandığına ilişkin açıklamalarımızda, sözleşme öncesi ve sonrası parametresini belirledik ve kamu ihalelerinden yasaklamanın idare kapsamı temeline ilişkin diğer parametreyi bu irdelemeye dâhil etmedik. Şöyle ki 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesi ile sözleşme öncesi veya sonrasında gerçekleşen yasak fiil ve davranışlar belirlenmiş ve bu fiil ve davranışların gerçekleşmesi hâlinde bütün ihalelere katılımın yasaklanması sonucuna bağlamıştır. İlâveten Kanun'un 84. maddesinde de yasak olduğu belirtilmemiş bazı fiil ve davranışlar da hükme bağlanmıştır ki bu fiil ve davranışlar gerçekleştiğinde de ilgililer hakkında kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilecek olup bu hâlde ise yalnızca ilgili Bakanlığın

⁸³ 2886 sayılı Kanun uyarınca her ihale sonrasında, idare ile müteahhit veya müşteri arasında yapılan yazılı anlaşmayı ifade eden sözleşmenin varlığı mutlak değildir. Zira Kanun'un sözleşme yapılıp yapılmamasını idarenin takdir yetkisine bıraktığı durumlar mevcut olup Kanun'un 53. maddesinde Kanun'da belirtilen özel hâllerde sözleşme yapılmasının zorunlu olmadığı belirtilmiştir. Örneğin pazarlık usulü ile yapılan ihalelerin bir kısmında idarelere sözleşme yapma zorunluluğu getirilmemiştir. Bu sebeple de sözleşme akdedildikten sonra gerçekleşebilen yasak fiil ve davranışları irdelerken sözleşmenin imzalanması şartına bağlı kalmadan taahhüdün yerine getirildiği, taahhüt işlemlerine girişildiği aşamayı kastettiğimizi belirtmek isteriz.

⁸⁴ Fiil ve davranışlar belirtmesinin önüne yasak olduğuna ilişkin nitelendirme bilinçli bir şekilde yapılmamıştır. Zira 2886 sayılı Kanun'un 83 ve 84. maddelerinde belirtilen fiil ve davranışların, süreleri, idare kapsamı farklı olmakla birlikte; hepsi kamu ihalelerinden yasaklama kararının sebep unsuru oluşturmaktadır. Durum bu olmakla birlikte, yalnızca Kanun'un 83. maddesinde yer alan fiil ve davranışların yasak olduğu belirtilmiş; diğer taraftan da Kanun'un 84. maddesinde yer alan fiil ve davranışlarla ilgili böyle bir belirtme yapılmamış olup Kanun'da geçen lafza uygun olarak açıklamalarımızı yapmak istiyoruz.

ya da ihaleyi yapan idarenin/kurumun ihalelerine katılımın yasaklanması şeklinde bir sonuç düzenlenmiştir. Başka deyişle, 2886 sayılı Kanun'un 83 ve 84. maddelerinde belirtilen fiil ve davranışlar arasında ağırlık derecelerine göre bir hiyerarşi bulunmaktadır. Bu hiyerarşide, aynı zamanda ceza kanununa göre suç oluşturan ve yasak olduğu hükme bağlanan fiil ve davranışların ağırlıkları daha fazla kabul edilmiş; ceza kanununa göre suç oluşturan fiil ve davranış olmamakla ve yasak olduğu hükme bağlanmamakla birlikte yine de kamu ihalelerinden yasaklama kararının tesisine sebep olanların ağırlıkları ise daha az kabul edilmiştir. Bu açıklamalardan sonra aşağıda sebep unsuru olarak bahsedilecek olan fiil ve davranışların sonucunda, her halükârda kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis edilecek olmakla birlikte, yasaklama kararının etkili olacağı idare kapsamı farklı olacaktır; ancak bu farklılık temelindeki parametreye ise yasaklama işlemlerinin konu unsurunda yer verilecek olup bu başlık altında incelenmeyecektir.

Son olarak ister sözleşme akdedilmeden önce ister akdedildikten sonra tesis edilen kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında, aşağıda açıklayacağımız ve mevzuatta yer alan hükümlerin sebep unsuru olarak dayanak alınması gerekmektedir; aksi takdirde kamu ihalelerinden yasaklama kararları sebep unsuru bakımından sakat olacak ve ilgililerin başvurusu ile bu kararların mahkemelerce iptali gündeme gelecektir. Ayrıca aşağıda 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilecek olan yasaklama kararlarının sebep unsuru ile ilgili açıklamalarımız için, bu sebeplerin maddî nitelikli sebep olduklarını; başka deyişle kişilerin gerçekleştirdikleri ve maddî olay oluşturan fiil ve davranışlarının idarî işlemlerin sebebini oluşturduklarını belirtebiliriz.

4.2.1. Sözleşme İmzalanmadan Önce Tesis Edilen Yasaklama Kararlarında Sebep Unsuru

2886 sayılı Kanun'un Dördüncü Kısımında *İhale İşlerinde Yasaklar ve Sorumluluklar* başlığı altında yer alan 83. maddenin (a) ve (b) bentlerinin tamamında (c) bendinin ise ilk kısmında, ihale işlemlerinin hazırlanması ve yürütülmesi

sirasında ve henüz sözleşme imzalanmadan önce, yasaklanan fiil ve davranışlar⁸⁵ düzenlenmektedir. İlâveten Kanun'un aynı kısmında *İdarelerce İhalelere Katılmaktan Geçici Yasaklama* başlığı altında yer alan madde 84/3 hükmünün de ilk kısmında ve 2000/1, 2001/1 ve 2002/1 No.lu Devlet İhaleleri Genelgelerinde de kamu ihalelerinden yasaklama kararının sebep unsurunu oluşturan ve sözleşme öncesinde gerçekleşen yasak fiil ve davranışlar düzenlenmiştir.

Çalışmamızın yasaklama kararlarının sözleşme öncesinde sebebini oluşturan bu fiil ve davranışlar aşağıda tek tek ele alınmaktadır. Bu bağlamda 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesinde yer alan, *sözleşme öncesinde* kamu ihalelerinden yasaklama kararı ile sonuçlanan fiil ve davranışları incelemek üzere, ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek, rekabeti engelleyici fiil ve davranışlarda bulunmak, ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek şeklindeki yasak fiil ve davranışlar⁸⁶ ile Kanun'un madde 84/3 hükmünde yer alan üzerine ihale yapıldığı hâlde usulüne göre sözleşme yapmamak ve 2000/1, 2001/1 ve 2002/1 No.lu Devlet İhaleleri Genelgelerinde hükme bağlandığı üzere, ihalelerde bir istekli tarafından kendi veya başkaları adına asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif vermek şeklinde fiil ve davranışlar olmak üzere beş adet kategori oluşturabiliriz.

4.2.1.1. İhaleye İlişkin İşlemlere Fesat Karıştırmak veya Buna Teşebbüs Etmek

2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmüne göre, ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında, *"Hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin*

⁸⁵ 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesinin ve 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinin başlığı "Yasak fiil ve davranışlar" olarak; 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin başlığı ise "Yasak fiil veya davranışlar" olarak hükme bağlanmıştır. Biz 2886 sayılı Kanun ile ilgili açıklamalarda Kanun'un kullandığı terminolojiden hareket edeceğiz.

⁸⁶ Buraya kadar belirtilen fiil ve davranışların, 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesine göre yasak olduğu belirtilmiştir.

işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek, (...) yasaktır."⁸⁷ Bu başlık altında hile ve desise⁸⁸, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek şeklinde gerçekleşen yasak fiil ve davranışlar irdelenecektir.

2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmü dikkatli incelendiğinde, Kanun'da tahdidi sayma yoluna gidilmemiş "*veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek*" ifadesi ile hükümde sayılan hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama dışındaki herhangi bir fiil ve davranış ile ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek de kamu ihalelerinden yasaklama yaptırımına bağlandığı için, inceleme konusu yapamayacağımız ve fakat somut uyuşmazlıklarda ortaya çıkabilecek durumların olabileceğini de belirtmek gerekir. İdarelerin bu boşluğun doldurulmasında değerlendirme yapmaları gerekmektedir ve hükümde açık şekilde belirtilenlerin dışındaki hangi fiil ve davranışın ihale işlemlerine fesat karıştırmaya veya buna

⁸⁷ 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesinin giriş cümlesi olarak *ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında* ifadesi kullanıldıktan sonra, (a) bendinde de hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmenin yasak olduğu hükme bağlanmıştır. Burada hem giriş cümlesi hem de (a) bendinde yer alan ihaleye ilişkin işlemler ifadesi birlikte düşünüldüğünde bu bendin sözleşme imzalanmadan önce gerçekleşen fiil ve davranışları yasakladığı şeklinde bir sonuç çıkartılmamalıdır. Bu sebeple sözleşme imzalandıktan sonra gerçekleşebilecek yasak fiil ve davranışlar incelenirken bu hükme tekrar yer verilecektir. Bu açıklamayı yapma sebepimiz 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda yer alan benzer hükümlerdir. Zira 4734 sayılı Kanun sadece ihale işlemlerine ilişkin usul ve esasları; başka deyişle sözleşme imzalanmadan önceki ihale işlemlerinin usul ve esaslarını düzenlemektedir ve Kanun'un 17. maddesinin giriş cümlesinde *ihalelerde*, maddeye ait bentlerde belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmanın yasak olduğu belirtilmiş olup maddenin (a) bendinde de hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek şeklindeki ibare hükme bağlanmıştır. Durum bu olmakla birlikte, 4734 sayılı Kanun uyarınca akdedilecek kamu ihale sözleşmelerinin usul ve esaslarının düzenlendiği 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinde de yasak fiil ve davranışlar düzenlenmiştir. Maddenin giriş cümlesi, *sözleşmenin uygulanması sırasında* 25. maddeye ait bentlerde belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmanın yasak olduğu belirtildikten sonra, maddenin (a) bendinde hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek ibaresi hükme bağlanmıştır.

⁸⁸ Hile ve desise kavramları için iki ayrı başlık açılmamış olup beraber incelenmiştir. Bu tercihe bizi yönlendiren iki sebep bulunmaktadır. Bunlardan ilki, çalışmamızın devamında yer vereceğimiz üzere her iki kavramın tanımlarındaki benzerliktir; diğeri ise Yüksek Mahkeme kararlarında da bu kavramların irdelenmesinin birlikte yapılmasıdır. Başka deyişle somut uyuşmazlıkta hile ve desisenin birlikte varlığı ya da yokluğu muhakeme edilmektedir. Ayrıca 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda da sadece hile kavramına yer verilmiş olup desise kavramı metne alınmamıştır.

teşebbüs etmeye yönelik olduğunun ve dolayısıyla kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilmesinde sebep unsuru oluşturup oluşturmayacağının tespitinde idarelerin takdir yetkisi bulunmaktadır. Hemen burada 2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmünde yer almayan; fakat ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmeye yönelik *anlaşma*, *irtikâp* ve *rüşvet* fiil ve davranışlarını örnek verebiliriz. Zira 4734 sayılı Kanun'un madde 17/a ve 4735 sayılı Kanun'un madde 25/a hükümlerinde, kanun koyucu 2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmünde yer almayan bu fiil ve davranışların da yasak olduğunu ve bunların ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmeye yönelik olduğunu hüküm altına almıştır.

2886 sayılı Kanun'un 35. maddesinde ihale usullerinin neler olduğu düzenlenmiş olup işin gereğine göre bu usullerden hangisinin uygulanacağı Kanun hükümlerine uyularak idarelerce tespit edilmektedir. Bu bağlamda Kanun uyarınca, kapalı teklif usulü⁸⁹, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, açık teklif usulü, pazarlık usulü ve yarışma usulü olmak üzere beş tür ihale usulü öngörülmüştür. Kanun'daki düzenlemede mevcut durum bu olmakla birlikte daha önce belirttiğimiz üzere, 4734 sayılı Kanun'un yürürlük kazanması ile 2886 sayılı Kanun'un uygulama alanı daralmış olduğundan, 2886 sayılı Kanun'da kamusal alımlara ilişkin işlemleri düzenleyen belli istekliler arasında kapalı teklif usulü⁹⁰ ile diğer bir ihale usulü

⁸⁹ 2886 sayılı Kanun'un 36. maddesine göre, alım, kiralama (kiralayan idare), trampa, mülkiyetin gayri aynı hak tesisi işlerine ilişkin ihalelerde, tekliflerin gizli olarak verilmesini sağlayan kapalı teklif usulü esastır. Ancak, Kanun'un 44. maddesinde sayılan işler belli istekliler arasında kapalı teklif usulüyle, 45. maddesinde sayılan işler açık teklif usulüyle, 51. maddesinde sayılan işler pazarlık usulüyle ve 52. maddesinde sayılan işler de yarışma usulüyle yaptırılmaktadır. Dikkat edildiğinde Kanun gereğince kapalı teklif ihale usulü, esas ve her halükârda uygulanabilecek ihale usulü olup diğer ihale usullerinin düzenlemelerde yer alan durumların gerçekleşmesi şartıyla idarelerin tercihinin bırakıldıklarından idarelere seçim noktasında takdir hakkı tanınmıştır.

⁹⁰ 2886 sayılı Kanun'da belli istekliler arasında kapalı teklif usulünün düzenlendiği 44. maddeye göre, *belli istekliler arasında yapılacak ihaleler* şu şekilde hükme bağlanmıştır:

"Uçak, harp gemisi, harp mühimmatı, elektronik cihaz, askeri tesisat ve levazımat, silah ve malzeme sistemleri, savunma sanayii ile ilgili faaliyetler ve bunlara ait her türlü yedek parça alımı; barajlar, enerji santralleri, sulama tesisleri, limanlar, rıhtımlar, hava meydanları, demiryolları, lokomotifler, karayolları, tüneller, köprüler, akaryakıt tesisleri, özelliği bulunan yapım işleri bedii ve teknik hususiyetleri taşıyan sanat işleri, kentlerin ulaşım sistemlerine ilişkin planlar, kentlerin harita, nazım ve imar planları, su, kanalizasyon ve enerji tesisleri ile bunların etüt ve proje işlerinin ihalesi; diğer ihale usulleri yerine teknik yeterlilikleri ve güçleri idarece kabul edilmiş en az üç istekli arasında kapalı teklif usulü ile yaptırılabilir.

olarak düzenlenen yarışma usulünün⁹¹ uygulanma kabiliyeti kalmamıştır⁹². Bu bağlamda belli istekliler arasında kapalı teklif usulünün yerini 4734 sayılı Kanun'da yer alan belli istekliler arasında teklif usulü⁹³; yarışma usulünün yerini de 4734 sayılı Kanun'da yer alan ve bir ihale usulü olmayan tasarım yarışmaları⁹⁴ almıştır⁹⁵. Bu açıklamalar ışığında, uygulama kabiliyeti devam eden ve 2886 sayılı Kanun'da düzenlenen kapalı teklif usulü, açık teklif usulü ve pazarlık usulü⁹⁶ ile yapılan ihalelerde hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmenin kamu ihalelerinden yasaklama kararının verilmesinde sebep unsurunu teşkil ettiğini

Zorunlu nedenlerle üçten az istekliden teklif almak gerektiği takdirde Maliye ve Gümrük Bakanlığının görüşüne dayanılarak Bakanlar Kurulundan bu hususta ayrıca karar alınması şarttır.

Bu madde hükümlerine göre yapılacak ihalelerde, ihaleye katılacak isteklilerin isimleri belirtilmek suretiyle bizzat ilgili veya bağlı bulunulan bakanın onayının alınması zorunludur.

Bu ihalelerle ilan yapılması zorunlu değildir. Gerekli görülen hâllerde ihaleye davet edilecek isteklilerin seçimi için 17, 18 ve 19 uncu maddeleri hükümlerine bağlı kalınmaksızın önseçim ilanı yapılabilir."

⁹¹ 2886 sayılı Kanun'da yarışma usulünün düzenlendiği 42. madde şu şekilde hükme bağlanmıştır: *"İdareler her türlü etüt, plan, proje ve güzel sanatlara ilişkin işleri gerekli görüldüğünde, yarışma ile yaptırabilirler. Bu işlerin mesleki kontrollük hizmetleri, projesi uygulanacak olan yarışmacıya, pazarlıkla ihale edilebilir.*

İdareler kuruluş kanunlarında yer alan işlere ilişkin yarışmaların yürütülmesiyle ilgili yönetmelikleri hazırlarlar.

Mimarlık, mühendislik proje yarışmalarıyla ilgili yönetmelik Bayındırlık Bakanlığınca hazırlanır."

⁹² Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 479-480.

⁹³ 4734 sayılı Kanun'un *Tanımlar* başlıklı 4. maddesine göre, *belli istekliler arasında ihale usulü*, ön yeterlik değerlendirme sonucunda idare tarafından davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usulü ifade etmektedir.

⁹⁴ 4734 sayılı Kanun'un 18. maddesinde, bu Kanun uyarınca uygulanacak olan ihale usulleri açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü olarak belirtilmiş olup tasarım yarışmaları bir ihale usulü olarak düzenlenmemiştir. Kanun'un tasarım yarışmalarına ilişkin düzenleme getiren 23. maddesine göre, idareler gerekli gördükleri mimarlık, peyzaj mimarlığı, mühendislik, kentsel tasarım projeleri, şehir ve bölge plânlama ve güzel sanat eserleri ile ilgili bir plân veya tasarım projesi elde edilmesine yönelik olarak, ilgili mevzuatında belirlenecek usul ve esaslara göre rekabeti sağlayacak şekilde ilân yapılmak suretiyle, jüri tarafından değerlendirme yapılmak üzere ödüllü veya ödüksüz yarışma yaptırabilmektedir.

⁹⁵ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, 479-480.

⁹⁶ Kapsamı altında olan taşınmazlar ve idareler için satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri aynı hak tesisi iş ve işlemlerinin tümüne ilişkin düzenleme getiren Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik'in de 27. maddesinde, 2886 sayılı Kanun'un yürürlüğü devam eden iş ve işlem kapsamına uygun olarak ihalelerde kapalı teklif usulü, açık teklif usulü ve pazarlık usulünün uygulanacağı belirtilerek belli istekliler arasında kapalı teklif usulü ile yarışma usulü metne alınmamıştır.

ve bunun da yukarıda yer verdiğimiz sebep unsuru çeşitlerinden maddî sebep olduğunu belirtebiliriz⁹⁷.

İhaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırma veya buna teşebbüs etmeye yönelik ve bu başlık altında türlerini inceleyeceğimiz tüm fiil ve davranışlar, kasıtlı işlenebilecek türdendir; başka deyişle bu fiillerin taksir ile işlenmesine bağlanan bir yaptırım olmadığı gibi, fiil ve davranışların niteliği dikkate alındığında da kasıt ya vardır ya da yoktur⁹⁸.

Yukarıda yer verdiğimiz ve ihalelere fesat karıştırmaya yönelik olarak kanun koyucu tarafından hükme bağlanan fiil ve davranışları incelemeye geçmeden önce, 2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmü uyarınca, hangi sıfatı taşıyan kişiler hakkında kamu ihalelerinden yasaklama kararı verileceğini -bu yasak fiil ve davranışların failini- ve bu yasak fiil ve davranışlara maruz kalan kişileri -bu yasak fiil ve davranışların yöneldiği kişileri-⁹⁹ açıklamak gerekmektedir. Ancak bu açıklamayı yapabilmek için öncelikle, 2886 sayılı Kanun uyarınca yapılan ihalelerdeki ihale sürecine ve Kanun'un 83. maddesinde yer alan ifadelerle ilişkin bilgiler verilecektir.

⁹⁷ Konu başlığımız 2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmünde yer alan düzenleme de dâhil olmak üzere 83. maddenin tümünde yasaklanan fiil ve davranışların, 2886 sayılı Kanun'da ihale usulüne tabi olmayan işlerden biri olarak düzenlenen ve Kanun'un 81. maddesinde emanet suretiyle yapılacak işlerde de vuku bulması hâlinde, kamu ihalelerinden yasaklama kararı işleminin maddî bir sebep unsuru olarak işlemin gerekçesini oluşturduğuna ilişkin Danıştay'ın vermiş olduğu kararlar mevcuttur. Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 06.11.2007 Tarihli ve E. 2007/1234, K. 2007/6834 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWCfuP3voXTkA~~>, 17.04.2017. Ancak bu usulün de 4734 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile uygulama kabiliyetinin kalmadığını (iş ve işlem kapsamının 4734 sayılı Kanun'un kapsamına dâhil olması nedeniyle) belirtmeliyiz; zira 2000/1, 2001/1 ve 2002/1 No.lu Devlet İhaleleri Genelgelerinde de 2886 sayılı Kanun'un 81. maddesi ile bu maddeye istinaden çıkarılan Yönetmelik hükümlerine göre taşeronlarla yapılan anlaşmalar ile emanet komisyonlarınca yapılan alımların harcamayı gerektirir taahhüt niteliğinde olduğu bildirilmiştir. *Bazı Yönetmeliklerin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik* ile de 2886 sayılı Kanun'un 81. maddesine dayanılarak hazırlanmış ve emanet suretiyle yapılacak işlerin uygulama esaslarını tespit etme amacıyla çıkarılmış olan *Emanet İşlere Ait Uygulama Yönetmeliği*'nin değişen mevzuat ve koşullar nedeniyle artık uygulanma olanağı kalmadığından bahisle tamamıyla yürürlükten kaldırılmıştır.

⁹⁸ Yasin Sezer, **Kamu İhalelerine Katılma Yasağı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 160.

⁹⁹ Burada tam olarak ifade etmeye çalıştığımız durum, hile ve desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırma veya buna teşebbüs etme şeklindeki ve sözleşme imzalanmadan önce gerçekleşen fiil ve davranışların, hangi kişilere yönelmesi hâlinde kamu ihalelerinden yasaklama kararının sebep unsurunun oluştuğuna ilişkin bir incelemedir.

2886 sayılı Kanun'un 83. maddesinde yer alan tüm bentleri için (a, b, c) giriş cümlesi olarak hükme bağlanan "*İhale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında*" ibaresi bulunmaktadır. İhale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması, birbirinden farklı idarî işlemleri ve aşamaları içeren süreçler olup bu süreç ve her aşama Kanun'da düzenlenen başka usul ve esaslara tabi bulunmaktadır.

2886 sayılı Kanun'a göre, Kanun'da yazılı usul ve şartlarla işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemler, ihale kavramı olarak ifade edilmektedir. Ancak 2886 sayılı Kanun uyarınca ihale işlemleri ya da ihaleye ilişkin işlemler denildiğinde, **hazırlık, ilan, tekliflerin sunulması ve değerlendirilmesi** ile **sözleşmenin yürütülmesi** olmak üzere dört aşama karşımıza çıkmaktadır¹⁰⁰. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde görüleceği üzere bu aşamalar, ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması şeklinde Kanun'da belirtilen üç aşama içine dağıtılmış olup konuyu anlatmakta işlevsel olması açısından tarafımızca tasnif edilmiştir. Bu farazi ayırmda önemli olan husus, birtakım işlemlerden oluşan ve bir süreç olan ihalenin başlangıç işleminin idarenin ihtiyaç tespiti ve sonuç işleminin ise kamu ihale sözleşmesinin akdedilmesinden sonra taahhüdün şartname ve sözleşme şartlarına uygun şekilde yerine getirilmesi ve işin tamamlanması olduğudur. Bu başlık altında 2886 sayılı Kanun uyarınca yapılan ihalelerde, sözleşme öncesi gerçekleşen yasak fiil ve davranışları incelediğimiz için,

¹⁰⁰ Bu aşamaları esinlendiğimiz eserlerden ilkinde, idare sözleşmelerinin oluşmasında bir usul olarak ele alınan ihale usulü için, 2490 sayılı Kanun temelinde sözleşmelerin oluşmasında *akde tekaddüm eden hazırlık safhası (hazırlık aşaması), akdin teşekkülü safhası (sözleşmenin oluşturulması/yapılması aşaması) ve akdin tekemmül safhası (sözleşmenin uygulanması/yürütülmesi aşaması)* olmak üzere üç aşama belirtilmiştir. Bkz.: Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1615. Diğer eserde, 2886 sayılı Kanun uyarınca yürütülen ihale işlemlerinin aşamaları, *hazırlık aşaması, uygun bedelin sağlanması aşaması, sözleşmenin yapılması aşaması ve sözleşmenin yürütülmesi aşaması* şeklinde dört aşama olarak belirtilmiştir. Bkz.: Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 278. Biz çalışmamızdaki açıklamalar için, eserlerde yer alan hazırlık ve sözleşmenin yürütülmesi aşamalarını aynen almakla birlikte, uygun bedelin sağlanması aşamasını tekliflerin sunulması ve değerlendirilmesi aşaması olarak değiştirmeyi ve 2886 sayılı Kanun'un ihale tanımına uygun olarak da bu aşamanın içine sözleşmenin imzalanmasına dek olan işlemleri kapsayacak şekilde seçmeyi uygun gördük. İlan aşamasını da hazırlık aşaması ile tekliflerin sunulması ve değerlendirilmesi aşaması arasındaki ve artık ihale aktörleri olan gerçek veya tüzel kişilerin de dâhil olabildiği, müstakil bir aşama olarak inceledik. Ayrıca hazırlık sürecinin yalnızca hazırlık aşamasını içermesi sebebiyle, bu süreç hem hazırlık süreci hem de hazırlık aşaması olarak ifade edilmiş olup her ikisi de aynı anlamda kullanılmıştır.

yukarıdaki aşamalardan sözleşmenin yürütülmesi aşamasına ilişkin açıklamaların burada yapılmayacağını belirttikten sonra, 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesinin giriş cümlesinde yer alan süreç ile ihale işlemlerine ilişkin aşamalarda gerçekleşen yasak fiil ve davranışlar temelinde uygulayacağımız yöntem Tablo 6'da yer verilmiştir.

Tablo 6: 2886 Sayılı Kanun'un 83. Maddesi Uyarınca Yasak Fiil ve Davranışların Gerçekleştiği İhale İşlemleri ile İhale İşlemlerinin Aşamaları

2886 sayılı Kanun'un 83. Maddesi Uyarınca Yasak Fiil ve Davranışların Gerçekleştiği İhale Sürecinde Yer Alan Aşamalar ve İdarî İşlemler:

1. İhale İşlemlerinin Hazırlanması Süreci	2. İhale İşlemlerinin Yürütülmesi Süreci	3. İhale İşlemlerinin Sonuçlandırılması Süreci
·Sözleşme imzalanmadan önceki süreçte yer almaktadır.	·Sözleşme imzalanmadan önceki süreçte yer almaktadır.	·Sözleşme imzalandıktan sonraki süreçte yer almaktadır.
· Hazırlık aşamasını içermektedir.	· İlan aşamasını içermektedir.	· Sözleşmenin yürütülmesi aşamasını içermektedir.
·Hazırlık aşaması, tamamen idare adamlarına yetki ve görev olarak hasredilmiş ve ilan ya da ihaleye davetten önceki ihale işlemlerini ihtiva etmektedir.	·İlan aşaması, ihalenin ilan edilmesi ya da kişilerin ihaleye davet edilmesi sonrasında gerçekleştirilecek ve ihale günü ve saatinde tekliflerin açılmasından önceki ihale işlemlerini ihtiva etmektedir.	·Sözleşmenin yürütülmesi aşaması, -yapılmış ise- sözleşmenin imzalanması ile başlayan ve taahhüdün şartname ve sözleşmedeki şartlara uygun şekilde yerine getirilmesi ile son bulan ihale işlemlerini ihtiva etmektedir.
	· Tekliflerin sunulması ve değerlendirilmesi aşamasını içermektedir. ·Tekliflerin değerlendirilmesi ve sunulması aşaması, ihale günü ve saatinde tekliflerin açılması ve değerlendirilmesine yönelik, sözleşmenin akdedilmesinden önceki ihale işlemlerini ihtiva etmektedir.	

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesi ile sözleşme imzalanmasından önce -sözleşme imzalanana dek- ve sözleşme imzalandıktan sonra gerçekleşen fiil ve davranışlar yasaklanmış olup bu noktada Kanun'un ihale tanımı ile ilgili bir problem oluşmayacaktır.

2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmünde, "*ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek*" ibaresi bulunmaktadır; ayrıca bu ibare, 4734 sayılı Kanun'un madde 17/a hükmünde de yer almaktadır. İbarelerde geçen "*ihaleye ilişkin işlemler*" lafzı ile yalnızca kamu görevlilerinin tasarrufunda bulunan; başka deyişle yetki temelinde onlarca yürütülen alanın mı işaret edildiği ilk akla gelen sorudur. Çünkü 2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmünde yer alan "hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama" olarak belirtilen fiil ve davranışlar genel anlamda herkese karşı yöneltilebilmekte iken; 4734 sayılı Kanun'un madde 17/a hükmünde yer alan "hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet" olarak belirtilen fiil veya davranışlardan, irtikap ile rüşvet olarak belirlenen fiil veya davranışlarda mutlaka bir tarafın kamu görevlisi olması gerekmektedir. Bir an için 2886 sayılı Kanun'un madde 83/a ile 4734 sayılı Kanun'un madde 17/a hükümlerinde yasaklanan fiil ve davranışların yöneldiği kişilerin yalnızca kamu görevlileri olduğunu düşündüğümüzde, kamu ihalelerinden yasaklama kararları ile ilgili amacın ve bu amaçla getirilen idarî yaptırımın bazı hâllerde işlevsiz kaldığı görülmektedir. Zira 2886 sayılı Kanun'un madde 83/b ve 4734 sayılı Kanun'un madde 17/b hükümlerinde düzenlenmiş olan yasak fiil ve davranışların yöneldiği kişiler "istekliler" olarak bildirilmiştir. Bu bağlamda, 2886 sayılı Kanun'un madde 83/b hükmünde, "*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*"; 4734 sayılı Kanun'un madde 17/b hükmünde ise "*İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak*" ibareleri bulunmaktadır. Hükümlerde geçen "istekli" ile neyin ifade edildiğine bakacak olursak 2886 sayılı Kanun'da

istekli, *ihaleye katılan gerçek veya tüzelkişi veya kişileri* ifade etmekte iken; 4734 sayılı Kanun'da ise *mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidini* ifade etmektedir. O hâlde 2886 sayılı Kanun'un madde 83/b ve 4734 sayılı Kanun'un madde 17/b hükümleri ile yasak fiil ve davranışların yöneldiği bu kişiler (istekliler), kanunî lafız gereği ihale dokümanını temin ederek ilgili ihalelere teklif vererek katılanlar olmaktadır. Aslında başından beri varmak istediğimiz durum şudur ki ihaleye teklif ver(e)meyerek katılmayan -ve dolayısıyla istekli sıfatı kazan(a)mayan- ya da ihale dokümanını al(a)mayan kişilere, bu fiil ve davranışların yönelmesi pekâlâ mümkün iken bu durumda ne yapılacağı ile ilgilidir. Örneğin ihale ilanı yayınlandığı anda istekli adayı ya da istekli olabilecek¹⁰¹ sıfatına sahip bir kişinin diğer bir istekli adayı ya da istekli olabilecek sıfatına sahip kişiye ihaleye girmemesi ve dokümanı satın almaması yönünde -yani katılımını engellemesi yönünde- bir tehdidi, vaadi ya da anlaşma teklifi vuku bulduğunda, bu Kanunların bahsettiğimiz (b) bentlerinde belirtilen istekli sıfatı oluşmadığından kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilemeyecektir.

2886 sayılı Kanun'a tekrar geri dönersek ihalenin ilk süreci olan ve *hazırlık aşamasını* içeren ***ihale işlemlerinin hazırlanması sürecinde***, idareler belirledikleri *ihtiyaçlarına* göre, (satım, kiralama, trampa, mülkiyetin gayri aynî hak tesisi - 2886 sayılı Kanun, madde 1 ile kamu bütçesinden harcama gerektirmeyen diğer iş ve işlemler) yapılacak işlerin genel, özel, teknik ve idarî esas ve usullerini gösteren belge veya belgeleri ifade eden *şartnameleri* (2886 sayılı Kanun, madde 7) hazırlamaktadırlar ve ihtiyaca göre belirlenen işlerin *tahmin edilen bedeli* (2886 sayılı Kanun, madde 9), idarelerce tespit edilmekte veya ettirilmektedir. Daha sonra ihale konusu olan işin nevi, niteliği, miktarı, varsa proje numarası, tahmin edilen bedeli, ihalede uygulanacak usul, yapılacaksa ilanın şekli ve adedi, alınacaksa geçici teminat miktarının belirtildiği *ihale onay belgesi* (2886 sayılı Kanun, madde 11) hazırlanmaktadır. Daha sonra ise Kanun'da yazılı işleri yaptırmaya ve ihaleye yetkili olan ve ihale yetkilisi olarak da ifade edilen ita amirlerince *ihale komisyonu* (2886 sayılı Kanun, madde 13) atanmaktadır. Bu idarî işlemlerden oluşan hazırlık

¹⁰¹ Bu sıfatlar, çalışmamızın devamında anlatılacaktır.

aşamasında idarelerce hazırlanan ve bir bedel karşılığında verilir verilmeyeceği, bedel karşılığı verilecekse bedelin ne olacağı ihale onay belgesinde gösterilen şartname ve eklerinin (ihale dokümanının) satın alınması ile ileride istekli sıfatını edinebilecek kişi veya kişilerce ihaleye yönelik ilk somut adım atılmaktadır¹⁰². Bu bağlamda dokümanı satın alan kişileri, 2886 sayılı Kanun çerçevesinde **istekli olabilecekler** olarak addedebiliriz ve istekli olabilecekler, ihale dokümanı satın almakla ihaleye giriş vizesini temin etmiş olmaktadırlar. 2886 sayılı Kanun'da **istekli olabilecekler** şeklinde ifade edilen bir kavram, bir sıfat bulunmamaktadır; ancak 4734 sayılı Kanun'da istekli olabilecekler kavramı bulunmaktadır. 4734 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, **istekli olabilecekler, ihale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale dokümanı satın almış gerçek veya tüzel kişileri ya da bunların oluşturdukları ortak girişimleri** ifade etmektedir. O hâlde istekli olabilecek sıfatında kümülatif olarak ihale konusu alanda faaliyet gösterme ve ihale dokümanı satın alma şeklinde belirtilen şartların taşınması gerekmektedir. İlâveten 4734 sayılı Kanun'da istekli olabilecekler sıfatı, ihalelere yönelik idarî başvurularda, bildirim ve tebligat işlemlerinde ehliyet unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca *İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik*'in başvuru yollarının düzenlendiği 4. maddesinde "*İhale sürecindeki işlem ve eylemlerin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından idareye yapılan başvuru*" şikâyet olarak tanımlanmakta ve yine istekli olabilecekler kavramı karşımıza çıkmaktadır. 2886 sayılı Kanun temelinde, ihale dokümanı satın alan kişileri **istekli olabilecekler** olarak addetme sebebimiz, yukarıdaki açıklamalarla birlikte düşünülmelidir. Burada bilinçli bir şekilde başka bir sıfat verilmemiştir; ancak kanaatimize göre ve az sonra özelliklerini açıklayacağımız **istekli adayları** sıfatına sahip olan kişiler hakkında da 2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmünün yorumu gereğince, kamu ihalelerinden yasaklama kararı uygulanmalıdır.

Hangi işlemlerden oluştuğunu belirttiğimiz ihale sürecinin hazırlık aşaması, idareler için çok daha önce başlamakta ve kişilerin hazırlık aşamasına ilişkin işlemlerde rolü bulunmadığından hazırlık aşamasının varlığından haberdar olunan ilk

¹⁰² Taşdelen, **a.g.m.**, s. 296.

işlem, -hazırlık aşamasının bitişini müteakiben- ilan yapıldı ise ihale ilanı; ilan yapılmadı ise kişinin idarece ihaleye davet edilmesidir. Bu noktada kişiler, şartname ve eklerini idarede bedelsiz görebilmektedirler. Bu silsile hukuk tarafından belirlenen olağan durumu anlatmaktadır; ancak araştırdığımız husus, hukuk dışına çıkan yasak fiil ve hareketlere uygulanan idarî yaptırımlar olan kamu ihalelerinden yasaklama kararlarıdır; zira bu olağan durumun dışına çıkıldığı için, bu yaptırımlar uygulanmaktadır.

Kişilerin ihale ilanı ya da idarenin ihaleye davetinden önce, hazırlık aşamasına müdahalede bulunduğu durumlar olabilmektedir. Başka deyişle ilandan veya davetten önceki ve kamu görevlilerinin yetki ve görevinde bulunan hazırlık işlemlerinde, kişiler hukuka aykırı olarak etkili olabilmekte ya da etkili olmayı isteyebilmektedir. 2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmüne göre, ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında, *hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek* yasaklanmıştır. O hâlde, ilk olarak ihale işlemlerinin hazırlanmasında hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmeye yönelik fiil ve davranışların, kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının sebep unsuru olarak hükme bağlandığını belirtebiliriz.

Kişiler, idarelerin ihtiyacının belirlenmesi, yapılacak işlerin genel, özel, teknik ve idarî esas ve usullerini gösteren şartnamelerin içeriğinin tayini, tahmin edilen bedelin ya da ihalede uygulanacak usulün tespiti, yapılacaksa ilanın şekli ve adedinin belirlenmesi gibi tamamen idare adamlarına yetki ve görev olarak hasredilmiş bu alanı yönlendirebilir ya da buna teşebbüs edebilirler. Somutlaştırmak üzere örnek vermek gerekir ise idarelerin üzerlerinde tasarrufta bulunmayı hiç düşünmediği taşınır veya taşınmazları hakkında, hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla satış, kiralama, trampa ya da gayri aynî hak tesisi kararının alınmasını sağlamak; tahmin edilen bedelin daha düşük hesaplanmasını temin etmek; şartnamelerde kendi lehine hükümlerin yer

almasını sağlamak; ihale usullerinden özellikle pazarlık usulünün seçiminde rol almak veya bunlara teşebbüs etmek gibi fiil ve davranışlar gerçekleşebilmektedir. İhalelerin hazırlık aşamasında istenen hukuk dışı sonucun yaratılabilmesi için, bu fiil ve davranışların yöneltildiği kişiler işin doğası gereği, ita amirleri, ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olan kişilerdir; başka deyişle yalnızca kamu görevlileridir ve bazen de kamu görevlilerinin işbirliği ile olabilmektedir.

Yukarıdaki açıklamalardan elde edilen sonuca göre, 2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmü ile ilk olarak *ihalelerin hazırlık işlemlerinde istekli adaylarının kamu görevlilerine yönelen bu fiil ve davranışları yasaklanmıştır*. Ancak ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırma veya buna teşebbüs etmeye yönelik gerçekleştirilen ve 2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmünde düzenlenen fiil ve davranışların, yalnızca kamu görevlilerine karşı yapıldığı¹⁰³ açıklaması, ihalelerde hazırlık sürecindeki işlemler ile ihalelerin sonuçlandırılması sürecindeki işlemler¹⁰⁴ için doğru olmakla birlikte, ihalelerin yürütülmesi sürecinde¹⁰⁵ 2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmünde yer alan yasak fiil ve davranışların yöneldiği kişiler hem kamu görevlileri hem de diğer kişiler olabilmektedir.

İhale işlemlerinin hazırlanması sürecinden sonra -hazırlık aşamasından sonra- *ilan aşaması* başlamakta ve bu bağlamda da *ihale işlemlerinin yürütülmesi sürecine* geçilmekte ve ihalenin ilanı ile ya da ilan yapılmadığı hâllerde -kitlenin hacmi daralmakla birlikte- ilgililer ihalenin varlığından haberdar edilmektedir ve bu ilan sonrasında ancak şartname ve eklerini görmek ve satın almak mümkün olup ve bu sebeple de istekli olabilecekler sıfatının hazırlık işlemleri aşamasında kazanılmadığı görülmektedir¹⁰⁶. Ancak tarafımızca tasnif edilen *istekli adayları* kavramı, ihale dokümanı satın almamış kişileri de kapsamaktadır ve doküman satın almamış

¹⁰³ Sezer, **a.g.e.**, s. 159.

¹⁰⁴ Yapmış olduğumuz tasnife göre *ihalelerin sonuçlandırılması süreci*, sözleşmenin yürütülmesi aşamasını içermektedir. Bkz.: Tablo 6.

¹⁰⁵ Yapmış olduğumuz tasnife göre *ihalelerin yürütülmesi süreci*, ilan aşaması, tekliflerin sunulması ve değerlendirilmesi aşamasını içermektedir. Bkz.: Tablo 6.

¹⁰⁶ 2886 sayılı Kanun'un ilanlarda bulunulması zorunlu olan hususların düzenlendiği madde 18/b hükmüne göre, ihale ilanlarında şartname ve eklerinin nereden ve hangi şartlarla alınacağını belirtmesi gerekmektedir.

kişilerin de yasak fiil ve davranışları vuku bulduğunda kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilebilmesi mümkündür. Bu durumu göz önünde tuttuğumuzda, henüz ihale işlemlerinin hazırlanması sırasında istekli olabilecek, istekli¹⁰⁷, müteahhit¹⁰⁸ ve müşteri¹⁰⁹ sıfatları edinilemeyecektir; ancak bu süreçte Kanun'da da belirtildiği üzere yasak fiil ve davranışlar gerçekleştirilebilmekte ve yaptırım da uygulanabileceğinden yasaklama kararı işleminin uygulanacağı kişileri, *istekli adayları* şeklinde belirlemeyi yeğledik.

İhale işlemlerinin hazırlık sürecinde yasak fiil ve davranışları gerçekleştirenler ile yasak fiil ve davranışların yöneldiği kişileri belirledikten sonra, *ihale işlemlerinin yürütülmesi sürecinde* de aynı tespiti yapmak gerekmektedir. 2886 sayılı Kanun uyarınca, ihale işlemlerinin yürütülmesi sürecindeki ilk işlem genellikle ihalenin ilan edilmesidir; bu işlem de ilan aşamasını oluşturmaktadır. Kanun'un 17. maddesinde ihale ilanının esas ve usulleri hüküm altına alınmıştır. Kanun'a göre, kapalı teklif ihale usulü ve açık teklif ihale usullerinde ilan yapılması zorunlu iken pazarlık usulünde ihale ilanının yapılıp yapılmaması idarenin takdirine bırakılmıştır. İlan yapılmadığı hâllerde de ihaleler, ihale komisyonu tarafından işin nitelik ve gereğine göre bir veya daha fazla istekliden yazılı veya sözlü teklif almak ve bedel üzerinde anlaşmak suretiyle yapılmaktadır ve bu bağlamda istekliler, idarelerce ihalenin varlığından haberdar edilmektedir. İlan ile başlayan ihale işlemlerinin yürütülmesi sürecinde, şartnamelerin görülmesinin temini ve satışı, varsa ihale ilanı ile şartnamelere ilişkin itirazların çözümlenmesi (2886 sayılı Kanun, Madde 19, 20), tekliflerin alınması/sunulması ve ihale günü ve saatinde tekliflerin değerlendirilmesi

¹⁰⁷ 2886 sayılı Kanun'un *Tanımlar* başlıklı 4. maddesine göre, *istekli*, ihaleye katılan gerçek veya tüzelkişi veya kişileri ifade etmektedir.

¹⁰⁸ 2886 sayılı Kanun'un *Tanımlar* başlıklı 4. maddesine göre, *müteahhit*, üzerine ihale yapılan istekli veya isteklileri ifade etmektedir. Kanun'un genelinde müteahhit sıfatının yapım işleri ile ilgili usul ve esasları düzenleyen hükümlerde kullanıldığı görülmektedir ve bilindiği üzere yapım işleri, 4734 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra bu Kanun'a göre yapılmaktadır. Durum bu olmakla birlikte, 2886 sayılı Kanun uyarınca, satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri aynı hak tesisi iş ve işlemleri ile kamu bütçesinden gider oluşturmayan iş ve işlemlerin yapıldığını daha önce belirtmiştik. Bu bağlamda, kat karşılığı inşaat, arsa karşılığı inşaat, inşaat yaptırılmak üzere yapım karşılığı uzun süreli kiralama modeli çerçevesinde (yap-işlet-devret) vb. işlemler, 2886 sayılı Kanun uyarınca yapılmakta olup bu işlemlerde de müteahhit sıfatı bulunmaya devam ettiği için, biz de çalışmamızda bu sığata yer vereceğiz.

¹⁰⁹ 2886 sayılı Kanun'un *Tanımlar* başlıklı 4. maddesine göre, *müşteri*, artırma sonunda kendisine ihale yapılan istekli veya isteklileri ifade etmektedir.

sonucunda ihale kararının alınması (2886 sayılı Kanun, Madde 28-52) ve nihayetinde kamu ihale sözleşmesinin akdedilmesi (2886 sayılı Kanun, Madde 53) ile ihale işlemlerinin sonuçlandırılması aşamasının başlangıç işlemi yapılmaktadır. Belirttiğimiz işlemlerden teşekkül olan ihale işlemlerinin yürütülmesi sürecinde ihale dokümanı satın alınabilmesi mümkün olduğundan¹¹⁰, yasak fiil ve davranışları gerçekleştiren kişiler, istekli adaylarının yanı sıra istekli olabilecekler sıfatı olanlar da olabilmektedir. Bu bağlamda dokümanı satın alarak istekli olabilecek sıfatı edinen kişilerin, diğer istekli olabilecekleri ya da henüz dokümanı satın almamakla birlikte diğer istekli adaylarını, hukuka aykırı olarak ilgili ihaleye girmekten men etmek isteyebilirler ve hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye fesat karıştırma veya buna teşebbüs etmeye yönelik fiil ve davranışları vuku bulabilir. Örneğin, A gerçek veya tüzel kişinin 2886 sayılı Kanun uyarınca yapılacak bir ihaleden haberdar olması üzerine, rakip B gerçek veya tüzel kişisine bu ihale ile ilgili hiçbir işlem yapmaması, (doküman satın almaması ya da ihaleye katılmaması vb.) aksi hâlde ilgili Bakanlık'ta tanıdığı olduğundan bahisle, ticaret hayatında engeller yaşatacağını ya da B'ye veya yakınlık kurduğu kişilere

¹¹⁰ 4734 sayılı Kanun'un ihale ve ön yeterlik dokümanının verilmesini düzenleyen 28. maddesinde ihale ve ön yeterlik dokümanının idarede bedelsiz görülebileceği; ancak ön yeterlik veya ihaleye katılmak isteyen isteklilerin bu dokümanı satın almalarının zorunlu olduğu; ilan yapılmayan ihalelerde ise ihale dokümanının sadece idare tarafından davet edilenlere satılacağı belirtildikten sonra, doküman bedelinin basım maliyetini aşmayacak ve rekabeti engellemeyecek şekilde idarelerce tespit edileceği hükme bağlanmıştır. 2886 sayılı Kanun'da ihale dokümanı olarak addedebileceğimiz şartnamenin satın alınması gerekliliğine ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte, Kanun'un ilanlarda bulunması zorunlu hususların düzenlendiği madde 18/b hükmünde, şartname ve eklerinin nereden ve hangi şartlarla alınacağını bildirilmesinin gerektiği belirtildiğinden, böyle bir zorunluluğun varlığına işaret etmektedir. Ayrıca, 2000/1, 2001/1 ve 2002/1 No.lu Devlet İhaleleri Genelgelerinde 2886 sayılı Kanun'un 11 ve 12' maddelerinde idarelerce hazırlanan şartname ve eklerinin idarede bedelsiz görülebileceği ve tasdikli örneklerinin bedelsiz veya özelliklerine göre idarelerce takdir edilecek bir bedel karşılığında isteyenlere verileceği ve bedel karşılığında verilecek ise bedelinin ihale onay belgesinde gösterileceğinin hükme bağlandığı; ancak Maliye Bakanlığına yapılan müracaatlarda, işin özelliği, idareye maliyeti ve tahmin edilen bedeli göz önünde bulundurulmaksızın şartname bedellerinin yüksek belirlenmesi (veya bedelle birlikte bazı dernek veya vakıflara yardım talep edilmesi) nedeniyle şartnamelerin istekliler tarafından satın alınamadığı, dolayısıyla ihale konusu iş hakkında ayrıntılı bilgilere sahip olunmadığı ve ihalelere iştirak edilemediğinin ifade edildiği ve bu nedenle şartname bedelinin işin özelliği ve idareye maliyeti dikkate alınarak uygun miktarda tespit edilmesi, bütçeye gelir kaydedilecek bu bedelin dışında ek bir ödemenin istenmemesi ve bunların idarede bedelsiz görülebilmemesinin sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Bu ifadelerden anlaşılacağı üzere de ücretsiz olması yönünde karar alınmayan şartname bedellerinin yüksek olması nedeniyle satın alınamadığı ve ihalelere de katılmadığı belirtildiğinden, yine şartnamelerin satın alınma zorunluluğuna işaret edilmektedir. O hâlde tekliflerin sunulmasından önce şartnamelerin bedelli veya bedelsiz edinilmesi zorunlu olduğu için, sonuç olarak ihale dokümanının satın alınabilmesinin mümkün olduğu tek aşama da ihale işlemlerinin yürütülmesi aşaması olmaktadır.

zarar vereceğini ya da B'nin ihaleye teklif sunmaması karşılığında ihaleyi kendisinin kazandığı durumda hak edişinden B'ye pay vereceğini söylemesi, sırasıyla nüfuz kullanma, tehdit ve çıkar sağlamaya yönelik fiil ve davranışları oluşturmaktadır. B'nin bu söylemlere uyarak ihaleye iştirak etmemesi, Kanun'da yer alan ilkelerden başta rekabet olmak üzere, kümülatif şekilde diğer ilkelerin tesisini de sakatlayacaktır. Buraya kadar A ve B, somut olaya göre, istekli adayı da olabilir ya da dokümanı satın alan istekli olabilecekler sıfatı da taşıyabilirler¹¹¹. Kamu görevlilerine karşı yapılabilecek yasak fiil ve davranışlara örnek vermek gerekirse, hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla mevcut şartnamelerin değiştirilmesini sağlama ya da hukuka aykırı bir şartnamenin değiştirilmemesini temin etme şeklinde fiil ve davranışları vuku bulabilir. Tekrar başa döner isek bu durumda -2886 sayılı Kanun'un madde 83/b ve 4734 sayılı Kanun'un madde 17/b hükümlerine göre hareket edilemeyeceğinden- düşüncemize göre, A hakkında 2886 sayılı Kanun'un madde 83/a ve 4734 sayılı Kanun'un madde 17/a hükümlerine göre ihalelere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmeye ilişkin fiil ve davranışları vuku bulduğundan bahisle, yasaklama kararı verilmesi ve ayrıca fiil ve davranışının özelliğine göre de 5237 sayılı *Türk Ceza Kanunu*'nun madde 235/2-c ve 235/2-d hükümleri uyarınca da ihaleye fesat karıştırmaya suçundan¹¹² takip başlatılması gerekmektedir¹¹³.

¹¹¹ Benzer görüş için bkz.: Yaşar Gök, "İhalelerde Yasak Fiil veya Davranışlar", (Çevrimiçi), <http://www.kimakademi.com.tr/dosyalar/kamu-ihale-5.pdf>, s. 3, 04.04.2017. Eserde yasak fiil ve davranışların ihaleye teklif vermeyen kişilerce işlenmesi durumunda da bu kişilerin hem kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanma idarî yaptırımının hem de fiilin durumuna göre Türk Ceza Kanunu'ndan doğan yaptırımların muhatabı olacağı belirtilmiştir.

¹¹² 5237 sayılı Kanun'un gerekçesinde, ihaleye fesat karıştırmaya suçunun ekonomik çıkar elde etmek amacıyla işlenen bir suç olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Türkiye Büyük Millet Meclisi, Kanunlar Dergisi Cilt: 88, s. 464. Bu bağlamda kamu ihalelerinden yasaklama kararını gerektiren ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmaya veya buna teşebbüs etmenin de ekonomik çıkar amacıyla yapıldığını ve bu çıkarın engellenmesi amacıyla da yasaklama kararlarının verildiğini belirtebiliriz. Ayrıca yasaklama kararlarının *malî bir kabahat* niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Taşdelen, **a.g.m.**, s. 310.

¹¹³ Yargıtay'ın ihaleye fesat karıştırmaya suçu ile ilgili bir kararında, mahkeme kararına dayalı olarak yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması işlemleri sonucunda elde edilen telefon çözüm tutanaklarına göre, 08.06.2009 tarihli ihaleye ilişkin olarak kim oldukları ve ihaleye girip girmeyecekleri belirlenmeyen kişilerin ihaleye girmelerinin engellendiği kabul edildiğinden; 15.06.2009 tarihli ihale yönünden telefon kayıtlarındaki soyut ve telkin niteliğindeki sözlerde atılı suçun unsurlarının ne şekilde gerçekleştiği somut olarak ortaya konulmadan; yine sanık ... ile bir kısım sanıkların olay tarihi öncesinde çevrelerinde korkutucu bir etkiye sahip buldukları somut kanıtlarla ortaya konulup tartışılmadan; 01.07.2009, 27.03.2009 ve 01.09.2009 tarihli ihaleler

İhale işlemlerinin yürütülmesi sürecine ilişkin açıklamalarımıza devam edebilmek için, istekli sıfatına ilişkin bilgi verilmesinde fayda görülmektedir. İsteklilerin durumunun tespiti için ise belirleyici olan ve isteklilerin 2886 sayılı Kanun'daki tanımında yer alan "ihaleye katılan" niteliği tartışılmalıdır. Kanun'un ihaleye katılabilme şartlarının düzenlendiği 5. maddesinde, bu Kanun'a göre yapılacak ihalelere katılabilmek için kanunî ikametgâh sahibi olmanın, gerekli nitelik ve yeterliği haiz bulunmanın, istenilen teminat ve belgeleri vermenin zorunlu olduğu belirtildikten sonra, Kanun'un 6. maddesinde de doğrudan veya dolaylı olarak ihalelere katılamayacak olan kişiler hükme bağlanmıştır. Bu kişiler olarak belirtilenlerden biri de bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlardır. İlâveten Kanun'un kapalı teklif usulü ile yapılan ihalelerde dış zarfların açılmasını düzenleyen 39. maddesi¹¹⁴ ve açık teklif usulünü düzenleyen 47. maddesi¹¹⁵ gereğince, geçerli olsun ya da olmasın *ihaleye teklif sunan kişilerin*, "ihaleye katılan" ve dolayısıyla istekli sıfatı kazandığı anlaşılmaktadır. Her iki usulde de idarelerce belirlenen ihale günü hazır bulunmayan kişilerin, teklifini iadeli taahhütlü olarak gönderebilmesi de

yönünden ise ihale sürecinde görevli olan kamu görevlilerinin verdiği belirtilen bilgilerin somut olarak ne şekilde kamu ihale mevzuatı açısından gizli tutulması gereken bilgiler olduğu, iki firma yetkilisi arasındaki görüşmedeki bilgi paylaşımındaki verilerden 5237 sayılı Kanun'un madde 235/2-d hükmü kapsamındaki anlaşma sonucuna nasıl ulaşıldığı, resmî kayıtlara göre ayrı faaliyet gösteren sahip ve yöneticileri farklı bulunan iki firmanın fiilen ihale koşullarını ve özellikle fiyatı etkilemek için anlaşmalı biçimde teklif sunduklarına ilişkin somut kanıtlar ortaya konulmadan eksik kovuşturma ile 4734 sayılı Kanun'un madde 17/a hükmü yollamasıyla anılan Kanun'un madde 59/1 hükmü uyarınca sanıklar ... hakkında yasaklama kararına hükmedilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz.: Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 24.03.2016 Tarihli ve E. 2016/1785, K. 2016/1460 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeV3fiyiKgF5Zw~25.04.2017>. Kararda görüldüğü üzere, ihale öncesi gerçekleşen bu fiil ve davranışlar için 4734 sayılı Kanun'un madde 17/a hükmüne atıfta bulunulmuş olup Kanun'un bu hükmü ile 2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmünün daha önce belirttiğimiz benzerlikleri dikkate aldığımızda, Yüksek Mahkeme kararında yer alan bu ifade ile de görüşümüz desteklenmiş olmaktadır.

¹¹⁴ Maddede tekliflerin açılma saati gelince, kaç teklif verilmiş olduğu bir tutanakla belirtildikten sonra dış zarfların hazır bulunan istekliler önünde alınış sırasına göre açılarak, istenilen belgelerin ve geçici teminatın tam olarak verilmiş olup olmadığı aranmakta ve dış zarfın üzerindeki alındı sıra numarası iç zarfın üzerine de yazılmaktadır; ancak belgeleri ile teminatı usulüne uygun ve tam olmayan isteklilerin teklif mektubunu taşıyan iş zarfları açılmayarak başkaca işleme konulmadan, diğer belgelerle birlikte kendilerine veya vekillerine iade olunacağı ve bunların ihaleye katılamayacağı hükme bağlanmıştır.

¹¹⁵ Maddeye göre, ilanda belirtilen ihale saati gelince komisyon başkanının, isteklilerin belgelerini ve geçici teminat verip vermemiş olduklarını inceleyerek, kimlerin ihaleye katılabileceğini bildireceği; katılamayacakların belge ve teminatlarının geri verilmesinin kararlaştırılacağı hükme bağlanmıştır.

mümkündür¹¹⁶. Bu noktada ihale günü ve saatinden önce Kanun'da belirtilen usuller uyarınca idareye tekliflerini ulaştıran kişilerin, istekli sıfatını kazandığını kabul etmek gerekir. Dolayısıyla bu kişilerin de 2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmüne göre vuku bulan yasak fiil ve davranışları sonucunda bu kişiler hakkında, kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilecektir. Yine somutlaştırmak üzere örnek vermek gerekirse, teklifini idareye ulaştıran A gerçek veya tüzel kişisi, B gerçek veya tüzel kişisini sırf ihaleye katılmaması için bir yerde alıkoyabilir, kaçırabilir veya yine doküman almaması, ihaleye girmemesi (teklif vermemesi) için, hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye girmesini engelleyerek fesat karıştırma veya buna teşebbüs etmeye yönelik fiil ve davranışlar gerçekleştirebilir¹¹⁷. Kanaatimize göre, özel hukuk tüzel kişisi veya

¹¹⁶ 2886 sayılı Kanun'un kapalı teklif usulünde tekliflerin verilmesini düzenleyen 38. maddesine göre, tekliflerin iadeli taahhütlü olarak da gönderilebileceği; bu takdirde dış zarfın üzerine komisyon başkanlığının adresi ile hangi işe ait olduğu, isteklinin adı ve soyadı ile açık adresinin yazılacağı ve posta ile gönderilecek tekliflerin ilanda belirtilen saate kadar komisyon başkanlığına ulaşmasının şart olduğu belirtilmiştir. Yine Kanun'un açık teklif usulünün uygulanmasının düzenlendiği 46. maddesinde de isteklilerin ilanda belirtilen ihale saatine kadar komisyon başkanlığına ulaşmış olmak şartıyla, düzenleyecekleri tekliflerini iadeli taahhütlü bir mektupla da gönderebilecekleri ve teklif sahibinin komisyonda hazır bulunmadığı takdirde posta ile gönderilen teklifin son ve kesin teklif olarak kabul edileceği belirtilmiştir.

¹¹⁷ İhalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde 4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırmakla görevli olan Kamu İhale Kurumuna yapılan itirazın şikâyet başvurularında, istekli olmadıkları hâlde yasak fiil ve davranışlara maruz kalındığı -yasak fiil ve davranışların istekli sıfatını kazanmayan kişilere yöneldiği- durumlara ilişkin iddialar bulunmaktadır. Bir kararda, itirazın şikâyette bulunan kişi, ihale tarihinde ihale saatinden üç dakika önce teklif dosyalarını sunmak üzere idarenin ilgili kısmına başvurdukları; ancak görevli şahsın son teklif verme saatinin geçtiği gerekçesiyle tekliflerini almadıkları, orada bulunan ihale üzerinde kalan isteklinin yetkilisi tarafından kendi yetkililerine sözlü olarak hakaret edildiği ve darp edilmeye çalışıldığı iddiasında bulunmuştur. Bu iddia üzerine Kurul kararında, 4734 sayılı Kanun'un yasaklanan fiil veya davranışların belirtildiği madde 17/a "*Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek*" ve madde 17/b "*İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak*" hükümlerine yer verilmiştir. Bkz.: Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, 23.09.2013 Tarihli ve 2013/UH.II-3727 No.lu Karar, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 09.11.2016. Başka bir kararda itirazın şikâyet başvurusunda bulunan kişi, söz konusu ihalede teklif dosyalarını teslim etmeye giden personelin idare içerisinde ve memurların yanında rakip firmanın darp ve cebrine maruz kaldığını, bu nedenle de ihaleyi kazanan firmanın yasak fiil ve davranışından ötürü yasaklı sayılması için gerekli prosedürlerin Kamu İhale Kurumu tarafından başlatılması gerektiğini iddia etmiştir. Bkz.: Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, 18.02.2010 Tarihli ve 2010/UH.I-603 No.lu Karar, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.11.2016. Ayrıca başka bir kararda itirazın şikâyet başvurusunda bulunan kişi, Karayolları 8. Bölge Müdürlüğünün 17.07.2008 tarihli ihalesinde, H... Koç isimli şahıs tarafından ihaleye girmemesi yönünde tehdit edildiğini, buna rağmen teklif verdiğini, ihalenin kendi üzerinde

gerçek kişisi olan bu kişilerin, birbirlerine karşı yasak fiil ve davranışlarının en fazla gerçekleşebileceği süreç, ihale işlemlerinin yürütülmesi sürecidir. Hemen burada ihale işlemlerinin yürütülmesi aşamasında verilen ve uyuşmazlık konusu olarak Danıştay'ın önüne gelen kamu ihalelerinden yasaklama kararıyla ilgili bir uyuşmazlığı incelemek istiyoruz¹¹⁸.

Dava, davacı şirket ve ortağının iki yıl süre ile kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır. 21.04.2004 tarihinde yapılan sıcak yemek hizmet alımı ihalesi için, ihale açılmadan ve teklif verilmeden önce saat 09.45'te nizamiye önünde ihaleye girmek isteyenlerin toplandığının, bazı kişilerin aralarında hararetli konuşmalar yaparak tartıştıkları bölge başkanlığına bildirilmiş ve bunun üzerine nizamiye bölgesinde gerekli güvenlik tedbirleri alınarak ihaleye istekli ve gözlemci olarak katılmak isteyenler içeri alınmış ve ihale yapılmıştır. Nizamiye önünde yaşanan tartışma ve tartaklama olayına ilişkin olarak tutanak tutularak ... San. Tic. Ltd. Şti.'nin şikâyeti üzerine konunun incelenmesi neticesinde Bursa Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından davacı firma temsilcileri hakkında ihaleye fesat karıştırmak ve bu suça iştirak etmek suçlarından Bursa 1. Asliye Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmış ve ayrıca davacı firma

kaldığını, daha sonra 28.07.2008 tarihli bir başka ihaleye teklif sunması sebebiyle de aynı şahıs ve adamları tarafından darp edildiğini belirtmiştir. Bkz.: Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, 02.03.2009 Tarihli ve 2009/UY.I-962 No.lu Karar, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.11.2016. Yine başka bir kararda itirazın şikâyet başvurusunda bulunan kişi, ... Genel Müdürlüğünce 14.11.2006 tarihinde saat 11.00'de yapılan personel taşıma ve servis işi ihalesine şirket yetkilisi A... Küçük'ün katılmak için gittiği, aynı ihale için şartname satın alan ... Ltd. Şti. yetkilisi ve sahibi A... Yıldırım ve yanında bulunan birtakım kişilerce darp edilmek suretiyle ihaleye girmesinin engellendiği, bu eylemin 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinde açıklanan yasak fiil ve davranışlardan olduğunu ve ihaleye girmeleri engellendiği için ihalenin iptal edilmesi ve yeni ihale yapılması gerektiğini, yasak fiiller kapsamında eylemde bulunan firma ve ortakları hakkında ihalelere girmekten yasaklama kararı verilmesi gerektiğini iddia etmiştir. Bkz.: Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, 11.12.2006 Tarihli ve 2006/UH.Z-3110 No.lu Karar, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 09.11.2016. Yine başka bir kararda itirazın şikâyet başvurusunda bulunan kişi, ... İlçesi Kocadere içme suyu ihalesine katıldığını, ihaleye girmemesi için tehdit edildiğini, M... Ekelik ve R... Polat'ın ihale zarfını yırttığını, teklif dosyasını ihale makamına verdiğini, teklifinin değerlendirmeye alınmadığını iddia etmiştir. Bkz.: Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, 05.08.2015 Tarihli ve 2015/UH.IV-2171 No.lu Karar, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 09.11.2016.

¹¹⁸ Her ne kadar, uyuşmazlıkta yer alan ve kamu ihalelerinden yasaklama kararının verilmesine dayanak olan düzenleme, 4734 sayılı Kanun'un madde 17/a hükmü olsa da aynı gerekçelerin, 2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmü için de geçerli olacağı düşünüldüğünden bu başlık altında irdelenmiştir.

temsilcilerinin fiillerinin 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesi kapsamında değerlendirilerek davacı şirket ve şirketin %88 hissesine sahip ortağı ... hakkında iki yıl süre ile kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmesi üzerine İdare Mahkemesinde dava açılmıştır. 21.04.2004 tarihinde meydana gelen olay hakkında Bursa Emniyet Müdürlüğüne yürütülerek Cumhuriyet Başsavcılığına sunulan soruşturma evrakı ve eki ifadelerde olaya karışanlar arasında yer alan ve davacı şirket ortaklarının kardeşi olan ... Yemek San. çalışanı ...'in ifadelerinde, ... firmasının temsilcisi olan ... aracılığıyla telefonla görüşmek istediği N... isimli şahsın kendisi ile görüşmek istememesi ve kötü sözler sarf etmesi sonrasında kendisine ters baktığından dolayı çok rahatsız olduğunu belirterek ...'nun boğazını sıkıldığını kabul ettiği beyanında bulunduğu görülürken, davacı şirket adına olaya katılan diğer şahısların da vermiş olduğu ifadelerde ...'in ...'yu tartakladığı ve boğazını sıkıldığı yönünde ifadelerinin yer aldığı, bu durumda; 4734 sayılı Kanun hükümlerine göre *ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek fiil ve davranışlarında* buldukları tespit edilenler hakkında bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar ihalelerden yasaklama kararı verilebileceği dikkate alındığında, Bursa 1. Asliye Ceza Mahkemesinde görülmekte olan davada, aralarında davacı ...'in de bulunduğu yedi kişi hakkında ihaleye fesat karıştırmak suçundan dolayı haklarında kamu davası açıldığının ve ihale günü meydana gelen olaylarda davacı şirket yanlılarının ihaleye katılan diğer firma elemanlarını zor kullanarak baskı altına almak istediklerinin anlaşılması karşısında, davacı şirket ve şirketin %88 hissesine sahip ortağı ... hakkında iki yıl süre ile kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmesine dair dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş bu karar davacılar tarafından temyiz edilmiştir. Danıştay, yukarıda özetlenen temyize konu Ankara 3. İdare Mahkemesinin kararı için bozma istemini yerinde görmeyerek kararın onanmasına oyçokluğu ile karar vermiştir¹¹⁹.

¹¹⁹ Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 03.11.2006 Tarihli ve E. 2006/1694, K. 2006/4188 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeUoJt1uqjFBQA~~>, 17.05.2017.

Karara ilişkin belirteceğimiz ilk husus, yasak fiil ve davranışların ihale saatinden önce gerçekleştiğidir. Bu sebeple aslında bu yasak fiil ve davranışların ne faili ne de yöneldiği kişiler, istekli sıfatı kazanmamış olup ayrıca yöneldiği kişiler de kamu görevlisi de değildir. İstekli olabilecek sıfatını haiz olaydaki özel hukuk tüzel kişilerinin hem idare tarafından tanzim edilen tutanak hem de mahkemeden alınan bilgilere göre ihale saatinden önce, saat 09.45'te nizamiye önünde toplanarak bazı kişilerin aralarında hararetle konuşmalar yaparak tartıştıkları, tartaklama gerçekleştiği ve yasaklama kararı verilen şirket yanlılarının ihaleye katılan diğer firma elemanlarını zor kullanarak baskı altına almak istedikleri anlaşılmaktadır. Bunun üzerine idarece 4734 sayılı Kanun'un madde 17/a hükmünde geçen ve yasaklanan *ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek* şeklindeki fiil ve davranışlar sebebiyle idarece verilen kamu ihalelerinden yasaklama kararı, hem İdare Mahkemesince hem de Danıştay tarafından reddedilmemiştir. Sonuç olarak idare, tam da iddia ettiğimiz şekilde, ihale işlemlerinin yürütülmesi sırasında istekli sıfatını kazanamayan failin yine istekli sıfatını kazanamayan kişilere yönelen yasak fiil ve davranışları için Kanun'un madde 17/a hükmüne göre işlem yapmıştır.

İhale işlemlerinin yürütülmesi sırasında ilan aşamasından sonra, *tekliflerin sunulması ve değerlendirilmesi aşaması* gelmektedir. Burada ihale komisyonu huzurunda ihale günü ve saatinde -varsa hazır bulunan istekliler ile birlikte- ihale açılmakta ve tekliflerin değerlendirilmesine başlanılmaktadır. Değerlendirme sonucunda 2886 sayılı Kanun'un 41. maddesine göre, hem kapalı teklif usulü hem de açık teklif usulü¹²⁰ ile yapılan ihalelerde, *kabul edilen teklifler incelenerek ihalenin yapıldığı ve ita amirinin onayına bağlı kaldığı veya tekliflerin daha ayrıntılı bir şekilde incelenmesi için süreye ihtiyaç duyulduğu ve şartnamelerde daha uzun bir süre öngörülmemiş ise ihalenin 15 günü geçmemek üzere başka bir güne bırakıldığı veya ihalenin yapılmadığı* hususlarından birine karar verileceği ve hususun gerekçeli bir karar veya karar özeti hâlinde yazılarak komisyon başkan ve üyeleri tarafından imzalanıp hazır bulunanlara bildirileceği belirtilmiştir. Bu hususlardan ihalenin

¹²⁰ 2886 sayılı Kanun'un 48. maddesi ile 41. maddeye atıfta bulunulmuştur.

komisyonca yapılmadığı kararı¹²¹ alındığında, ihale bu isteklilerden hiçbirinin üzerine kalmayacağına göre, hiç kimse müteahhit ya da müşteri sıfatı kazanamayacaktır. Aynı sonuç, komisyon tarafından ihalenin yapıldığı ve fakat ita amirince¹²² onaylanmayan ihale kararları için de geçerli olacaktır¹²³. Diğer taraftan komisyon tarafından alınan ihale kararının, karar tarihinden itibaren en geç 15 iş günü içinde ita amirince de onaylandığı durumlarda artık bir isteklinin sıfatının müteahhit veya müşteri olduğu kesindir. Sonuç olarak tekliflerin sunulması ve değerlendirilmesi aşamasında ve bu bağlamda ihale işlemlerinin yürütülmesi sürecinde ihale komisyonunca ihale kararının alındığı ve bu kararın ita amirince de onaylandığı hâllerde, kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının uygulanabileceği kişiler, müteahhit ve müşteri sıfatı taşıyan kişiler olabilecektir. Burada tekliflerin verildiği andan itibaren ve tekliflerin değerlendirilmesinde, 2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmü özelinde vuku bulabilecek yasak fiil ve davranışların yönelindikleri kişilerin daha çok kamu görevlileri olduğunu düşünmekteyiz. Zira kamu görevlisi dışında diğer kişilere yönelen yasak fiil ve davranışlar, genellikle ihaleye katılmamaları ya da katılsa da teklifleri kendi aralarında anlaşmaları yönünde ve dolayısıyla ihale günü ve saatinden önce oluşmaktadır. Ancak tekliflerin

¹²¹ 2886 sayılı Kanun'un 29. maddesinde, komisyonların gerekçesini belirtmek suretiyle ihaleyi yapıp yapmamakta serbest oldukları ve komisyonların ihaleyi yapmama kararlarının kesin olduğu belirtilmiştir. Komisyonların ihaleyi yapmama kararı için gerekçe oluşturan hususlar, Kanun'un 43 ve 49. maddelerinde düzenlenmiştir. 43. maddeye göre, kapalı teklif usulünde yapılan ihalelerde, istekli çıkmadığı veya teklif olunan bedel komisyonca uygun görülmediği takdirde ya yeniden aynı usulle ihale açılacağı veya idare yararı görüldüğü takdirde, ihalenin bitiş tarihinden itibaren 15 gün içinde işin pazarlıkla yaptırılacağı belirtilmiştir. 49. maddeye göre, açık teklif usulü ile yapılan ihalelerde, istekli çıkmadığı ya da isteklilerin belgeleri veya son teklifleri uygun görülmediği takdirde, yeniden aynı usulle ihale açılacağı veya idare yararı görüldüğü takdirde, ihalenin bitiş tarihinden itibaren 15 gün içinde pazarlıkla yaptırılacağı belirtilmiştir.

¹²² 2886 sayılı Kanun'un 3. maddesinde ihale yetkilisi olarak ita amirleri belirlenmiştir ve Kanun'da yazılı işleri yaptırmaya ve ihaleye, idarelerin ita amirlerinin yetkili olduğu bildirilmiştir. İlaven Kanun'un 7. maddesine göre, *ihale kararının karar tarihinden itibaren en geç 15 iş günü içinde ita amirince onaylanacağı veya iptal edilebileceği* hususunun genel olarak şartnamelerde gösterilmesi zorunlu olan hususlardan biri olduğu hükmüne bağlanmıştır. Dolayısıyla komisyonca alınan ihale kararları, Kanun gereğince kesin olmayıp kararın kesinleşmesini ita amirinin takdirinin belirleyeceği anlaşılmaktadır. İta amiri, alınan kararı onaylayabileceği gibi, onaylamayarak da ihalenin iptal edilmesini sağlayabilmektedir.

¹²³ Kanun'un kesinleşen ihale kararlarının bildirilmesinin düzenlendiği 32. maddesine göre, ihale kararlarının ita amirince onaylanmaması hâlinde durumun istekliye, kararın iptal edildiği günden itibaren en geç beş iş günü içinde bildirileceği veya iadeli taahhütlü mektupla tebligat adresine postalanacağı belirtilmiş olup Kanun hükmüne dikkat edildiğinde istekli sıfatı kullanılmış olduğu dikkat çekmektedir.

değerlendirilmesinde, hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla kendisinin menfaatine ve dolayısıyla diğer kişilerin aleyhine bir ihale kararı oluşturmak üzere kamu görevlilerine yönelen yasak ve fiil davranışlar daha muhtemeldir. Hatta kendi kazanamayacağı bir ihale için, ihale kararının alınmamasının sağlanması da buna örnek teşkil edebilir. İlaveten ihaleyi hukuka aykırı olarak alan müteahhit ya da müşterinin, komisyonca alınan ihale kararının onaylanması için ita amirine yönelen hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye fesat karıştırma ya da buna teşebbüs etmeye yönelik yasak fiil ve davranışları da vuku bulabilir.

Son olarak bu tartışmamızın içine bir de 5237 sayılı Kanun'da yer alan *ihaleye fesat karıştırma suçunun* düzenlendiği hükmü de katmak istiyoruz. Öncelikle belirtmek gerekir ki 2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmünde yasaklanan ihaleye fesat karıştırmaya ilişkin fiil ve davranışlar, ayrıca 5237 sayılı Kanun uyarınca bir suç olarak hükme bağlanmıştır. Ancak 5237 sayılı Kanun'da yer alan ihaleye fesat karıştırma suç tipikliğine göre, 2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmü daha geniş kapsamlıdır. Bunun nedeni, 2886 sayılı Kanun'da ihaleye fesat karıştırmaya teşebbüs niteliğinde olan fiil ve davranışlar yasaklandığı gibi, bu fiil ve davranışlar tahdidi olarak sayılmamış ve somut olaya göre değerlendirilmesi mümkün kılınmıştır.

Yargıtay kararlarında yerleşik olan bakış açısına göre, 5237 sayılı Kanun'un ihaleye fesat karıştırma suçunun düzenlendiği 235. maddesinde, ihaleye fesat karıştırma hâllerinin kanun koyucu tarafından tahdidi olarak sayıldığı ve maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin, anılan Kanun'un 2. maddesindeki kanunîlik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığı belirtildikten sonra, her ne kadar bir kısım öğretilerde özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 235. maddenin 2. fıkrasının (a)¹²⁴ ve (b)¹²⁵ bentlerinde sayılan hâllerde ihale sürecinde görev alan

¹²⁴ Hüküm şu şekildedir:

Madde 235- (1) Kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Aşağıdaki hâllerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır:

kamu görevlilerinin, (d)¹²⁶ bendinde belirtilen hâlde ise ihaleye katılan ya da katılmak isteyen kişilerin suçun faili olabileceği bildirilmiştir¹²⁷. O hâlde maddenin (c)¹²⁸ bendinin özel faillik gerektirmediği ve hem ihale sürecinde görev alan *kamu görevlilerince* hem de *istekli adayları ve istekli olabilecekler* ya da *isteklilerce* bu suçun işlenebileceği belirtilebilir. Ve yine bu suçların mağdurunun *istekli adayları ve istekli olabilecekler* ya da *istekliler* olabilmesi mümkündür.

Bu açıklamalardan sonra, 5237 sayılı Kanun'un bu hükümlerinde kullanılan lafzın çok daha uygun olduğunu düşündüğümüzü belirtmek istiyoruz. Zira yukarıda detaylarıyla birlikte belirttiğimiz 2886 ve 4734 sayılı Kanunlarda yer alan problem, 5237 sayılı Kanun'un 235. maddesinde bulunmamaktadır. 5237 sayılı Kanun'un madde 235/a-1 ve 235/c hükümlerinde ortak olarak "*ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek*" şeklinde kullanılan ifade, henüz ihale dokümanı almamış ya da ihaleye teklif vermemiş kişilere yönelik fiil ve davranışları da suç olarak belirtmesi noktasında çok işlevsel olmaktadır. Bu bağlamda doküman satın alacak kişinin engellenmesi ya da ihaleye teklif verecek kişinin tartaklanması, belli bir yere

a) Hileli davranışlarla;

1. *İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,*
2. *İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak,*
3. *Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu hâlde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,*
4. *Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı hâlde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak. (...)"*

¹²⁵ Hüküm şu şekildedir:

"(...) (2) *Aşağıdaki hâllerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır:*

(...) b) *Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak. (...)"*

¹²⁶ Hüküm şu şekildedir:

"(...) (2) *Aşağıdaki hâllerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır:*

(...) d) *İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları. (...)"*

¹²⁷ Bkz.: Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 05.05.2016 Tarihli ve E. 2014/2923, K. 2016/4679 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeXwwX1nfSZ%2BXA~~>, 16.05.2017.

¹²⁸ Hüküm şu şekildedir:

"(...) (2) *Aşağıdaki hâllerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır:*

(...) c) *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. (...)"*

kilitlenmesi vb. sebeplerle alıkonulması durumlarına da cevap veren ve adlî cezaya bağlayan bir hükümdür. İlaveten 5237 sayılı Kanun'un madde 235/d hükmünde *"ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları"* şeklinde kullanılan ifade ile de henüz ihale yapılmadan önce de istekli adayları veya istekli olabilecekler arasında gerçekleşen ve ihale düzenini bozmaya yönelik anlaşmalar cezalandırılmaktadır. Hâlbuki daha önce belirttiğimiz üzere, 2886 sayılı Kanun'un madde 83/b ve 4734 sayılı Kanun'un madde 17/b hükümlerinden anlaşıldığı üzere bu hükümler, yasak fiil ve davranışlar sadece isteklilere yöneltildiğinden ve dolayısıyla ihaleye katılımı sebebiyle bu sıfatı kazanan istekliler ile sınırlandırdığından, istekli adayları ve istekli olabileceklere yönelik benzer fiil ve davranışları dışlayıcıdır.

Tüm bu açıklamaları topladığımızda, kanaatimiz ve önerimiz, -daha sonra kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına ilişkin idarî işlemlerin amaç unsurunda detaylı şekilde açıklayacağımız üzere- kamu düzeninin bir tezahürü olan ihale düzeninin sağlanması amacı için, 2886 sayılı Kanun'un madde 83/b ve 4734 sayılı Kanun'un madde 17/b hükümlerinde yer alan düzenlemelerin yukarıda bahsettiğimiz durumları sebebiyle, özellikle istekli adayları ve istekli olabilecekler nezdinde, bu bentlerde belirtilen yasak fiil ve davranışlar vuku bulduğunda kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilmesi ve işlemin sebep unsurunun da 2886 sayılı Kanun'un madde 83/a ve 4734 sayılı Kanun'un madde 17/a hükümleri olması yönündedir. Açıklamaya çalıştığımız tüm durumlar, Tablo 7'de belirtilmiştir.

Tablo 7: 2886 Sayılı Kanun'un Madde 83/a Hükümüne Göre Sözleşme Öncesinde Gerçekleşen Yasak Fiil ve Davranışların Faili ve Yöneldiği Kişiler

Fiil:		Hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla <i>ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek</i>					
Fiilin Gerçekleştiği Zaman:							
1. İhale İşlemlerinin Hazırlanması Süreci		2. İhale İşlemlerinin Yürütülmesi Süreci					
Hazırlık Aşaması: Tamamen idare adamlarına yetki ve görev olarak hasredilmiş ve ilan ya da ihaleye davetten önceki ihale işlemleri		2.1. İlan Aşaması: İhalenin ilan edilmesi ya da kişilerin ihaleye davet edilmesi sonrasında gerçekleştirilecek ve ihale günü ve saatinde tekliflerin açılmasından önceki ihale işlemleri		2.2. Tekliflerin Sunulması ve Değerlendirilmesi Aşaması: İhale günü ve saatinde tekliflerin açılması ve değerlendirilmesine yönelik sözleşmenin akdedilmesinden önceki ihale işlemleri			
				2.2.1. İhale kararının alınmadığı durumlarda		2.2.2. İhale kararının alındığı durumlarda	
Fail:	Fiil ve Davranışın Yöneldiği Kişiler:	Fail:	Fiil ve Davranışın Yöneldiği Kişiler:	Fail:	Fiil ve Davranışın Yöneldiği Kişiler:	Fail:	Fiil ve Davranışın Yöneldiği Kişiler:
•İstekli adayları	•Kamu görevlileri ¹²⁹	•İstekli adayları •İstekli olabilecekler •İstekliler ¹³⁰	•Kamu görevlileri •İstekli adayları •İstekli olabilecekler •İstekliler	•İstekli adayları •İstekli olabilecekler •İstekliler	•Kamu görevlileri •İstekli adayları •İstekli olabilecekler •İstekliler	•İstekli adayları •İstekli olabilecekler •İstekliler •Müteahhitler •Müşteriler	•Kamu görevlileri •İstekli adayları •İstekli olabilecekler •İstekliler •Müteahhitler •Müşteriler

¹²⁹ Kamu görevlileri ile kastedilen, ita amirleri (ihale yetkilileri), ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanlardır.

¹³⁰ Tekliflerini ihale günü ve saatinden önce, idareye teslim etmiş olan kişiler kastedilmektedir.

Son olarak yapılan açıklamalardan sonra ihale işlemlerine fesat karıştırmanın nasıl tanımlanabileceği çabasına girişmek istiyoruz. Öncelikle, ihale sürecindeki rekabetin bozulması durumunun, çoğunlukla ihaleye fesat karıştırma ile ifade edildiğini belirtebiliriz¹³¹. Ayrıca kamu ihale hukuku bakımından fesat karıştırma, *"üstü örtülü veya açık biçimde, idare görevlileri veya isteklilerin özgür, tarafsız, dürüst ve iyi niyetli işlem ve karar üretmelerine mani olacak ve böylece ihale sürecinin doğal akışını bozacak girişimlerde bulunmak"* şeklinde tanımlanmıştır¹³². Bu tanımda, yasak fiil ve davranışların yöneldiği kişiler sadece istekliler olarak belirtilmiştir; bu durum dışında biz de tanıma katılıyoruz.

Tüm açıklamalardan sonra 2886, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar temelinde *ihaleye fesat karıştırma*, ihale işlemlerinde idarelerce ihtiyacın tespit edilmesinden başlayarak taahhüdün baştan belirlenen koşullarına -şartname ve sözleşme hükümlerine- uygun biçimde tamamlanmasına dek, ihale sürecine etki edebilecek yetkiyle donatılmış kamu görevlilerine yahut özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerinin iradelerinin baskılanarak özgür iradeden uzak karar vermeleri amacına yönelik ve hile, vaat, cebir ve tehdit, çıkar sağlama, nüfuz kullanma, anlaşma, irtikâp veya rüşvet nev'inden fiil veya davranışlar suretiyle, rekabet, güvenirlilik, açıklık, eşitlik, tarafsızlık, yeterlik, etkinlik ve verimlilik gibi temel ihale ilkelerinin tesisinde ve hukukî normların hüküm altına aldığı usul ve esaslara uygunluğun doğurması gereken sonuçların saptırılması, iyi niyet kurallarına ve kamu yararına aykırı şekilde hakkın kötüye kullanılması ile birlikte, ihale sürecinden hak edeni dışlayıcı sonuçların yaratılması şeklinde ifade edebiliriz.

4.2.1.1.1. Hile ve Desise Suretiyle İhaleye İlişkin İşlemlere Fesat Karıştırmak veya Buna Teşebbüs Etmek

2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmüne göre, hile ve desise suretiyle ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek yasaklanmıştır. *Hile*, Türk Dil Kurumu Güncel Sözlük'te, *"1. Birini aldatmak, yanıltmak için yapılan"*

¹³¹ Kutlu Gürsel, "Kamu İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezai Yaptırımları", s. 598.

¹³² Gök, **a.g.m.**, s. 3.

düzen, dolap, oyun, ayak oyunu, alavere dalavere, desise, entrika. 2. Çıkar sağlamak için bir şeye değersiz bir şey katma." olarak tanımlanmıştır¹³³. Yine aynı Sözlük'te *desise, "Aldatma, oyun, düzen, hile, entrika"* olarak tanımlanmıştır¹³⁴.

Yüksek Mahkemelerin konu ile ilgili kararlarına göz atmak istediğimizde, İdarî Dava Daireleri Genel Kurulunun önüne gelen bir uyuşmazlıkta, ilgili ihalede idareye sunulmuş olan gerçek dışı belgenin hile kapsamına alınması üzerine idarenin ilgili şirket hakkında tesis ettiği yasaklama kararı, başka bir uyuşmazlığın içinde yer alarak incelemenin bir aşamasını oluşturmuştur¹³⁵.

Danıştay'ın vergisel uyuşmazlık ile ilgili bir kararında, hile ve desisenin nasıl algılanması gerektiği ile ilgili bize yardımcı olan ifadeler yer almaktadır. Kararda gerçek dışı beyan, hile ve desise kullanılması, sahte veya yanıltıcı belge kullanılmasının, iyi niyet kurallarına aykırı ve hakkın kötüye kullanılması sayılabilecek eylemler olduğu ve bu gibi eylemlerle idarenin yanıltılmasından bahsedilmektedir¹³⁶. Danıştay'ın başka bir kararına esas davada davacı şirket, Türkiye Elektrik Kurumu A.Ş. Yönetim Kurulunun davacı hakkında tesis etmiş olduğu bir yıl süreli kamu ihalelerinden yasaklama kararı işleminin iptali için İdare Mahkemesi nezdinde dava açılmıştır. Mahkeme davacının ihale aşamasında idareyi yanıltıcı belge verdiği hususunun sabit olması sebebiyle, davacı şirketin bir yıl süre ile kurum ihalelerinden yasaklanmasına yönelik davalı idare işleminde hukuka

¹³³ Bkz.: Türk Dil Kurumu, (Çevrimiçi), http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58dfd683fb68.83665496, 03.03.2017.

¹³⁴ Bkz.: Türk Dil Kurumu, (Çevrimiçi), http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts&kategori1=veritbn&kelimesec=90222, 03.03.2017.

¹³⁵ İdarî Dava Daireleri Genel Kuruluna gelen somut uyuşmazlıkta, davalı idarece kapalı teklif usulüyle 29.09.1994 tarihinde ihaleye çıkarılan ve ihaleye katılma belgesi alan 36 istekliden 34'ünün teklif verdiği Belkıs-Nizip Pompaj Sulaması II. kısım İnşaatı işinin ihalesinde, idareye gelen 2 adet ihbar mektubuna istinaden yapılan inceleme sonucunda, teklifinin uygun teklif olarak belirlenerek ihalenin ita amirince onaylandığı davacı şirketin de aralarında bulunduğu 6 adet firmanın yeterli belgesi komisyonuna gerçek dışı beyanda bulunarak idareyi yanıltıkları ve davacı şirketin ihaleyi hile sonucu aldığı tespit edildiği gerekçesiyle sözleşme imzalanmayarak ihale kararının iptal edildiği belirtilmiştir. Bkz.: İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu, 07.12.2006 Tarihli ve E. 2003/538, K. 2006/2103 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUxm%2BJQZ5Fp7A~~>, 03.04.2017.

¹³⁶ Bkz.: Danıştay 7. Dairesi, 25.09.1997 Tarihli ve E. 1996/1750, K. 1997/3149 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUnbt10v49qdw~~>, 03.04.2017.

aykırılık bulunmadığına karar vermiş olup bu karar, Danıştay tarafından onanmıştır¹³⁷.

Yargıtay'ın bir kararında ise devlet hastanesi temizlik işleri için hizmet alımı suretiyle yapılan ihale yoluyla çalışan işçilerin çalıştıkları sürelerle ilişkin Sosyal Sigortalar Kurumuna yapılacak bildirimde, Kuruma verilen bildirge ve prim belgeleri üzerinde tahrifat yapılması şeklinde gerçekleşen hile ve desise yönünde bir ifade bulunmaktadır. Bu bağlamda, kararda Sosyal Sigortalar Kurumu vb. diğer kamu kurumlarına verilen bildirimler üzerinde yapılan tahrifat, hile ve desise olarak addedilmiştir¹³⁸. Ayrıca Yargıtay'ın başka bir kararında, hilenin nitelikli bir yalan olduğu belirtilmiştir¹³⁹.

Yargıtay'ın başka bir kararında, henüz mülga 765 sayılı *Türk Ceza Kanunu* yürürlükte iken, Kanun'un *Dolandırıcılık ve İflas* başlıklı 503. maddesinde yer alan hükme¹⁴⁰ istinaden hile ve desise ilgili bize yardımcı olabilecek ifadelere yer verilmiştir. Kararda, Kanun'un 503. maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçunun, "*Bir kişiyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler yaparak, hataya düşürüp onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına haksız bir yarar sağlamaktır.*" olarak tanımlandığı belirtilmiştir. Bu bağlamda buradaki kişi yerine idare adına karar almaya veya irade açıklamaya yetkili kamu görevlilerini ve dolayısıyla idareleri¹⁴¹ ya da istekli adaylarını, istekli olabilecekleri, isteklileri, müşteri yahut müteahhitleri koyarak düşündüğümüzde, istekli adayları, istekli olabilecek, istekli, müteahhit ya da müşteriler tarafından hile ve desise suretiyle, kandırılması, hataya düşürülmesi ile

¹³⁷ Bkz.: Danıştay 10. Dairesi, 16.01.2001 Tarihli ve E. 1998/48 ve K. 2001/70 Sayılı Karar; Yakup Bal, Mustafa Karabulut, Yahya Şahin, **İdari Yargılama Usulü İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Haziran 2003, s. 399-400.

¹³⁸ Bkz.: Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 26.02.2004 Tarihli ve E. 2003/15055, K. 2004/1234 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXvrBT40YE6Ag~~>, 29.04.2017.

¹³⁹ Bkz.: Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 19.02.2013 Tarihli ve E. 2012/15-1379, K. 2013/60 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUdnTP9DMQ5Ng~~>, 29.04.2017.

¹⁴⁰ Hüküm şu şekildedir: "*Her kim, bir kimseyi hulus ve saffetinden bilistifade kandırarak mahiyette sanialar veya hileler yaparak hataya düşürüp o kimsenin veya aharın zararına kendisine veya başkasına haksız bir menfaat temin ederse üç aydan üç seneye kadar hapis ve elli liradan aşağı olmamak zere ağır cezayı nakdi ile cezalandırılır.*"

¹⁴¹ 2886 sayılı Kanun'un *Tanımlar* başlıklı 4. maddesine göre, *idare*, ihaleyi yapan daire, kurum ve kuruluşları ifade etmektedir.

ihale sürecinde diğer bahsi geçen kişilerin yahut idarenin zararına veya diğerlerine veya kendine haksız bir fayda sağlanmasına yönelik eylemlerin gerçekleştirilmesi anlaşılmaktadır. Kararın devamında, hile, "(...) maddi olmayan yollarla karşısındakini aldatan, yanılgıya düşüren, düzen, dolap, oyun, entrika vb. her türlü eylemdir. Bu eylemler bir gösteriş biçiminde olabileceği gibi, gizli davranışlar olarak da ortaya çıkabilir. Gösterişte, fail sahip bulunmadığı olanaklara ve sığata sahip olduğunu bildirmekte, gizli davranışta ise kendi durum veya sıfatını gizlemektedir. Desise ise, maddi nitelikte fiil ve hareketlerle mağduru hataya düşürmede kullanılan vasıttır." şeklinde tanımlanmıştır. İlaveten kararda mülga Kanun'da düzenlenen dolandırıcılık suçunun unsurunu oluşturan hile ve desise şu şekilde ifade edilmiştir: "Olaylara ilişkin yalan açıklamaların ve sarfedilen sözlerin doğruluğunu kuvvetlendirecek ve böylece muhatabın inceleme eğilimini etkileyebilecek yoğunluk ve güçte olması ve bu bakımdan gerektiğinde bir takım dış hareketler ekleyerek veya böylece var olan halden ve koşullardan yararlanarak, almayacağı bir kararı bir kimseye verdirmek suretiyle onu aldatması, bu suretle başkasının zihin, fikir ve eylemlerinde bir hata meydana getirmesidir. Böylece dolandırılanın iradesi fesada uğratılmakta, sakatlanmaktadır."¹⁴² Her ne kadar bahsi geçen kararda, mülga Türk Ceza Kanunu'nda yer alan dolandırıcılık suçunun oluşmasına ilişkin maddî koşullar açıklanıyor olsa da daha önce belirttiğimiz üzere, hile ve desiseye ilişkin -ve özellikle ayrı ayrı tanımları yapılarak- bize yol gösterici açıklamalar bulunmaktadır. Bu bağlamda örneğin ihale sürecinin hazırlık aşamasında, istekli adayları, kamu görevlilerini, maddî olmayan yollarla aldatan, yanılgıya düşüren nitelikli gösteriş biçiminde fiilleri olabileceği gibi, istekli adaylarının gizli davranışlar olarak da ortaya çıkan eylemleri suretiyle, sahip bulunmadığı olanaklara veya vasıflara ve sığata sahip olduklarını bildirmekte veya kendi durum veya sıfatını gizlemektedirler. Ya da istekli olabilecekler, maddî nitelikli fiilleri ile kamu görevlilerini hataya düşürücü araçlar kullanmaktadırlar.

¹⁴² Bkz.: Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 27.04.2004 Tarihli ve E. 2004/6-85, K. 2004/104 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVvO49yiRJNXw~~>, 12.04.2017.

Yukarıda belirttiğimiz tanım ve kararlar ışığında, hile ve desisenin kapsamının geniş olduğu açıktır ve birçok eylem bu kapsama alınabilmektedir; ancak yine de bu kavramın sınırlarını ve çerçevesini belirleme gayretine girişmek gerekir.

İlk olarak Kanun uyarınca uygulaması devam eden kapalı teklif, açık teklif ve pazarlık ihale usullerine ait ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında, Tablo 7'de yer verdiğimiz fiil ve davranışın failleri ve fiil ve davranışın yöneldiği kişileri göz önüne aldığımızda, aldatma veya yanıltma ile hile ve desise suretiyle ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırma veya buna teşebbüs etmenin yasaklandığını; kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilmesi şeklinde sonuçlanan yaptırıma bağlandığını belirtebiliriz. Bu bağlamda ihale işlemlerinin hazırlanması ve yürütülmesi sırasında yasak fiil ve davranışların faillerinin kendi lehlerine yahut diğer istekli adaylarının, istekli olabileceklerin, isteklilerin, müteahhitlerin veya müşterilerin aleyhine etki edebilecek ve belirtilen ihale süreçlerinde ihale ilkelerinin tesisine veya ihalelerin hukuka uygunluğunun sağlanmasına engel olabilecek türde, idareler ile istekli adaylarını, istekli olabilecekleri, isteklileri, müteahhitleri veya müşterileri aldatmaları ve yanıltmalarına ilişkin her tür fiil veya davranışlarını hile ve desise olarak addetmek mümkündür. Ayrıca bu noktada fiil veya davranışın tamamlanması da gerekmemekte olup teşebbüs hâli yeterli görülmektedir ve bu bağlamda idarî yaptırım niteliğinde olan kamu ihalelerinden yasaklama kararına sebebiyet veren hile ve desise suretiyle ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırma veya buna teşebbüs etme sonucunda herhangi bir zararın oluşması da gerekmemektedir¹⁴³. Genel durumun bu sınırını ise 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesinin (b) ve (c) fıkralarında yer alan yasak fiil ve davranışlar oluşturmaktadır.

¹⁴³ Zira Danıştay'ın kararında da belirtildiği üzere, idarî yaptırımların önleyici ve caydırıcı özelliği bulunmakta olup henüz zarar oluşmadan uygulanmaktadır. Danıştay, caydırma ve önleyici özelliği olan idarî yaptırımı, idare hukukuna özgü yöntemlerle idarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın kanunların açıkça verdiği yetkiye dayanarak doğrudan doğruya bir işlem ile uyguladığı yaptırımlar ile verdiği cezalar olarak tanımlanmıştır. Bkz.: Danıştay 10. Dairesi, 16.05.2006 Tarihli ve E. 2003/4021, K. 2006/3011 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4I pMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeUTRIWm9J28ug~~>, 16.04.2017.

Ayrıca 5237 sayılı Kanun'un dokuzuncu bölümünde ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlardan biri olarak 235. maddede ihaleye fesat karıştırma suçu düzenlenmiştir¹⁴⁴. Maddenin 1. fıkrasına göre, "*Kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" Bu ibarede yer alan ihaleye fesat karıştırılmaya ilişkin kanunî karinelerin düzenlendiği maddenin 2/(a) hükmüne göre, *hileli davranışlar ile ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engelleme; ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlama; teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu hâlde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakma; teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı hâlde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye alma* durumlarında ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmaktadır. Ancak Kanun'un madde 235/2-(a) hükmü uyarınca ihale sürecinde görevli kişiler tarafından işlenebilen ihaleye fesat karıştırma suçu, istekli adayları, istekli olabilecekler, istekliler, müteahhitler veya müşteriler tarafından işlenememekte ve bu kişiler, bu hüküm uyarınca ihaleye fesat karıştırma suçunun faili olamamaktadırlar. Başka deyişle, daha önce belirttiğimiz üzere, bu hükümde düzenlenen söz konusu suç, özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebilmektedir. Bu bağlamda, 5237 sayılı Kanun'da düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin madde 235/2-a ve 235/2-b hükümleri, özgü suç niteliğine sahiptir¹⁴⁵. Dolayısıyla 235/2-a ve 235/2-b hükümleri uyarınca, kamu görevlisi tarafından işlenebilen ihaleye fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate

¹⁴⁴ Kanun'un Genel Gerekçesinde, bu suçun uygulama alanı, kamu ihale mevzuatına tabi olsun veya olmasın, nitelik bakımından kamusal faaliyette bulunan bütün kurum ve kuruluşların mal veya hizmet alım, satım ve kiralama işlemlerini kapsayacak şekilde geniş tutulduğu belirtilmiştir. Bkz.: Türkiye Büyük Millet Meclisi, Kanunlar Dergisi, Cilt: 88, s. 235.

¹⁴⁵ Bkz.: Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 17.11.2016 Tarihli ve E. 2014/2575, K. 2016/9071 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeX4KX1g6FJ4wg~~>, 21.04.2017. Yine Kanun'un Genel Gerekçesinde, bu hükümle korunmak istenen hukukî değer, kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne dair ve özellikle, kamu adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımı gibi ihale işlemlerinin yapılmasıyla ilgili olarak, kamu görevlilerine duyulan güven olduğu belirtilmektedir. Bkz.: Türkiye Büyük Millet Meclisi, Kanunlar Dergisi, Cilt: 88, s. 632.

alındığında, kamu görevlisi olan sanıkların beraatlerine hükmedilmiş olması karşısında istekli adaylarının, istekli olabileceklerin, isteklilerin, müteahhitlerin veya müşterilerin fiil ve davranışlarının ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmayacağı belirtilmelidir¹⁴⁶. Durum bu olmakla birlikte, ister idarî ister adlî nitelikli olsun, kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının muhatabı hiçbir zaman kamu görevlileri değildir.

Sonuç olarak sözleşmelerin akdedilmesi usulü olarak belirtilen kamu ihalelerinde idarelerin, özel hukuk kişileri arasında akdedilen sözleşmelerin sahip olduğu serbestliğe sahip olmadığını belirtmek gerekir. İdareler kamu ihale sözleşmelerinde, ilgili kanunlarda yer alan usul ve esaslara ve temel ilkelere bağlı olarak kendi iradelerinden uzak şekilde, -objektif kriterlere uygun biçimde- sözleşmeci tarafı belirlemektedirler. Bu bağlamda ihale uhdesinde kalan müteahhit veya müşteri, tesadüfi ya da şansa bağlı bir sonuç olmayıp normların öngördüğü şekilde ortaya çıkmaktadır; hatta esasında bazı istisnalar dışında teklifler sunulduğu anda ihaleyi alacak istekli bellidir ve bu sonucun değiştirilmesi hukuka aykırılığı meydana getirecektir. Burada ihale komisyonunun ve ita amirinin herhangi bir başka kişi olduğunu ya da aynı koşul ve şartlarda başka bir isteklinin ilgili teklifi sunduğunu varsaydığımızda sonuç değişmemelidir. Diğer taraftan ihaleye teklif sunacak potansiyel bir isteklinin, henüz istekli adayı ya da istekli olabilecek sıfatlarını taşıırken ihale sürecinden dışlanması, ihale sonucunu değiştirecektir. Bu sebeptendir ki örneğin ihale sürecinin hazırlık işlemlerinde istekli adayları, bu "malum" sonucu değiştirmek üzere, ita amirleri, ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olan kişilerin -ihale sürecini etkileyebilecek yetkilere sahip kişilerin- aslında bu süreçte yer almaması gereken iradelerini sürece dâhil elde edebilmek için gerçekleştirdiği veya teşebbüs ettiği bu fiil ve davranışlar kamu ihalelerinden yasaklama kararı yaptırımına tabi tutulmuştur. Yine ihale işlemlerinin yürütülmesi ve sonuçlandırılması aşamasında istekli adaylarının, istekli olabileceklerin, isteklilerin, müteahhitlerin veya müşterilerin;

¹⁴⁶ Bkz.: Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 11.01.2012 Tarihli ve E. 2012/4397, K. 2012/10176 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWjdY4!B0QcXw~~>, 16.04.2017.

kamu görevlilerine, istekli adaylarına, istekli olabileceklere, isteklilere, müteahhitler veya müşterilere karşı hile ve desiseye başvurabilecekleri düşünülerek gerçekleştirdiği veya teşebbüs ettiği bu fiil ve davranışlar kamu ihalelerinden yasaklama kararı yaptırımına tabi tutulmuştur.

4.2.1.1.2. Vait Suretiyle İhaleye İlişkin İşlemlere Fesat Karıştırmak veya Buna Teşebbüs Etmek

2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmüne göre, vait suretiyle ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek yasaklanmıştır. Kanun'da uygulaması devam eden kapalı teklif, açık teklif ve pazarlık ihale usulleri ile yapılan ihalelerde vait suretiyle ihaleye ilişkin işlemlere fesat karışırma veya buna teşebbüs etme kamu ihalelerinden yasaklama kararının verilmesinde sebep unsurunu teşkil etmekte olup sebep unsuru çeşitlerinden bir maddî sebep olduğunu belirtebiliriz. Başka deyişle vait olarak addedilen istekli adaylarının, istekli olabileceklerin, isteklilerin, müteahhitlerin veya müşterilerin fiil ve davranışları, yetkili idarî makamu kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis etmesine yönelten dürtü olarak maddî sebep ve idarî işlemin gerekçesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Osmanlıca Türkçe Sözlüğünde *vait*, "*Söz verme, üstüne alma, yapılmasına söz verilen şey.*" olarak tanımlanmıştır¹⁴⁷. Burada yer alan vait, istekli adaylarının, istekli olabileceklerin, isteklilerin, müteahhitlerin veya müşterilerin Kanun uyarınca yukarıda yer verdiğimiz usullere ait ihale işlemlerin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında, idarelere ve kamu görevlilerine ya da bir diğer istekli adaylarına, istekli olabileceklere, isteklilere, müteahhitlere veya müşterilere vait suretiyle, ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek yasaklanmış olup kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilmesi şeklinde sonuçlanan yaptırımı bağlandığını belirtebiliriz. Burada bahsettiğimiz kişilerin yapılmasına ya da yapılacağı yönünde söz verdiği durumlar, olumsuz bir anlam içermektedir; verilen söz ile ihale sürecinde diğer bir kişinin zararına yahut başka bir kişiye veya kendine haksız bir fayda sağlanmasına yönelik bir girişimde

¹⁴⁷ Devellioğlu, **a.g.e.**, s. 450.

bulunmaktadır. 4734 sayılı Kanun'da vaat ifadesinin yerini vaat almış olup biz de çalışmamızın devamında bu kavramı kullanacağız¹⁴⁸.

Örneğin ihale sürecinde vaat suretiyle, istekli adaylarının, istekli olabileceklerin, isteklilerin, müteahhit veya müşterilerin, idareler veya kamu görevlilerine yönelen şartnamelerin kendilerine uygun koşullarda hazırlanması, söz konusu ihalenin kendilerine verilmesi, diğer isteklilerin hukuka aykırı şekilde ihaleden dışlanmaları yahut ihalenin başka bir isteklide kalması ya da iptal edilmesi gereken bir ihalenin iptal edilmemesi yahut tam tersi olması yönünde, maddî ya da maddî olmayan yollarla menfaat temin edilmesi ya da buna teşebbüs edilmesine ilişkin tüm fiil ve davranışları bu kapsamda değerlendirilebilir¹⁴⁹. İstekli olabileceklerin, isteklilerin, müteahhitlerin veya müşterilerin bu "malum" sonucu değiştirmek üzere, ita amirleri, ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanlar gibi ihale sürecini etkileyebilecek yetkilere sahip kişilerin aslında bu süreçte yer almaması gereken iradelerini, bu sürece dâhil edebilmek adına vaatlerde bulunabilecekleri düşünülerek bu fiiller kamu ihalelerinden yasaklama kararı yaptırımına tabi tutulmuştur. Yine benzer şekilde, ihale işlemlerinin yürütülmesi sırasında istekli adaylarının, istekli olabileceklerin, isteklilerin, müteahhitlerin veya müşterilerin; istekli adaylarına, istekli olabileceklere, isteklilere, müteahhitler veya müşterilere karşı vaat suretiyle ihale sürecinden dışlayabilecekleri, şartname ve eklerini almama ya da ihaleye teklif vermemelerini temin edebilecekleri düşünülerek gerçekleştirdiği veya teşebbüs ettiği bu fiil ve davranışlar kamu ihalelerinden yasaklama kararı yaptırımına tabi tutulmuştur.

¹⁴⁸ Ayrıca mülga 765 sayılı Kanun'da da vaat kavramı kullanılmıştır. Örneğin Kanun'un 220. maddesinde yer alan hüküm şu şekildedir: "(...) Kanunen yapmağa memur olduğu şeyi yapmamak yahut yapmamağa memur olduğu şeyi yapmak için rüşvet vaat ve teklif ve ita eden kimsenin bu hareketi kanun ve nizamı vukubulan muhalefetin derecesine ve matlabm kısmen veya tamamen husul bulup bulmamasına göre üç aydan bir seneye kadar hapis cezasını istilzam eder."

¹⁴⁹ Ayrıca ihalenin hazırlanması sırasında oluşturulan ve yapılacak işlerin genel, özel, teknik ve idarî esas ve usullerini gösteren belge veya belgeleri ifade eden şartnamelerde yer alacak hususlarda, istekli olabileceklerin, isteklilerin, müteahhitlerin veya müşterilerin kamu görevlilerine vaat suretiyle kendi lehlerine ya da diğerlerinin aleyhine ifadelerin yer almasının sağlanması ya da teşebbüs edilmesi, örnek olarak verilebilir.

4.2.1.1.3. Tehdit Suretiyle İhaleye İlişkin İşlemlere Fesat Karıştırmak veya Buna Teşebbüs Etmek

2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmüne göre, tehdit suretiyle ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek yasaklanmıştır ve Kanun'da uygulaması devam eden kapalı teklif usulü, açık teklif usulü ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde tehdit suretiyle ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmamanın veya buna teşebbüs etmenin kamu ihalelerinden yasaklama kararının verilmesinde sebep unsurunu teşkil ettiğini ve bunun da sebep unsuru çeşitlerinden bir maddî sebep olduğunu belirtebiliriz. Başka deyişle, tehdit olarak addedilen isteklilerin fiil ve davranışları, yetkili idarî makamı kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis etmesine yönelten dürtü şeklinde, maddî sebep ve idarî işlemin gerekçesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türk Dil Kurumu Güncel Sözlük'te "*Gözdağı.*" olarak tanımlanan¹⁵⁰ tehdit, 5237 sayılı Kanun'un 106. maddesinde bir suç türü olarak düzenlenmiş olup Kanun'un Gerekçesinde bazı suçlar için bir unsur olarak da düzenlenen tehdidin koruduğu hukukî değer, kişilerin huzur ve sükûnu olduğu ve böylece kişilerde bir güvensizlik duygusunun meydana gelmesinin engellenmekte olduğu belirtilmiştir. Ancak tehdidin müstakil bir suç olarak düzenlendiği bu maddede korunmak istenen esas değer, kişinin karar verme ve hareket etme hürriyeti olduğu belirtilmiştir. Tehditte, failin isteğinin yerine getirilmemesi durumunda gerçekleştirilecek bir tecavüz, kötülük mağdura bildirilmektedir. Tehdidin konusunu, kişinin hayatının veya vücut bütünlüğünün tehlikeye maruz bırakılacağı, suç teşkil eden belli bir fiilin işleneceğinin, kuvvet kullanılacağı veya herhangi bir kötülüğün, haksızlığın gerçekleştirileceğinin bildirilmesi oluşturmaktadır ve ayrıca tehdit konusu kötülük ve haksızlığın mağdura değil de mağdur ile belli bir akrabalık, yakınlık ilişkisi mevcut

¹⁵⁰ Bkz.: Türk Dil Kurumu, (Çevrimiçi), http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58e344456dfd7.16474726, 12.04.2017.

bir üçüncü şahsa yönelik de olabilmektedir. Ayrıca bir üçüncü kişi vasıtasıyla bu kötülüğün gerçekleştirileceğinin bildirilmesi ile de tehditte bulunulabilmektedir¹⁵¹.

Örneğin ihale sürecinde, tehdit suretiyle istekli adaylarının, istekli olabileceklerin, isteklilerin, idareler ve kamu görevlilerini, şartnamelerin kendilerine uygun koşullarda hazırlanması, söz konusu ihalenin kendilerine verilmesi, diğer isteklilerin hukuka aykırı şekilde ihaleden dışlanmaları yahut ihalenin başka bir istekliden kalması ya da iptal edilmesi gereken bir ihalenin iptal edilmemesi yahut tam tersi olması yönünde, tehdit edilmesi ya da buna teşebbüs edilmesine ilişkin tüm fiil ve davranışları bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu defa "malum" sonucu değiştirmek üzere, ita amirleri, ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanlar gibi ihale sürecini etkileyebilecek yetkilere sahip kişilerin aslında bu süreçte yer almaması gereken iradelerini bu sürece dâhil edebilmek adına bu kişileri tehdit edilebileceği düşünülerek bu fiil ve davranışlar kamu ihalelerinden yasaklama kararı yaptırımına tabi tutulmuştur. Yine benzer şekilde, ihale işlemlerinin yürütülmesi sırasında istekli adaylarının, istekli olabileceklerin, isteklilerin, müteahhitlerin veya müşterilerin; istekli adaylarına, istekli olabileceklere, isteklilere, müteahhitler veya müşterilere karşı onları tehdit etmek suretiyle ihale sürecinden dışlayabilecekleri, şartname ve eklerini almamalarını ya da ihaleye teklif vermemelerini temin edebilecekleri düşünülerek gerçekleştirdiği veya teşebbüs ettiği bu fiil ve davranışlar kamu ihalelerinden yasaklama kararı yaptırımına tabi tutulmuştur. Burada vaatle olduğu gibi menfaat temin edilmemekte ve ancak korkutularak kendilerinin ya da yakınlarının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına veya malvarlığına yönelik hukuka aykırı usuller ve hukuka aykırı fiiller ile saldırılacağına ilişkin kötülük haber edilmektedir.

4.2.1.1.4. Nüfuz Kullanma Suretiyle İhaleye İlişkin İşlemlere Fesat Karıştırmak veya Buna Teşebbüs Etmek

2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmüne göre, nüfuz kullanma suretiyle ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek yasaklanmıştır.

¹⁵¹ Bkz.: Türkiye Büyük Millet Meclisi, Kanunlar Dergisi, Cilt: 88, s. 514.

Kanun'da uygulaması devam eden kapalı teklif usulü, açık teklif usulü ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde nüfuz kullanma suretiyle ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırma veya buna teşebbüs etme kamu ihalelerinden yasaklama kararının verilmesinde sebep unsurunu teşkil ettiğini ve sebep unsuru çeşitlerinden bir maddî sebep olduğunu belirtebiliriz. Başka deyişle, nüfuz kullanma olarak addedilen istekli adaylarının, istekli olabileceklerin, isteklilerin, müteahhitlerin veya müşterilerin fiil ve davranışları, yetkili idarî makamı kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis etmesine yönelten dürtü şeklinde maddî sebep ve idarî işlemin gerekçesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türk Dil Kurumu Güncel Sözlük'te *nüfuz*, "*Söz geçirme, güçlü olma, erk.*" şeklinde tanımlanmıştır¹⁵². 5237 sayılı Kanun'un 277. maddesinde *yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs* suçuna¹⁵³ ilişkin açıklamaların yer aldığı Yargıtay'ın bir kararında, 5237 sayılı Kanun'un 277. maddesi ile yargı mensupları üzerinde baskı kurmak veya etkilemek suretiyle davanın taraflarından birinin yararına sonuç almanın hedeflendiğini ve hükümde geçen iltimasın tavsiye, rica, kayırma yoluyla haksız, kurallara aykırı arka çıkma olarak tanımlandığını; ancak iltimas derecesini geçen durumların ise hukuka aykırı, emir, baskı, nüfuz kullanma olarak değerlendirildiği belirtilmiştir¹⁵⁴.

Mülga 765 sayılı Kanun yürürlükte iken verilmiş bir Yargıtay kararında da Kanun'un *Devlet Memurlarına İntisap İddiasile Menfaat Temin Eyleyenler* başlıklı

¹⁵² Bkz.: Türk Dil Kurumu, (Çevrimiçi), http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58e349136aa888.83927223, 18.03.2017.

¹⁵³ 5237 sayılı Kanun'un madde 277/1 hükmünde, "*Görülmekte olan bir davada (...) gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla, davanın taraflarından birinin, (...) sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (Ek cümle: 18/6/2014-6545/69 md.) Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır.*" ibaresi yer almaktadır.

¹⁵⁴ Kararda (...H... evden arayayım. Mümkünse B... ile bize haksızlık yapılmasının karşılığı olacağı ... bedelinin ödeteceğini belirtmek iyi olur), (...biraz sert çıkmak iyi olur.), (bütün gücümü B. ve kocasına vermemiz lazım), (... kurulda konuşulanları anlatmış, çok kötü sonuçlanacağını söylemiş), biçiminde olan ve örnekleri çoğaltılabilen suça konu söylemler, emir, baskı, nüfuz kullanma derecesinde kabul edilmiştir. Bkz.: Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 05.04.2011 Tarihli ve E. 2010/4-154, K. 2011/38 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXJeJXAEIFz8A~~>, 19.04.2017.

278. maddesinde düzenlenen suç¹⁵⁵ ilişkin açıklamalar bize yardımcı olmaktadır. Kararda, doktrinde "nüfuz ticareti" suçunda korunan hukukî yararın, kamu idaresinin şeref ve itibarı olduğu ve dolayısıyla bu suçun mağdurunun, şeref ve itibarı sarsılan kamu idaresi olduğu belirtilmiştir. Dolandırıcılık suçunda ise, korunan hukukî yararın malvarlığı olması sebebiyle, her iki suçun birbirinden ayıran en önemli ölçütün de korunan hukukî yararlar arasındaki bu farkın olduğu bildirilmiştir. İlâveten nüfuz ticareti suçunun maddî ögesinin bir memur nezdinde hatırı sayıldığı ve onunla ilişkisinin bulunduğu iddia edilerek yapılacak aracılık karşılığında memura verilmek üzere, para veya başkaca menfaat almak, kabul etmek veya bunların verilmesi hususunda vaat almak olduğu belirtilmiştir. Dolandırıcılık suçuna nazaran özel hüküm niteliğinde değerlendirilen nüfuz ticareti suçunda kullanılacak hilenin sınırlarının dolandırıcılık suçuna oranla daha da belli ve tek biçimde olduğu belirtilmiştir.¹⁵⁶

Örneğin ihale sürecinde, nüfuz kullanma suretiyle istekli adaylarının, istekli olabileceklerin, isteklilerin, idareler ve kamu görevlilerini, şartnamelerin kendilerine uygun koşullarda hazırlanması, söz konusu ihalenin kendilerine verilmesi, diğer isteklilerin hukuka aykırı şekilde ihaleden dışlanmaları yahut ihalenin başka bir istekliden kalması ya da iptal edilmesi gereken bir ihalenin iptal edilmemesi yahut tam tersi olması yönünde, güç, erk sahibi olduğundan bahisle söz geçirme ya da buna teşebbüs edilmesine ilişkin tüm fiil ve davranışları bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu defa "malum" sonucu değiştirmek üzere, ita amirleri, ihale işlemlerini

¹⁵⁵ Bu suç, 5237 sayılı Kanun'un madde 255/1 hükmünde *nüfuz ticareti suçu* olarak şu şekilde düzenlenmiştir: "*Kamu görevlisi üzerinde nüfuz sahibi olduğundan bahisle, haksız bir işin gördürülmesi amacıyla girişimde bulunması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, kendisine veya bir başkasına menfaat temin eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Kişinin kamu görevlisi olması hâlinde, verilecek hapis cezası yarı oranında artırılır. İşinin gördürülmesi karşılığında veya gördürüleceği beklentisiyle menfaat sağlayan kişi ise, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*"

¹⁵⁶ Kararın devamında sanığın, olayda karar vermeye yetkili olan hâkim üzerinde etkili olabileceği görüntüsünü yarattığı, cumhuriyet başsavcısı yanında hatırı sayıldığını söyleyerek yakınlarını inandırmış ve aldığı parayı adliyeye götürdüğünü de göstererek parayı cumhuriyet başsavcısına verdiği konusunda onları kandırdığı; sanığın Devlet memurları yanında hatırı sayıldığı; onlarla ilişkisi bulunduğu inandırarak çıkar sağladığı nazara alındığında, nüfuz ticareti suçunun unsurlarının olduğu yönünde ifadeye yer verilmiştir. Bkz.: Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 26.03.2002 Tarihli ve E. 2002/4-89, K. 2002/221 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWjCO0W0LF8kQ~~>, 27.04.2017.

hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanlar gibi ihale sürecini etkileyebilecek yetkilere sahip kişilerin aslında bu süreçte yer almaması gereken iradelerini bu sürece dâhil edebilmek adına bu kişiler üzerinde nüfuz kullanabileceği düşünülerek bu fiil ve davranışlar kamu ihalelerinden yasaklama kararı yaptırımına tabi tutulmuştur. Yine benzer şekilde, ihale işlemlerinin yürütülmesi sırasında istekli adaylarının, istekli olabileceklerin, isteklilerin, müteahhitlerin veya müşterilerin; istekli adaylarına, istekli olabileceklere, isteklilere, müteahhitler veya müşterilere karşı nüfuz kullanma suretiyle ihale sürecinden dışlayabilecekleri, şartname ve eklerini almama ya da ihaleye teklif vermemelerini temin edebilecekleri düşünülerek gerçekleştirdiği veya teşebbüs ettiği bu fiil ve davranışlar kamu ihalelerinden yasaklama kararı yaptırımına tabi tutulmuştur.

4.2.1.1.5. Çıkar Sağlama Suretiyle İhaleye İlişkin İşlemlere Fesat Karıştırmak veya Buna Teşebbüs Etmek

2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmüne göre, çıkar sağlama suretiyle ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek yasaklanmıştır. Kanun'da uygulaması devam eden kapalı teklif usulü, açık teklif usulü ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde çıkar sağlama suretiyle ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etme kamu ihalelerinden yasaklama kararının verilmesinde sebep unsurunu teşkil ettiğini ve sebep unsuru çeşitlerinden bir maddî sebep olduğunu belirtebiliriz. Başka deyişle, çıkar sağlama olarak addedilen istekli adaylarının, istekli olabileceklerin, isteklilerin, müteahhitlerin veya müşterilerin fiil veya davranışları, yetkili idarî makamı kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis etmesine yönelten dürtü şeklinde maddî sebep ve idarî işlemin gerekçesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türk Dil Kurumu Güncel Sözlük'te *çıkâr*, "*Dolaylı bir biçimde elde edilen kazanç, menfaat, yarar.*" olarak tanımlanmıştır¹⁵⁷. Mülga 735 sayılı Ceza Kanunu'nun 368. maddesinde "*Bir kimse kendisine veya başkasına vadolunmuş para*

¹⁵⁷ Bkz.: Türk Dil Kurumu, (Çevrimiçi), http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58ea6eca2fee60.36946775, 20.03.2017.

veya sair menfaat mukabilinde müzayedeye veya münakaşaya devamdan istinkâf suretile müzayedeye fesat karıştırırsa altı aya kadar hapse ve otuz liradan elli liraya kadar ağır cezayi naktiye mahkûm olur." ibaresi hüküm altına alınmıştı.

Örneğin ihale sürecinde, çıkar sağlama suretiyle istekli adaylarının, istekli olabileceklerin, isteklilerin, idareler ve kamu görevlilerini, şartnamelerin kendilerine uygun koşullarda hazırlanması, söz konusu ihalenin kendilerine verilmesi, diğer isteklilerin hukuka aykırı şekilde ihaleden dışlanmaları yahut ihalenin başka bir istekliden kalması ya da iptal edilmesi gereken bir ihalenin iptal edilmemesi yahut tam tersi olması yönünde veya teşebbüs edilmesine ilişkin tüm fiil ve davranışları bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu defa "malum" sonucu değiştirmek üzere, ita amirleri, ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanlar gibi ihale sürecini etkileyebilecek yetkilere sahip kişilerin aslında bu süreçte yer almaması gereken iradelerini bu sürece dâhil edebilmek adına bu kişilerin çıkar sağlayabileceği düşünülerek bu fiil ve davranışlar kamu ihalelerinden yasaklama kararı yaptırımına tabi tutulmuştur. Yine benzer şekilde, ihale işlemlerinin yürütülmesi sırasında istekli adaylarının, istekli olabileceklerin, isteklilerin, müteahhitlerin veya müşterilerin; istekli adaylarına, istekli olabileceklere, isteklilere, müteahhitler veya müşterilere karşı çıkar kullanma suretiyle ihale sürecinden dışlayabilecekleri, şartname ve eklerini almama ya da ihaleye teklif vermemelerini temin edebilecekleri düşünülerek gerçekleştirdiği veya teşebbüs ettiği bu fiil ve davranışlar kamu ihalelerinden yasaklama kararı yaptırımına tabi tutulmuştur.

4.2.1.2. Rekabeti Engelleyici Fiil ve Davranışlarda Bulunmak

2886 sayılı Kanun'un 83/a hükmünde, *"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"* şeklinde olan fiil ve davranışların yasak olduğu belirtilmiş olup hükümdeki yasak fiil ve davranışlar, sadece "ihale anına" özgülenmiş şekilde kaleme alınmıştır. Ancak Kanun'un 83. maddesinde yer alan tüm bentleri için giriş cümlesi olarak hükme

bağlanan "*İhale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında*" ibaresi ile 83/b hükmünde yer alan düzenleme beraber düşünüldüğünde başka bir problem daha oluşmaktadır. Zira ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılmasının birbirinden farklı idarî işlemler içeren aşamalar olduğunu ve tekliflerin değerlendirilmesine ilişkin işlemlerin ihale sürecinin yürütülmesi sırasında gerçekleştirildiğini daha önce belirtmiştik. Ancak Kanun'un madde 83/b hükmünün yorumu gereğince, yalnızca ihale anında gerçekleşen yasak fiil ve davranışlara ilişkin düzenleme getirmesi ve ihale anından önceki ile sonraki işlemleri kapsamaması sebebiyle, giriş hükmü ile çeliştiğini söylemeliyiz. Yine Kanun'un madde 83/b hükmünde, *söz söylemek, ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak, ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak* şeklinde fiil ve davranışlar düzenlenmiş olup bu fiil ve davranışların yöneleceği kişiler istekliler olarak hükme bağlandığından, yalnızca ihaleye katılan gerçek veya tüzelkişi veya kişilere özgülenmiş olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda ihale işlemlerinin hazırlanması sürecinde gerçekleşen ve Kanun'un madde 83/b hükmünde yer alan yasak fiil ve davranışlara benzer fiil ve davranışların istekli adaylarına, istekli olabileceklere yönelmesi hâlinde ne yapılması gerektiği ile ilgili kanaatimizi daha önce belirterek bu noktadaki problemi çözmeye çalışmıştık. Zira ihaleye katılmayan veya katılmadan önce istekli adayları veya istekli olabilecek kişileri tereddüde düşürecek, onları anlaşmaya çağırarak veya onlarla olan rağbeti kırarak davranışlarda bulunulabilmesinin ve aynı şekilde ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışmanın ihaleden önce yapılmasının da örnekler vererek mümkün olduğunu belirtmiştik.

Tüm bu açıklamaları topladığımızda, yukarıdaki kanaatimiz ve önerimizle aynı şekilde, kamu düzeninin bir tezahürü olan ihale düzeninin sağlanması amacı için, 2886 sayılı Kanun'un madde 83/b hükmünde yer alan düzenlemenin bahsettiğimiz durumları sebebiyle, istekli adayları ile istekli olabilecek kişilere yönelen ve bu bentte düzenlenen yasak fiil ve davranışlar vuku bulduğunda, kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına ilişkin idarî işlemin tesisinde sebep unsurunun

2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmü olması yönündedir ve bu hükme istinaden kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilmelidir.

2886 sayılı Kanun'un madde 83/b hükmünde tespit edilen bir diğer problem yine sıfatlarla ilgilidir; ancak bu defa yasak fiil ve davranışlarının failinin kimler olacağına bakılmaktadır. Kanun'un muhtelif maddelerinde belirtildiği üzere, ihalelerde ilgili olmayan kişiler ihaleye alınmayacak ve hatta teklif mektubunda -örneğin dış zarfta- Kanun'a uygun olmayan durumlar oluştuğunda da bu kişiler dışarı çıkarılacaktır. Kanun'un madde 83/b hükmünün ihale anına özgülenmiş şekilde kaleme alınmış olması sebebiyle, yasaklanan fiil ve davranışların failinin de sadece istekliler şeklinde düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu durum sebebiyle, istekli adayları ile istekli olabilecekler tarafından gerçekleştirilen ve bu bentte düzenlenen yasak fiil ve davranışlar vuku bulduğunda, yine kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına ilişkin idarî işlemin tesisinde sebep unsurunun 2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmü olması yönündedir ve bu hükme istinaden bu kişiler hakkında da kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilmelidir.

2886 sayılı Kanun'un madde 83/b hükmünde tespit ettiğimiz son problem ise ihale usulleri ile ilgilidir. 2886 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, Kanun'un yürütülmesinde idarelerce sağlanması esas olan ilkeler¹⁵⁸ düzenlenmiş olup bunlar *ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması* olarak belirtilmiştir. Özellikle rekabet ilkesi, diğer ilkelerin tesisinde olmazsa olmaz nitelik arz etmektedir. Kanun'un madde 83/b hükmünde de *"Açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kıracak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağırma ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak veya ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak"* yasaklanmıştır. Bu noktada idarelerin ihalelerin tümünde tesis etmekle yükümlü olduğu ilkeler temelinde, isteklilerin diğer istekliler üzerinde bu ilkeleri bertaraf edecek fiil ve

¹⁵⁸ İdare sözleşmelerinin tabi olduğu usulü düzenlediği belirtilen 2490 sayılı Kanun yürürlükte iken idare sözleşmelerinin *aleniyet, rekabet serbestisi ve en az veya en çok fiyatın bulunması* ilkelerine dayandığı belirtilmiştir. Bkz.: Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1617-1620.

davranışları da yasaklanmıştır. Kanun'un madde 83/b hükmünde rekabeti engelleyici fiillerde bulunmaya ilişkin tüm fiil ve davranışların yasaklılık kapsamının açık ihale usulü ile pazarlık usulünde olduğu bildirilmiştir. Bu bağlamda belirttiğimiz ihale usullerinde, 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 yapma şeklindeki yasak fiil ve davranışlar, kamu ihalelerinden yasaklama kararının verilmesinde sebep unsurunu teşkil etmekte ve isteklilerin diğer isteklilere yönelen bu fiil ve davranışları, yetkili idarî makamı kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis etmesine yönelten dürtü şeklinde maddî sebep ve idarî işlemin gerekçesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Daha önce bu yasak fiil ve davranışların sadece ihale anına özgülenmiş şekilde kaleme alınmış olduğu sonucuna ulaşmamızın bir diğer sebebinin de hükme alınmayan kapalı teklif usulü ile hükme alınan açık teklif ve pazarlık usulü olan ihale usullerinin özellikleri oluşturmaktadır.

Bahsi geçen fiil ve davranışların yasaklandığı açık teklif ihale usulü, 2886 sayılı Kanun'un 45 ile 49. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Açık teklif usulünün uygulanmasını düzenleyen Kanun'un 46. maddesi uyarınca, açık teklif usulüne göre ihalelerin, isteklilerin ihale komisyonları önünde tekliflerini sözlü olarak belirtmeleri suretiyle yapılacağı hükme bağlanmıştır. Ancak istekliler, ilanda belirtilen ihale saatine kadar komisyon başkanlığına ulaşmış olmak şartıyla, tekliflerini iadeli taahhütlü bir mektupla da gönderebilmektedirler¹⁵⁹. Teklif sahibi komisyonda hazır bulunmadığı takdirde posta ile gönderilen teklif, son ve kesin teklif olarak kabul edilmektedir. O hâlde teklif sahibi komisyonda hazır bulunmadığı durumlar haricinde, açık teklif usulünde teklifler sözlü olarak yapılmaktadır. Bu durumda,

¹⁵⁹ Bu teklifler, Kanun'un tekliflerin hazırlanması ile ilgili hükme bağlanan 37. maddesindeki şartları taşımaktadır. Maddeye göre, teklif mektubu bir zarfa konulup kapatıldıktan sonra zarfın üzerine isteklinin adı, soyadı ve tebligata esas olarak göstereceği açık adresi yazılmalı ve zarfın yapıştırılan yeri istekli tarafından imzalanmalı veya mühürlenmelidir. Bu zarf, geçici teminata ait alındı veya banka teminat mektubu ve istenilen diğer belgelerle birlikte ikinci bir zarfa konularak kapatılmalıdır. Dış zarfın üzerine isteklinin adı ve soyadı ile açık adresi ve teklifin hangi işe ait olduğu yazılmalıdır. Teklif mektuplarının istekli tarafından imzalanması ve bu mektuplarda şartname ve eklerinin tamamen okunup kabul edildiğinin belirtilmesi, teklif edilen fiyatın rakam ve yazı ile açık olarak yazılması zorunludur. Bunlardan herhangi birine uygun olmayan veya üzerinde kazıntı, silinti veya düzeltme bulunan teklifler reddedilerek hiç yapılmamış sayılır.

ihalede hazır bulunanlar tekliflerini sözlü olarak yapacak veya hazır bulunmayanlar teklifini yazılı olarak gönderecektir.

Bahsi geçen fiil ve davranışların yasaklandığı bir diğer ihale usulü olan pazarlık usulü de 2886 sayılı Kanun'un 50 ve 51. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun'a göre idarelerin ilan yapıp yapmamakta serbest olduğu pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde teklif alınması belli bir şekle bağlı değildir. İhaleler, komisyon tarafından işin nitelik ve gereğine göre bir veya daha fazla istekliden yazılı veya sözlü teklif almak ve bedel üzerinde anlaşmak suretiyle yapılmaktadır.

Hükme alınmayan ve bahsi geçen fiil ve davranışların yasaklanmadığı kapalı teklif usulü de 2886 sayılı Kanun'un 36 ile 43. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kanun'a göre kapalı teklif usulünde teklifler yazılı olarak yapılmaktadır. Teklif mektubu, bir zarfa konulup kapatıldıktan sonra zarfın üzerine isteklinin adı, soyadı ve tebligata esas olarak göstereceği açık adresi yazıldıktan sonra, zarfın yapıştırılan yeri istekli tarafından imzalanmakta veya mühürlenmektedir. Bu zarf geçici teminata ait alındı veya banka teminat mektubu ve istenilen diğer belgelerle birlikte ikinci bir zarfa konulmakta ve kapatılarak dış zarfın üzerine isteklinin adı ve soyadı ile açık adresi ve teklifin hangi işe ait olduğu yazılmaktadır. Teklif mektuplarının istekli tarafından imzalanması ve bu mektuplarda şartname ve eklerinin tamamen okunup kabul edildiğinin belirtilmesi, teklif edilen fiyatın rakam ve yazı ile açık olarak yazılması zorunludur. Bunlardan herhangi birine uygun olmayan veya üzerinde kazıntı, silinti veya düzeltme bulunan teklifler reddedilerek hiç yapılmamış sayılmaktadır. Teklif mektupları, kontrolleri yapılarak önce dış zarf sonra iç zarf sırasıyla açılmaktadır. Kapalı teklif usulü ile yapılan artırma ihalelerinde, geçerli en yüksek teklifin altında olmamak üzere, oturumda hazır bulunan isteklilerden sözlü veya yazılı teklif alınmak suretiyle ihale sonuçlandırılmaktadır.

Yukarıdaki yer verdiğimiz ihale usullerine ait özellikleri göz önüne aldığımızda, kapalı teklif usulünde de bahsi geçen yasak fiil ve davranışların olabilmesinin muhtemel olduğunu düşünmekteyiz. Zira 2886 sayılı Kanun'un 40. maddesine *5577 sayılı Devlet İhale Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında*

Kanun ile bir fıkra eklenerek kapalı teklif usulündeki ihalelerde de sözlü olarak tekliflerin verilebileceği ve kanunen komisyonun tercihinin bırakılan bir durum hükme bağlanmıştır¹⁶⁰. Bu durumun tercih edildiği hâllerde, kapalı teklif usulünün özelliği, açık teklif ve pazarlık usulleri ile aynı olmaktadır. Bu sebeple, 2886 sayılı Kanun'un madde 83/b hükmünde yer alan rekabeti engelleyici fiil ve davranışların kapalı teklif usulünde vuku bulması hâlinde kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilemeyeceğinden kanun koyucunun hükümde düzeltme yapması ve kapalı teklif usulünü de eklemesi gerekmektedir. Kaldı ki böyle bir ek fıkra ile değişikliğe gidilmediğini düşündüğümüz durumlarda da tekliflerin yazılı olarak yapıldığı ihalelerde, rekabeti engelleyici fiil ve davranışların oluşmadığını söyleyemeyiz¹⁶¹.

¹⁶⁰ 5577 sayılı Kanun ile 2886 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikten daha sonra yürürlüğe giren Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik'te de kapalı teklif usulü ile yapılan ihalelerde en yüksek teklifin altında olmamak kaydıyla, ihalede hazır bulunan isteklilerden sıra ile yeniden sözlü veya yazılı teklifte bulunulmasının isteneceği belirtilmiştir.

¹⁶¹ Buna ilişkin olarak Danıştay'ın önüne gelmiş olan bir uyuşmazlığa yer vermek istiyoruz. Dava, davacı şirket üzerinde kalan, ... İli, ... İlçesi, ... İlköğretim Okulu ek on altı derslikli bina yapımına dair 04.09.2001 tarihinde yapılan ihalenin 2886 sayılı Kanun'un 31. maddesi uyarınca onaylanmamasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır. İdare mahkemesince, ihaleye fesat karıştırılması ve ihaleyi alan firmanın önceden belirlenebilmesi için ihaleye katılan firmaların teklif mektuplarının hepsinin aynı kalem ve aynı şahıs tarafından yazılması hâlinde mümkün olabileceği, ihaleyi alan davacı firmayla yalnızca bir tek firmanın teklif mektuplarının aynı kalemle yazılmasının ihalenin gizlilik esasını zedelemeyeceği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. Davalı idare tarafından Erzurum İdare Mahkemesinin kararının temyiz edilmesi üzerine Danıştay, 2886 sayılı Kanun'un 36 ile 37. maddesinde geçen hükümlerine yer verdikten sonra, Kanun'un 31. maddesinde ihaleyi onaylayıp onaylamama konusunda ita amirine takdir yetkisi tanınmış ise de bu yetkinin kullanılmasının mutlak ve sınırsız olmayıp kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda yargı denetimine tabi olduğunun kuşkusuz olduğunu belirtmiştir. Kararda, ... İlköğretim Okulu ek 16 derslikli bina yapımına dair 04.09.2001 tarihinde yapılan ihaleyle ilgili olarak Emniyet Genel Müdürlüğü Kriminal Polis Laboratuvarları Dairesi Başkanlığınca düzenlenen 29.03.2002 günlü Ekspertiz Raporunda, sekiz ayrı şirket tarafından verilen teklif mektuplarının dört grup hâlinde her grup için aynı kişi tarafından yazıldığı belirlendiğinin, farklı iki şirkete ait teklif mektubundaki yazıların ise aynı kalemle yazıldığı belirlendiğinin, ihalenin tescili için gönderilen Sayıştay 6. Dairesince de tekliflerin verilmesinde gizlilik esasının zedelendiğinin ve 2886 sayılı Kanun'un 36 ve 37. maddelerine aykırı davranıldığı gerekçesiyle tescilin uygun görülmediğinin anlaşılmış olduğu bildirilmiştir. Bu durumda, 2886 sayılı Kanun'un 36 ve 37. maddelerinde kurala bağlanan gizlilik ilkesinin zedelenmesinin temyize konu mahkeme kararında belirtilenin aksine, ihaleye katılan firmaların teklif mektuplarının hepsinin aynı kalem ve aynı şahıs tarafından yazılması şartına bağlı olmayıp Emniyet Genel Müdürlüğü Kriminal Polis Laboratuvarları Dairesi Başkanlığınca düzenlenen Ekspertiz Raporunda yer alan tespitler doğrultusunda, uyuşmazlık konusu ihalede gizlilik ilkesinin ihlal edilerek uygun bedelin tespitinde hazine aleyhine düşük tenzilatın oluşmasına neden olduğu anlaşıldığından ihalenin onaylanmamasına ilişkin işlemde mevzuata aykırılık bulunmaması nedeniyle dava konusu işlemin iptali yolundaki mahkeme kararında hukukî isabet görülmediği belirtilmiştir. Danıştay, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüne ve Erzurum İdare Mahkemesinin kararının bozulmasına karar vermiştir. Bkz.: Danıştay 10. Dairesi, 18.10.2004 Tarihli ve E. 2002/4939, K.

2886 sayılı Kanun'un madde 83/b hükmü ile yasak fiil ve davranışların, sözlü teklif verilebilmesini sağlayan açık ihale usulü ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelere özgülmesi sebebiyle, 4734 sayılı Kanun'un madde 17/b hükmü kıyaslandığında, olası yasak fiil ve davranışların tanımlanmasında eksik bir düzenleme kaldığını belirtmeliyiz. 2886 sayılı Kanun'un madde 83/b hükmünde, isteklilere yönelen yalnızca söz, işaret, davranışlar ile görüşme ve tartışma yapılması şeklinde fiil ve davranışlar düzenlenmiştir; ancak yazılı teklif usulü ile yapılan ihalelerde veya yazılı teklif usulü uygulanmamakla birlikte, söz, işaret, davranışlar ile görüşme ve tartışmadan farklı bir fiil ve davranış ile ihale düzenine aykırı fiil ve davranışlar vuku bulması hâlinde ne yapılacağı sorusu akla gelmektedir. Zira 4734 sayılı Kanun'un madde 17/b hükmünde "*İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak*" ibaresine yer verilmiş olup ibarede yer alan *rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak* şeklindeki fiil ve davranışının yasaklanması sayesinde, yazılı olarak verilen tekliflerde de kamu ihalelerinden yasaklama kararının verilebilmesi sağlanmaktadır. Bu durumu, 2886 ve 4734 sayılı Kanunlar uyarınca yazılı teklif usulü ile yapılan ihalelerde ihale düzenine aykırı aynı fiil ve davranışın sonuçlarının farklı olarak karara bağlandığı iki mahkeme kararı ile açıklamak istiyoruz.

Öncelikle Danıştay'ın önüne gelen bir uyuşmazlığa konu olan ve 2886 sayılı Kanun uyarınca verilen bir yasaklama kararına yer vermek istiyoruz. Davada, "Jandarma Tabur Komutanlığı Isı Merkezi Yapım İşi" için yapılması düşünülen ihaleye, aralarında davacı şirketin de bulunduğu yirmi yedi firma iştirak etmiş, teklif mektuplarının açıldığı sırada davacı şirkete ait zarfların birinde bedel hanesi boş diğerinde bedel hanesi doldurulmuş olmak üzere iki adet teklifin çıkması üzerine durum tutanağa geçirilmiş ve davacı şirketin ihalenin gidişatına göre farklı bir teklif vermeyi planladığı belirtilerek ihalenin yapılmasında hile yaptığından bahisle, 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesine göre bir yıl süreyle kamu ihalelerine katılması

2004/6709 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVBb6KOqKF59A~~>, 02.04.2017.

yasaklanmıştır¹⁶². Anlaşıldığı üzere idare, 2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmüne göre işlem tesis etmiştir; zira madde 83/b hükmüne göre yasaklama kararı verilemeyecek olup aksi takdirde idarî işlem sebep unsuru bakımından hukuka aykırı olacaktır.

Yukarıdaki karardan sonra Danıştay'ın önüne gelen ve 4734 sayılı Kanun uyarınca verilen bir yasaklama kararına ilişkin uyuşmazlığa bakacağız. Dava, davacının bir yıl süre ile tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır. "Devlet ve İl Yollarında Rutin Bakım, Yapım, Onarım ile Kar ve Buzla Mücadele Yapılması İşi" ihalesine ortak girişim olarak katılan iş ortaklığı tarafından sunulan teklif zarfında aynı iş için biri bedel içeren diğeri bedel belirtilmemiş imzalı ve kaşeli iki adet teklif mektubu bulunmuştur. Ortak girişim grubunun bu yöndeki fiil ve davranışının 4734 sayılı Kanun'un madde 17/b hükmünde belirtilen *isteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak* şeklindeki yasak fiil ve davranış niteliğinde olduğundan bahisle iş ortaklığını oluşturan firmalardan ...'nin ortağı olan davacının, aynı Kanun'un 58. maddesi uyarınca bir yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verilmiştir. İdare Mahkemesince tutar içeren teklif ile beraber tutar belirtilmeden imzalanan teklif mektubu sunulması fiilinin, ihale komisyonunun tereddüde düşmesine sebebiyet verebilecek bir fiil olması nedeniyle ihale kararını ve rekabeti etkileyecek davranış olarak kabul edilmesi gerektiğinden, 4734 sayılı Kanun'un madde 17/b hükmü ile 58. maddesi uyarınca davacının bir yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından

¹⁶² Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 26.12.2008 Tarihli ve E. 2007/10326, K. 2008/8324 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWcJgwALXbIng~~>, 15.04.2017.

temyiz edilmiştir. Danıştay, İdare Mahkemesinin kararı için yapılan temyiz istemini yerinde görmeyerek mahkeme kararının onanmasına karar vermiştir¹⁶³.

Son olarak söz, işaret, davranışlar ile görüşme ve tartışmadan farklı bir fiil ve davranış ile ihale düzenine aykırı fiil ve davranışlar vuku bulması hâlinde de idarenin 2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmüne göre yasaklama kararı tesis ettiği bir duruma yer vermek istiyoruz. Bu durum, bir uyuşmazlık niteliğinde olmayıp Danıştay 1. Dairesine bir danışma kararı vermesi amacıyla ulaştırılan olayın içinde geçmektedir. Somut olayda Danıştay'dan görüş isteyen Banka, 4759 sayılı Kanun hükümlerine göre görevlerini yürütmekte olan ve 17.05.1991 tarihli ve 20874 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış olan "... Bankası İhale Yönetmeliği" hükümlerine göre, görev alanına giren işlerin ihalesini yürütmekte olan bir kamu kuruluşu olup bu bağlamda Banka'nın ihale usul ve esasları, 2886 sayılı Kanun'a tabi değildir. Durum bu olmakla birlikte söz konusu Yönetmelik ile düzenlenen yasak fiil ve davranışlar, 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesinde yer alan fiil ve davranışlarla aynı olup ayrıca Yönetmeliğe göre bu fiil ve davranışlarda buldukları anlaşılabilirler hakkında 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesi hükmünün uygulanacağı belirtilmiştir. Banka tarafından yapılan ihalede, ihaleye iştirak eden bazı istekliler arasında anlaşma yapılarak ihaleye fesat karıştırılmış olduğu ve sözleşme tarafı olan yüklenicinin ise yasak fiil ve davranış içinde bulunmadığının ihale safhasının bitmesinden ve sözleşmenin akdedilmesinden sonra anlaşılması hâlinde yasak fiil ve davranışta bulunan isteklilerin teklifleri değerlendirilme dışı bırakıldığında da ihalenin sözleşme akdedilen isteklilerde kalacağını tespit edilmesi durumunda, akdedilen sözleşmenin feshedilip edilemeyeceği konusunda düşünülen duraksamanın giderilmesi amacıyla istişari düşünce isteminde bulunulmuştur. Danıştay, ... Bankası Genel Müdürlüğünün yazısı içeriğinden birçok isteklinin katıldığı ihalede isteklilerden bir kısmının ihaleye fesat karıştırdıklarını ve fakat sözleşme akdedilen kişinin herhangi bir şekilde olaya katılmadığını ve yasak fiil ve davranışlarda bulunanların teklifleri değerlendirme dışı bırakıldığında dahi ihalenin yüklenici üzerinde kalacağını tespit ettiğini belirtmiştir.

¹⁶³ Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 07.09.2015 Tarihli ve E. 2015/829, K. 2015/3006 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXJfuGS%2BhYIng~~, 07.05.2017>.

Sonuç olarak da ... Bankası Genel Müdürlüğü yazısında ortaya konulan olgular karşısında, olayla ilgili olmayan yüklenici ile akdedilmiş sözleşmenin salt başkalarının yasak fiil ve davranışları nedeniyle feshini gerektirecek kanunî ve idarî zorunluluk olmadığına karar vermiştir¹⁶⁴. Kararda dikkatle altını çizmek istediğimiz husus, ihaleye iştirak eden bazı isteklilerin arasında anlaşma yaparak ihaleye fesat karıştırılmış olduğuna ilişkin idarece yapılan tespittir. Bu durumda somut olayda, söz, işaret, davranışlar ile görüşme ve tartışmadan farklı olarak bazı isteklilerin arasında anlaşma yaptıkları ihale anına özgü bir şekilde değil; hatta sözleşme imzalandıktan sonra idarece anlaşılmıştır. Bunun üzerine de idare ihaleye fesat karıştırılmış olduğu belirtmesiyle, 2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmünde geçen yasak fiil ve davranıştan bahsetmiştir. Bu bağlamda kanaatimize göre, 2886 sayılı Kanun'un madde 83/b hükmünde yer alan ve yukarıda detaylıca açıklamaya çalıştığımız problemler nedeniyle, ihale düzenini tehdit eden yasak fiil ve davranışları gerçekleştirenler hakkında -uygun düştüğü ölçüde- kamu ihalelerinden yasaklama kararının tesis edilmesinde sebep unsurunu Kanun'un madde 83/a hükmü oluşturmaktadır ve burada da öyle olmuştur.

Sonuç olarak rekabeti engelleyici fiil ve davranışlarda bulunmak şeklinde çatı bir başlık belirleyebileceğimiz ve 2886 sayılı Kanun'un madde 83/b hükmünde düzenlenen fiil ve davranışlar, ihaleye katılan gerçek veya tüzelkişi veya kişiler olan isteklilere karşı yapılmaktadır. Rekabeti engelleyici fiillerde bulunmaya ilişkin tüm fiiller, kasıtlı işlenebilecek türdendir; başka deyişle bu fiillerin taksir ile işlenmesine bağlanan bir yaptırım olmadığı gibi, fiillerin niteliği dikkate alındığında da kasıt ya vardır ya yoktur. Ayrıca hükme göre, bu fiil ve davranışların teşebbüs hâli ile ilgili bir düzenleme bulunmadığı için, bu fiil ve davranışlara teşebbüs hâlinde kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilemeyecektir. Hüküm, *ihalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kırarak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağırma ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak* şeklinde gerçekleşen fiil ve davranışlar ile *ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve*

¹⁶⁴ Bkz.: Danıştay 1. Dairesi, 24.09.1993 Tarihli ve E. 1993/183, K. 1993/177 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUqqynfSDQP3A~~>, 21.03.2017.

tartışma yapmak şeklinde gerçekleşen fiil ve davranışlar olmak üzere iki ayrı başlık altında irdelenecektir. Yine madde 83/a hükmünde yapıldığı gibi madde 83/b hükmünde yasak fiil ve davranışların faili ile yöneldiği kişilere ilişkin bilgiler Tablo 8'de yer almaktadır.

Tablo 8: 2886 Sayılı Kanun'un Madde 83/b Hükmüne Göre Yasak Fiil ve Davranışların Faili ve Yöneldiği Kişiler

Fiil:	<i>Açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kıracak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağırma iması edecek işaret ve davranışlarda bulunmak veya ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak</i>	
İhale Usulü:		
1. Açık İhale Usulü		2. Pazarlık İhale Usulü
Fiilin Gerçekleştiği Zaman:		
2. İhale İşlemlerinin Yürütülmesi Sırasında		
2.1. İlan Aşaması:	İhalenin ilan edilmesi ya da kişilerin ihaleye davet edilmesi sonrasında gerçekleştirilecek ve ihale günü ve saatinde tekliflerin açılmasından önceki ihale işlemleri	2.2. Tekliflerin Değerlendirilmesi ve Sunulması Aşaması:
		İhale günü ve saatinde tekliflerin açılması ve değerlendirilmesine yönelik, sözleşmenin akdedilmesinden önceki ihale işlemleri
	Fail:	Fiil ve Davranışın Yöneldiği Kişiler:
	·İstekliler	·İstekliler

4.2.1.2.1. İhalelerde İsteklileri Tereddüde Düşürecek veya Rağbeti Kıracak Söz Söylemek ve İstekliler Arasında Anlaşmaya Çağırma İması Edecek İşaret ve Davranışlarda Bulunmak

İhalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kıracak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağırma iması edecek işaret ve davranışlarda bulunmaya ilişkin yasak fiil ve davranışların takdiri idarelere bırakılmış olup somut olaya göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda idarelerin isteklilerce gerçekleştirilen hangi fiil ve davranışların isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kıracak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağırma iması edecek

işaret ve davranış teşkil ettiğinin ve kamu ihalelerinden yasaklama kararının sebep unsuru oluşturduğunun tespitinde takdir yetkisi bulunmaktadır. Örnek vermek gerekirse, ihaleye katılan isteklilerin ihale sırasında birbirlerine "Teklifi yükseltme artık!", "Verdiğin teklif, bu iş için fazla!" vb. söylemleri ve ihaleden çekilmesi için tehdit etmesi gibi fiil ve davranışlar olabilir¹⁶⁵.

4.2.1.2.2. İhalenin Doğruluğunu Bozacak Biçimde Görüşme ve Tartışma Yapmak

İhalelerde, ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapma şeklinde gerçekleşen yasak fiil ve davranışların takdiri idarelere bırakılmış olup somut olaya göre değerlendirilmesi gerekmektedir. O hâlde idarelerin, isteklilerce gerçekleştirilen hangi fiil ve davranışların ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmayı teşkil ettiğinin ve kamu ihalelerinden yasaklama kararının sebep unsuru oluşturduğunun tespitinde takdir yetkisi bulunmaktadır. Yine örnek vermek gerekirse, isteklilerin ihale sırasında cep telefonu ile görüşmesi, komisyon kararına karşı çıkmaları ve komisyonun işini yapmalarını zorlaştırmaları gibi fiil ve davranışlar olabilir.

4.2.1.3. İhale İşlemlerinde Sahte Belge veya Sahte Teminat Kullanmak veya Kullanmaya Teşebbüs Etmek

2886 sayılı Kanun'un madde 83/c hükmüne göre, "*İhale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak,*" şeklinde gerçekleşen fiil ve davranışlar yasaklanmış olup kamu ihalelerinden yasaklama kararının verilmesinde sebep unsurunu teşkil etmekte ve yetkili idarî makamı kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis etmesine yönelten dürtü şeklinde maddî sebep ve idarî işlemin gerekçesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁶⁵ Nurdoğan Ünal, Mesut Erol, **Devlet İhale Kanunu**, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Mart 2016, s. 289.

Hükmün tamamında belirtilen yasak fiil ve davranışlar, sözleşme imzalandıktan sonra gerçekleşebilmekte olup tek istisnasını ise çalışmamızın bu kısmında sözleşme öncesine ilişkin yasak fiil ve davranışlar incelenmekte olduğu için, hükmün "*İhale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek*" şeklinde başlayan kısmı oluşturmaktadır. Dolayısıyla hükmün bu kısmı için, sözleşme sonrasında gerçekleşen yasak fiil ve davranışlar incelenirken ayrı bir başlık yine açılacaktır. Bu açıklamalara geçmeden önce, Kanun'un madde 83/c hükmünde yasaklanan fiil ve davranışlar için, Kanun'un madde 83/a ile 83/b hükümlerinde bulunmayan ayrık bir durum hüküm altına alınmıştır ve bu duruma da burada yer verilecektir.

2886 sayılı Kanun'un ceza sorumluluğu ve sonuçlarının düzenlendiği 85. maddesine göre, madde 83/c hükmünde yazılı fiil ve davranışları bu durumları iş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra anlaşılmış olsa dahi tespit edilenler ile o işteki ortak veya vekilleri haklarında ceza kovuşturması yapılacağı ve bu kişilerin hükmolunacak ceza ile birlikte bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere girmekten mahkeme kararı ile yasaklanacağı bildirilmiştir. Kanun'un madde 83/c hükmündeki *ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek* ibaresini dikkate aldığımızda, kişilerin ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs ettiğinin iş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra anlaşılmış olması durumunda dahi, kişiler hakkında ve varsa ortakları ile vekilleri hakkında ceza kovuşturması yapılacağını ve hükmolunacak ceza ile birlikte bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere girmekten mahkeme kararı ile yasaklanacağını belirtmeliyiz. Bu bağlamda her durumda, ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek şeklinde gerçekleşen yasak fiil ve davranış tespit edildiğinde, kişiler hakkında ve varsa ortakları ile vekilleri hakkında savcılıklara suç duyurusunda bulunulacaktır. Daha sonra açıklayacağımız üzere, 5237 sayılı Kanun'da düzenlenen resmî ve özel belgede sahtecilik olmak üzere iki ayrı suç çeşidinden, mahkeme kararına göre bu suçların tipikliği oluştuğunda da suç

duyurusuna istinaden, ayrıca idarî nitelikli olmayan bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere girmekten mahkeme kararı ile yasaklama kararı verilecektir.

Ayrıca yapmış olduğumuz yargısal karar incelemelerinde aynı anda hem idarî hem de adlî nitelikli kamu ihalelerinden yasaklama kararının verilir verilmeyeceği ile ilgili yaşanan uyuşmazlıklara da değinmek istiyoruz. Başka ifade ile aynı yasak fiil ve davranışın, hem idarî işlem nitelikteki kamu ihalelerinden yasaklama kararının sebep unsurunu hem de mahkeme kararıyla verilecek kamu ihalelerinden yasaklama kararının maddî koşulunu oluşturup oluşturmayacağı ve iki farklı nitelikli yaptırımın uygulanıp uygulanamayacağı araştırılmaktadır. Danıştay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta, 11.07.1995 günü ihalesi yapılan işte ihale komisyonu tarafından aynı gün evrakların incelenmesi aşamasında davacının ortağı olduğu şirket tarafından verilen geçici teminat mektubunun sahte olduğunun ihale komisyonunca ve bu konuda aranan ilgili banka tarafından belirlenmesi üzerine şirkete ait evraklar işlem dışı bırakılmış, şirket bir yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmıştır. Danıştay, dava konusu işlemin tesis edilme sebebinin sahte teminat mektubu verilmesi fiilinin oluşturduğunu, bu fiilin kesin olarak gerçekleştirildiğinin anlaşılması üzerine şirket hakkında tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığını ve şirketin bu ihalede idareye verdiği teminat mektubunun sahte olduğu sabit olduğuna göre, davacının asliye ceza mahkemesinde delil yetersizliğinden beraat etmiş olmasının şirket hakkında verilmiş bulunan bir yıl ihalelere katılma yasağını etkilemeyeceğini, idarenin anılan işlemin tesisinde sahte belgenin kimin tarafından verildiği konusunu araştırmakla yükümlü tutulamayacağını belirtmiş olup işlemin iptali yolundaki Anakara İdare Mahkemesinin kararında kanunî isabet görmemiştir¹⁶⁶.

Danıştay'ın önüne gelen başka bir uyuşmazlık ile ilgili dava, davacı şirketin 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesi uyarınca bir yıl süreyle bütün ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

¹⁶⁶ Bkz.: Danıştay 6. Dairesi, 17.06.1997 Tarihli ve E. 1996/3618, K. 1997/3048 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeU5BwaqAoBQBg~~>, 17.04.2017.

Davacı firmanın evrakta sahtecilik yaparak ve dava konusu işin yapımı sırasında davalı idareyi zarara uğratarak haksız kazanç sağladığından bahisle, idare tarafından Bilecik Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmuş; ayrıca idarece davacı firmaya fazla ödendiği ileri sürülen 283.901,95 TL'nin firmadan tahsili amacıyla ödeme emri düzenlenmiş ve söz konusu ödeme emrine karşı Eskişehir İdare Mahkemesinde açılan davada, Mahkemenin kararı ile ihtilaf konusu alacağın 6183 sayılı Kanun kapsamı dışında kaldığı, ortada özel hukuk hükümlerine tabi ve sözleşmeden kaynaklanan bir alacak-borç ilişkisi bulunduğu, bu nedenle de önce adli yargıda bir alacak davası açılması ve bu davanın sonucuna göre hareket edilmesi gerektiği belirtilerek ödeme emrinin iptaline hükmedilmiştir. Ankara İdare Mahkemesince görülen davada, davacı firmanın taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verici işler yaptığı ve işin yapımı sırasında hileli usuller kullandığı iddiasının, hakkında açılacak ya da açılmış bulunan alacak davası ve suç duyurusuna bağlı olarak Cumhuriyet Savcılığınca yapılacak inceleme ya da suçun Savcılıkça sabit görülmesi hâlinde açılacak ceza davasıyla daha açık ve tüm delilleriyle saptanacak olması karşısında, söz konusu yargısal aşamaların ya da bu aşamalarda elde edilecek bilirkişi incelemesinin sonucu beklenilmeden yalnızca idarenin aksi yöndeki saptamalarına bağlı kalınarak davacı şirketin bir yıl süreyle tüm ihalelere katılmaktan yasaklanmasına yönelik işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş ve bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir. Danıştay, 2886 sayılı Kanun'un madde 83/c hükmünde belirtilen bir fiil ve davranış nedeniyle kişiler hakkında cezai kovuşturma açılmış olmasının, aynı fiil ve davranış nedeniyle Kanun'un 84. madde uyarınca idare tarafından ihaleden yasaklama kararı verilmesine engel teşkil etmediğini; ancak bu kişilerin ceza yargılaması sonucunda fiil ve davranışı gerçekleştirmediği yargı kararıyla belirlendiği takdirde, idarece verilen yasaklama kararının da mesnetsiz kalacağından bahisle, bu durumun 84. madde uyarınca tesis edilen yasaklama kararına karşı açılan bir iptal davasında değerlendirileceğini belirtmiştir. Ayrıca açılan bir alacak davasının ise taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinden kaynaklanan alacak ve borçlara ilişkin uyuşmazlığı çözümlenmeye yönelik olması nedeniyle idarî yaptırım kararının hukuka uygunluğunun denetiminde sınırlı şekilde dikkate alınabileceğini

belirtilmiştir. Bu açıklamalardan sonra, yasaklama kararının hukukî denetimi yapılırken davacının idareyi zarara uğratıp uğratmadığının idare hukuku ilkelerine göre yapılacak değerlendirme neticesinde tespit edilmesi ve yasaklamaya neden olan fiil ve davranış nedeniyle açılan ceza davası varsa, fiilin işlenmediğinin anlaşılması nedeniyle verilmiş bir beraat kararı olup olmadığının dikkate alınmak suretiyle karar verilmesi gerekirken Ankara İdare Mahkemesince, davacı hakkında açılan alacak davası ve ceza davasına ilişkin yargısal aşamaların sonucu beklenilmeden idarece ihaleden yasaklama kararı verilmesinin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda verilen kararda hukuka uyarlık bulunmadığına karar vermiştir¹⁶⁷.

Yukarıda yer verdiğimiz kararlar ışığında, 2886 sayılı Kanun'un madde 83/c hükmünde ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek şeklinde yasak fiil ve davranış olarak belirtilen kısım için idarelerce bu yönde bir tespitin olması hâlinde, idarî nitelikli kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının verilmesi için herhangi bir mahkeme kararının beklenilmesine gerek olmadığını ve ancak durumun ceza kovuşturması yapılmak üzere Cumhuriyet savcılıklarına bildirilmesi gerektiğini; mahkeme kararı olmaksızın da idarelerin bu kararı vermeye yetkili olduklarını ve ancak bu suçu kovuşturan ceza mahkemesi kararında, sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek fiil ve davranışlarının olmadığından bahisle kişiler hakkında beraat verilmesi hâlinde yasaklama kararının sebep ve konu unsurları bakımından sakat olacağını belirtebiliriz.

Hükme geri dönersek sahte belge veya teminatın kullanılmasının yanı sıra bunların kullanılmasına teşebbüs edilmesi de kamu ihalelerinden yasaklama kararına ilişkin idarî işlemin sebep unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak sahte belge veya teminat kullanılması şeklindeki yasak fiil ve davranışların teşebbüs hâlinin uygulamada sıkça karşılaşılabilecek bir durum olmadığını düşünmekteyiz. Zira

¹⁶⁷ Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 23.10.2009 Tarihli ve E. 2008/2779, K. 2009/9319 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXJkiAkqWv3ew~~>, 15.12.2016.

aşağıda bu belge ve teminatların neler olabileceğine ilişkin yapacağımız açıklamalarda ihale işlemlerinde kullanılan belge veya teminatların sahte olup olmadıklarının tespiti, genellikle idarelere sunulduktan sonra yapılmaktadır. Yine hükümde geçen yasak fiil ve davranışların kasıt ile gerçekleştirilebileceğini belirtmeliyiz. Zira Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, dava konusu işlemin tesis edilme sebebini sahte teminat mektubu verilmesi eyleminin oluşturduğu, bu eylemin kesin olarak gerçekleştirildiğinin anlaşılması üzerine şirket hakkında tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı ve şirketin bu ihalede idareye verdiği teminat mektubunun sahte olduğu sabit bulunduğuna göre davacının şahsen asliye ceza mahkemesinde delil yetersizliğinden beraat etmiş olmasının şirket hakkında verilmiş bulunan bir yıl ihalelere katılma yasağını etkilemeyeceği, idarenin anılan işlemin tesisinde sahte belgenin kimin tarafından verildiği konusunu araştırmakla yükümlü tutulamayacağı belirtilmiş olup sahte teminat kullanmaya teşebbüs hâlinde verilmiş olan kamu ihalelerinden yasaklama kararı hukuka aykırı bulunmamıştır¹⁶⁸.

Son olarak 2886 sayılı Kanun'un madde 83/a ve 83/b bentlerinde yapmış olduğumuz gibi, madde 83/c bendinde de yasak fiil ve davranışların failinin ve yönelebileceği kişilerin kimler olabileceğini tespit etmeye çalışacağız. Yasaklanan sahte belge veya teminat kullanmak ya da kullanmaya teşebbüs etme fiil ve davranışında, sahte nitelikte olsa dahi ortada bir belgenin varlığı zorunludur. Bu durumda da bu bent uyarınca ihalelerin hazırlık işlemlerinde, istekli adayları hakkında kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis edilemeyecektir. Zira ihalelerin hazırlık işlemlerinde istekli adaylarının taşıdıkları sıfatları gereği, herhangi bir belge veya teminat kullanabilmeleri veya sunmaları mümkün değildir; bu bağlamda kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis edilemeyecektir. İhale işlemlerinin yürütülmesi sırasındaki ilan aşamasında ise idarelere sunulan tek belge, -eğer ki şartname ve varsa eklerinin bir bedel karşılığı satılması kararlaştırılmış ise- bu bedelin yatırılmış olduğunu belgeleyen makbuz olacaktır ve bu noktada makbuzun sahte olduğuna

¹⁶⁸ Bkz.: Danıştay 6. Dairesi, 17.06.1997 Tarihli ve E. 1996/3618, K. 1997/3048 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeU5BwaqAoBQBg~~>, 17.04.2017.

ilişkin tespiti yapılması hâlinde, Kanun'un madde 83/c hükmüne göre ihale işlemlerinde sahte belge kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etme şeklindeki yasak fiil ve davranışının gerçekleştiğinden bahisle, kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis edilebilecektir. Ancak bu durum şartnameler alınırken fark edildiğinde yasak fiil ve davranışın faili istekli aday olacaktır; zira şartname alınmadığından istekli olabilecek sıfatı kazanılmayacaktır. Diğer yandan belgenin sahteliği, şartnameler alındıktan sonra fark edildiğinde ise yasak fiil ve davranışın faili istekli olabilecek kişiler olacaktır.

2886 sayılı Kanun uyarınca, ihale işlemlerinin yürütülmesi sürecinde, ihale günü ve saatinde iştirak edemeyecek kişilerin, ihale günü ve saatinden önce teklif zarflarını gönderebileceklerinin hüküm altına alındığını daha önce belirtmiştik. Ancak bu teklif zarfları kapalı olarak idarelere sunulmakta olduğundan, ihale günü ve saatinden önce idarelerce herhangi bir belge veya teminatın sahteliğinin ya da gerçekliğinin incelenmesi mümkün değildir. O hâlde ihale işlemlerinin yürütülmesi sırasında, tekliflerin değerlendirilmesi ve sunulması aşamasına geçerek incelemeye devam etmeliyiz. Bu aşamada sunulan teklif mektuplarındaki belge ve teminatların detaylı kontrolleri yapılmaktadır ve artık teklif mektupları idarelere sunulmuş olduğu için sahte belge veya teminatın tespiti hâlinde yasak fiil ve davranışın failinin istekliler olacağını belirtmek gerekir. İlâveten ihale sonucunda bir karar alındığında isteklilerden biri -ortak girişim hâlinde birden fazlası- müteahhit ya da müşteri sıfatı kazanacak olup bu kişilerden de ayrıca Kanun uyarınca idareye sözleşme imzalanmadan önce belge veya teminat sunulmaları istenmekte olup yine bu belge veya teminatların sahteliğinin tespit edilmesi hâlinde yasak fiil ve davranışın faili müteahhit ya da müşteri sıfatı taşıyan kişiler olacaktır. Sözleşme imzalanana dek Kanun'un madde 83/c hükmünün giriş kısmında geçen ihale işlemlerinde sahte teminat veya belge kullanmak veya buna teşebbüs etmek şeklinde belirtilen ve yasak olduğu hükme bağlanan fiil ve davranışların failini; başka deyişle bu fiil ve davranış sebebiyle kimler hakkında kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis edilebileceğine ilişkin ihale işlemlerinde farklı sıfatlar temelinde sonuçlar ortaya çıkmakta ise de bu yasak fiil ve davranışların yönelindikleri kişiler daima kamu görevlileri olmaktadır.

2886 sayılı Kanun'un madde 83/c hükmünde yer alan ve yukarıda özelliklerini açıklamaya çalıştığımız yasadışı fiil ve davranışlar, sahte belge kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek ile sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek şeklinde iki ayrı başlık altında incelenecektir.

4.2.1.3.1. İhale İşlemlerinde Sahte Belge Kullanmak veya Kullanmaya Teşebbüs Etmek

İhale işlemlerinde sahte belge kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek şeklindeki yasadışı fiil ve davranışların açıklanabilmesi için, 2886 sayılı Kanun hükümlerine göre belgelerin neler olabileceğine bakmak gerekmektedir. İlk olarak Kanun'un 5. maddesine göre, Kanun'a göre yapılacak ihalelere katılabilmek için kanunî ikametgâh sahibi olmak zorunlu tutulmuş olup *kanunî ikametgâh belgesi*, her istekliden aranacaktır. Yine aynı maddede Kanun uyarınca yapılan ihalelere katılabilmek için istenilen belgelerin verilmesinin de zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Kanun'un isteklilerde aranacak nitelikler ve istenecek belgelerin düzenlendiği 16. maddesinde, idarece ihalelerin en elverişli koşullarla sonuçlandırılmasını sağlamak amacıyla, isteklilerde belirli malî ve teknik yeterlik ve nitelikler aranabileceği ve bunları tespiti yarayan belgelerin neler olduğunun şartnamelerde gösterileceği hükme bağlanmıştır. Yine Kanun'un 57. maddesinde sözleşme yapılması gerekli olan hâllerde müteahhit veya müşterinin onaylanan ihale kararının bildirilmesini izleyen günden itibaren 15 gün içinde müşteriye ait bulunan *vergi, resim ve harçları yatırması, diğer giderleri ödemesi* gerektiği belirtilmiş olduğundan ödemelere ilişkin belgeler ibraz edilmek zorundadır. Ayrıca belgeler konusunda Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik hükümleri de bize yardımcı olmaktadır.

Yönetmeliğin ihaleye katılabilme şartlarının düzenlendiği 8. maddesine göre, gerçek kişilerin T.C. kimlik numarasını, tüzel kişilerin ise vergi kimlik numarasını bildirmeleri, idare merkezlerinin bulunduğu yer mahkemesinden veya siciline kayıtlı bulunduğu ticaret veya sanayi odasından yahut benzeri meslekî kuruluştan, *ihalenin*

yapıldığı yıl içinde alınmış sicil kayıt belgesi ile tüzel kişilik adına ihaleye katılacak veya teklifte bulunacak kişilerin tüzel kişiliği *temsile tam yetkili olduklarını gösterir noterlikçe tasdik edilmiş imza sirkülerini veya vekâletnameyi* vermeleri gerekmektedir. Hem Kanun hem de Yönetmelik'te belirttiğimiz belgeler, ihale konusu ne olursa olsun tüm teklif vermek isteyenler için aranmaktadır. Ancak bunların dışında, ihalenin konusuna göre istenen belgeler değişebilmekte ve farklılaşmaktadır. Yine Resmî Gazete'de yayımlanan ihale ilanları bize yardımcı olmaktadır. Bu belgeler şu şekilde belirtilebilir:

- * İstekli tüzel kişilik ise *Ticaret Sicil Gazetesi* ile şirketi temsile yetkili olduğuna dair imza sirküsü veya tüzelkişinin ortaklarının ve şirketi bağlayıcı işlemler yapma konusunda yetki verilen yöneticilerinin *adli sicil kayıt belgesi*,
- * Mevzuatı gereği *kayıtlı olduğu ticaret ve/veya sanayi odası ya da esnaf ve sanatkâr odası veya ilgili meslek odası belgesi*,
- * Ortak girişim olması hâlinde, noter tasdikli *ortak girişim beyannamesi* ile ortaklarca imzalanan *ortaklık sözleşmesi*,
- * İlk ilan tarihinden sonra, ilgili vergi dairesinden veya internet vergi dairesinden alınacak *vergi borcu olmadığına dair belgenin aslı* veya vergi dairesinden alınan yazının aslı,
- * İlk ilan tarihinden sonra, ilgili sosyal güvenlik kurumundan veya sosyal güvenlik kurumunun internet adresi üzerinden alınacak *prim borcu olmadığına dair belgenin aslı* veya kurumdan alınan yazının aslı,
- * *İhale dokümanı (şartname ve eklerinin) satın alındığına dair belge*,
- * İşin alt yüklenicilere yaptırılması ya da yaptırılmaması hâlinde *isteklinin alt yüklenici bulunduracağına veya bulundurmayacağına dair taahhütname*,
- * Tüzel kişi tarafından *iş deneyimi göstermek üzere sunulan belgenin* tüzel kişiliğin direkt ya da dolaylı yarısından fazla hissesine sahip ortağına ait olması

hâlinde, ticaret ve sanayi odası/ticaret odası bünyesinde bulunan ticaret sicil memurlukları veya yeminli mali müşavir ya da serbest muhasebeci mali müşavir tarafından ilk ilan tarihinden sonra düzenlenen ve düzenlendiği tarihten geriye doğru son bir yıldır ortaklık yapısının korunduğunu gösteren belgeler,

* Kat karşılığı yapım işi ihalelerinde *teknik personel taahhütnamesi, yapı araçları taahhütnamesi,*

* Arsa karşılığı yapım işi ihalelerinde idareden temin edilecek *yapım taahhüt formu,*

* İnşaat yaptırılmak üzere yapım karşılığı uzun süreli kiralama modeli çerçevesinde (yap-işlet-devret) ihalelerinde ihale uhdesinde kalan istekli tarafından *mimari avan proje bedelinin ödenmesine ilişkin belgeler.*¹⁶⁹

Yukarıdaki mevzuatta yer alan ve Resmî Gazete'de 2886 sayılı Kanun uyarınca yapılan ihale ilanlarından örnek olarak verdiğimiz belgelerin bir kısmı resmî belge¹⁷⁰ bir kısmı ise özel belge niteliktedir. Ancak bu niteliklere bakılmaksızın ihale işlemlerinde kullanılan belgenin sahte olduğunun tespiti hâlinde, kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilecektir¹⁷¹. 5237 sayılı Kanun'da resmî

¹⁶⁹ Ayrıca 2000/1, 2000/1, 2001/1 ve 2002/1 No.lu Devlet İhaleleri Genelgelerine baktığımızda, araştırma konumuz kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Genelgelerde ilan ve şartnamelere, isteklilerin ihalelere katılmaktan yasaklı olmadıklarına dair belge ibraz etmelerini zorunlu kılan hükümler konulduğunun tespit edildiği; ancak yasaklı müteahhitlerin izlenmesi idarelerin sorumluluğunda bulunduğundan, bu tür bir belge istenmeyeceği ve bu belgenin verilmemesi gerekçesiyle isteklilerin ihaleye katılması engellenemeyeceği belirtilmiştir.

¹⁷⁰ *Resmî Yazışmalarda Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*'in 3. maddesinde, belge, "Herhangi bir bireysel işlemin, kurumsal fonksiyonun veya kurumsal işlemin yerine getirilmesi için alınmış ya da idare tarafından hazırlanmış; içerik, ilişki ve formatı ile ait olduğu fonksiyon veya işlem için delil teşkil ederek aidiyet zincirini muhafaza eden, el yazısı ya da güvenli elektronik imza ile imzalanmış ve EBYS (Elektronik Belge Yönetim Sistemi) ya da kurumsal belge kayıt sistemleri içinde kayıt altına alınmış her türlü kayıtlı bilgi veya doküman" olarak tanımlanmıştır. Bu Yönetmelik ile 18.10.2004 tarihli ve 2004/8125 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan *Resmî Yazışmalarda Uygulanacak Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik* yürürlükten kaldırılmıştır; kaldırılan Yönetmelik'in 4. maddesinde resmî belge, "Kamu kurum ve kuruluşlarının kendi aralarında veya gerçek ve tüzel kişilerle iletişimini sağlamak amacıyla oluşturdukları, gönderdikleri veya sakladıkları belirli bir standart ve içeriği olan belgeler" olarak tanımlanmıştır.

¹⁷¹ Danıştay'ın sahte belge kullanımı ile ilgili önüne gelen bir uyuşmazlığa esas dava, 2886 sayılı Kanun'un 83 ve 84. maddeleri uyarınca davacı şirketin kamu ihalelerine girmekten bir yıl süreyle yasaklanmasına ilişkin Millî Eğitim Bakanlığı işleminin iptali istemiyle açılmıştır. İdare Mahkemesince, 2886 sayılı Kanun'un 85. maddesi uyarınca ihalelere girmekten yasaklama kararının

belgede sahtecilik ve özel belgede sahtecilik olmak üzere iki tip suç hükme bağlanmış olup suça ilişkin maddî koşullara bakmakta fayda görülmektedir.

Kanun'un resmî belgede sahtecilik suçunun düzenlendiği 204. maddesine göre, düzenleme, değiştirme ve kullanma şeklinde seçimlik hareketlerin suç olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda resmî bir belgenin sahte olarak düzenlenmesi, sahte olmayan gerçek bir resmî belgenin başkalarını aldatacak şekilde değiştirilmesi ve bu iki durumda oluşan sahte resmî belgenin kullanılması hâlinde suç oluşmaktadır. Kanun'un özel belgede sahtecilik suçunun düzenlendiği 207. maddesinde de aynı şekilde düzenleme, değiştirme ve kullanma şeklinde seçimlik hareketlerin suç olduğu belirtilmiş olup özel bir belgenin sahte olarak düzenlenmesi, sahte olmayan gerçek bir özel belgenin başkalarını aldatacak şekilde değiştirilmesi veya sahte özel belgenin kullanılması hâlinde suç oluşmaktadır.

Tüm bu açıklamaları topladığımızda, idarelere sunulan belgelerin istenilen nitelik ve yeterlikte olmaması ayrı bir durum oluşturmaktadır. Belgelerin sahteliğinin tespitinde önemli olan husus, daha önceki açıklamalarımızda kullandığımız üzere, ihalelerde olması gereken "malum" sonucu değiştirmek ve kendi lehlerine sonuç

ancak ceza kovuşturması sonucu hükmolunacak ceza ile birlikte yetkili mahkemece verilmesi söz konusu olabileceğinden, davalı idarece verilen bir yıl süreyle kamu ihalelerine girmekten yasaklanma kararında hukuka uygunluk bulunmadığı, yasaklama işlemini tesis etme yetkisinin davalı idareye geçmesi sonucunu doğurmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş olup bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir. Olayda Milli Eğitim Bakanlığının verdiği yetkiye dayanılarak Zonguldak Milli Eğitim Müdürlüğüne, davacı şirkete ihale ile verilen ve Karabük Bayındırlık ve İskân Müdürlüğü'nün kontrolü altında tamamlanan inşaatın geçici kabul tutanağının 10.03.2003 tarihinde onaylandığı, ancak Bayındırlık ve İskân Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığınca görevlendirilen müfettiş tarafından düzenlenen raporda davacı şirketin, taahhüdünü yerine getirirken gerçeğe aykırı hak ediş düzenlemek suretiyle idareye zarar verdiği, böylece 2886 sayılı Kanun'un madde 83/c hükmünü ihlal ettiğinden, anılan Kanun'un 84. maddesi uyarınca bir yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi ve Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunulması gerektiği belirtilmiştir. Bunun üzerine, dava konusu işlem tesis edilmiş ve Karabük Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulmuştur. Danıştay, öncelikle ilgilinin fiil ve davranışının 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesinde tanımlanıp, 85. maddesine göre ceza kovuşturmasına tabi tutulacak veya kötü niyete dayalı, idareyi yanıltan, zarara uğratan nitelikte olup olmadığının belirlenmesi; belirtilen nitelikteki fiil ve davranışların varlığının saptanması hâlinde de idarece Kanun'un 84. madde hükümlerinin uygulanması, ayrıca ceza kovuşturması için de durumun Cumhuriyet savcılığına intikal ettirilmesi gerekmekte olduğunu belirterek dava konusu uyuşmazlıkta da davalı idarece Kanun'un madde 83/c hükmü dikkate alınarak 84. maddesine göre işlem tesis edildiğinden idarenin yetkili olduğundan bahisle Ankara 11. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir. Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 06.11.2007 Tarihli ve E. 2007/1218, K. 2007/6840 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVErF0qNjpi4Q~~>, 11.05.2017.

yaratmak amacıyla kişilerin, kamu görevlilerini aldatabilecek gerçek olan belgelerde yapılan değişiklikler veya en baştan gerçek olmayan belgeler düzenleme suretiyle ortaya çıkan belgelerin kullanılmasıdır.

Sonuç olarak idarelerce ihalelere katılabilmek ve ayrıca sözleşme imzalanması için belirlenen ve idarelere sunulan ve kullanılan belgelerin sahte olduğunun anlaşılması veya sahte bu belgelerin kullanılmasına teşebbüs edilmesi, kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilmesinde sebep unsurunu teşkil etmektedir.

4.2.1.3.2. İhale İşlemlerinde Sahte Teminat Kullanmak veya Kullanmaya Teşebbüs Etmek

İhale işlemlerinde sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek şeklindeki yasak fiil ve davranışların açıklanabilmesi için, 2886 sayılı Kanun hükümlerine göre teminatların neler olabileceğine bakmak gerekmektedir. İlk olarak Kanun'un 5. maddesine göre, bu Kanun'a göre yapılacak ihalelere katılabilmek için istenilen teminatın verilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Kanun'da geçici teminat ve kesin teminat olmak üzere, iki tür teminat bulunmakta olup Kanun'un 7. maddesine göre, idarelerce hazırlanan şartnamelerde geçici teminat miktarına ve kesin teminata ait şartlara ait hususların gösterilmesi gerekmektedir.

2886 sayılı Kanun'un 25. maddesinde isteklilerden alınacak geçici teminat oranının, ihale konusu olan işin tahmin edilen bedelinin %3'ü oranında olduğu ve ayrıca Kanun'un 18. maddesine göre de geçici teminat miktarının ilanlarda gösterilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır¹⁷². Kanun'un 54. maddesine göre de taahhüdün, sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşme yapılmasından önce müteahhit veya müşteriden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle %6 oranında kesin teminat alınacağı belirtilmiştir.

¹⁷² Örneğin, 2886 sayılı Kanun uyarınca pazarlık usulü ile yapılacak ihalelerde geçici teminat alınıp alınmamasında idarelerin takdir hakkı bulunmaktadır. Ayrıca Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik'in 48. maddesinde de satış ve trampa ihalelerinde kesin teminat alınmayacağı belirtilmiştir.

2886 sayılı Kanun'un 26. maddesinde geçici veya kesin teminat olarak kabul edilecek değerler belirtilmiştir. Maddeye göre bu değerler, tedavüldeki Türk parası, bankalar ve özel finans kurumlarının verecekleri süresiz teminat mektupları, Hazine Müsteşarlığınca ihraç edilen Devlet iç borçlanma senetleri veya bu senetler yerine düzenlenen belgeler (Nominal bedele faiz dâhil edilerek ihraç edilmiş ise bu işlemlerde anaparaya tekabül eden satış değerleri esas alınır.) olabilmektedir. İşte Kanun'un madde 83/c hükmüne göre ihale işlemlerinde sahte geçici veya kesin teminatların kullanılması veya kullanılmasına teşebbüs edilmesi kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilmesinde bir sebep unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır.

4.2.1.4. Üzerine İhale Yapıldığı Hâlde Usulüne Göre Sözleşme Yapmamak

2886 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre *sözleşme*, idare ile müteahhit veya müşteri arasında yapılan yazılı anlaşmayı ifade etmektedir. Kanun'un 53. maddesinde de Kanun'da belirtilen özel hâllerde sözleşme yapılması zorunlu olmamakla birlikte¹⁷³, bütün ihalelerin bir sözleşmeye bağlanacağı ve sözleşmenin idare adına ita amiri tarafından imzalanacağı belirtilmiştir. İmzalanan bu sözleşme ise ihale suretiyle yapılacak işler için düzenlenen ihale işlem dosyasında yer alan sözleşme tasarisının taraflar arasında akdedilmesidir. Yine Kanun'a göre sözleşme yapılmasında müteahhit veya müşterinin görev ve sorumluluğu bulunmakta olup Kanun'un 57. maddesine göre, sözleşme yapılması gerekli olan hâllerde müteahhit veya müşteri onaylanan ihale kararının bildirilmesini izleyen günden itibaren 15 gün içinde geçici teminatı kesin teminata çevirerek noterlikçe tescil edilmiş sözleşmeyi idareye vermek zorunda olduğu; bu zorunluluklara uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihalenin bozulacağı ve varsa geçici teminatın gelir kaydedileceği belirtilmiştir. Belirtilen bu yaptırıma ilaveten, Kanun'un 84. maddesine göre, üzerine ihale yapıldığı hâlde usulüne göre sözleşme

¹⁷³ Bu özel hâllerden biri olarak Kanun'un pazarlık usulüyle yapılacak işlerin düzenlendiği 51. maddesine göre, maddenin (a), (b), (c), (d), (i), (l) ve (p) bentlerinde yazılı işler için sözleşme yapılmasının zorunlu olmadığı hükme bağlanmıştır.

yapmayan istekliler hakkında da kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği hükme bağlanmıştır.

Üzerine ihale yapıldığı hâlde usulüne uygun olarak sözleşme yapmamak şeklinde belirtilen fiil ve davranışın failinin, müteahhit veya müşterilerin olabileceğini¹⁷⁴; bu fiil ve davranışın Kanun'un madde 83/c hükmünde yer almayan ve bu bağlamda da yasaklanmış bir fiil ve davranış olmadığını belirtmeliyiz. Başka deyişle üzerine ihale yapıldığı hâlde usulüne uygun olarak sözleşme yapmamanın her ne kadar Kanun uyarınca yasak fiil ve davranış olduğu hükme bağlanmamış olsa da yine de bu fiil ve davranış, kamu ihalelerinden yasaklama kararının sebep unsurunu oluşturmaktadır. Bu bağlamda, üzerine ihale yapıldığı hâlde usulüne göre sözleşme yapmamak kamu ihalelerinden yasaklama kararının verilmesinde sebep unsurunu teşkil etmekte ve yetkili idarî makamı kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis etmesine yönelten dürtü şeklindeki maddî sebep ve idarî işlemin gerekçesi olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Yeri geldikçe değindiğimiz üzere, 2886 sayılı Kanun'un hükümlerinde kullanılan bazı ifadelerin, Kanun'un yorumlanmasını zorlaştırdığını düşünmekteyiz. Aslında temel problem, Kanun'un *Tanımlar* başlıklı 4. maddesinde yer alan kavramların tanımları ile diğer hükümlerde yer alan ifadelerin birbiri ile örtüşmemesi ile ilgilidir. Bu bakımdan kanun koyucunun lafızların seçiminde çok titiz davrandığını söyleyemeyeceğiz. Burada sebep unsuru olarak incelediğimiz "üzerine ihale yapıldığı hâlde usulüne göre sözleşme yapmamak" fiil ve davranışı, Kanun'un 84. maddesinde "üzerine ihale yapıldığı hâlde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler" şeklinde yer almaktadır ve burada sanki bu fiil ve davranışın isteklilerce gerçekleştiği belirtilmiş olmaktadır. Ancak Kanun'un 4. maddesinde tanımladığı üzere, *müteahhit*, üzerine ihale yapılan istekli veya isteklileri; *müşteri*, artırma sonunda kendisine ihale yapılan istekli veya isteklileri ifade etmektedir. Bu tanımlar ışığında "üzerine ihale yapıldığı hâlde" ile başlayan tüm fiil ve davranışların faili istekliler değil; müteahhit ya da müşteriler olacaktır.

¹⁷⁵ 4734 sayılı Kanun'un madde 58/1 hükmünde de üzerine ihale yapıldığı hâlde mücbir sebep hâlleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, Kanun'un 2 ve 3. maddeleri ile istisna edilenler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği hüküm altına alınmıştır. Burada mücbir sebeplerin varlığı, 2886 sayılı Kanun'dan farklı şekilde kamu ihalelerinden yasaklama kararının verilmesine engel teşkil etmektedir. Ancak burada değinmek istediğimiz başka bir husus bulunmaktadır. Kamu İhale Genel Tebliği'nin madde 17.6.4. hükmünde, ihale üzerinde kalmasına rağmen süresi içinde sözleşme imzalamaya gelmeyenlerin Kanun'un 58. maddesi uyarınca kamu ihalelerinden yasaklanması; bu çerçevede, sözleşme imzalamaya davet edilen istekli tarafından taahhüt edilen hususlara ilişkin belgelerin sözleşme imzalamaya süresi içinde sunulmaması hâlinde, bu istekli hakkında Kanun'un madde 58/1 hükmünde yer alan "üzerine ihale yapıldığı hâlde mücbir sebep hâlleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar" kapsamında değerlendirme yapılması; Kanun'un madde 10/4 hükmünün (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerine ilişkin belgelerin ihale üzerinde kalan istekli tarafından ilgili yerlerden temin edilerek süresi içerisinde ihaleyi yapan idareye sunulması ve bu belgeler üzerinde yapılan inceleme sonucunda belgelerin taahhüt edilen duruma aykırı hususlar içerdiğinin anlaşılması

2886 sayılı Kanun'un 84. maddesinde yer alan ve üzerine ihale yapıldığı hâlde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler hakkında verilecek karar ile ilgili açıklamalar bakımından İdarî Dava Daireler Kurulunun önüne gelen bir uyuşmazlığa, burada yer vermeyi uygun buluyoruz. Davalı idarece kapalı teklif usulüyle 29.09.1994 tarihinde ihaleye çıkarılan "Belkıs - Nizip Pompaj Sulaması II. Kısım İnşaatı İşi"nin ihalesine, ihaleye katılma belgesi alan otuz altı istekliden otuz dördü teklif vermiş olup davacının teklifi uygun teklif olarak belirlenerek ihale ita amirince onaylanmıştır. Bu arada gelen iki adet ihbar mektubuna istinaden yapılan inceleme sonucunda, davacı şirketin de aralarında bulunduğu altı adet firmanın yeterlik belgesi komisyonuna gerçek dışı beyanda bulunarak idareyi yanılttıkları ve davacı şirketin ihaleyi hile sonucu aldığı tespit edildiği gerekçesiyle sözleşme imzalanmayarak ihale kararı iptal edilmiş olup davacı şirket hakkında 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesi uyarınca bir yıl ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmiştir. Davacı firmadan alınan geçici teminat mektubu için yapılacak işlem hakkında tereddüde düşülmesi üzerine Danıştay İdarî İşler Kurulunun 15.06.1995 tarihli ve E. 1995/74, K. 1995/130 sayılı kararıyla onanan Danıştay 1. Dairesinin 04.05.1995 tarihli ve E. 1995/86, K. 1995/102 sayılı kararı doğrultusunda geçici teminat gelir olarak kaydedilmiştir. Daireler Kurulu, ihalenin 2886 sayılı Kanun'da yazılı usul ve şartlarla işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerinde bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan, sözleşmeden önceki işlemleri ifade eden ve taraflara bu aşamada bile bazı hukukî yükümlülükler getiren bir süreç olduğunu; ihale üzerinde bırakılan isteklinin müteahhit olarak anılma hakkını kazandığını, ihaleye katılan tüm isteklilerden geçici teminat alınmasının amacının da ihale üzerinde kalan firmanın sözleşmeyi imzalaması ve kesin teminat vermesinin garanti altına alınmasını temin etmek olduğunu belirtmiştir. Dava konusu olayda, firmalardan geçici teminat alınmış ve ihale sonuçlandırılarak müteahhidin davacı şirket olduğu belirlenmiştir. Daireler Kurulu, bu aşamada davacı şirketin kesin teminat vermeyip sözleşme imzalamaktan da imtina etmiş bulunması hâlinde, geçici

(sosyal güvenlik prim veya vergi borcu bulunması gibi) hâlinde ise sonradan ihalenin iptal edilip edilmediğine bakılmaksızın, bu durumda olanlar hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Benzer düzenlemenin 2886 sayılı Kanun'da da yer alması gerektiğini düşünmekteyiz.

teminatının irat kaydedilmesinde herhangi bir duraksama olmayacağını ve geçici teminat mektubunun işlevinin, müteahhidi sözleşme imzalamaya ve üstleneceği işi şartname ve sözleşme hükümlerine uygun biçimde yapmaya yöneltmek olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda, idarenin davacı şirketin kötü niyetini işin hemen başında saptayıp ihaleyi feshetmesi hâlinde, ihaleyi kazanamayan isteklilerle bir tutulup teminat mektubunun iade edilmesini kabul etmeye hukuken imkân bulunmadığına karar vermiştir. Daireler Kurulu, davalı idarece, davacı şirketin daha işin başında kanunî olmayan bazı işlemlere başvurduğunun belirlenmesi üzerine, haklı bir sebebe dayanarak ihaleyi feshetmesine istinaden geçici teminatı hazine lehine irat kaydetme hakkı olduğundan bahisle, dava konusu işlemde hukuka aykırılık görmemiştir. Ayrıca davacı hakkında bir yıl süre ile ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmiş olmasının yanı sıra, geçici teminat mektubunun irat kaydedilmesi işleminin kamu cezası olarak nitelendirilemeyeceğinden mükerrer cezadan söz edilmesinin de mümkün olmadığını belirtmiştir¹⁷⁶.

4.2.1.5. İhalelerde Bir İstekli Tarafından Kendi veya Başkaları Adına Asaleten ya da Vekâleten Birden Fazla Teklif Vermek

2000/1, 2001/1 ile 2002/1 No.lu Devlet İhaleleri Genelgelerinde, 2886 sayılı Kanun'da yasaklama kararı verilmesinde sebep unsuru olarak düzenlenmemiş bir hüküm bulunmaktadır. Bu fiil ve davranış 2886 sayılı Kanun'da belirtilmemiş ve ancak bahsi geçen düzenleyici işlemler ile düzenlenmiş olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁷⁷.

Genelgelerin 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nun uygulama ilke ve esaslarının düzenlendiği II. bölümünde, kamu kuruluşları tarafından gerçekleştirilen

¹⁷⁶ Bkz.: İdarî Dava Daireleri Kurulu, 07.12.2006 Tarihli ve E. 2003/538, K. 2006/2103 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUxm%2BJQZ5Fp7A~~>, 03.04.2017.

¹⁷⁷ 2886 sayılı Kanun'un aksine 4734 sayılı Kanun'da, istekli tarafından kendisi veya başkaları adına asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif sunulması şeklinde gerçekleşen fiil ve davranış bir düzenleyici işlem olan Genelge ile değil bir Kanun hükmü ile yasaklanmıştır. 4734 sayılı Kanun'un madde 17/d hükmüne göre, "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." yasaktır.

özellikle bilgisayar, tıbbî cihaz, iş makineleri ve benzeri alımlarda, teknolojik gelişmelerden yararlanmak amacıyla, teknik şartnamede yer alan özelliklerden daha üstün özelliğe sahip cihazların da değerlendirilebilmesi için, şartnamelerde alternatif teklif verilmesini ve bu tekliflerin değerlendirilmesini sağlayacak şekilde düzenleme yapılmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Genelgelerin yine II. bölümünde, kapalı teklif usulünde tekliflerin gizli olarak verilmesi esas olduğundan ihalelerde, bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına asaleten ya da vekâleten sadece tek bir teklif mektubu verileceği; aksi hâlde bu tür tekliflerin tamamının işleme konulmadan iade edileceği ve haklarında 2886 sayılı Kanun'un 83 ve 84. maddeleri gereğince işlem yapılacağı bildirilmiştir. O hâlde idarece yapılan ihale şartnamelerinde alternatif teklif vermeye ilişkin bir imkân sağlanmadığı durumlarda, istekli tarafından kendisi veya başkaları adına asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif sunulması hâlinde kamu ihalelerinden yasaklama kararının sebep unsurunu oluşturduğunu belirtebiliriz.

Daha önce 2886 sayılı Kanun'un madde 83/b hükmünde geçen fiil ve davranışların, yalnızca açık ihale ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde yasaklanmış olduğunu ve bu usullerde yapılan ihalelerdeki sözlü teklif verme özelliği sebebiyle de ihale anına özgülenmiş şekilde kaleme alındığını; ancak yazılı teklif verilmesini sağlayan ve Kanun'a göre esas usul olarak düzenlenen kapalı teklif usulü ile yapılan ihalelerde de yasak fiil ve davranışların gerçekleşebileceğini belirtmiştik. Genelgelerde de yer alan bu düzenleme kanaatimizi desteklemektedir; ancak düzenleme ile sadece kapalı teklif usulü ile yapılan ihaleler için kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilmesinde bir sebep unsuru hükme bağlanmış olup kanaatimize göre eksik bir düzenleme olmuştur. Zira daha önce belirttiğimiz üzere, 2886 sayılı Kanun'a göre açık teklif usulü veya pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde de yazılı teklif verilebilmesi mümkündür ve bu bağlamda Genelgelerde belirtilen istekli tarafından kendisi veya başkaları adına asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif sunulması fiil ve davranışının bahsi geçen ihale usulleri yapılan ihalelerde de vuku bulması hâlinde, Kanun'un kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına ilişkin

hükümleri uygulanmalıdır. Burada Sayıştay Daireler Kurulunca verilen bir kararı incelemek istiyoruz¹⁷⁸.

... Valiliği ile Müteahhit ... arasında bağtlanan "Merkez Anadolu Teknik Lisesi 1000 Öğrencilik Ek Bina Yapımı İşi"ne ilişkin sözleşmenin tescilinde hasıl olan tereddüt üzerine, konu Sayıştay 3. Dairesinde görüşülüp ret kararı verilmiş olup bu karara itiraz edilmesi ile konunun Daireler Kurulunda görüşülerek sözleşmenin tescili talep edilmiştir. Daireler Kurulu tarafından dosya üzerinde yapılan incelemede, ... Valiliği ile Müteahhit ... arasında bağtlanan "Merkez Anadolu Teknik Lisesi 1000 Öğrencilik Ek Bina Yapımı İşi"nin 2886 sayılı Kanun'un madde 35/a hükmüne göre kapalı teklif usulü ile ihaleye çıkarıldığı, altmış beş firmanın verdiği tekliflerin değerlendirilmesi sonucu işin, ...'ya verildiği anlaşılmıştır. 3. Dairece verilen ret kararında, ihalede teklifleri değerlendirmeye alınan altmış beş firmaya ait teklif mektuplarından on adedinin gruplandırılması sonucunda, on yedi adedinin aynı yazı karakterini taşıdığı, aynı kişiler tarafından yazıldığı izlenimi yarattığı hususunun Kriminal Polis Laboratuvarı uzmanlarınca hazırlanan ekspertiz raporunda da teyit edilmesinin devlet ihalelerinde açıklık ve rekabetin sağlanması, ihaleye fesat karıştırılmasının önlenmesi için 2886 sayılı Kanun ile getirilmiş olan 2 ve 83. maddelere aykırı olması nedeniyle sözleşmenin tesciline imkân bulunmadığı belirtilmiştir. Bu tespitlerden sonra konunun esasına geçilerek yapılan görüşmeler sonucunda Daireler Kurulu, 2886 sayılı Kanun'un ilkeler başlıklı 2. maddesinde "*Bu Kanun'un yürütülmesinde ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır ...*" denilmek suretiyle idarelerin, temel ilke olarak yapacakları ihalelerde açıklık ve rekabeti sağlamak zorunda olduklarının hükme bağlandığını belirtmiştir. Kapalı teklif usulü ile ihaleye çıkarılan bahse konu işe ait verilen altmış beş teklif mektubundan kırk adedinin gruplandırılması sonucunda, gruplandırılan teklif mektuplarının aynı yazı karakterini taşıdığı ve aynı kişi tarafından yazılmış olduğu izlenimine ve ... Kolektif

¹⁷⁸ Karara esas uyumsuzluk konusu ihaledeki iş ve işlemler, şu an 4734 sayılı Kanun'un kapsamına dâhil olmakla birlikte, karar tarihi itibarıyla henüz 4734 sayılı Kanun yürürlük kazanmadığı için 2886 sayılı Kanun uyarınca yapılmış bir ihale olup konunun önemine binaen ve 2000/1 No.lu Genelge'de yer alan hükme atıf bulunması sebebiyle karara yer vermeyi uygun bulduk.

Şti.'nin Sayıştay Başkanlığına gönderdiği ihaleye fesat karıştırılmış olduğuna dair 06.09.2000 tarihli ihbar mektubuna istinaden, bu teklif mektupları hakkında kriminolojik rapor istenmesine ilişkin denetçi sorgusu üzerine, ilgili idare tarafından Emniyet Genel Müdürlüğü ... Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğüne gönderilen söz konusu kırk adet teklif mektubu ile ilgili olarak hazırlanan ekspertiz raporunda bazı tekliflerde ortak harf ve rakamların tersimi, şahsa ait itiyatlar, kaligrafik ve diğer karakteristik özellikler yönünden uygunluklar bulunduğu müşahede edilmiş olup ihalede usulsüzlük yapıldığı, ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması ilkesine uygun davranılmadığının anlaşıldığı bildirilmiştir. Kararın devamında, 2886 sayılı Kanun'un kapalı teklif usulünde tekliflerin hazırlanmasına ilişkin usulün düzenlendiği 37. maddesindeki hükme yer verildikten sonra, 2000/1 No.lu Devlet İhaleleri Genelgelerinde¹⁷⁹ *Teklif Mektupları ve Tekliflerin Değerlendirilmesi* başlıklı (i) bölümünde de *"Kapalı teklif usulünde tekliflerin gizli olarak verilmesi esas olduğundan, ihalelerde, bir istekli tarafından kendi veya başkaları adına asaleten ya da vekaleten sadece tek bir teklif mektubu verilecektir. Aksi halde bu tür tekliflerin tamamı işleme konulmadan iade edilecek ve haklarında Kanununun 83 ve 84'üncü maddeleri gereğince işlem yapılacaktır."* hükmünün bulunduğu ve ekspertiz raporunun sonuçlarının bu hükümler çerçevesinde de değerlendirildiğinde tekliflerin, 2886 sayılı Kanun'un 37. maddesi ve adı geçen Genelge'nin belirtilen hükmüne aykırı olarak hazırlandığının ve verildiğinin anlaşıldığı belirtilmiştir. İtiraz yazısında tereddüt yaratan kırk adet teklif mektubu içerisinde ihale üzerinde kalan müteahhit ...'ya ait teklif mektubunun bulunmadığı on yedi adet hileli teklifin dışında kırk sekiz adet teklifin bulunduğu ve rekabet ortamının sağlandığı, on yedi firmanın tekliflerinin geçersiz teklif kabul edilerek ihale dışında bırakılmış olsa dahi sonucun değişmediği ve ihalenin yine müteahhit ...'da kalacağına anlaşıldığı iddia edilmiştir. Kurul bu itiraza karşılık, kapalı teklif usulü ile yapılan ihalelerde tekliflerin ne şekilde verileceğini hükme bağlayan 2886 sayılı Kanun'un 37. maddesinde tekliflerin verilmesinde gizliliğin esas olduğunun hükme bağlandığını; ancak anılan ekspertiz raporunda belirtildiği üzere on yedi adet teklif mektubunun aynı yazı karakterini

¹⁷⁹ Aynı hüküm, 2001/1 ve 2002/1 No.lu Devlet İhaleleri Genelgelerinde de mevcuttur.

taşıdığı ve aynı şahıs elinden çıktığının belirlenmesi ile tekliflerin verilmesinde gizlilik esasının ciddi şekilde zedelenmiş ve 37. maddeye aykırı davranılmış olduğunu ve ihale işleminin bir bütün olması ve ihalenin herhangi bir safhasındaki yanlışlığın bütün ihaleyi etkilemesi sebebiyle, itiraz yazısında iddia edildiği gibi yüklenicinin teklifinin bahsi geçen on yedi adet teklif mektubu içerisinde yer almamasının önemli olmadığını; başka bir ifade ile usulüne uygun olmayan hukukî bir işlem olan ihale işleminin, usulüne uygun olarak yapılacak tescil işlemi ile hukuka uygun hâle getirilemeyeceğini belirtmiştir. Ayrıca Daireler Kurulu, idarenin ihalelere gereken titizliği gösterdiğini kabul etmenin de mümkün olmadığını; zira 05.09.2000 tarihinde yapılmış olan ihale hakkında 06.09.2000 tarihli ihbar mektubunun 07.09.2000 tarihinde Sayıştay'a gönderildiği gibi ... Valiliğine de gönderildiği anlaşılmış olup idarenin bu durumdan haberdar olmasına rağmen 08.09.2000 tarihinde ihaleyi onaylayarak ve sözleşme akdettiğini; oysa idarenin 2886 sayılı Kanun'un 83 ve 84. madde hükümlerinin gereğini yerine getirmesinin gerekli olduğunu bildirmiştir. İlaveten Daireler Kurulu, bütün bu gerekçelerle ihalede usulsüzlük yapıldığını, gizlilik ve rekabetin engellenmiş olduğu anlaşıldığından sözleşmenin tescilinin mümkün olmadığını; ancak bununla birlikte ihaleye fesat karıştırıldığının söylenebilmesi için bu hususun objektif olarak tespit edilmiş olması gerektiğini, söz konusu ihalede ise bu hususun objektif olarak tespit edilmemesi sebebiyle, ihaleye fesat karıştırıldığının söylenemeyeceğini belirtmiştir¹⁸⁰. Tüm bu açıklamalardan sonra, ihalelerde bir istekli tarafından kendi veya başkaları adına asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif vermek şeklindeki yasak fiil ve davranışın failinin hükümde de belirtildiği üzere, istekliler sıfatını taşıyan kişiler olduğunu belirtebiliriz.

Sonuç olarak buraya kadar açıklamaya çalıştığımız sözleşme imzalanmadan önce tesis edilen kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında sebep unsurları ve özellikli durumlarına ilişkin dayandıkları mevzuat, madde ve hükümlerle ilgili açıklamalar Tablo 9'da belirtilmiştir.

¹⁸⁰ Bkz.: Sayıştay Daireler Kurulu, 07.02.2001 Tarihli, K. 1058/1 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWaDKC2Muhx9Q~~>, 16.04.2017.

Tablo 9: 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu Uyarınca Sözleşme İmzalanmadan Önce Tesis Edilen Yasaklama Kararlarında Sebep Unsuru ve Özellikli Durumlar

2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu Uyarınca Sözleşme İmzalanmadan Önce Tesis Edilen Yasaklama Kararlarında Sebep Unsuru	
1. İhaleye İlişkin İşlemlere Fesat Karıştırmak veya Buna Teşebbüs Etmek (Kapalı Teklif Usulü, Açık Teklif Usulü, Pazarlık Usulü)	
Mevzuat, Madde ve Sebep Unsuru:	
2886 Sayılı Kanun Madde 83/a: Hile ve Desise Suretiyle İhaleye İlişkin İşlemlere Fesat Karıştırmak veya Buna Teşebbüs Etmek	
2886 Sayılı Kanun Madde 83/a: Vait Suretiyle İhaleye İlişkin İşlemlere Fesat Karıştırmak veya Buna Teşebbüs Etmek	
2886 Sayılı Kanun Madde 83/a: Tehdit Suretiyle İhaleye İlişkin İşlemlere Fesat Karıştırmak veya Buna Teşebbüs Etmek	
2886 Sayılı Kanun Madde 83/a: Nüfuz Kullanma Suretiyle İhaleye İlişkin İşlemlere Fesat Karıştırmak veya Buna Teşebbüs Etmek	
2886 Sayılı Kanun Madde 83/a: Çıkar Sağlama Suretiyle İhaleye İlişkin İşlemlere Fesat Karıştırmak veya Buna Teşebbüs Etmek	
2. Rekabeti Engelleyici Fiillerde Bulunmak (Açık Teklif Usulü, Pazarlık Usulü)	
Mevzuat, Madde ve Sebep Unsuru:	
2886 Sayılı Kanun Madde 83/b: İhalelerde İsteklileri Tereddüde Düşürecek veya Rağbeti Kırarak Söz Söylemek ve İstekliler Arasında Anlaşmaya Çağırıcı İma Edecek İşaret ve Davranışlarda Bulunmak	
2886 Sayılı Kanun Madde 83/b: İhalenin Doğruluğunu Bozacak Biçimde Görüşme ve Tartışma Yapmak	
3. İhale İşlemlerinde Sahte Belge veya Sahte Teminat Kullanmak veya Kullanmaya Teşebbüs Etmek (Kapalı Teklif Usulü, Açık Teklif Usulü, Pazarlık Usulü)	
Mevzuat, Madde ve Sebep Unsuru:	
2886 Sayılı Kanun Madde 83/b: İhale İşlemlerinde Sahte Belge Kullanmak veya Kullanmaya Teşebbüs Etmek	
2886 sayılı Kanun Madde 83/b: İhale İşlemlerinde Sahte Teminat Kullanmak veya Kullanmaya Teşebbüs Etmek	
4. Üzerine İhale Yapıldığı Hâlde Usulüne Göre Sözleşme Yapmamak (Kapalı Teklif Usulü, Açık Teklif Usulü, Pazarlık Usulü)	
Mevzuat, Madde ve Sebep Unsuru:	
2886 Sayılı Kanun Madde 84: Üzerine İhale Yapıldığı Hâlde Usulüne Göre Sözleşme Yapmamak	
5. İhalelerde Bir İstekli Tarafından Kendi veya Başkaları Adına Asaleten ya da Vekâleten Birden Fazla Teklif Vermek (Kapalı Teklif Usulü)	
Mevzuat, Madde ve Sebep Unsuru:	
Devlet İhaleleri Genelgesi - Sıra No: 2000/1, 2001/1 ve 2002/1 İ/2: İhalelerde Bir İstekli Tarafından Kendi veya Başkaları Adına Asaleten ya da Vekâleten Birden Fazla Teklif Vermek	

4.2.2. Sözleşme İmzalandıktan Sonra Tesis Edilen Yasaklama Kararlarında Sebep Unsuru

2886 sayılı Kanun'un 83. maddesinde hem sözleşme öncesinde hem de sözleşme imzalanmasından sonra gerçekleşen bazı fiil ve davranışların yasaklandığını ve bu yasak fiil ve davranışları gerçekleştirenler hakkında da kamu ihalelerinden yasaklama kararının verileceğinin hükme bağlandığını daha önce belirtmiştik. Bu bağlamda Kanun'un madde 83/a ile 83/c bentlerinde sözleşme imzalanmasından sonra gerçekleşen yasak fiil ve davranışların failinin ve yönelebileceği kişilerin kimler olabileceğini tespit etmeye çalışacağız. Burada sözleşme akdedildikten sonrası irdelendiği için, yasak fiil ve davranışların failleri ihalenin üzerine yapıldığı kişiler olan müteahhit veya müşteriler olacak olup bu yasak fiil ve davranışların yöneldikleri kişiler de daima kamu görevlileri olacaktır.

Yasaklama kararlarının sözleşme imzalandıktan sonra sebebini oluşturan bu fiil ve davranışlar aşağıda tek tek ele alınmaktadır. Kanun'un 83. maddesi ile madde 84/3 hükmü incelendiğinde, *sözleşme sonrasında* kamu ihalelerinden yasaklama kararı ile sonuçlanan fiil ve davranışları incelemek üzere, ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek, 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 kullanmak¹⁸¹, sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçmek ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmemek olmak üzere beş adet kategori oluşturabiliriz.

¹⁸¹ Buraya kadar belirtilen fiil ve davranışlar, 2886 sayılı Kanun'un madde 83/c hükmünde yer almakta olup bu fiil ve davranışların yasak olduğu belirtilmiştir.

4.2.2.1. İhaleye İlişkin İşlemlere Fesat Karıştırmak veya Buna Teşebbüs Etmek

2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmüne göre, ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında, hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmenin yasak olduğunu daha önce belirtmiştik ve bu yasak fiil ve davranışlardan ihale işlemlerinin hazırlanması ve yürütülmesi sırasında gerçekleşenleri detaylı bir şekilde açıklamaya çalıştık. Bu başlık altında ise ihale işlemlerinin sonuçlandırılması sırasında hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmenin kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilmesinde sebep unsuru olarak karşımıza çıktığı durumlar, bu defa ayrı ayrı başlıklar açıklanmaksızın incelenecektir.

2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmüne göre, Kanun'da tahdidi sayma yoluna gidilmemiş olup *"veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek"* ifadesi ile hükümde sayılan hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama dışındaki herhangi bir fiil ve davranış ile ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek de kamu ihalelerinden yasaklama yaptırımına bağlandığı için, yine inceleme konusu yapamayacağımız ve fakat ihale işlemlerinin sonuçlandırılması sırasında ortaya çıkabilecek durumların olabileceğini de belirtmek gerekir. Burada idarelerin bu boşluğun doldurulmasında değerlendirme yapmaları gerekmektedir ve hükümde açık şekilde belirtilenlerin dışındaki hangi fiil ve davranışın ihale işlemlerine fesat karıştırmaya veya buna teşebbüs etmeye yönelik olduğunun ve dolayısıyla kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilmesinde sebep unsuru oluşturup oluşturmayacağının tespitinde idarelerin takdir yetkisi bulunmaktadır. Hemen burada 2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmünde yer almayan; fakat 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda yer alan ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmeye yönelik *anlaşma, irtikâp ve rüşvet* fiil ve davranışlarını örnek verebiliriz ve

ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırma veya buna teşebbüs etmeye yönelik tüm fiil veya davranışlar, kasıtlı işlenebilecek türdendir.

2886 sayılı Kanun uyarınca ihalenin yürütülmesi aşamasının, eğer ki sözleşme akdedilmiş ise sözleşmenin akdedilmesi ile başlayan bir süreç olup şartname ve sözleşme hükümlerine uygun şekilde taahhüdün tamamlanması ile de sona ermekte olduğunu belirttikten sonra, sözleşmenin imzalanması ve taahhüdün yerine getirilmesi sırasında müteahhit veya müşterinin kamu görevlilerine yönelen Kanun'un madde 83/a hükmünde yer alan ve ihale işlemlerine fesat karıştırmaya veya buna teşebbüs etmeye yönelik fiil ve davranışlar yasak olup kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilmesinde maddî bir sebep unsuru ve işlemin gerekçesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Hemen burada Danıştay'ın önüne gelen bir uyuşmazlığa yer vermek istiyoruz¹⁸².

Davalı idare tarafından 28.05.2009 tarihinde sözleşmesi imzalanan ve "Ameliyathaneler ve Çeşitli Ünitelerin Mevzuata Uygun Hale Getirilmesi İşi"ne ait ihale süreci ile ilgili soruşturma başlatılmış ve soruşturma raporu hazırlanmıştır. Raporda dava konusu ihale kapsamındaki birçok imalatın ihale günü olan 22.05.2009 tarihinden önce davacı şirket tarafından gerçekleştirildiği, ihale sürecinde usulsüz ihale evrakları düzenlendiği, ihalede tek bir firma lehine hileli bir şekilde hareket edildiği, söz konusu firmaya maddî menfaat sağlanması yoluna gidildiği, yapılan bütün imalatların hastanenin kesin kabulünden önce yapıldığı hususları tespit edilmiş ve rapor ile saptanan hususlara istinaden davacı şirketin iki yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanması teklif edilmiştir. 14.05.2010 tarihli ve 4093 sayılı "Olur" işlemi ile davacı şirketin *"dava konusu ihale sürecinde yasal dayanaklar hiçe sayılarak hukuksuz bir şekilde sonradan ihale evrakları tanzim edildiği ve geçersiz olan bu evraklar üzerinde, rekabet unsurları hiçe sayılarak, hileli bir şekilde, şartlı*

¹⁸² Karar her ne kadar 4735 sayılı Kanun uyarınca ortaya çıkan bir uyuşmazlığa yönelik olsa da benzer durumlar için açıklama getirmesi sebebiyle, burada yer vermeyi uygun görüyoruz. Zira 4735 sayılı Kanun'un madde 25/a hükmünde yer alan ve hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla *sözleşmeye ilişkin* işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek şeklinde ve sözleşmenin uygulanması sırasında gerçekleşen fiil veya davranışlarda bulunmanın yasaklandığı hükme bağlanmıştır. Hüküm incelendiğinde de 2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmü ile oldukça benzer bir şekilde kaleme alındığı anlaşılmaktadır.

olarak ihalenin tek bir firmaya bırakıldığı, ihale kapsamı dışında da firma lehine imalatlar yaptırıldığı, davacı şirketin tüm bu hususlara iştirak ettiği ve maddi menfaat sağladığı" belirtilerek 4735 sayılı Kanun'un 25, 26 ve 27. maddeleri uyarınca iki yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verilmiştir. Danıştay bu durumda, davacı şirketin iki yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde, 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde sayılan fiil veya davranışların tarif edildiğini, davacı şirket tarafından gerçekleştirilen eylemlerin tek tek sayılarak açık bir şekilde belirtildiği anlaşıldığından, dava konusu işlemin iptali yönündeki Ankara 6. İdare Mahkemesi kararında hukukî isabet görmemiştir¹⁸³.

Tüm açıklamaları topladığımızda, müteahhit veya müşterilerin sözleşme akdedilmesinde şartname ve sözleşme hükümlerinde yer alan koşullara muktedir olmadıkları hâlde, sözleşmenin akdedilmesini temin üzere veya yine şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olmadığı hâlde taahhüdün uygun olarak yerine getirildiği izlenimini sağlamak üzere kamu görevlilerine karşı hile ve desise yapmaları, vaatte bulunmaları, nüfuz kullanmaları ve çıkar sağlamaları; kamu görevlilerini tehdit etmeleri suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek yasaklanmış olup bu fiil ve davranışlar tespit edildiği takdirde de kamu ihalelerinden yasaklama kararının verilmesinde sebep unsurunu oluşturmaktadır.

4.2.2.2. İhale İşlemlerinde Sahte Belge veya Sahte Teminat Kullanmak veya Kullanmaya Teşebbüs Etmek

2886 sayılı Kanun'un madde 83/c hükmüne göre, "*İhale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek*" şeklinde gerçekleşen fiil ve davranışlar yasaklanmış olup kamu ihalelerinden yasaklama kararının verilmesinde sebep unsurunu teşkil etmekte ve yetkili idarî makamı kamu

¹⁸³ Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 28.11.2011 Tarihli ve E. 2011/2976, K. 2011/5364 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVUdR8zSMZ3gQ~~>, 21.04.2017.

ihalelerinden yasaklama kararı tesis etmesine yönelten dürtü şeklinde maddî sebep ve idarî işlemin gerekçesi olarak karşımıza çıkmakta olduğunu daha önce belirtmiştik.

Burada, sözleşme öncesinde gerçekleşen ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etme şeklinde belirlenen yasak fiil ve davranışların incelendiği gibi iki ayrı başlık açılmayacaktır. Zira 2886 sayılı Kanun uyarınca hüküm altına alınan geçici ve kesin teminatların getiriliş amaçları gereğince, bu teminatların ilgililerce idarelere sunulması, sözleşmenin akdedilmesinden önce olmaktadır. Bu sebeple sözleşme imzalandıktan sonra idareye verilecek bir teminat bulunmadığından sahte nitelikli bir teminattan de bahsedilemeyecektir. Durum bu olmakla birlikte, teminatların sahteliğinin tespiti sözleşme sonrasında ve hatta iş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra anlaşılmış olsa dahi kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis edilecektir. Bu açıklamalardan sonra sözleşme imzalandıktan sonra idarelere sunulabilecek belgelerin neler olduğuna ilişkin bir inceleme yapmak gerekmektedir.

2886 sayılı Kanun uyarınca, satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri aynî hak tesisi iş ve işlemleri için yapılan bir ihalede Kanun'un 56. maddesine göre, taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine uygun biçimde yerine getirildiğinin anlaşılması ve müteahhidin bu işten dolayı idareye herhangi bir borcunun olmadığına tespit edilmesi hâlinde, -eğer alınmış ise- kesin teminatın geri verilebilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Zira kesin teminat, taahhüdün, sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla alınmış olduğundan, bu amaç gerçekleştiğinde kesin teminat iade edilecektir. Burada taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine uygun biçimde yerine getirildiğine ve bu işten dolayı idareye herhangi bir borcun olmadığına ilişkin idarelerce istenen belgeler olabilmektedir ve bu belgelerin sahte nitelikte olduğunun tespiti hâlinde müteahhit ya da müşteri hakkında kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis edilecektir.

2886 sayılı Kanun uyarınca yapılan satım ve trampa iş ve işlemlerine ilişkin ihalelerde eğer ki taksitle ödeme imkânı tanınmamış ise çoğunlukla idare ile müşteri

arasındaki sözleşme ödeme yapılması ve mülkiyetin nakilleri ile sona ermektedir; başka deyişle aradaki borç ilişkisi süreklilik kazanmamaktadır. Ancak Kanun uyarınca yapılan kiraya verme, mülkiyetin gayri aynî hak tesisi ya da kat karşılığı inşaat, arsa karşılığı yapım işi vb. kamu bütçesinden gider oluşturmayan iş ve işlemlerine ilişkin ihalelerde ise sözleşmede yer alan süre için müteahhit ya da müşteri ile idare arasındaki sözleşme ve sözleşmeye bağlı borçlar ve hakların varlığı devam etmektedir. Bu sebeple de bu iş ve işlemlere ait ihalelerde sözleşme belli bir süre devam edeceği için, idarelerce sözleşmenin devamı süresince belge istenmesi mümkün olduğundan bu yasak fiil ve davranışın gerçekleşebilmesi muhtemeldir.

Taşınmaz satışı için yapılan ihalelerde 2886 sayılı Kanun'un 58. maddesine göre, bedeli, vergi, resim, harç ve diğer masrafları ödemiş olmak şartıyla, müşterinin şartnamede yazılı süre içinde taşınmaz malları namına tescil ettirmeye mecbur olduğu belirtilmiştir. Bu tescil sonrasında da müşteri idareye belge sunacak olup bu belgenin sahte nitelikte olduğunun tespiti hâlinde kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilecektir. Diğer belgeler için Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik'in ekinde yer alan ve Yönetmeliğin uygulanmasına ilişkin formlar bize yardımcı olacaktır.

Yönetmeliğin ekinde (EK-4) yer alan *Kira Sözleşmesine* göre, taşınmaz kiralaması için yapılan ihalelerde kiralanan taşınmazın kullanılması sırasında çevre kirliliğinin önlenmesi ve kiraya verilen yerin bina olması hâlinde kiracının sabotaj, yangın gibi tehlikelere karşı her türlü tedbirleri almak için gereken önlemlerin alınacağı belirtilmiş olup bu gerekliliklerin yerine getirilip getirilmediği hususunda idarelerce belge istenebilecektir. Bu bağlamda bu belgelerin sahte olduğunun tespiti hâlinde de müteahhit ya da müşteriler hakkında kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis edilecektir.

Kat veya arsa karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise yapılacak nakiller için, müteahhitlerce hak edişlerine esas olmak üzere belgeler sunulacaktır. Ayrıca 2886 sayılı Kanun'un 56. maddesine göre, müteahhitlere kesin teminatlarının iade edilebilmesi için Sosyal Sigortalar Kurumundan ilişiksiz belgesi ile ücret ve ücret

sayılan ödemelerden yapılan kanunî vergi kesintilerinin kesin kabul tarihine kadar ödendiğini gösteren belgeleri idarelere sunmaları istenmektedir. Yine bu belgelerinin sahte olduğunun tespiti hâlinde de müteahhitler hakkında kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis edilecektir.

Son olarak sözleşme imzalandıktan sonra ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek şeklindeki yasak fiil ve davranışların kamu ihalelerinden yasaklama kararının sebep unsurunu teşkil ettiği durumlarda, adlî işlemler ile bu bağlamda uygulanması gerekenler, sözleşme imzalanmadan önce ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek şeklinde gerçekleşen yasak fiil ve davranışlar ile aynıdır. Şöyle ki 2886 sayılı Kanun'un 85. maddesine istinaden Kanun'un madde 83/c hükmündeki *ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek* ibaresini dikkate aldığımızda, müteahhit veya müşterilerin sözleşme imzalandıktan sonra, sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs ettiğinin iş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra anlaşılması durumunda, kişiler hakkında ve varsa ortakları ile vekilleri hakkında savcılıklara suç duyurusunda bulunulacaktır. Mahkeme kararına göre bu suç tipikliği oluştuğunda da mahkeme kararı ile bu suç duyurusuna istinaden ayrıca adlî nitelikli olan bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere girmekten yasaklama kararı verilecektir.

4.2.2.3. Taahhüdünü Kötü Niyetle Yerine Getirmemek

2886 sayılı Kanun'un madde 83/c hükmünde, *taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek* şeklinde gerçekleşen fiil ve davranış yasaklanmış olup kamu ihalelerinden yasaklama kararının verilmesinde sebep unsurunu teşkil etmekte ve yetkili idarî makamı kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis etmesine yönelten dürtü şeklinde maddî sebep ve idarî işlemin gerekçesi olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁸⁴. Kanun'un madde 83/c hükmündeki önemli husus müteahhit veya

¹⁸⁴ 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinde düzenlenen yasak fiil ve davranışlar arasında *taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek* şeklinde bir fiil ve davranış bulunmamaktadır.

müşterilerin taahhütlerini *kötü niyetle* yerine getirmediklerinin tespit edilmesidir. Zira Kanun'un madde 84/3 hükmüne göre, sözleşme yapıldıktan sonra taahhütten vazgeçilmesi ve mücbir sebepler dışında taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirilmemesi¹⁸⁵ hâlinde, bu fiil ve davranışların yasak olduğu belirtilmemekle birlikte; bu fiil ve davranışları gerçekleştiren müteahhit veya müşteriler hakkında kamu ihalelerinden yasaklama kararının verilmesinde sebep unsurunu teşkil etmektedir. Bu sebeple taahhüdün yerine getirilmemesi sonucunun ortaya çıkması şeklinde birbirine benzeyen bu fiil ve davranışlar arasında "yasak" olanının belirlenmesindeki kriterimiz, müteahhit veya müşterilerin kötü niyetle gerçekleştirdikleri olmaktadır.

Sübjektif bir değerlendirmeye tabi olan kötü niyet kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir açıklama yapmak gerekmektedir. Kötü niyet kavramı, iyi niyet kavramından hareketle ve özel hukuk hükümlerindeki görünümü açısından irdelenecektir.

İyi niyet (*hüsnüniyet*) kavramı, Roma Hukuku'nda bulunmakta olup günümüzde hâlâ bir hukukî bir müessese olarak varlığını devam ettirmektedir. Örneğin Roma Hukukunda Ius Civile'nin kabul ettiği ve sadece Roma vatandaşlarının faydalanabildiği *usucapio* (malik olmayandan devralınan malın zamanaşımıyla iktisabı) için gerekli olan beş şarttan birisi olarak iyi niyet (*bonafides*) aranmaktadır¹⁸⁶. Pozitif hukukumuzda iyi niyet kavramına, 4721 sayılı *Türk Medenî Kanunu* ile 6098 sayılı *Türk Borçlar Kanunu*'nun muhtelif maddelerinde yer verilmeyle beraber, kavramın tanımı bulunmamaktadır. Ancak yine de iyi niyet kavramının yer aldığı hükümler çerçevesinde, tanımı şu şekilde yapılmıştır: *Bir hakkın kazanılması veya bir hukukî sonucun doğması yönünde mevcut bir engeli, bir noksanlığı veya benzeri bir olguyu bilmemek ve hâlin icap ettiği özen gösterilse dâhi bilecek durumda olmamaktır.* İyi niyetin karşıt anlamlısı olarak da kötü niyet

¹⁸⁵ 4735 sayılı Kanun'un madde 25/f hükmünde, "*Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek.*" fiil ve davranışı yasaklanmış olup bu noktada her iki Kanun'un aynı fiil ve davranışı farklı sonuçlara bağladığını; bunun da uygulamada eşitsizlik yaratarak aynı fiil ve davranış hakkında hem süre hem de idare bakımından farklı idarî yaptırıma sebebiyet verdiğini belirtmeliyiz.

¹⁸⁶ Belgin Erdoğmuş, **Roma Eşya Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları: 286, Ekim 2009, s. 71-83.

(suiniyet) kavramı yer almaktadır. Kötü niyet de *bir hakkın kazanılması veya bir hukukî sonucun doğması yönünden mevcut bir engeli, bir noksanlığı veya benzeri bir olguyu bilmek ve hâlin icap ettiği özen gösterildiğinde bilecek durumda olmak* şeklinde tanımlanmıştır¹⁸⁷. Tanımlar incelendiğinde niyetin iyi ya da kötü nitelendirilmesinde, kişinin bilgisine ve inancına yönelik yapılacak bir değerlendirme bulunmaktadır. Başka deyişle iyi niyetin, bir olayı bilmek ya da bilmemek gibi bir temele dayandığı belirtilmektedir¹⁸⁸. İyi niyet kavramının genel olarak kişideki dürüstlüğü göstermekte olduğu belirtilmiş¹⁸⁹ olup bu hâlde kötü niyetin varlığında dürüst olmayan fiil ve davranışların olacağını söyleyebiliriz.

Açıklamaya çalıştığımız yasak fiil ve davranış, 2886 sayılı Kanun uyarınca imzalanan sözleşmeden doğan taahhüdün kötü niyetle yerine getirilmemesi sebebiyle, daha önce mahkeme kararlarında da yer verdiğimiz üzere bir özel hukuk sözleşmesi içinde cereyan etmektedir. O hâlde sözleşme içinde idare, sözleşmenin diğer tarafı olan müteahhit ya da müşterinin iyi niyetli olmadığını iddia etmesi durumunda ispat külfeti altındadır; zira 4721 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, Kanun'un iyi niyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olanın iyi niyetin varlığı olduğu; ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimsenin iyi niyet iddiasında bulunamayacağı hükme bağlanmış olup burada iyi niyetin varlığı karine olarak kabul edilmiştir¹⁹⁰. Aynı Kanun'un 2. maddesinde herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğu ve bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeninin korumayacağı hükme bağlanmış olup hükümde yer alan iyi niyet, doktrinde "objektif iyi niyet" olarak adlandırılmaktadır¹⁹¹. Burada bir hakkın sahibi,

¹⁸⁷ Mustafa Dural, Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, Cilt: I, 6. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, s. 218-219.

¹⁸⁸ Adal, **a.g.e.**, s. 217.

¹⁸⁹ Ali Erten, "İyiniyetin Korunmadığı Hukuki Durumlar", **Profesör Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 303, Ankara, Sevinç Matbaası, 1972, s. 180.

¹⁹⁰ Adal, **a.g.e.**, s. 225.

¹⁹¹ **A.e.**, s. 226.

sırf başkasını zarara sokmak için o hakkını kullandığı, kötü niyet ve fikir ile hareket ettiği zaman, Kanun tarafından bu hakkından mahrum edilmektedir¹⁹².

Tüm bu açıklamaları topladığımızda 2886 sayılı Kanun'un madde 83/c hükmüne göre *taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek* şeklinde belirtilen yasak fiil ve davranışına istinaden müteahhit veya müşteri hakkında kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis edilirken ilk şart, müteahhit veya müşterinin taahhüdünü yerine getirmemesidir. İkinci şart olarak ihalelerdeki şartname ve ekleri ile sözleşmelerde yer alan bir taahhüdün yerine getirilmemesi mevzu bahis olması gerekir; zira müteahhit veya müşterinin bu taahhüt altında olduğunu bilmesi gerekmektedir. Bir diğer şart olarak da taahhüdün yerine getirilmesine engel olan hâlin içinde idareye yüklenebilecek bir durumun, bir kusurun olmaması gerekmektedir. Son şart olarak da taahhüdün yerine getirilmemesinde müteahhit veya müşterinin ileri sürebileceği herhangi bir mücbir sebep bulunmamalı ve bu kişiler dürüst olmayan fiil ve davranışlar sergilemelidir¹⁹³.

Sözleşme sonrasında gerçekleşen ve buraya kadar yer verdiğimiz fiil ve davranışlarda olduğu gibi, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek şeklinde belirtilen ve kamu ihalelerinden yasaklama kararının sebep unsurunu teşkil eden yasak fiil ve davranış vuku bulduğunda da 2886 sayılı Kanun'un 85. maddesine istinaden, bu fiil ve davranışı gerçekleştiren müteahhit veya müşteriler hakkında ve varsa ortakları ile vekilleri hakkında savcılıklara suç duyurusunda bulunulacaktır. Mahkeme kararına göre bu suç tipikliği oluştuğunda da mahkeme kararı ile bu suç duyurusuna istinaden ayrıca idarî nitelikli olmayan bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere girmekten yasaklama kararı verilecektir.

¹⁹² Özyörük, **Hukuka Giriş**, s. 25.

¹⁹³ Bu şartın içinde yer alan mücbir sebep ile dürüst olmayan fiil ve davranışların sergilenmesi durumu kümülatif olarak aranmalıdır; zira 2886 sayılı Kanun'un madde 83/c hükmünde yer alan "*taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek*" şeklinde belirtilen yasak fiil ve davranış ile madde 84/3 hükmünde yer alan "*mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmemek*" şeklinde belirtilen fiil ve davranışın sonuçları farklı olarak düzenlendiği için, birbirlerinden ayırt edilmesi gerekmektedir.

4.2.2.4. Taahhüdünü Yerine Getirirken İdareye Zarar Verecek İşler Yapmak veya İşin Yapılması veya Teslimi Sırasında Hileli Malzeme, Araç veya Usuller Kullanmak

2886 sayılı Kanun'un madde 83/c hükmüne göre, kamu ihalelerinden yasaklama kararının verilmesinde sebep unsuru oluşturan ve yetkili idarî makamı kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis etmesine yönelten dürtü şeklinde maddî sebep ve idarî işlemin gerekçesi olarak karşımıza çıkan yasak fiil ve davranışlardan bir diğeri de taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak¹⁹⁴ olarak belirtilmiştir. Burada bir üst başlıktaki gibi taahhüdün yerine getirilmemesi değil; taahhüdün yerine getirilmesiyle birlikte idareye zarar verecek işler yapılması ya da işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usullerin kullanılması mevzu bahistir. Bu sebeple de müteahhit veya müşteriler hakkında kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilmesinde Kanun'un madde 83/c hükmünde düzenlenen bu fiil ve davranışların sebep unsuru kullanılması hâlinde, idarelerin yapılan işlerin idareye zarar verdiğini ya da işin yapılması veya teslimi sırasında kullanılan malzeme, araç veya usullerin hileli olduğunu tespit ve ispat etmesi gerekmektedir.

Başlığın ikinci kısmında yer alan işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak şeklindeki yasak fiil ve davranışın, 2886 sayılı Kanun uyarınca yapılan ihalelerde uygulama sıklığının az olduğunu belirtmek gerekir. Zira müteahhit veya müşteri tarafından bir işin yapılmasından bahsedilmesi sebebiyle, 2886 sayılı Kanun kapsamında yer alan satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri aynî hak tesisi iş ve işlemleri için düşündüğümüzde, öncelikle satım işlemlerinde bu neviden bir fiil ve davranış gerçekleşmeyecektir. Kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri aynî hak tesisi iş ve işlemlerinde ise yalnızca teslim

¹⁹⁴ 4735 sayılı Kanun'un madde 25/c hükmüne göre, sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak şeklindeki fiil ve davranışların yanı sıra aynı hükümdede, 2886 sayılı Kanun'dan farklı olarak *fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak* şeklinde belirtilen fiil ve davranışların da yasak olduğu hükme bağlanmıştır.

anında gerçekleşebilecek hileli usuller kullanmaya yönelik yasak fiil ve davranıştan bahsedilebilecektir. Bunun dışında ise daha önce de belirttiğimiz üzere, 2886 sayılı Kanun uyarınca yapılan ve kamu bütçesinden gider oluşturmayan iş ve işlemlerde bir yapım, inşaat işi var olabileceğinden, işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak şeklindeki yasak fiil ve davranışın gerçekleşmesi muhtemeldir.

Yine bu yasak fiil ve davranışlardan işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak şeklindeki fiil ve davranış ile 2886 sayılı Kanun'un madde 84/3 hükmünde yer alan mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmemek fiil ve davranışının kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis edilmesinde sebep unsurunu oluşturmasında idarelerin dikkatli karar vermesi gerekmektedir. Zira bu fiil ve davranışlar ile işin yapılması ve tesliminde, sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olmayan sonuçlar her halükârda ortaya çıkmaktadır ve fakat bu fiil ve davranışların ayırt edilmesi önemlidir ve bunlardan ilki yasak kapsamında olup yaptırımını daha ağır olmaktadır. Bu bağlamda, ilk belirtilen fiil ve davranışlar ile işin yapılması ve tesliminde, sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olmayan sonuçlar yaratılırken hileli malzeme, araç veya usuller kullanıldığının tespit edilmesi şarttır.

İşin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak şeklindeki fiil ve davranıştan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin Danıştay'ın önüne gelen bir uyuşmazlığa yer vermek istiyoruz. Somut uyuşmazlıkta, davacı şirketin ihalesini aldığı "Ilıca-Yalıköy (Ordu) İçme Suyu ve arıtma Tesisi İnşaatı İşİ"nde İller Bankası İhale Yönetmeliği'nin madde 33/c hükmünü ihlal ettiğinden bahisle, anılan Yönetmeliğin 34. maddesinin atıf yaptığı 2886 sayılı Kanun'un 84/3 hükmü uyarınca, şirket hakkında bir yıl süreyle devlet ihalelerine katılmaktan yasaklanma kararı verilmiş olup buna ilişkin işlemin iptali istemiyle dava açılmıştır. İdare Mahkemesi, 2886 sayılı Kanun'un madde 84/3 hükmünde belirtilen, *taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmemek* şeklindeki fiil ve davranışı gerçekleştirenlerin sadece ihaleyi yapan idarece yapılacak ihalelerden yasaklanmaları gerektiğini belirttiikten sonra,

uyuşmazlıktaki işlem her ne kadar 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesine dayanılarak tesis edilmiş ise de anılan Kanun'un 83. maddesi kapsamında herhangi bir yasak fiil ve davranışı söz konusu olmayan davacı şirket hakkında, taahhüdünü sözleşme hükümlerine göre uygun olarak yerine getirmemesi nedeniyle Kanun'un madde 84/3 hükmü uyarınca yaptırım uygulanarak sadece ihaleyi yapan Bakanlığa ait ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiğine ve Kanun'un madde 84/1 hükmü uyarınca tüm devlet ihalelerine katılmaktan yasaklama yolunda tesis edilen dava konusu işlemde Kanun'a uyarlık bulunmadığına ve yine İller Bankası Genel Müdürlüğünün 2886 sayılı Kanun kapsamında yer almaması nedeniyle kurum ihalelerini aşan biçimde tüm devlet ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmesi konusunda yetkisi bulunmadığına karar vererek dava konusu işlemi iptal etmiştir. Davalı idare vekilince kararın temyiz edilmesi üzerine Danıştay, söz konusu ihale ile ilgili olarak yapılan soruşturma sonucu düzenlenen raporda, ihalede öngörülen dolguların yapılmadığının; ancak bedelinin ödendiğinin, stabilize malzeme yerine kazıdan çıkan malzemenin kullanıldığının, kazı artığı malzeme nakliyesinin yapılmadığının ancak tüm bunların yapılmış gibi gösterildiğinin ve 2001 yılı fiyatlarıyla 397.680.016.877,00 TL fazla ödeme yapılmış olduğunun tespiti üzerine, davacı şirketin İller Bankası İhale Yönetmeliği'nin madde 33/c hükmünü ihlâl ettiği gerekçesiyle 2886 sayılı Kanun'un madde 84/3 hükmü uyarınca bir yıl süreyle devlet ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verildiğinin anlaşıldığını belirtmiştir. Kararın devamında, uyuşmazlıkta tespit edilen fiil ve davranışların, *işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak* kapsamında olduğunu belirtilmiş ve bu nedenle *taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun şekilde yapmamak* olarak değerlendirilmesini hukuka uygun görmemiştir. Bu nedenle de anılan fiil ve davranışlar bakımından 2886 sayılı Kanun'un madde 84/1 hükmünün uygulanması gerektiğini; bu Kanun'a atıf yapan adı geçen Yönetmeliğin amaç ve kapsam maddelerinde öngörülen sınırlama nedeniyle, tüm devlet ihalelerinden yasaklama kararının verilemeyeceğini, yalnızca davalı idarenin yapacağı ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiğini belirtilmiştir. Bu sebeple de her ne kadar İdare Mahkemesince, dava konusu işlemin sebebi olan fiillerin taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak

yerine getirmemek olarak nitelendirilmiş ise de işin yapılması sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak fiil ve davranışında bulunan davacıya adı geçen Yönetmeliğe dayanılarak tesis edilen işlem ile yalnızca davalı idarenin ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilebileceğinden, dava konusu işlemi iptal eden Ankara İdare Mahkemesi kararının sonucu itibariyle hukuka uygun bulunduğuna karar verilmiştir¹⁹⁵.

Aşağıda 2886 sayılı Kanun'un madde 83/c hükmünde yer alan taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak şeklindeki yasak fiil ve davranışlar temelinde Danıştay'ın önüne gelen uyuşmazlıklar incelenecektir.

İlk uyuşmazlığa konu olan dava, "Bölge Yatılı İlköğretim Okulu İnşaatı İşi" ihalesini kazanıp inşaatı başlatan davacı şirketin inşaatı kalitesiz malzeme kullanması ve hatalı uygulamalar yapmasına rağmen haksız yere fazla ödemediği yararlandırıldığından bahisle bir yıl süreyle bütün ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır. Çankırı Asliye Hukuk Mahkemesince yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda, spor salonu çatısı inşaatının imalatının projesine uygun olarak yapıldığı, malzemelerin hemen hepsinin TSE damgalı olduğu ve yeterli kaliteyi sağladıkları, hafriyat yanaklarının elle düzeltilmesi ve hafriyat makinelerinin temelden çıktıktan sonra makine ve kamyon rampalarının elle kazılması zorunluluğunun 10.12.2003 tarihli tutanakla tespit edildiği ve kazı imalatlarının da tutanıklara uygun olarak hesaplandığı, değişik yerlerde kaldırılan karoların altında tesviye tabakasının mevcudiyetinin görüldüğü, yağlı boya ve plastik badana imalatlarının tanımlarına uygun olarak yapıldığı belirtilmiştir. İnceleme raporu üzerine, Çankırı Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilen kararla toplam 378.591.618.000 TL alacağın dava tarihinden işleyecek değişen oranlarda reeskont faizi ile birlikte davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine karar verilmiştir. İdare Mahkemesi, Çankırı Asliye Hukuk

¹⁹⁵ Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 03.03.2008 Tarihli ve E. 2007/1247, K. 2008/2993 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUhp8tqpbBZtQ~~>, 14.04.2017.

Mahkemesinin anılan kararı ile hak ediş dayalı ödemenin yapıldığı tarih itibariyle idareye zarar vermediği anlaşılan davacının bir yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar vermiş olup bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.

Davalı idarece, gerçekleştirilen ihalede yapım işini üstlenen davacı şirketin yapmış olduğu bu işle ilgili olarak Bayındırlık Bakanlığı müfettişlerince malzeme kalitesi ve işçilik yönlerinden usulsüz uygulamalar yapıp yapılmadığının tespiti açısından yapılan denetimde, spor salonu çatısı için hak edişlerde uzay çatı değil 21.215 poz no.lu latalı çatıya ilişkin ödemeler yapıldığının, bedeli ödenen imalatın işin projesine, birim fiyat tariflerine uygun yapılmadığının, inşaatta kullanılan malzemenin bir kısmının TSE damgalı olmadığına, söz konusu malzemenin standartta belirlenen limitleri ve özellikleri taşımadığının, inşaatın bazı kısımlarında gereğinden fazla kazı yapılırken bazı kısımlarında ise ataşmanda belirtilenden az yapıldığının, bazı kazı bedellerinin makineli kazı bedeli yerine daha pahalı olan elle kazı bedeli üzerinden ödendiğinin, dolayısıyla kazı ile ilgili olarak fazla ödemeye sebebiyet verildiğinin saptanması üzerine, davacı şirketin *taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmaya veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmaya girdiğinden* bahisle bir yıl süre ile bütün ihalelere katılmaktan yasaklanmasına karar verildiği belirtilmiştir. Danıştay, davacı tarafından Çankırı Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan alacak davasında mahkeme tarafından karara esas alınan 05.12.2001, 01.07.2002 ve 20.09.2002 tarihlerinde düzenlenen bilirkişi raporlarından ilkinin dâhi 28.06.2001 tarihli Bakanlık müfettiş raporundan altı ay sonra düzenlenmesi ve bilirkişi raporlarının müfettiş raporunda yer alan tespitlerin yapıldıkları tarih itibariyle geçersizliğini değil, bu tespitlerden sonra devam ederek tamamlanıp geçici kabule hazır hâle gelen inşaat nedeniyle davacı müteahhidin idareden alacaklı olup olmadığının tespitine yönelik olmaları nedeniyle, sözü edilen yargı kararının ara hak edişlere dayalı ödemelerin yapıldığı tarihler itibariyle idareye zarar verilmediğini kanıtlayan ve dolayısıyla müfettişçe yapılan tespit aksini gösteren maddî delilleri

içeren bir karar olmadığının anlaşıldığını belirtmiştir. Kararın devamında, dava konusu ihaleden yasaklama kararına dayanak alınan Bayındırlık ve İskân Bakanlığı müfettişlerince yapılan ve davacı tarafından aksi ispatlanamayan saptamaların, 2886 sayılı Kanun'un madde 83/c hükmünde sayılan hâllerden olan taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç ve usuller kullanmak kapsamında olduğundan, davacı şirketin 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesi uyarınca bir yıl süreyle bütün ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, Ankara İdare Mahkemesinin dava konusu işlemin iptali yönündeki kararında hukukî isabet görülmediğini belirtmiştir¹⁹⁶.

Danıştay'ın önüne gelen başka bir uyuşmazlıkta, davacı şirketin yapımını sürdürdüğü "Isparta ... Devlet Hastanesi İnşaatı İşi"nde, fazla ödeme yapıldığı iddiası üzerine Bayındırlık ve İskân Bakanlığı müfettişi tarafından yapılan inceleme sonucu düzenlenen 22.11.2000 tarihli raporda, alüminyum doğrama için yapılan ödemenin fazla olduğu, madenî aksam için de fazla ödeme yapıldığı, bunların düzenlenecek hak ediş raporlarından kesilerek tahsili gerektiği ve bu bağlamda haksız menfaat sağlayarak idareye zarar veren davacı şirket hakkında 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesi uyarınca bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi ve 85. maddesi uyarınca da şirket ortakları hakkında Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunulması gerektiği belirtilmiştir. Bunun üzerine, Bayındırlık ve İskân Bakanlığının 01.12.2000 tarihli Oluru ile Isparta Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulmuş, 23.02.2001 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan dava konusu işlemle de davacı şirketin 2886 sayılı Kanun'un madde 83/c hükmünde yer alan fiil ve davranışlarda bulunduğu tespit edildiğinden bahisle, Kanun'un 84. maddesine dayanılarak bir yıl süreyle bütün ihalelere katılmaktan yasaklanmasına karar verilmiştir. Danıştay, alüminyum doğrama imalatını profillerin boşluklarına kurşunla yapılmış köşe bağlantı eleman kullanılmak suretiyle haksız menfaat sağlandığını belirterek idareyi zarara uğrattığı sabit bulunan davacı şirketin,

¹⁹⁶ Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 09.07.2007 Tarihli ve E. 2007/1292, K. 2007/4410 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWq2wj70EWCLg~~~>, 26.04.2017.

2886 sayılı Kanun'un 84. maddesi uyarınca bir yıl süreyle bütün ihalelere katılmaktan yasaklanması yolunda tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediğine ve Ankara 6. İdare Mahkemesinin kararının bozulması gerektiğine karar vermiştir¹⁹⁷.

Danıştay'ın önüne gelen bir diğer uyuşmazlığa konu olan dava, davacı hakkında tesis edilen 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesi uyarınca bir yıl süre ile bütün ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır. İdare Mahkemesi, uyuşmazlığın taraflar arasında hak edişlerle ilgili değerlendirme ve nitelendirme farklarına dayandığını, davacı ve ilgili kamu görevlilerinin kasten hileli usullere başvurdukları yolunda ayrıntılı bir soruşturma ya da yargı kararı bulunmadığını, müfettişlerce yapılan tespitlerin davacı tarafça kabul edilmediğini ve en son hak edişe de itiraz edildiğini, tespitlerden sonra sözleşmenin devam ettiğini ve idarece fazla bulunan hak edişlerin mahsup edildiğini ve dolayısıyla 2886 sayılı Kanun'un madde 83/3 hükmünde öngörülen nitelikte ve ağırlıkta bir eylem kanıtlanmaksızın tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığını belirterek dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. Davalı idare, bu karar hakkında temyiz başvurusunda bulunmuştur. Danıştay, ... Devlet Hastanesi inşaatındaki uyuşmazlığın, farklı pozlardan ödeme yapılmasından ve miktar farklılıklarından kaynaklandığını; davacının adliye mahkemesi aracılığıyla yaptırdığı tespit sırasında bilirkişilerce saptanan miktarların davacının hak ediş raporunda belirtilen miktarı doğrulamadığını, bilirkişilerce kazı işleminin tamamlanmış olması nedeniyle daha önce hazırlanmış olan kazı klas tutanaklarına göre saptanan miktarların değerlendirilerek teftiş kurulunca tayin edilen heyet tarafından ikinci bir inceleme yapılarak sonuca ulaşıldığı göz önünde bulundurulduğunda davacının idareyi zarara uğratabilecek nitelikte işler yaptığını belirtmiştir. Bu durumun tespiti yapıldıktan sonra, davacı firmanın işe devam etmesinin ve işi tamamlamış olmasının ve belirlenen değerler üzerinden son hak ediş karşılığı ödenirken davacı şirkete fazla ödenen değerlerin dikkate alınarak mahsuplaşma yapılmasının, 2886 sayılı Kanun hükmüne

¹⁹⁷ Bkz.: Danıştay 10. Dairesi, 08.06.2005 Tarihli ve E. 2002/460, K. 2005/2869 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXHOo%2B8WW8KsA~~>, 28.04.2017.

uygun olmayan işin niteliğini değiştirmediğini belirterek davalı idarece tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığına ve temyize konu Ankara 7. İdare Mahkemesi kararında hukukî isabet olmadığına karar vermiřtir¹⁹⁸.

Danıştay'ın önüne gelen başka bir uyuşmazlıkta, davacı şirket 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesi uyarınca bir yıl süreyle bütün ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin davalı idare işleminin iptali istemiyle dava açmıştır. İdare Mahkemesine sunulan Hürriyet ve Kemalpaşa İlköğretim Okulu inşaatlarıyla ilgili iddialar üzerine Bayındırlık ve İşkân Bakanlığı müfettişlerince hazırlanan 05.01.2005 tarihli inceleme raporuna göre, davacı şirketin bazı kısımlar için göstermiş olduğu imalatların yerinde yapılan mevcut imalattan fazla olduğu, söz konusu inşaatta yapılmamış imalatların yapılmış gibi, yapılmış imalatların da yapılandan daha fazla gösterilmek suretiyle müteahhide 110.048,70 TL fazla ödemedede bulunulduğu ve 2001 yılı fiyatları ile fazla ödeme tutarınının 79.924,46 TL olduğunun belirlendiği, belirtilen miktarda haksız kazanç sağlayıp idare zararına neden olarak 2886 sayılı Kanun'un 83/c hükmünde yer alan yasak fiil ve davranışlarda buldukları belirlenen davacı şirket yetkilileri hakkında 2886 sayılı Kanun'un 85. maddesi gereğince Aydın Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulması gerektiği belirtilmiştir. Bu rapora istinaden davacı şirketin bir yıl süreyle tüm ihalelerden yasaklanmasına karar verilmiştir. Mahkeme bu durumda, yüklenicinin taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yaparak haksız kazanç sağladığına ve davacı şirketin idareyi zarara uğrattığının sabit olduğuna, 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesi uyarınca bir yıl süreyle tüm ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığına karar vererek davayı reddetmiştir. Bu karar davacı tarafından temyiz edilmiş olup Danıştay, Ankara 15. İdare Mahkemesince verilen kararın onanmasına karar vermiřtir¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Bkz.: Danıştay 10. Dairesi, 30.06.2004 Tarihli ve E. 2003/3941, K. 2004/5898 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUAESLN2mjTOA~~>, 21.04.2017.

¹⁹⁹ Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 23.10.2009 Tarihli ve E. 2008/5468, K. 2009/9321 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVGp0RWkjnYMQ~~>, 22.04.2017.

Sonuç olarak taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak şeklinde belirtilen ve kamu ihalelerinden yasaklama kararının sebep unsurunu teşkil eden yasak fiil ve davranış vuku bulduğunda da 2886 sayılı Kanun'un 85. maddesine istinaden, bu fiil ve davranışı gerçekleştiren müteahhit veya müşteriler hakkında ve varsa ortakları ile vekilleri hakkında savcılıklara suç duyurusunda bulunulacaktır. Mahkeme kararına göre bu suç tipikliği oluştuğunda da mahkeme kararı ile bu suç duyurusuna istinaden ayrıca idarî nitelikli olmayan bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere girmekten yasaklama kararı verilecektir.

4.2.2.5. Sözleşme Yapıldıktan Sonra Taahhüdünden Vazgeçmek ve Mücbir Sebepler Dışında Taahhüdünü Sözleşme ve Şartname Hükümlerine Uygun Olarak Yerine Getirmemek

2886 sayılı Kanun'un madde 84/3 hükmüne göre, sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhit ve müşteriler hakkında da kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis edileceği belirtilmiştir. Tıpkı üzerine ihale yapıldığı hâlde usulüne uygun olarak sözleşme yapmamak şeklinde belirtilen fiil ve davranışta olduğu gibi, sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçmek ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmemek şeklinde düzenlenen fiil ve davranışların, her ne kadar Kanun uyarınca yasak oldukları hükme bağlanmamış olsa da bunlar, kamu ihalelerinden yasaklama kararının verilmesinde sebep unsurunu teşkil etmekte ve yetkili idarî makamı kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis etmesine yöneltti dürtü şeklinde maddî sebep ve idarî işlemin gerekçesi olarak karşımıza çıkmaktadır. İlaveten bahsi geçen fiil ve davranışlar yalnızca kamu ihalelerinden yasaklama kararının sebep unsurunu oluşturmamaktadır. Kanun'un 54. maddesine göre taahhüdün, sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla sözleşme yapılmasından önce müteahhit veya müşteriden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle alınan %6 oranındaki kesin

teminatın; yine Kanun'un 62. maddesine göre, müteahhit veya müşterinin taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü, şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi üzerine, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi hâlinde, ayrıca protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın gelir kaydedileceği ve sözleşmenin feshedilerek hesabının genel hükümlere göre tasfiye edileceği hükme bağlanmıştır²⁰⁰.

2886 sayılı Kanun'un madde 83/c hükmünde düzenlenen mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeme şeklindeki fiil ve davranışta yer alan mücbir sebeplerden ne anlamamız gerektiğine ilişkin bir hüküm Kanun'da yer almamaktadır. *Mücbir* kelimesi, Türk Dil Kurumu Güncel Sözlük'te "*Zorlayıcı.*" olarak²⁰¹ ve *mücbir sebep* de "*Herhangi bir kimse tarafından alınacak önlemlere karşı, önüne geçilmesi olanaksız, borcun yerine getirilmesine engel, borçlunun iradesi dışında beklenmedik olaylar.*" olarak²⁰² tanımlanmıştır. O hâlde 2886 sayılı Kanun uyarınca mücbir sebepler, müteahhit veya müşteriye atfedilemeyecek olan ve bu bağlamda bu kişilerin kusuruna dayanmayan, her türlü önlem alınmasına rağmen bu sonucun ortaya çıkması engellenemeyen ve bu kişilerin taahhüdünü yerine getirmesine engel teşkil eden zorlayıcı sebeplerdir²⁰³.

²⁰⁰ Mahallî İdareler Müdürlüğü 2008/14 No.lu Genelgesi'nde sözleşme yapıldıktan sonra taahhütten vazgeçilmesi ve mücbir sebepler dışında taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirilmemesinin tespit edildiği ve ihaleyi yapan idare tarafından kamu ihalelerinden yasaklama kararı talebi vuku bulduğunda, müteahhit veya müşterinin taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü, şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi hâlinde; idarece en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarın çekildiğine ve ihtarın tebliğine dair belgenin Bakanlığa bu taleple birlikte gönderilmesi istenmektedir. Bkz.: İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü, *İhale Yasakları* Konulu, 11.01.2008 Tarihli, B050MAH0740001/917-45062 Sayılı ve 2008/4 No.lu Genelge, (Çevrimiçi), <http://www.migm.gov.tr/2008yiliigenelge>, 11.03.2017.

²⁰¹ Bkz.: Türk Dil Kurumu, (Çevrimiçi), http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.591760cb5a7206.04239377, 12.05.2017.

²⁰² Bkz.: Türk Dil Kurumu, (Çevrimiçi), http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.591760dcd55609.83900287, 12.05.2017.

²⁰³ 4735 sayılı Kanun'un 10. maddesinde doğal afetler, kanunî grev, genel salgın hastalık, kısmî veya genel seferberlik ilanı ve gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer hâller, mücbir sebep olarak kabul edilebilecek hâller olarak belirtilmiştir. Maddenin devamında, süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi gibi durumlar da dâhil olmak üzere, belirtilen hâllerin idare tarafından mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için, yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün

Sonuç olarak sözleşme imzalandıktan sonra tesis edilen kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında sebep unsurları ve özellikli durumlarına ilişkin dayandıkları mevzuat, madde ve hükümlerle ilgili açıklamalar Tablo 10'da belirtilmiştir.

Tablo 10: 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu Uyarınca Sözleşme İmzalandıktan Sonra Tesis Edilen Yasaklama Kararlarında Sebep Unsuru ve Özellikli Durumlar

2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu Uyarınca Sözleşme İmzalandıktan Sonra Tesis Edilen Yasaklama Kararlarında Sebep Unsuru	
1. Hile ve Desise Suretiyle İhaleye İlişkin İşlemlere Fesat Karıştırmak veya Buna Teşebbüs Etmek	
Mevzuat, Madde ve Sebep Unsuru: 2886 Sayılı Kanun Madde 83/a	
2. İhale İşlemlerinde Sahte Belge veya Sahte Teminat Kullanmak veya Kullanmaya Teşebbüs Etmek	
Mevzuat, Madde ve Sebep Unsuru: 2886 Sayılı Kanun Madde 83/c	
3. Taahhüdünü Kötü Niyetle Yerine Getirmemek	
Mevzuat, Madde ve Sebep Unsuru: 2886 Sayılı Kanun Madde 83/c	
4. Taahhüdünü Yerine Getirirken İdareye Zarar Verecek İşler Yapmak veya İşin Yapılması veya Teslimi Sırasında Hileli Malzeme, Araç veya Usuller Kullanmak	
Mevzuat, Madde ve Sebep Unsuru: 2886 Sayılı Kanun Madde 83/c	
5. Sözleşme Yapıldıktan Sonra Taahhüdünden Vazgeçmek ve Mücbir Sebepler Dışında Taahhüdünü Sözleşme ve Şartname Hükümlerine Uygun Olarak Yerine Getirmemek	
Mevzuat, Madde ve Sebep Unsuru: 2886 Sayılı Kanun Madde 84/3	

4.3. SEBEP UNSURUNDA HUKUKA AYKIRILIKLAR

Sebep unsurundaki hukuka aykırılıklar, daha sonra belirteceğimiz üzere yetki, şekil ve maksat unsurlarının aksine doktrin veya yargı kararları ile isimlendirilmemiştir; başka deyişle sebep unsurundaki hukuka aykırılıklarda hukukî jargon oluşmamıştır. Bu unsurdaki hukuka aykırılıkların irdelenmesinde, maddî sebep unsuruna esas *olayların gerçekliğine, tamlığına ve sebep teşkil edebilme niteliklerine (tavsifine)* bakılmaktadır²⁰⁴. Sebep unsurundaki hukuka aykırılıklar, *idarî işlemin sebep unsurunun mevzuatta belirtilmemiş ya da idarelerce*

içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır.

²⁰⁴ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 196.

belirtilmesinin öngörülmemiş olması ile idarî işlemin hukukî tavsifinde hataya düşülmesi başlıkları altında incelenecektir.

4.3.1. İdarî İşlemin Sebep Unsurunun Mevzuatta Belirtilmemiş ya da İdarelerce Belirtilmesinin Öngörülmemiş Olması

Daha önce belirttiğimiz üzere, idarî işlemlerin tesis edilebilmesi için bir sebep bulunmak zorundadır²⁰⁵; idareye tanınmış olan her yetkinin kullanılması için bir sebep bulunması, bir sebebe dayanılması gerekmektedir²⁰⁶. Sebep unsuru bakımından oluşan ve daha önce belirttiğimiz üç durumdan sonuncusunda ise sebep unsuru sübjektif karakter kazanmış olup²⁰⁷ idarî işlemin sebep unsuru mevzuatta belirtilmemiş²⁰⁸ ya da sebep unsurunun idarelerce belirtilmesi öngörülmemiştir²⁰⁹. Hatta bu durum ayrıca, daha sonra değineceğimiz maksat unsuru bakımından oluşan üç durumdan sonuncusu olan maksat ve sebep unsurunun birleştiği hâli oluşturmaktadır. Ancak sebep unsuru, idarî işlemlerin tesisinde kamu yararının gerçekleştirilmesine elverişli ve yeterli olacak şekilde olmalıdır²¹⁰ ve mevzuatta belirtilip belirtilmediğine bakılmaksızın idarî işlemin dayanağı olan sebep, kamu yararı anlayışına dayanmak zorundadır²¹¹. Bu durumda sebep unsurunun mevzuatta hiç belirtilmemiş olması ya da idarelerce belirtilmesinin öngörülmemiş olması hâlinde de idarî işlemlerin kamu yararı amacı ile yapılması gerekmektedir.

İdarî işlemlerde maksat unsuru incelenirken de değineceğimiz üzere, idareyi bir işlem tesis etmeye yönelten sebep unsuru, o işlemten beklenen nihai sonucun gerçekleşmesini temin etmek üzere yapılmakta olduğundan, idarî işlemlerin sebep ve maksat unsurları arasında zorunlu bir bağ bulunmaktadır²¹². Bu durumda *idarî işlemin sebep unsuru mevzuatta belirtilmediği ya da sebep unsurunun idarelerce*

²⁰⁵ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 344.

²⁰⁶ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: II, s. 461.

²⁰⁷ Onar, **a.g.e.**, Cilt: I, s. 297-300; Giritli vd. **a.g.e.**, s. 1264; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 433.

²⁰⁸ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: II, s. 461; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 431.

²⁰⁹ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: II, s. 464; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 433.

²¹⁰ Günday, **a.g.e.**, s. 153.

²¹¹ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: II, s. 461.

²¹² Günday, **a.g.e.**, s. 156.

belirtilmesinin öngörülmemiş olduğu hâllerde, maksat unsurunun genel türü olan kamu yararı olmadığında işlem, hukuka aykırı olacaktır²¹³. Ancak böyle bir hukuka aykırılığın 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilecek kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında olmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz; zira bu işlemlerde detaylı bir şekilde açıklamaya çalıştığımız üzere, işlemin sebep unsuru mevzuatta belirtilmiş olup sebep unsurunun idarelerce belirtilmesinin öngörülmemiş olduğu bir durum da mevcut değildir. Aksine idareler bu sebeplerin gerçekleştiğini tespit etmek zorunda olup yargısal uyumsuzluklarda kanıtlanabilirliğini temin etmelidir.

4.3.2. İdarî İşlemin Hukukî Tavsifinde Hataya Düşülmesi

Sebecp unsuru bakımından ortaya çıkan üç durumdan ilkinde, işleme esas tutulacak sebep objektif bir şekilde tayin ve tespit edilmekte; sebebin kanun veya bir hukuk kuralında açıkça ve kesin olarak belirtilmekte olduğunu²¹⁴ ve kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının tesisinde sebep unsurlarının çoğunlukla bu türden olup hukuk kurallarında açıkça ve kesin olarak belirtilmiş olduğunu ve bu bağlamda da idarenin işlemini tesis ederken dayandığı olayların hukukî tavsifini doğru yapması gerektiğini²¹⁵ de daha önce belirtmiştik. İşte bu noktada 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilecek kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında *idarî işlemin hukukî tavsifinde yapılan yanlışlık*, işlemi hukuka aykırı getirecektir²¹⁶. Bu noktada iki sonuç ortaya çıkmaktadır. İlki Kanun'da sebep unsuru olarak belirtilen koşulun gerçekleşmediği durum²¹⁷ diğeri ise Kanun'da sebep unsuru olarak belirtilen hâller arasındaki değerlendirmenin, takdirin yanlış yapılmasıdır. Her iki sonuçta da idare, idarî işlemin hukukî tavsifinde hata yapmıştır.

²¹³ Kanaatimize göre, idarî işlemlerin sebep unsurunun her hâlde nesnel nitelikli olması da bu yüzdendir.

²¹⁴ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 293; Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: II, s. 461; Giritli vd. **a.g.e.**, s. 1263; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 431.

²¹⁵ Günday, **a.g.e.**, s. 155.

²¹⁶ Daha önce belirttiğimiz üzere sebep unsurunun maddî ve hukukî olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Kamu ihalelerinden yasaklama kararını örnek olarak ele aldığımızda, işlemi tesis eden idarenin yalnızca hukukî sebebi göstermesi yetmemektedir; zira yargısal uyumsuzlukta sebep unsuru irdelenirken bu hukukî sebebin yanı sıra ilgililerin somut fiil ve davranışlarının da maddî sebep unsurunu oluşturup oluşturmayacağına bakılacaktır. Bkz.: Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 146.

²¹⁷ Günday, **a.g.e.**, s. 154.

2886 sayılı Kanun'un 83. maddesi ile madde 84/3 hükmünde düzenlenen fiil ve davranışlar için hukukî sebep unsurları, kanun koyucu tarafından belirtilmiştir. Ancak kişilerin bu hukukî sebeplerde belirtilen fiil ve davranışları gerçekleştirip gerçekleştirmediğini idareler takdir edecektir; başka deyişle maddî sebep unsurunun oluşup oluşmadığına idarelerce bakılacaktır. Bu bağlamda idarelerin, idarî işlem için sebep olarak gösterdiği olayların gerçek olması; gerçekten var olmaları gerekmektedir²¹⁸.

2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmü haricinde, belirttiğimiz düzenlemelerde yer alan fiil ve davranışların maddî sebep unsurunu teşkil ettiği hâllerin, az ya da çok nedensellik bağının kurulabildiği ve takdir yetkisinin hemen hemen hiç bulunmadığı hükümler olduğunu düşünmekteyiz. Ancak Kanun'un madde 83/a hükmünde yer alan hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek şeklindeki yasak fiil davranışın, kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının maddî sebep unsuru olarak kullanılmasında hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama fiil ve davranışlarının tespit edilmesinin yanı sıra, bunların ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek için de kullanılmış olup olmadığında idarenin takdir yetkisinin bulunduğunu düşünmekteyiz. Bu bağlamda bu iki hâlin tamlığı, başka deyişle tamamının birden varlığı ve bir bütünlük olması gerekmektedir²¹⁹. Ayrıca bahsi geçen hükümde *başka yollarla* ifadesinin içeriğinin doldurulmasında; hangi maddî sebeplerin ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmeyi oluşturduğunun tespitinde de değerlendirme yapmak suretiyle takdir yetkisinin var olduğunu düşünmekteyiz.

Örneğin Danıştay, taahhüdünü sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen davacı şirketin 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesi kapsamında herhangi bir yasak fiil ve davranış söz konusu olmadığından, Kanun'un madde 84/3 hükmü uyarınca yaptırım uygulanarak sadece ihaleyi yapan bakanlığa ait ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerekirken Kanun'un madde 84/1 hükmü

²¹⁸ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 196.

²¹⁹ A.e.

uyarınca tüm devlet ihalelerine katılmaktan yasaklama yolunda tesis edilen dava konusu işleminde Kanun'a uyarlık bulunmadığına karar²²⁰ vererek, aslında idarî işlemin hukukî tavsifinde yapılan bir yanlışlık tespit etmiştir. Burada, Kanun'da sebep unsuru olarak belirtilen hâller arasındaki değerlendirme, takdir yanlış yapılmış olup gerçekleşen sebep unsuru (2886 sayılı Kanun, madde 84/3 hükmü) değil, gerçekleşmemiş olduğu sebep (2886 sayılı Kanun, madde 84/1 hükmü) unsuru işlemin gerekçesi olduğundan işlem hukuka aykırı hâle gelmektedir.

Yine Danıştay, davacı firmanın teklif mektubunun içinde bir adet şikâyet dilekçesi ve elli altı adet boş A4 kâğıdı bulunması üzerine, davacının bu fiil veya davranışının 4734 sayılı Kanun'un madde 17/a kapsamında olduğu gerekçesiyle bir yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına yönelik işlemi, davacının fiil veya davranışının "hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya teşebbüs etmek" niteliğinde olmadığından bahisle bu kararı hukuka aykırı bulan İdare Mahkemesi kararını onamıştır²²¹. Burada, Kanun'da sebep unsuru olarak belirtilen koşulun gerçekleşmediği durum bulunmakta olup işlem hukuka aykırı hâle gelmiştir.

Danıştay başka bir kararında, uyuşmazlıkta tespit edilen fiil ve davranışların, *işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak* kapsamında olduğunu belirtilmiş ve bu nedenle *taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun şekilde yapmamak* olarak değerlendirilmesini hukuka uygun görmeyerek yine aslında idarî işlemin hukukî tavsifinde yapılan bir yanlışlık tespit etmiştir²²².

²²⁰ Bkz.: Danıştay 6. Dairesi, 22.05.2000 Tarihli ve E. 1999/425, K. 2000/3195 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://www.emsalyargi.com/danistay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=a3174321a1266f7f&ktarih1=2000-05-22>, 17.12.2016.

²²¹ Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 26.09.2005 Tarihli ve E. 2005/1819, K. 2005/4728 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXCSATHISi7xQ~~>, 06.05.2017.

²²² Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 03.03.2008 Tarihli ve E. 2007/1247, K. 2008/2993 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUhp8tqpbBZtQ~~>, 14.04.2017.

BEŞİNCİ BÖLÜM
2886 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE KAMU
İHALELERİNDEN YASAKLAMA KARARLARINDA KONU
UNSURU VE HUKUKA AYKIRILIKLAR

Bu bölümde, idarî işlemlerdeki konu unsurunun mahiyeti ve özellikleri açıklandıktan sonra, yasaklama kararlarının verilmesinde konu unsurunun nelerden oluştuğu irdelenecek olup gerekli görülen hâllerde ise bilgiler tablolara işlenerek verilecektir. Daha sonra ise idarî işlemlerin konu unsurundaki hukuka aykırılıkların kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında ortaya çıkabilecek durumları ise tek bir başlık altında incelenecektir.

5.1. İDARÎ İŞLEMLERDE KONU UNSURU

İdarî işlemlerin sebep unsuru, idarî işlemde önce ortaya çıkmakta olup ve unsurlar içindeki kronolojik sıralamada bu bağlamda ilk olarak yer alması sebebiyle¹ açıklamalarımızda öncelikle idarî işlemlerin sebep unsuruna yer verdik. İdarî işlemlerin tesisinde sebep unsurunun tespitinden sonra, diğer unsurlar açısından kesin bir ortaya çıkış sırası belirlemesi yapmanın mümkün olmadığı ve fakat sebep unsurundan sonra yetki unsuru ile konu unsurunun aynı anda ortaya çıktığı belirtilmiştir². Kanaatimize göre, bağlı yetkinin bulunduğu durumlarda sebep unsurunun oluşmasıyla aslında konu unsuru da otomatikman ortaya çıktığı için, sebep unsurundan hemen sonra konu unsurunun incelenmesinde yarar görülmektedir; zira bu hâlde, yetkili kişinin kim olduğu önem taşımamaktadır³. Aşağıda belirteceğimiz üzere, 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında çoğunlukla bağlı yetki bulunduğundan, biz de idarî işlemlerin sebep unsurundan sonra konu unsuruna yer vermeyi tercih ettik.

¹ Özay, **a.g.e.**, s. 454.

² **A.e.**

³ Diğer taraftan idarî işlemin sebep veya konu unsurlarında bir değerlendirme marjı ya da takdir yetkisinin bulunduğu hâllerde, idarî işlemin sebep unsurundan hemen sonra yetki unsurunun irdelenmesinin daha doğru olacağını düşünmekteyiz; bu bağlamda yetkili kişinin saptanması ile konu unsuruna yön verecek kişi de tespit edildiğinden, bundan sonra konu unsurunun irdelenmesi daha uygun olacaktır.

İdarî işlemlerin konusunun, bu işlemin doğurması gereken hukukî sonuç ve hüküm olduğu belirtilmiştir⁴. Başka bir deyişle idarî işlemin konusu, idarî işlemin hukuk âleminde meydana getirdiği yeniliği⁵ veya değişikliği ifade etmektedir⁶. Esasında da her idarî işlem bir hukukî sonuca yönelik yapılmaktadır⁷. Bu sonuç, düzenleyici idarî işlemlerde genel, soyut ve objektif bir hukukî durum olurken; bireysel idarî işlemlerde ise öznel, somut, sübjektif bir hukukî durum olmaktadır⁸.

İdarî işlemlerin konusu imkânsız olmamalı, mümkün ve meşru olmalıdır⁹. Ayrıca idarî işlemlerin sebep ve konu unsurları arasında çok sıkı bir ilişki, nedensellik bağı bulunmaktadır¹⁰ ve bu bağlamda idarî işlemin sebebi ile konusu arasında aşırı bir oransızlık, ölçüsüzlük¹¹ de bulunmamalıdır; aksi hâlde idarî işlem hem sebep hem de konu bakımından sakat olacak ve hukuka aykırı hâle gelecektir¹². İdarî işlemin konu unsurundaki hukuka uygunluğun sağlanması için, idarî işlemde beklenen sonucun kanunî olarak elde edilip edilmediğine bakılmaktadır¹³. İlâveten, idarî işlemlerin konusu, mevzuata uygun olmalıdır¹⁴.

Birçok hâlde bir idarî işlemin hem sebebi hem de konusu kanun hükümlerince belirlenmiştir¹⁵. İdare hukukunda esas olarak yeni durumlar yaratılmamaktadır; zira daha önce belirttiğimiz üzere idare hukuku statüler niteliktedir ve objektif hukukun önceden tayin ettiği statülere geçilmektedir¹⁶. Bu sebeple de idarî işlemin sebep unsurunda olduğu gibi konu unsurunda da idarenin veya idarî işlemin ilgisinin konuyu belirleme serbestisi bulunmamaktadır; bu durumun istisnasını konusu

⁴ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 311.

⁵ Atay, **a.g.e.**, s. 507.

⁶ Günday, **a.g.e.**, s. 157.

⁷ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 434.

⁸ Yıldırım vd., **a.g.e.**, s. 458.

⁹ Kalabalık, **a.g.e.**, s. 186.

¹⁰ Bu sıkı ilişki ve nedensellik bağı sebebiyle, 2577 ve 2575 sayılı Kanunlardan önce yürürlükte bulunan 521 sayılı *Danıştay Kanunu*'nda idarî işlemlerin sebep ve konu unsurları ayrı ayrı olarak hükme bağlanmamış olup her iki unsur kapsayan "esas unsuru" kullanılmıştır. Bkz.: Günday, **a.g.e.**, s. 158-159.

¹¹ Başka bir ifade ile idarî işlemlerin sebep ve konu unsuru arasındaki ilişki, kopuk olmamalıdır. Bkz.: Kalabalık, **a.g.e.**, s. 186.

¹² Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 352.

¹³ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: I, s. 371.

¹⁴ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 435.

¹⁵ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: II, s. 478.

¹⁶ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 312.

belirlenmiş bir idarî işlemin yapılıp yapılmaması ya da belli olan konulardan birinin seçilip seçilmemesi hususunda idarenin takdir yetkisinin bulunduğu hâller oluşturmaktadır¹⁷.

5.2. YASAKLAMA KARARLARININ VERİLMESİNDE KONU UNSURU

2886 sayılı Kanun uyarınca yasaklama kararlarının verilmesinde konu unsuru irdelenirken yasaklamanın idare kapsamı temeline ilişkin parametreyi kullanacağız. Daha önce belirttiğimiz üzere, 2886 sayılı Kanun'un 83 ve 84. maddelerinde belirtilen fiil ve davranışlar arasında ağırlık derecelerine göre bir hiyerarşi bulunmaktadır. Bu hiyerarşide, aynı zamanda ceza kanununa göre suç oluşturan ve yasak olduğu hükme bağlanan fiil ve davranışların ağırlıkları daha fazla kabul edilmiş; ceza kanununa göre suç oluşturan fiil ve davranış olmamakla ve yasak olduğu hükme bağlanmamakla birlikte yine de kamu ihalelerinden yasaklama kararının tesisine sebep olanların ağırlıkları ise daha az kabul edilmiştir. Bu açıklamalardan sonra, yasaklama kararlarının verilmesinde konu unsuru, *o ihaleye iştirak ettirilmeme kararı alınması, bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi ve ihaleyi yapan bakanlık veya yasaklama kararını veren idarenin/kurumun ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmesi* şeklinde üç kategoriye ayrılarak irdelenecektir.

5.2.1. O İhaleye İştirak Ettirilmeme Kararı Alınması

2886 sayılı Kanun'un madde 84/1 hükmüne göre, 83. maddede belirtilen fiil ve davranışlarda buldukları anlaşılmanın, bu fiil ve davranışları ihale safhasında vaki olmuşsa idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri belirtilmiştir¹⁸. Kanun'un

¹⁷ Günday, **a.g.e.**, s. 158.

¹⁸ 2886 sayılı Kanun'un madde 84/1 hükmünde, Kanun'un 83. maddesinde belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları anlaşılmanın, bu fiil ve davranışların ihale safhasında vaki olması hâlinde idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri hükme bağlanmakla birlikte; yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere iştirak ettirilip ettirilmeyeceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple bu kişilerin ihalelere katılabilmesinde hukukî bir engel bulunmadığını düşünmekteyiz. Mahallî İdareler Müdürlüğü, yasak fiil ve davranışın sözleşme aşamasında gerçekleştiği anlaşılmanın, bu yasaklama kararının Resmî Gazete'de ilan edilmesine kadar, sözleşmenin tarafı olan idare de dâhil olmak üzere tüm idarelerin

83. maddesinde yer alan ve kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının maddî sebep unsurunu oluşturan yasak fiil ve davranışların neler olduğunu, daha önceki bölümlerde detaylı bir şekilde açıklamaya çalışmıştık. Bu hükümde yer alan idarî işlemin konusunun o ihaleye iştirak ettirilmeme kararı olabilmesi için, Kanun'un 83. maddesinde düzenlenen bu yasak fiil ve davranışların ihale safhasında gerçekleşmesi şartı aranması sebebiyle ve bu safhada henüz sözleşme akdedilemeyeceğinden, sözleşme imzalandıktan sonraki ve bu sebeple ihale işlemlerinin sonuçlandırılması aşamasında gerçekleşen yasak fiil ve davranışların bu kararın sebep unsuru olamayacağını belirtmek gerekmektedir. O hâlde şartları gerçekleştiğinde, Kanun'un 83. maddesinde yer alan ve sözleşme imzalanmadan önce gerçekleşen yasak fiil ve davranışlar, idarelerce verilecek olan o ihaleye iştirak ettirilmeme kararının sebep unsuru olabilecektir.¹⁹

Bu bağlamda hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırma veya buna teşebbüs etme şeklindeki yasak fiil ve davranışlar; açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kıracak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağırma ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak veya ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak ile ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek şeklindeki yasak fiil ve davranışların idarelerce sözleşme imzalanana dek - ihale işlemlerinin hazırlanması veya yürütülmesi sırasında- tespit edilmesi hâlinde o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri emredici bir hükümle belirtilmiştir. Bu noktada hükmün kaleme alınış biçimi incelendiğinde, idarelerin bu yasak fiil ve davranışları

ihalelerine katılabileceğini belirtmiştir. Bkz.: İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Müdürlüğü, 01.04.2013 Tarihli ve 10005 Sayılı Yazı; ayrıca bkz.: Arapgirli, **a.g.e.**, s. 302. Diğer taraftan, 4734 sayılı Kanun'un madde 58/3 hükmüne göre, ihale sırasında veya sonrasında Kanun'un 17. maddesinde belirtilen 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 ettirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Yine aynı şekilde 4735 sayılı Kanun'un madde 26/3 hükmüne göre de Kanun'un 25. maddesinde yer alan fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenlerin yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak ihalelere de iştirak ettirilmeyeceği belirtilmiştir.

¹⁹ Sözleşme imzalanmadan önce gerçekleşen ve 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesinde yer alan bu yasak fiil ve davranışların neler olduğuna ilişkin açıklamalarımızı daha önce belirtmiştik. Bkz.: Tablo 9.

belirttiğimiz zamanlarda tespit etmiş olmaları hâlinde, yasak fiil ve davranışları gerçekleştirenlerin o ihaleye iştirak ettirilip ettirilmeyeceği kararında takdir yetkisi bulunmamakta olup bu hâlde bağlı yetkileri vardır.

İdarî işlemin konu unsuru o ihaleye iştirak ettirilmeme kararı olduğunda anlaşılması gereken, yukarıda bahsettiğimiz yasak fiil ve davranışları gerçekleştirenlerin o ihalede değerlendirme dışında tutulmasıdır. O hâlde bu kişilerin teklifleri değerlendirmeye alınmayacağı için de istekli sıfatı kazanabilmeleri de mümkün olmayacaktır; ilaveten sözleşme öncesinde gerçekleşen yasak fiil ve davranışlardan bahsetmemiz sebebiyle de müteahhit ve müşteri sıfatlarını da elemek gerekmektedir. Sonuç olarak haklarında o ihaleye iştirak ettirilmeme kararı alınan kişilerin sıfatları yalnızca istekli adayları ile istekli olabileceklerdir.

5.2.2. Bütün İhalelere Katılmaktan Yasaklama Kararı Verilmesi

2886 sayılı Kanun'un madde 84/1 hükmüne göre, 83. maddede belirtilen fiil ve davranışlarda buldukları anlaşılabilirlik hakkında bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceği hüküm altına alınmıştır. İlaveten burada konu unsurunu oluşturan bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı ile bir üstteki başlıkta yer alan ve konu unsuru olan o ihaleye iştirak ettirilmeme kararının aslında sebep unsurları ortaktır. Şöyle ki konu unsuru o ihaleye iştirak ettirilmeme kararının verilmesine gerekçe olan bir sebep unsuru vuku bulduğunda 2886 sayılı Kanun'un madde 84/1 hükmüne göre, ayrıca bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararının da sebep unsuru oluşmaktadır. Ancak tersi yönden aynı tespiti yapmak mümkün değildir; başka deyişle konu unsuru bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararının verilmesine gerekçe olan bir sebep unsuru vuku bulduğunda o ihaleye iştirak ettirilmeme şeklinde bir hukukî sonuç her zaman ortaya çıkmayabilir. Zira o ihaleye iştirak ettirilmeme kararı ile ilgili açıklamalarımızda, bu hukukî sonucun ortaya çıkmasındaki sebep unsurunun ilk olarak sözleşme imzalanmadan önce gerçekleşen ve Kanun'un 83. maddesinde düzenlenen yasak fiil ve davranışlar olabileceğini; diğer

yandan ihale işlemlerinin yürütülmesi aşamasının bitmesini müteakip sözleşmenin imzalanması ile böyle bir konu unsurunun oluşmayacağını daha önce belirtmiştik.

Bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı şeklindeki hukukî sonucun ortaya çıkmasında 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesindeki tüm bentler sebep unsuru teşkil etmekte ve sözleşme imzalanmadan önce veya sözleşme imzalandıktan sonra gerçekleşip gerçekleşmediği önemli olmaksızın ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında ortaya çıkan yasak fiil ve davranışın varlığı aranmaktadır. O hâlde kişilerin 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 veya 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 şeklindeki yasak fiil ve davranışları tespit edildiğinde, idarelerce bu kişiler hakkında bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceğine ilişkin amir hüküm bulunmaktadır. Bu fiil ve davranışların - teşebbüs hâlinde olanlar da dâhil olmak üzere- sebep unsuru olduğu durumlarda, idarelerin bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı vermesinde bağlı yetkisi bulunmaktadır. Başka deyişle bu fiil ve davranışların tespiti hâlinde otomatik olarak yasaklama kararı sonucu ortaya çıkmalıdır. Şimdi bütün ihalelerden yasaklama kararlarında yer alan özellikli durumlar ayrı ayrı başlıklar altında irdelenecektir. Bu bağlamda *bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesinde süre, bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesinde idare kapsamı ve bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesinin sirayeti* olmak üzere inceleme yapılacaktır.

5.2.2.1. Bütün İhalelere Katılmaktan Yasaklama Kararı Verilmesinde Süre

Daha önce belirtmemiştik; ancak idarî nitelikli kamu ihalelerinden yasaklama kararları geçici niteliklidir. Başka deyişle bu kararların verilmesinde kanun koyucu tarafından azamî süreler belirlenmiştir. İdarî işlemin konu unsurunun bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı olduğu hâllerde, bu kararın sebep unsuru 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesinde düzenlenen ve yasak olduğu belirtilen fiil ve davranışların tespit edilmesi hâlinde, idarelerin bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı vermesinde bağlı yetkisi bulunmakla birlikte; bir yıla kadar olan yasaklama süresinin tayininde ise takdir yetkisinin bulunduğunu belirtebiliriz²⁰. Zira Kanun'un madde 84/1 hükmünde, bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı ile ilgili "*fiil veya davranışlarının özelliğine göre*" ifadesi bulunmaktadır. Bu ifade de aslında verilecek olan bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarındaki sürenin sebep unsurunu teşkil etmektedir; idareler bu ibareye dayanarak azamî bir yıl süre ile bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verebileceği gibi daha az süreli bir yasaklama kararı da verebilecektir. İşte burada idarenin süre ile ilgili kararının gerekçesini de ilgililerin fiil veya davranışlarının özelliği oluşturacaktır.

Hatırlarsak eğer daha önceki bölümde idarî işlemlerin sebep unsuru irdelenirken, bu unsurla ilgili üç durumun var olduğunu ve bu durumlardan ikincisinin de sebep unsurunun kanun veya bir hukuk kuralında objektif bir biçimde

²⁰ 4734 sayılı Kanun'un da 17. maddesinde ve 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinde kanun koyucu tarafından yasak fiil veya davranışların neler olduğu belirlenmiştir. 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesine göre bu Kanun'un 17. maddesinde; 4735 sayılı Kanun'un 26. maddesine göre, bu Kanun'un 25. maddesinde belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği hükmüne bağlanmıştır. 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesi ile 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesi ve 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinde düzenlenen ve yasak olduğu belirtilen fiil ve davranışların birçoğu ortak olmasına rağmen, Kanunların bu benzer yasak fiil ve davranışlar için aynı yaptırımını -kamu ihalelerinden yasaklama kararı- öngörmekle birlikte, farklı sürelerin yer alması, bu yasaklara maruz kalanlar açısından adil olmayan bir sonuç yaratmaktadır. Başka deyişle 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesinde geçen fiil ve davranışları gerçekleştirenler hakkında asgarî bir süre bulunmamakta ve azamî olarak bir yıla kadar yasaklama kararı verilmesi söz konusu iken; 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinde ve 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinde geçen yasak fiil veya davranışları gerçekleştirenler hakkında asgarî bir yıl süre belirlenmiş olup azamî iki yıla kadar yasaklama kararı verilmesi söz konusudur. Bu açıklamalardan sonra dileğimiz, kanun koyucunun bu adil olmayan sonucu bertaraf etmek üzere, Kanunlardaki yaptırımlara ilişkin süreyi bir tutan düzenleme yapmak üzere değişikliğe gitmesidir.

ve açıkça belirtilmemekle birlikte idarenin, objektif hukuk tarafından işlem için bir sebep göstermekle zorunlu tutulduğu ve sebep içeriğinin her olaya göre değişebilen biçimiyle ortaya çıktığı hâlin oluşturduğunu belirtmiştik. Burada sebep, belirsiz kavramlar ya da genel ve esnek kavramlar ile ifade edilmiş ve objektif nitelikte değil, subjektif karakter kazanmıştır. Tam da burada yer alan "fiil veya davranışlarının özelliğine göre" ifadesinin bu nitelikleri taşıdığını düşünmekteyiz. Bu bağlamda bu ifadenin esasını objektif bir değer değil; yetkili idarenin anlayışı oluşturduğundan ve burada yetkili idarenin subjektif bir değerlendirmesi olacağından takdir yetkisinin bulunduğunu belirtebiliriz.

Mahallî İdareler Genel Müdürlüğünün *İhale Yasağı* konulu Genelgesinde, 2886 sayılı Kanun uyarınca mahallî idarelerin ihaleden yasaklama kararlarının İçişleri Bakanlığı tarafından verilmesi sebebiyle ve bu alanda standart bir uygulamayı temin etmek amacıyla, Kanun'daki fiillere karşılık verilecek ihaleden yasaklama kararlarının Bakanlık Makamınının 30.10.2003 tarihli Oluruyla; Kanun'un madde 83/b hükmündeki fiilleri işleyenler hakkında altı ay, Kanun'un madde 83/a ve 83/c hükmündeki fiilleri işleyenler bir yıl süreyle ihaleden yasaklama kararı verileceği belirtilmiştir²¹.

Şimdi de Danıştay'ın önüne gelen ve yetkili idarenin yasaklama kararının belirlenmesinde subjektif bir değerlendirmesinin bulunduğu bir uyuşmazlığa yer vermek istiyoruz. Söz konusu davada²², davacı şirket, 4735 sayılı Kanun'un 25 ve 26. maddeleri uyarınca iki yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin iptali istemini talep etmektedir. İdare Mahkemesi 4735 sayılı Kanun'un 26. maddesindeki hüküm ile 25. maddede sayılan fiil ve davranışlarda bulunduğu tespit edilenler hakkında fiil ve davranışın özelliğine göre yasaklama süresini belirleme konusunda idareye takdir yetkisinin tanındığını, bu itibarla, idarece işlem tesis edilirken davacı şirket hakkındaki müfettiş raporundaki tespitler dikkate alınmak

²¹ Bkz.: İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü, *İhale Yasağı* Konulu, 04.11.2003 Tarihli ve B050MAH0740001/46242 Sayılı Genelge, (Çevrimiçi), <http://www.migm.gov.tr/2003/genelge>, 14.06.2017.

²² Bahsi geçen uyuşmazlık 4735 sayılı Kanun ile ilgilidir; ancak idarelerin kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının sürelerinin tayininde takdir yetkisi bulunduğuna ilişkin bir karar olması sebebiyle, burada yer vermeyi uygun gördük.

suretiyle öncelikle davacı şirketin Kanun'un 25. maddesinde bentler hâlinde sayılan yasak fiil ve davranışlardan hangisini işlediğinin net olarak belirlenmesi, ondan sonra fiil ve davranışlarının özelliğine göre takdir yetkisi kullanılarak yasaklama süresine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca idarece üst sınır olan iki yıl üzerinden işlem tesis edilmiş olmasına karşılık, yasaklama işleminde davacı şirketin 25. maddede sayılan yasak fiil ve davranışlardan hangisini işlediğinin net olarak belirlenmediğini, bu bakımdan *fiil veya davranışlarının özelliğine göre* tespit edilmesi gereken ceza süresinin de hukuka aykırı ve gerekçesiz bir şekilde takdir yetkisi kullanılmak suretiyle üst sınır üzerinden uygulandığının anlaşıldığını belirterek dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. Bu kararın davalı idare tarafından temyiz edilmesi üzerine Danıştay, dava konusu işlemde 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde sayılan fiil ve davranışlar tarif edilerek davacı şirket tarafından gerçekleştirilen eylemlerin tek tek sayılarak açık bir şekilde belirtildiği anlaşıldığından dava konusu işlemin iptali yönündeki Ankara 6. İdare Mahkemesi kararında hukukî isabet görülmediğine karar vermiştir²³.

5.2.2.2. Bütün İhalelere Katılmaktan Yasaklama Kararı Verilmesinde İdare Kapsamı

2886 sayılı Kanun'un madde 84/1 hükmünde, Kanun'un 83. maddesinde yer alan yasak fiil ve davranışların gerçekleştirildiğinin tespiti hâlinde, ihalelere katılmaktan yasaklanacakları ve yasaklı oldukları süre içinde *diğer idarelerce* yapılacak ihalelere de müteahhit veya müşteri sıfatıyla katılamayacağı bildirilmiştir.

2000/1, 2001/1 ve 2002/1 No.lu Devlet İhaleleri Genelgelerinde de ita amirlerinin ihaleyi onaylayacakları sırada ihale üzerinde kalan müşteri veya müteahhit hakkında yasaklama kararı olup olmadığını titizlikle araştırmaları gerektiği ve yasaklama kararı bulunmadığı takdirde ihaleyi onaylayacakları

²³ Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 28.11.2011 Tarihli ve E. 2011/2976, K. 2011/5364 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVUdR8zSMZ3gQ~~>, 21.04.2017.

belirtilmiştir²⁴. Güncel durumda, idareler bu araştırmayı yasaklılar listesi oluşturmuş olan Kamu İhale Kurumunun tutmuş olduğu sicilden yapacaklardır²⁵.

Kamu İhale Genel Tebliği'nde, 2886 sayılı Kanun uyarınca verilecek olan kamu ihalelerinden yasaklama kararları ile ilgili hüküm bulunmaktadır²⁶. Tebliğ'in *Yasaklama Kararlarının Kapsam ve İçeriği* başlıklı ve madde 28.1.2. hükmüne göre;

"2886 sayılı Devlet İhale Kanununa ve ilgili mevzuata göre verilen ihalelere katılmaktan yasaklama kararları ve 4734 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 1/1/2003 tarihinden sonraki uygulama ile ilgili olarak;

(...) b) 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 84 üncü maddesine göre verilen ve Resmi Gazetede yayımlanan ihalelere katılmaktan geçici olarak yasaklamaya ilişkin kararlar, kararı veren kurum veya kuruluşun ihalelerine ya da bu Kanuna göre yapılan tüm ihalelere katılmaktan yasaklama şeklinde olmaktadır.

c) 2886 sayılı Kanuna göre idarelerce verilen yasaklama kararları, Resmi Gazete'de yayımlandığı kapsam ve içeriğe göre uygulanacaktır. Buna göre:

i- İdareler, hangi tür ihalelere katılmaktan yasaklama kararı vermişler ise, yasaklama sadece bu tür ihaleler bakımından söz konusu olacaktır.

ii- İdareler, kendi bünyelerindeki ihalelere katılmaktan yasaklama kararı vermişler ise; yasaklama kararı yalnızca bu idarenin yapacağı ihaleler bakımından geçerli olacaktır.

iii- İhalelere katılmaktan yasaklama kararlarının 2886 sayılı Kanuna göre yapılan tüm ihaleleri kapsamı halinde ise, bu yasaklama kararı tüm idareler bakımından geçerli olacaktır.

²⁴ Benzer şekilde 4734 sayılı Kanun'un madde 42/1 hükmünde de sözleşmenin imzalanacağı tarihte, ihale sonuç bilgileri Kamu İhale Kurumuna gönderilmek suretiyle ihale üzerinde kalan isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığının teyit edilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir.

²⁵ Bkz.: Kamu İhale Kurumu, (Çevrimiçi), http://www.ihale.gov.tr/yasaklilar_hakkinda_aciklamalar-40-1.html, 11.04.2017.

²⁶ 4734 sayılı Kanun'un madde 53/b-5 hükmünde bu Kanun'a göre yapılacak ihaleler ile ilgili olarak Kurum'un görev ve yetkilerinden birisi olarak haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak belirtilmiştir ve hüküm dikkatli incelendiğinde Kurum'un yasaklama kararları ile ilgili sicil tutma görevinin 4734 sayılı Kanun'a öngüldüğü görülmektedir. Ancak 2886 sayılı Kanun uyarınca verilen yasaklama kararları, 4734 uyarınca yapılacak ihaleler için de önem arz etmektedir; zira 2886 sayılı Kanun uyarınca tüm ihalelere katılmaktan yasaklanan kişiler, aynı zamanda 4734 sayılı Kanun uyarınca yapılan ihalelere de iştirak edemeyecek ve bu bağlamda bu ihalelerden yasaklanmış olacaktır. Bu sebeple Kamu İhale Genel Tebliği'nde ayrıca 2886 sayılı Kanun uyarınca verilen yasaklama kararları ilgili hüküm bulunmaktadır.

ç) 2886 sayılı Kanuna tâbi olmayan ancak 4734 sayılı Kanunla kapsama alınan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde, önceki kendi ihale mevzuatlarına göre verilen yasaklama kararları, kararda belirtilen kapsam, nitelik ve sürelerde devam edecektir. Bu yasaklama kararları ancak kararı veren idarelerin kendi ihalelerinde geçerli olacaktır.

d) 2886 sayılı Kanununun 85 inci maddesine göre mahkemelerce verilen yasaklama kararları da yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde değerlendirilecektir. (...)"

Ayrıca Kamu İhale Kurumu *Yasaklılar Hakkında Açıklamalar* başlığı ile bilgilendirme de yapmıştır. Bu açıklamada, 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesine göre Kamu İhale Kurumu haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmakla görevli olduğu ve bu görev kapsamında bir yasaklılar listesi oluşturulduğu; yasaklılar listesinde 2886, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile diğer mevzuata göre verilen ve Resmî Gazete'de yayımlanan yasaklama kararları çerçevesinde haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilen gerçek ya da tüzel kişilerin yer aldığı belirtilmiştir. Açıklamanın devamında yasaklamanın kapsamına ilişkin sütunda yer alan "*Tüm*" ifadesinin, 2886 sayılı Kanun kapsamındaki tüm idarelerin ihalelerinden geçici olarak yasaklanmayı; "*Bakanlık*" ifadesinin, yasaklama kararını veren Bakanlığın ihalelerinden geçici olarak yasaklanmayı; "*Kurum*"²⁷ ifadesinin, yasaklama kararını veren kurumun ihalelerinden geçici olarak yasaklanmayı ifade ettiği; 4734 ve 4735 sayılı Kanun hükümlerince verilen yasaklama kararlarının da Kanunlar kapsamındaki tüm idarelerin ihalelerine katılmaktan yasaklanmayı ifade ettiği bildirilmiştir²⁸. Ayrıca Kamu İhale Kurumu resmî internet sayfasında, idarelerce 2886, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar uyarınca verilecek kamu ihalelerinden yasaklama kararları için düzenlenen, *yasaklama kararı formu* bulunmaktadır. Form incelendiğinde, 2886 sayılı Kanun uyarınca verilecek yasaklama kararları için "*Tüm İhalelerden*", "*Bakanlık*

²⁷ 2886 sayılı Kanun'un 4. maddesinde de *idare*, ihaleyi yapan daire, kurum ve kuruluşları ifade etmekte olup kurum ihalelerinden yasaklamanın kapsamı aslında o idare ile sınırlı olmaktadır.

²⁸ Bkz.: Kamu İhale Kurumu, (Çevrimiçi), http://www.ihale.gov.tr/yasaklilar_hakkinda_aciklamalar-40-1.html, 07.04.2017.

İhalelerinden" ve *"Kurum İhalelerinden"* olmak üzere üç ayrı sütunun yer aldığı görülmektedir²⁹.

2886 sayılı Kanun'un madde 84/1 hükmü, Kamu İhale Genel Tebliği'nin madde 28.1.2/b ve 28.1.2/c hükümleri ve Kamu İhale Kurumunun yukarıda yer verdiği açıklamalar birlikte düşünülmelidir ve konu unsurunu bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı oluşturduğu hâllerde, bahsi geçen idare kapsamının nasıl anlaşılması gerektiğini irdelemek gerekmektedir. Öncelikle belirtilmesi gereken en önemli durum, 2886 sayılı Kanun'a göre idarelerce verilen yasaklama kararları, Resmî Gazete'de yayımlandığı kapsam ve içeriğe göre uygulanacak olup konu unsurunu bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararının oluşturduğu hâllerde bahsi geçen idare kapsamı yalnızca ilgili ihaleyi yapan idare olmamaktadır. Zira 2886 sayılı Kanun'un madde 84/1 hükmünde, Kanun'un 83. maddesinde yer alan yasak fiil ve davranışların gerçekleştirildiğinin tespiti hâlinde, ihalelere katılmaktan yasaklananların yasaklı oldukları süre içinde *diğer idarelerce* yapılacak ihalelere de müteahhit veya müşteri sıfatıyla katılamayacağı bildirilmiştir. Bu durumda 2886 sayılı Kanun kapsamında yer alan *tüm idarelerin bütün ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı* verilecektir ve bu bağlamda Kamu İhale Kurumunun yasaklamaya ilişkin açıklamalarında belirttiği üzere yasaklama kararı formunda "Tüm" ifadesi seçilmek zorunda olup "Bakanlık" ya da "Kurum" ifadesi seçilemeyecektir. Sonuç olarak ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının 2886 sayılı Kanun'a göre yapılan tüm ihaleleri kapsamaması hâlinde ise bu yasaklama kararı tüm idareler bakımından geçerli olacaktır. Şimdi konu unsurunu bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararını oluşturduğu hâllerde bahsi geçen idare kapsamının nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin yargı kararları ile Kamu İhale Kurulu kararlarına bakılacaktır.

Danıştay'ın önüne gelen bir uyuşmazlığa esas olan dava, davacı şirketin 2886 sayılı Kanun'un madde 83/c hükmündeki fiil ve davranışlarda bulunduğu tespit edildiğinden bahisle, Kanun'un 84. maddesine dayanılarak bir yıl süreyle bütün ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır. İdare

²⁹ Bkz.: Kamu İhale Kurumu, (Çevrimiçi), http://www.ihale.gov.tr/yasaklama_formu-41-1.html, 07.04.2017.

Mahkemesince, 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesi kapsamında yasak fiil ve davranışı olmayan davacı şirketin, Kanun'un madde 84/3 hükmünde belirtilen *taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeme* şeklindeki davranışı nedeniyle sadece ihaleyi yapan davalı Bakanlığa ait ihalelerden yasaklanması gerekirken, Kanun'un madde 84/1 hükmü uyarınca bütün Devlet ihalelerine katılmaktan yasaklanmasında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş olup bu karar, davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.

Danıştay, ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi, sonuçlandırılması sırasında dürüstlük, açıklık, rekabeti temin ve bu yolla da kamu yararını sağlamayı amaçlayan düzenlemede, ihaleye katılanların, ihale işlemleriyle bağdaşmayan fiil ve davranışlarının tanımlanmakta olduğunu; söz konusu fiil ve davranışlardan, ceza kanuna göre suç oluşturanlar ile kötü niyete dayalı olanların farklı ve daha ağır yaptırıma tabi tutulduğunu belirtmiştir. Kararın devamında haksız menfaat sağlayarak idareye zarar veren davacı şirket hakkında dava konusu işlemle 2886 sayılı Kanun'un madde 83/c hükmündeki fiil ve davranışlarda bulunduğu tespit edildiğinden bahisle, aynı Kanun'un 84. maddesine dayanılarak bir yıl süreyle bütün ihalelere katılmaktan yasaklanmasına karar verildiğinin anlaşıldığı ve tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediği belirtilmiştir. Bu bağlamda Danıştay, davacı şirketin fiil ve davranışının 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesinde tanımlanıp aynı zamanda 85. maddesine göre ceza kovuşturmasına tabi tutulacak nitelikte olması nedeniyle bütün ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirdiğinden, sadece ilgili bakanlığın ihalelerine katılmaktan yasaklanması gerektiği gerekçesiyle aksi yönde verilen Ankara 6. İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmadığına karar vermiştir³⁰.

Kamu İhale Kurumuna yapılan itirazın şikâyetine konu olan bir olayda da İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü tarafından 2886 sayılı Kanun uyarınca yapılan bir ihalede verilen yasaklama kararının altı ay süre ile Çerkezköy

³⁰ Bkz.: Danıştay 10. Dairesi, 08.06.2005 Tarihli ve E. 2002/460, K. 2005/2869 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXHOo%2B8WW8KsA~~>, 28.04.2017.

Belediye Başkanlığının yapacağı tüm ihaleleri kapsamı nedeniyle söz konusu ihalede tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmaması gerektiği iddialarına yer verilmiştir. Bu iddia üzerine Kurul, ihale komisyonu tarafından ... Ltd. Şti.nin ihale tarihi itibarıyla ihalelere katılmaktan yasaklı olduğu tespit edildiğinden teklifinin değerlendirme dışı bırakıldığı, 19.03.2014 tarihi itibarıyla geçici teminatının gelir kaydedildiğinin anlaşıldığını; idare tarafından 14.03.2014 tarihinde ... Ltd. Şti. ile ilgili yapılan yasaklılık teyidinde ... Ltd. Şti. hakkında 11.03.2014 tarihinde İçişleri Bakanlığı tarafından 2886 sayılı Kanun'a göre altı ay süre ile yasaklama kararı verildiğinin ve yasaklamanın kapsamının Kurum ihaleleri olduğunun, Kurum internet sitesi üzerinden yapılan sorgulamada söz konusu bilgilerin doğrulandığı ve ihaleyi yapan idarenin Çerkezköy Belediyesi olduğunun anlaşıldığını belirtmiştir. Kararın devamında Çerkezköy Belediyesi tarafından 2886 sayılı Kanun'a göre verilen yasaklama kararının kapsamının idarenin kendi bünyesindeki ihalelerle ilgili olması sebebiyle, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 28.1.2'nci maddesinin (c) bendi uyarınca, yasaklama kararının yalnızca Çerkezköy Belediyesinin yapacağı ihaleler bakımından geçerli olacağından, idare tarafından ... Ltd. Şti.nin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasının anılan mevzuat hükümlerine aykırı olduğu sonucuna varılmış olup ... Ltd. Şti.nin teklifinin değerlendirmeye alınması ve bu aşamadan sonraki ihale işlemlerinin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmiştir³¹.

Kamu İhale Kurumuna yapılan itirazın şikâyetine konu olan başka bir olayda kendilerine tebliğ edilen kesinleşen ihale kararı ile 4734 sayılı Kanun'un 40. maddesi çerçevesinde Kamu İhale Kurumundan yapılan yasaklılık teyidi sonucunda ihalelere katılmaktan yasaklı olduklarının anlaşılması sebebiyle 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca idarece ihale dışı bırakıldıklarının ve ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi veren T... İletişim A.Ş. üzerinde ihalenin bırakılmasına karar verildiğinin bildirildiği, söz konusu yasaklama kararının İçişleri Bakanlığı Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü tarafından 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesi kapsamında verilmesi nedeniyle sadece Çeşme Belediyesi tarafından yapılacak olan ihalelere altı

³¹ Bkz.: Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, 30.04.2014 Tarihli ve 2014/UH.II-1964 No.lu Karar, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 01.07.2017.

ay boyunca katılmayı yasakladığı, söz konusu kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı, Resmî Gazete'de yayımlanan söz konusu yasaklama kararında da görüleceği üzere “yasaklamanın dayanağı ve kapsamı” başlıklı 7. bölüm kapsamında sadece “2886 sayılı Kanun” ve “Kurum İhalelerinden” seçeneklerinin işaretlendiği, tüm ihalelerden yasaklamaya yönelik ilgili kısımların boş bırakıldığı, bu sebeple kendileri hakkında verilen geçici yasaklama kararının sadece Çeşme Belediyesi tarafından yapılan ihalelere yönelik olduğu açık iken idarece söz konusu kararın kapsamının genişletilerek tüm ihaleler bakımından uygulanmasının mevzuata aykırı olduğu iddia edilmektedir.

Bu iddia üzerine Kurul, idarece yapılan değerlendirme sonucunda aşırı düşük teklif açıklaması mevzuata uygun görülen A... İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi ve T... İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi olarak belirlendiğinin, 4734 sayılı Kanun'un 40. maddesi çerçevesinde ihale kararlarının ihale yetkilisince onaylanmadan önce ihale üzerinde bırakılan istekli ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığının teyidi sonucunda A... İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin 17.05.2012 tarihinden 17.11.2012 tarihinde kadar ihalelere katılmaktan yasaklı olduğunun tespiti neticesinde A... İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin ihale dışı bırakılmasına karar verilerek ihalenin T... İletişim Hizmetleri A.Ş. üzerinde bırakıldığı anlaşıldığı belirtilmiştir. Kararın devamında, idarece 05.09.2012 tarihinde EKAP üzerinden yapılan yasaklılık sorgulaması sonucunda ulaşılan “İhale üzerinde kalan isteklinin yasaklı olup olmadığına dair idarece Kamu İhale Kurumundan talep edilecek olan teyit belgesi”nden, başvuru sahibi A... İletişim Hizmetleri A.Ş. hakkında İçişleri Bakanlığı Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü tarafından, 17.05.2012 tarihinden 17.11.2012 tarihine kadar 2886 sayılı Kanun kapsamında *kurum ihalelerine* katılmaktan yasaklama kararı verildiği anlaşıldığı, www.resmigazete.gov.tr'den yapılan sorgulamada A... İletişim Hizmetleri A.Ş. ye ilişkin ihalelere katılmaktan yasaklama kararının ilan edildiği ve söz konusu kararın İçişleri Bakanlığı Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü tarafından verildiği, anılan kararda ihaleyi yapan idare olarak Çeşme Belediyesinin adının yer aldığı, yasaklamanın dayanağı ve kapsamı olarak 2886 sayılı Kanun'un gösterildiği ve

kurum ihalelerinden seçeneğinin işaretlendiği ve yasaklama süresinin altı ay olarak belirlendiği belirtilmiştir. Kurum, İçişleri Bakanlığı Mahallî İdareler Genel Müdürlüğünden, Resmî Gazete'de yayımlanan ve A... İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin altı ay süre ile ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin olarak taraflarınca verilen kararın 2886 sayılı Kanun'a istinaden verilen söz konusu yasaklama kararının hangi iş kapsamında ve hangi sebeplerle verildiği ile söz konusu yasaklama kararı neticesinde anılan tüzel kişinin hangi ihalelere katılmaktan yasaklandığına ilişkin bilgi ve belgeleri istemiştir. Bunun üzerine İçişleri Bakanlığı Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü tarafından yapılan "Dalyan Mahallesi Su Deposu Üzerine (Güzeldeniz Sitesi) 3 Yıl Süre ile Baz İstasyonu Kurulması İşi" ihalesinin A... İletişim Hizmetleri A.Ş.'ye ihale edildiği hâlde süresi içinde sözleşme imzalanmadığından dolayı, 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesi gereğince altı ay süreyle Çeşme Belediyesi Başkanlığı ihalelerine katılmaktan yasaklandığı bildirilmiştir. Kurul tarafından yapılan değerlendirmede, başvuru sahibi A... İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin Çeşme Belediyesi tarafından yapılan ihale sonucu anılan tüzel kişinin süresinde sözleşme imzalamadığından dolayı 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesi gereğince altı ay süreyle Çeşme Belediyesi Başkanlığı ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olması ve anılan isteklinin altı ay süreyle sadece Çeşme Belediyesi tarafından 2886 sayılı Kanun ile 4734 sayılı Kanun'a göre yapılacak tüm ihalelere katılmayacağını anlaşılması sebebiyle başvuru sahibi A... İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin idarece ihale dışı bırakılması işleminin yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır³².

Kamu İhale Kurumuna yapılan itirazın şikâyetine konu olan ve son inceleyeceğimiz karar oybirliğiyle alınmamıştır; fakat konu unsurunu bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararının oluşturduğu hâller için incelenmesini gerekli buluyoruz. Olayda kesinleşen ihale kararı ile şirket müdürü ve şirketin %40 hissedarı E... Dağ'ın 17.01.2013-17.01.2014 tarihleri arasında kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olmasına rağmen ihale konusu işe yönelik olarak sunulan teklifi şirket müdürü ve temsilcisi sıfatıyla imzalaması nedeniyle, şirketlerinin ihale dışı bırakılarak şirket hakkında 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesi doğrultusunda işlem

³² Bkz.: Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, 07.11.2012 Tarihli ve 2012/UH.II-4259 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 03.07.2017.

yapılmasına karar verildiği, söz konusu işlemin yargı kararlarına ve kamu ihale mevzuatına aykırı olduğu iddia edilmektedir. Oyçokluğu ile alınan Kurul kararında, başvuru konusu “Karayolu Pancar Nakliyesi İşi”ne ait ihale işlem dosyası üzerinde yapılan incelemede, 30.07.2013 tarihinde yapılan kısmî teklife açık ihalenin başvuru sahibinin teklif verdiği kısmına 8 isteklinin teklif sunduğu, idarece yapılan araştırma neticesinde, T... Ltd. Şti.nin yasaklı durumda olmadığı, ancak teklifi imzalayan şirket müdürü E... Dağ’ın 17.01.2013-17.01.2014 tarihleri arasında kamu ihalelerine katılmaktan yasaklandığı hususlarının tespit edildiği, 15.08.2013 tarihli ihale komisyon kararı ile T... Ltd. Şti.nin 4734 sayılı Kanun’un 11. maddesi uyarınca ihale dışı bırakılarak anılan Kanun’un 58. maddesi doğrultusunda işlem yapılmasına karar verildiği anlaşıldığı belirtilmiştir. İlaveten 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelere katılacak isteklilerin, ihalelere katılmaktan yasaklanmamış olmaları ve aynı zamanda ihale sürecinde yasak fiil ve davranışta bulunmamaları gerektiği; 4734 sayılı Kanun’un ifadesinden yasaklanmamış olma durumunun ihale tarihindeki duruma göre, yasak fiil ve davranışın ise ihale sürecinde oluşup oluşmadığına göre değerlendirileceği ve ayrıca, Kanun’un 11. maddesinin birinci fıkrası hükmünden ihalelere katılan isteklilerin yanı sıra hâkim hisseye sahip ortaklarının ve temsilcilerinin de ihalelere katılmaktan yasaklanmamış olmaları gerektiği sonucuna varıldığı belirtilmiştir. Kurul, ihale tarihi itibarıyla hakkında yasaklama kararı bulunan şirket müdürü E... Dağ’ın şirketteki pay oranına bakılmaksızın şirketi temsilen, şirket adına teklif vererek ihaleye katılması hâlinde, başvuru sahibi şirketin maddede belirtilen yasağa rağmen ihaleye katılmış olması sebebiyle istekli sıfatını haiz başvuru sahibi şirketin değerlendirme dışı bırakılarak şirket hakkında yasaklama kararı verilmesi gerektiği, bu itibarla idarece bu yönde tesis edilen işlemin kamu ihale mevzuatına uygun olduğu ve başvuru sahibinin iddialarının yerinde olmadığı yönünde karar vermiştir.

Oyçokluğu ile alınan bu kararın karşı oy kararında ise başvuru sahibi ihalede E... Dağ tarafından temsil olunduğundan ve E... Dağ hakkında Aksaray Üniversitesi tarafından 2886 sayılı Kanun’a istinaden 17.01.2013 tarihinden 17.01.2014 tarihine kadar bir yıl süreyle geçerli olmak üzere verilmiş bir yasaklılık kaydı bulunması sebebiyle, E... Dağ’ın doğrudan, dolaylı veya alt yüklenici olarak kendisi veya

başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamayacağı anlaşıldığı; haklarında yasaklama kararı verilen kişilerin ihaleye katılmalarına hukukî olanak olmadığı ve incelenen ihalede, başvuru sahibi adına ihale işlemlerinde temsile yetkili müdürünün E... Dağ olduğu, dolayısıyla anılan kişinin durumunun incelenmesi gerektiği belirtilmiştir. Kararın devamında, hakkında yasaklama kararı verilen ve hâlen yasaklılık durumu devam eden kişinin, tüzel kişiliğin ihale işlemlerinde temsile yetkili müdürü sıfatıyla söz konusu ihaleye verilen teklifi imzalayan kişi olması sonucunda, teklifin değerlendirme dışı bırakılması mevzuata uygun olmakla beraber, hakkında yasaklama kararı devam eden E... Dağ'ın başvuru sahibi T... Tic. Ltd. Şti.nin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmadığından (ihale tarihi itibarıyla şirketteki hisse oranının %50'den az olduğu), anılan tüzel kişilik hakkında yasaklama kararı verilemeyeceğinden, bu yönde işlem başlatılmasında hukuka uyarlık bulunmadığına; ancak hakkında yasaklama kararı olduğu hâlde başvuru sahibi istekli adına teklif veren E... Dağ'ın ihalelere katılmaktan yasaklanabileceğine karar verilmiştir³³.

Tüm kararları birlikte değerlendirdiğimizde, 2886 sayılı Kanun uyarınca verilen ve konu unsurunu bütün ihalelerden yasaklama kararı oluşturduğu hâllerde, bu kişiler 4734 sayılı Kanun uyarınca yapılan ihalelere de katılamayacaklardır.

5.2.2.3. Bütün İhalelere Katılmaktan Yasaklama Kararı Verilmesinin Sirayeti

2886 sayılı Kanun'un 83. maddesinde yasak olduğu belirtilen fiil ve davranışları gerçekleştirenler hakkında Kanun'un madde 84/1 hükmü uyarınca bütün ihalelerden yasaklama kararının verilmesi hâlinde, ayrıca haklarında bu yolda işlem yapılanların sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilere de aynı müeyyide uygulanacaktır³⁴.

³³ Bkz.: Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, 09.10.2013 Tarihli ve 2013/UH.III-3857 No.lu Karar, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 04.07.2017.

³⁴ 4734 sayılı Kanun'un madde 58/2 ve 4735 sayılı Kanun'un madde 26/2 hükümlerine göre, haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması hâlinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması hâlinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan

İlaveten Kanun'un 6. maddesine göre de bu Kanun'daki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar, "ihaleye katılamayacak olanlar" başlığı altında belirtilerek ihalelere iştirak edemeyecekleri bildirilmiştir.

Son olarak 2886 sayılı Kanun'un madde 84/1 hükmüne göre, idarelerce ihalelere katılmaktan geçici yasaklama kararlarının ilgililerin müteahhitlik siciline işleneceği yönünde bir hüküm bulunmakta ise de şu an böyle bir uygulama mevcut değildir; zira 4734 sayılı Kanun'un madde 53/(b)-5 hükmüne göre, Kamu İhale Kurumunun haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutma görevi bulunmaktadır. Bu görev kapsamında oluşturulan yasaklılar listesinde 2886, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile diğer mevzuata göre verilen ve Resmî Gazete'de yayımlanan yasaklama kararları çerçevesinde haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilen gerçek ya da tüzel kişiler yer almaktadır ve yasaklılar listesi, Resmî Gazete'de yayımlanan kararlarda yer alan bilgiler doğrultusunda hazırlanarak Resmî Gazete'den takip edilerek güncellenmektedir³⁵.

gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında da yasaklama kararı verileceği belirtilmiştir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları hâlinde bu şahıs şirketi hakkında da; sermaye şirketinde ortak olmaları hâlinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verileceği belirtilmiştir. Şimdi 4734 sayılı Kanun'un madde 58/2 ile 4735 sayılı Kanun'un madde 26/2 hükümleri ile bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesinin sirayetini düzenleyen 2886 sayılı Kanun'un madde 84/2 hükmünü bir kıyasladığımızda yine benzer fiil ve davranışlara uygulanan yaptırımların adil olmayan sonuçlar çıkardığı görülmektedir. Zira 2886 sayılı Kanun'un madde 84/2 hükmüne göre, bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenleri, yalnızca sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişiler hakkında da bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceği belirtilmiştir. Bu durumda yalnızca hakkında yasaklama kararı verilen şirketin sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilenler tüzel kişi ise bu karar sirayet edecektir; şahıs şirketlerine ise bu yasaklama kararı sirayet etmeyecektir. Buna karşılık 4734 sayılı Kanun'un 58/2 ve 4735 sayılı Kanun'un 26/2 hükmüne göre, haklarında yasaklama kararı verilenlerin şahıs şirketi veya sermaye şirketi olmaları hâline göre ayırım yapılmıştır; ayrıca hakkında yasaklama kararı verilenlerin ortak olduğu şahıs veya sermaye şirketleri hakkında da -belli şartların varlığı hâlinde- yasaklama kararı verilebileceği belirtilmiştir. Bu açıklamalardan sonra dileğimiz, kanun koyucunun bu adil olmayan sonucu bertaraf etmek üzere, Kanunlardaki yaptırımların sirayetine ilişkin sonuçları bir tutan düzenleme yapmak üzere değişikliğe gitmesidir.

³⁵ Bkz.: Kamu İhale Kurumu, (Çevrimiçi), http://www.ihale.gov.tr/yasaklilar_hakinda_aciklamalar-40-1.html, 01.04.2017.

5.2.3. İhaleyi Yapan Bakanlık veya Yasaklama Kararını Veren İdarenin/Kurumun İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararı Verilmesi

Kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilmesinde sebep unsuru irdelenirken maddî sebep unsuru olarak düzenlenen bazı fiil ve davranışların 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesinde yasak olduğunun belirtilmesine karşılık, yine maddî sebep unsuru olarak düzenlenen bazı fiil ve davranışların ise yasak olduğu belirtilmeksizin Kanun'un madde 84/3 hükmünde yer aldığını daha önce belirtmiştik. İşte burada maddî sebep unsuru olarak belirtilen ve Kanun'un madde 84/3 hükmünde düzenlenen fiil ve davranışların yasak olduğu belirtilmese de yine de kamu ihalelerinden yasaklama yaptırımına tabi tutulmuşlardır.

Bir önceki başlıkta incelediğimiz durumda, 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesindeki yasak fiil ve davranışların tespit edilmesi hâlinde kişiler hakkında *bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı* verileceği belirtilmiştir. Diğer yandan Kanun'un madde 84/3 hükmünde belirtilen fiil ve davranışların tespit edilmesi hâlinde ise kararı vermeye yetkili idareler belirtilmiş olmakla birlikte kararın sirayeti olan hukukî sonuç, başka deyişle hangi idarelerin ihalelerine katılmaktan yasaklanma kararı verilebileceği düzenlenmemiştir. Durum bu olmakla birlikte, yargı kararları ile Kamu İhale Genel Tebliği'nde yer alan düzenlemelerden anlaşılan sonuç ise Kanun'un madde 84/3 hükmü uyarınca tesis edilen yasaklama kararlarının idare kapsamı, ihaleyi yapan bakanlık ya da yasaklama kararını veren idarenin/kurumun ihaleleri olmaktadır. Bu bağlamda sebep unsurunu Kanun'un madde 84/3 hükmünde düzenlenen fiil ve davranışların oluşturduğu hâllerde, konu unsuru bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı olmayacaktır.

Konu unsurunu ihaleyi yapan bakanlık ya da yasaklama kararını veren idarenin/kurumun ihalelerine katılmaktan yasaklama kararının oluşturduğu hâllerde, maddî sebep unsurunu oluşturan fiil ve davranışlar, üzerine ihale yapıldığı hâlde usulüne göre sözleşme yapmamak, sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçmek ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname

hükümlerine uygun olarak yerine getirmemek şeklinde belirtilmiş olup bu fiil ve davranışların gerçekleşebileceği ihale süreci göz önüne alındığında hukukî sonucun muhatabının yalnızca müteahhit veya müşteriler olacağını belirtebiliriz.

Konu unsurunu bütün ihalelerden yasaklama kararının oluşturduğu hukukî sonuçta olduğu gibi burada da bu kararın verilmesi amir bir hüküm olup idarenin bağlı yetkisi bulunmaktadır. Başka deyişle, idarenin 2886 sayılı Kanun'un madde 84/3 hükmünde belirtilen fiil ve davranışların müteahhit veya müşterilerce gerçekleştirildiğinin tespit edilmesi hâlinde; bu kişiler hakkında ihaleyi yapan bakanlık ya da yasaklama kararını veren idarenin/kurumun ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilecektir.

6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 8. maddesi ile 2886 sayılı Kanun'un madde 84. maddesine eklenen 4. fıkra ile bir istisna düzenlenmiştir³⁶. Hükümde "(...) 83 üncü maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulunanlar hariç olmak üzere, Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerden; şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsi kusurlarından kaynaklanan ve bu maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen fiil veya davranışları sebebiyle haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği idarece tespit edilenlerden, verilecek bir aylık süre içinde ihale bedelinin üç katı tutarında tazminatı peşin olarak ödeyenler hakkında ihaleden yasaklama kararı verilmez." ibaresi bulunmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu istisna ile ilgili hükümde yasaklama kararının verilmesindeki sebep unsurunun Kanun'un 83. maddesinde düzenlenen yasak fiil ve davranışlar oluşturmamaktadır; bu istisnanın uygulanabilmesi için yasaklama kararının verilmesindeki sebep unsurunun Kanun'un madde 84/3 hükmünde belirtilen fiil ve davranışlar olması gerekmektedir. Kanun'un madde 84/3 hükmünde yer alan fiil ve davranışların gerçekleşmesi hâlinde, bu kişiler hakkında ihaleyi yapan bakanlık ya da yasaklama kararını veren idarenin/kurumun ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmesi daha önce belirttiğimiz üzere amir hüküm olmakla birlikte, işte bu noktada Kanun'un madde 84/4 hükmüne göre kanunî bir istisna getirilmiştir. Bu bağlamda, Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel

³⁶ Bu hükme benzer bir düzenleme, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda yer almamaktadır.

kişilerden; şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsî kusurlarından kaynaklanan ve 2886 sayılı Kanun'un madde 84/3 hükmünde belirtilen fiil ve davranışların tespit edilmesi hâlinde, idarelerin öncelikle ihale bedelinin üç katı tutarında tazminatı peşin olarak ödemesi için bir aylık süre vermeleri gerektiği ve bu gerekliliği yerine getirenler hakkında ihaleden yasaklama kararı verilmeyeceği hükme bağlanmıştır. Hemen burada Danıştay'ın önüne gelen bir uyuşmazlığa bakmak istiyoruz.

Dava, 19.06.2007 tarihinde gerçekleştirilen taşınmaz kiralama ihalesinin onaylandığı 03.07.2007 tarihinden itibaren 15 gün içerisinde ihale bedelinin yatırılarak sözleşme imzalanmamış olması nedeniyle, ihale bedeli 9.100,00 TL'nin üç katı olan 27.300,00 TL tutarın, bir ay içerisinde ödenmemesi hâlinde davacının ihalelerden yasaklanması hususunda Bakanlığa bilgi verileceğine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır. İdare Mahkemesi, 2886 sayılı Kanun'un madde 84/4 hükmü uyarınca, ihale bedeli olan 9.100,00 TL'nin üç katı olan 27.300,00 TL tutarının bir ay içerisinde ödenmemesi hâlinde ihalelerden yasaklanması hususunda Bakanlığa bilgi verileceğine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir. Danıştay temyize konu Bursa İdare Mahkemesinin kararının oybirliğiyle onanmasına karar vermiştir³⁷.

Bu açıklamalardan sonra, ihaleyi yapan bakanlık veya yasaklama kararı veren idarenin/kurumun ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı için özellikli durumlar ayrı ayrı başlıklar altında irdelenecektir. Bu bağlamda *ihaleyi yapan bakanlık veya yasaklama kararını veren idarenin/kurumun ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmesinde süre, ihaleyi yapan bakanlık veya yasaklama kararını veren idarenin/kurumun ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmesinde idare kapsamı ve ihaleyi yapan bakanlık veya yasaklama kararını veren idarenin/kurumun ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmesinin sirayeti* olmak üzere inceleme yapılacaktır.

³⁷ Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 30.09.2015 Tarihli ve E. 2015/2471, K. 2015/3259 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeW414wZipvn9g~~>, 07.06.2017.

5.2.3.1. İhaleyi Yapan Bakanlık veya Yasaklama Kararını Veren İdarenin/Kurumun İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararı Verilmesinde Süre

2886 sayılı Kanun'un madde 84/3 hükmüne göre, sebep unsurunu yukarıda yer vermiş olduğumuz fiil ve davranışların oluşturduğu hâllerde de bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilecektir³⁸; ancak yasaklama kararının süresinin tayininde idarelerin takdir yetkisi bulunmaktadır. Her ne kadar bu hükümde hukukî sonucun oluşmasında, bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı olduğunda gibi *fiil veya davranışlarının özelliğine göre* ifadesi bulunmuyor olsa da idarelerin yine yasaklama kararını verdiği sürenin belirlenmesinde fiil veya davranışın özelliklerini göz önünde tutması gerektiğini söyleyebiliriz.

İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Genel Müdürlüğünün İhale Yasağı konulu Genelgesi'nde, 2886, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar uyarınca mahallî idarelerin ihaleden yasaklama kararlarının İçişleri Bakanlığı tarafından verilmesi sebebiyle ve

³⁸ Hukukî sonucun bakanlık veya ilgili bakanlığın ya da yasaklama kararını veren idarenin/kurumun ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı olduğu hâlde sebep unsurlarından biri de "Üzerine ihale yapıldığı hâlde usulüne göre sözleşme yapmamak" şeklinde belirtilen fiil ve davranış olup bu fiil ve davranış gerçekleştirenler hakkında da bir yıla kadar kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilecektir; fakat asgarî bir süre belirlenmemiştir. Bu fiil ve davranışa benzer olarak 4734 sayılı Kanun'un madde 58/1 hükmünde de "Üzerine ihale yapıldığı hâlde mücbir sebep hâlleri dışında usulüne göre sözleşme yapmamak" şeklindeki fiil veya davranış gerçekleştirenler hakkında kamu ihalelerinden yasaklama kararı verileceği belirtilmiştir. 4734 sayılı Kanun'da sebep unsuru bu fiil veya davranış olduğunda hukukî sonuç, bu fiil veya davranış gerçekleştirenler hakkında altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilecek olup asgarî bir süre belirlenmiştir. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, yine benzer fiil ve davranışların yaptırımları aynı olmakla birlikte, Kanunlarda bu yaptırımların süreleri farklı hükme bağlanmıştır. Ayrıca hukukî sonucun bakanlık veya ilgili bakanlığın ya da yasaklama kararını veren idarenin/kurumun ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı olduğu hâlde sebep unsurlarından diğerleri, "Sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçmek ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmemek" şeklinde belirtilen fiil ve davranış olup bu fiil ve davranış gerçekleştirenler hakkında da bir yıla kadar kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilecektir; ancak asgarî bir süre belirlenmemiştir. Bu fiil ve davranışlara benzer olarak 4735 sayılı Kanun'un madde 25/f hükmünde de "Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek" şeklindeki fiil veya davranış gerçekleştirenler hakkında kamu ihalelerinden yasaklama kararı verileceği belirtilmiştir. 4735 sayılı Kanun'da sebep unsuru bu fiil veya davranış olduğunda hukukî sonuç, fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilecek olup asgarî bir süre belirlenmiş olup süre de daha uzun olarak düzenlenmiştir. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, yine benzer fiil ve davranışların yaptırımları aynı olmakla birlikte, Kanunlarda bu yaptırımların süreleri farklı hükme bağlanmıştır.

bu alanda standart bir uygulamayı temin etmek amacıyla, ilgili Kanunlardaki fiillere karşılık verilecek ihaleden yasaklama kararlarının Bakanlık Makamının 30.10.2003 tarihli Oluruyla; 2886 Kanun'un madde 84/3 hükmüne göre, üzerine ihale yapıldığı hâlde usulüne göre sözleşme yapmayan veya sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen müteahhitler veya müşteriler hakkında altı ay ve Kanun'un madde 84/3 hükmüne göre mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhitler veya müşteriler hakkında bir yıl süreyle ihaleden yasaklama kararı verileceği belirtilmiştir³⁹.

5.2.3.2. İhaleyi Yapan Bakanlık veya Yasaklama Kararını Veren İdarenin/Kurumun İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararı Verilmesinde İdare Kapsamı

Hukukî sonucun ihaleyi yapan bakanlık veya yasaklama kararını veren idarenin/kurumun ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı olduğu hâllerde idare kapsamını belirleyebilmek için burada tekrar Kamu İhale Genel Tebliği'nin ilgili hükmüne bakmak gerekecektir. Tebliğ'in *Yasaklama Kararlarının Kapsam ve İçeriği* başlıklı ve madde 28.1.2. hükmüne göre;

(...) b) 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 84 üncü maddesine göre verilen ve Resmi Gazetede yayımlanan ihalelere katılmaktan geçici olarak yasaklamaya ilişkin kararlar, kararı veren kurum veya kuruluşun ihalelerine ya da bu Kanuna göre yapılan tüm ihalelere katılmaktan yasaklama şeklinde olmaktadır.

c) 2886 sayılı Kanuna göre idarelerce verilen yasaklama kararları, Resmi Gazete'de (yayımlandığı kapsam ve içeriğe göre uygulanacaktır. Buna göre:

i- İdareler, hangi tür ihalelere katılmaktan yasaklama kararı vermişler ise, yasaklama sadece bu tür ihaleler bakımından söz konusu olacaktır.

³⁹ Bkz.: İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü, *İhale Yasağı* Konulu, 04.11.2003 Tarihli ve B050MAH0740001/46242 Sayılı Genelge, (Çevrimiçi), <http://www.migm.gov.tr/2003/genelge>, 14.06.2017.

ii- İdareler, kendi bünyelerindeki ihalelere katılmaktan yasaklama kararı vermişler ise; yasaklama kararı yalnızca bu idarenin yapacağı ihaleler bakımından geçerli olacaktır.

iii- İhalelere katılmaktan yasaklama kararlarının 2886 sayılı Kanuna göre yapılan tüm ihaleleri kapsamı halinde ise, bu yasaklama kararı tüm idareler bakımından geçerli olacaktır. (...)"

Yine daha önce belirttiğimiz üzere, Kamu İhale Kurumunun yasaklılar hakkında yapmış olduğu açıklamalarda yasaklamanın kapsamına ilişkin sütunda yer alan "Tüm" ifadesinin, 2886 sayılı Kanun kapsamındaki tüm idarelerin ihalelerinden geçici olarak yasaklanmayı; "Bakanlık" ifadesinin, yasaklama kararını veren Bakanlığın ihalelerinden geçici olarak yasaklanmayı ve "Kurum" ifadesinin, yasaklama kararını veren kurumun ihalelerinden geçici olarak yasaklanmayı, ifade ettiği bildirilmiştir.

2886 sayılı Kanun'un madde 84/3 hükmü, Kamu İhale Genel Tebliğinin madde 28.1.2/b ve 28.1.2/c hükümleri ve Kamu İhale Kurumunun yukarıda yer verdiği açıklamalar birlikte düşünülmelidir⁴⁰. Tebliğ'de yer alan hüküm ile bu hüküm doğrultusunda hazırlanan ve Tebliğ'in ekinde yer alan yasaklama kararı formunda, "Bakanlık İhalelerinden" ve "Kurum İhalelerinden" şeklinde bir ayırım yapılmış⁴¹ olmasının, Türk idarî teşkilatının özelliklerinden kaynaklandığını düşünmekteyiz.

⁴⁰ 21-24 Kasım 2013 tarihlerinde Samsun'da gerçekleştirilen ve 13. Daire Konularının görüşüldüğü Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Hukuki Müzakere Toplantılarında 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar başlığı altında, "(...) (Kanun'un) 84. maddesinde ihalelerden geçici yasaklama hususunun düzenlendiği, 83. maddede sayılan yasak fiil ve davranışların gerçekleşmesi halinde bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği, 84. maddenin 3. fıkrası uyarınca da üzerine ihale yapıldığı halde sözleşme yapmayan, sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışından taahhüdünü yerine getirmeyen istekliler hakkında yasaklama kararının sadece ihaleyi yapan idarenin ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği hususları" müzakere edilmiştir. Bkz.: **Hukukî Müzakere Toplantıları - İdarî Yargı, İdare Hukuku/13. Daire**, E. 2011/3537; (Çevrimiçi), <http://hmt.hsyk.gov.tr/toplantilar/2013/idari-yargi/guz/samsun/raporlar/d13.pdf>, 14.05.2017.

⁴¹ "Bakanlık İhalelerinden" ve "Kurum İhalelerinden" şeklinde bir ayırım, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda bulunmamaktadır. Kamu İhale Genel Tebliği'nin 28.1.2. maddesine göre, 4734 sayılı Kanun'un 58 ve 4735 sayılı Kanun'un 26. maddelerine göre haklarında yasaklama kararı verilen gerçek veya tüzel kişilerin, 4734 sayılı Kanun'un 2 ve 3. maddeleri uyarınca istisna edilenler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanacağı hükme bağlanmıştır. Yine

Konu unsurunu ihaleyi yapan bakanlık veya yasaklama kararını veren idarenin/kurumun ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı oluşturduğu hâllerde bahsi geçen idare kapsamının nasıl anlaşılması gerektiğini irdelemek gerekmektedir. Öncelikle belirtilmesi gereken en önemli durum, 2886 sayılı Kanun'a göre idarelerce verilen yasaklama kararları, Resmî Gazete'de yayımlandığı kapsam ve içeriğe göre uygulanacaktır ve Kanun'un 1. maddesinde yer alan idare kapsamına baktığımızda da genel bütçe kapsamındaki daireler ile katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin işlerinin bu Kanun'da yazılı hükümlere göre yürütüleceği belirtilmiştir.

Genel bütçe kapsamındaki idareler, Devlet tüzel kişiliği içinde yer almakta oldukları için ayrı bir kamu tüzel kişilikleri bulunmamaktadır⁴². Genel bütçe kapsamındaki bu idarelerin -Bakanlıkların merkez ve taşra teşkilatının- satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri aynî hak tesisi iş ve işlemleri ile kamu bütçesinden harcama gerektirmeyen iş ve işlemleri, 2886 sayılı Kanun'a göre yürütülmek zorunda olup bu idarelerin Kanun'un madde 84/3 hükmü uyarınca tesis edecekleri kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının idare kapsamı, "Bakanlık İhalelerinden" olmaktadır.

Katma bütçe şeklinde bir bütçe sınıflandırması artık mevzuatımızda bulunmamaktadır. 5018 sayılı Kanun'un 81. maddesinde Kanun'un geçici maddelerindeki hükümler saklı kalmak kaydıyla, ek ve değişiklikleri ile yürürlükten kaldırmış olduğu *1050 sayılı Muhasebe Umumiye Kanunu*'nda bulunan katma bütçe sınıflandırılması, Kanun'un yürürlükten kalkması ile birlikte artık uygulanmamaktadır. 5018 sayılı Kanun'un Genel Gerekçesinde, "*Bütçe türleri uluslararası standartlara uygun olarak yeniden tanımlanmakta ve sınıflandırılmaktadır. Bu çerçevede katma bütçe kaldırılmakta ve bu kapsamda yer*

Kamu İhale Kurumu yasaklılar hakkında yapmış olduğu açıklamada 4734 ve 4735 sayılı Kanun hükümlerince verilen yasaklama kararlarının kanunlar kapsamındaki tüm idarelerin ihalelerine katılmaktan yasaklanmayı ifade ettiğini belirtmiştir. Bkz.: Kamu İhale Kurumu, (Çevrimiçi), http://www.ihale.gov.tr/yasaklilar_hakkinda_aciklamalar-40-1.html, 22.05.2017.

⁴² 5018 sayılı Kanun'un bütçe türleri ve kapsamının düzenlendiği 12. maddesinde, *genel bütçenin* Devlet tüzel kişiliğine dâhil olan ve bu Kanun'a ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kamu idarelerinin bütçesi olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda genel bütçe kapsamındaki idarelerin neler olduğu Kanun'un ekli (I) sayılı cetvelinde yer alan Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri listesinden anlaşılabilir. Ayrıca bkz.: Devlet Personel Başkanlığı, Devlet Teşkilatı Bilgi Bankası, (Çevrimiçi), <http://euygulama.dpb.gov.tr/devletteskilati/kontrollu/Butce.aspx>, 27.04.2017.

alan kamu idareleri idarî ve malî statüsüne göre genel bütçeli ya da özel bütçeli idare hâline getirilmektedir." şeklinde ifade bulunmaktadır ve Kanun'un 12. maddesinde *özel bütçe*, bir bakanlığa bağlı veya ilgili olarak belirli bir kamu hizmetini yürütmek üzere kurulan, gelir tahsis edilen, bu gelirlere harcama yapma yetkisi verilen, kuruluş ve çalışma esasları özel kanunla düzenlenen ve bu Kanun'a ekli (II) sayılı cetvelde yer alan her bir kamu idaresinin bütçesi olarak tanımlanmıştır⁴³.

Ayrıca Kamu İhale Genel Tebliği'nin madde 6.1.1. hükmünde, 4734 sayılı Kanun'un 8. maddesinde mal ve hizmet alımları için genel bütçeye dâhil daireler ve katma bütçeli idarelerin tabi oldukları eşik değerler ile Kanun kapsamındaki diğer idarelerin tabi oldukları eşik değerler birbirinden farklı olarak belirlenmiş olmasına karşılık, 5018 sayılı Kanun ile yeni bir bütçe sınıflandırılması yapılmış olduğu belirtilmiştir. Kanun'da, ilgili mevzuatında gerekli düzenleme yapıncaya kadar, mevzuatta katma bütçeli idarelere yapılan atıfların, katma bütçeli idare iken 5018 sayılı Kanunla özel bütçeli idareler kapsamına alınan kamu idareleri bakımından, ilgisine göre bu idarelere yapılmış sayılacağına hükme bağlandığı bildirilmiştir. Sonuç olarak 2886 sayılı Kanun uyarınca yapılan işlemlerde, katma bütçeli idareler lafzından özel bütçeli idarelerin anlaşılması gerektiğini belirtebiliriz ve bu idarelerin satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri aynî hak tesisi iş ve işlemleri ile kamu bütçesinden harcama gerektirmeyen iş ve işlemleri, 2886 sayılı Kanun'a göre yürütülmek zorundadır. Özel bütçeli idarelerin bir kısmı Devlet tüzel kişiliği içinde yer almakta iken, bir kısmının ise kendi kamu tüzel kişilikleri bulunmaktadır. Bu bağlamda kamu tüzel kişilikleri bulunmayan özel bütçe kapsamındaki idarelerin Kanun'un madde 84/3 hükmü uyarınca tesis edecekleri kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının idare kapsamı, "Bakanlık İhalelerinden" olmakta iken; kamu tüzel kişilikleri olan özel bütçe kapsamındaki idarelerin Kanun'un madde 84/3 hükmü uyarınca tesis edecekleri kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının idare kapsamı, "Kurum İhalelerinden" olmaktadır.

⁴³ Özel bütçe kapsamındaki idarelerin neler olduğu Kanun'un ekli (II) sayılı cetvelinde yer alan Özel Bütçeli İdareler listesinden anlaşılabilir. Ayrıca bkz.: Devlet Personel Başkanlığı, Devlet Teşkilatı Bilgi Bankası: (Çevrimiçi), <http://euuygulama.dpb.gov.tr/devletteskilati/kontrollu/Butce.aspx>, 27.04.2017.

Son olarak özel idare ve belediyelerin satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri aynî hak tesisi iş ve işlemleri ile kamu bütçesinden harcama oluşturmayan iş ve işlemleri, 2886 sayılı Kanun'a göre yürütülmek zorundadır. 5018 sayılı Kanun'un madde 3/e hükmüne göre, mahallî idare, "*Yetkileri belirli bir coğrafi alan ve hizmetlerle sınırlı olarak kamusal faaliyet gösteren belediye, il özel idaresi ile bunlara bağlı veya bunların kurdukları veya üye oldukları birlik ve idareleri*" ifade etmektedir. Anayasa'nın 127. maddesinde de mahallî idarelerin, il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri olduğu hükme bağlanmış olup tüm mahallî idarelerin ve dolayısıyla belediye ve özel idarelerin kamu tüzel kişilikleri bulunduğu için bu idarelerin Kanun'un madde 84/3 hükmü uyarınca tesis edecekleri kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının idare kapsamı, "Kurum İhalelerinden" olmaktadır⁴⁴.

Tüm bu açıklamaları topladığımızda, 2886 sayılı Kanun'un madde 84/3 hükmünde düzenlenen fiil ve davranışların tespit edilmesi hâlinde verilecek yasaklama kararlarının idare kapsamı alternatifli değildir; başka deyişle "Bakanlık İhalelerinden" ya da "Kurum İhalelerinden" şeklindeki idare kapsamı bir seçenek değildir ve bu bağlamda da takdir yetkisi oluşturmaz. Bunun tercihinde idarenin Türk idarî teşkilatı içindeki yeri ve bu konumundan ileri gelen tüzel kişiliği ve varsa 2886 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan diğer düzenleyici işlemler belirleyici olmaktadır.

⁴⁴ 2886 sayılı Kanun uyarınca Resmî Gazete'de yayımlanan kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına göz attığımızda bu durumun istisnasına rastlamak mümkündür. Örneğin, *Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname*'nin madde 6/g hükmüne göre, Tabiat Varlıklarını Koruma Genel Müdürlüğünün Bakanlığın hizmet birimi olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda Tabiat Varlıklarını Koruma Genel Müdürlüğünün kamu tüzel kişiliği bulunmadığından, 2886 sayılı Kanun'un madde 84/3 hükmü uyarınca vereceği kamu ihalelerinden yasaklama kararının idare kapsamı temelindeki sirayeti, ihaleyi yapan bakanlık olmalıdır. Ancak *Tabiat Varlıkları ve Doğal Sit Alanları ile Özel Çevre Koruma Bölgelerinde Bulunan Devletin Hüküm ve Tasarrufu Altındaki Yerlerin İdaresi Hakkında Yönetmelik*'in madde 72/2 hükmüne göre, üzerine ihale yapıldığı hâlde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müşteriler hakkında da İdare tarafından, haklarında bir yıla kadar sadece İdare tarafından yapılan bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceği belirtildiğinden, Tabiat Varlıklarını Koruma Genel Müdürlüğünün 2886 sayılı Kanun'un madde 84/3 hükmü uyarınca vereceği kamu ihalelerinden yasaklama kararının idare kapsamı "Kurum İhalelerinden" olmaktadır.

Sonuç olarak ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının konu unsuru, 2886 sayılı Kanun'un madde 84/3 hükmü olduğunda yasaklama kararı tüm idareler bakımından geçerli olmayacaktır⁴⁵. Şimdi konu unsurunu ihaleyi yapan bakanlık veya yasaklama kararını veren idarenin/kurumun ihalelerine katılmaktan yasaklama kararının oluşturduğu hâllerde bahsi geçen idare kapsamının nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin yargı kararlarına ve Kamu İhale Kurulu kararlarına bakılacaktır.

Danıştay'ın önüne gelen bir uyuşmazlığa esas dava, 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesi uyarınca, davacı şirketin bir yıl süreyle devlet ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin kararın iptali istemiyle açılmış olup İdare Mahkemesince, yapılan ihale sonucunda ... Üniversitesi ... Hastanesi asansörlerinin 1996 yılı yedi aylık bakım ve onarım işini alan davacı şirketin taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmediğinden bahisle bir yıl süreyle devlet ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Danıştay, 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesinde belirtilen fiil ve davranışlarda bulunanların bu fiil ve davranışların ağırlığı nedeniyle diğer idarelerce yapılacak ihalelere katılmaktan da yasaklanacaklarını, Kanun'un madde 84/3 hükmünde belirtilen taahhüdünü sözleşme şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyenlerin ise sadece ihaleyi yapan idarece yapılacak ihalelere katılmaktan yasaklanacakları sonucuna ulaşıldığını belirtmiş olup taahhüdünü sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen davacı şirketin anılan Kanun'un 83.

⁴⁵ 2886 sayılı Kanun'un madde 84/3 hükmünde yer alan fiil ve davranışlara benzer fiil ve davranışların 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda da yer aldığını belirtmiştik. Durum bu olmakla birlikte 2886 sayılı Kanun'un madde 84/3 hükmünde yer alan fiil ve davranışlar gerçekleştiğinde verilecek yasaklama kararlarının idare kapsamı "Bakanlık İhaleleri" ya da "Kurum İhaleleri" olarak hükme bağlanmış iken 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda bu fiil ve davranışlar gerçekleştiğinde verilecek yasaklama kararlarının idare kapsamı tüm idareler olarak düzenlenmiştir. Kamu İhale Genel Tebliği'nin ihalelere katılmaktan yasaklama kararı formunu doldururken dikkat edilecek hususların düzenlendiği madde 28.1.3./g hükmünde, yasaklamanın dayanağı ve kapsamı bölümünde, istisna kapsamında yapılan ihaleler dâhil 4734 ve 4735 sayılı Kanun'a göre yapılan yasaklamaların tüm ihaleler için geçerli olacağı; 2886 sayılı Kanun'a veya diğer mevzuata göre yasaklamalarda ise yasaklama kapsamı farklı olabileceğinden ilgili kutuların işaretleneceği belirtilmiştir. Burada da benzer fiil ve davranışların yaptırımları aynı düzenlenmekle birlikte, yaptırımların idare kapsamı farklı olduğundan uygulamada adil olmayan sonuçlar ortaya çıkmaktadır.

maddesi kapsamında herhangi bir yasak fiil ve davranışı söz konusu olmadığından Kanun'un madde 84/3 hükmü uyarınca yaptırım uygulanarak sadece ihaleyi yapan bakanlığa ait ihalelere katılmaktan yasaklanmasına karar verilmesi gerekirken Kanun'un madde 84/1 hükmü uyarınca tüm devlet ihalelerine katılmaktan yasaklanması şeklinde tesis edilen dava konusu işlemden Kanun'a uyarlık bulunmadığından Ankara 3. İdare Mahkemesi kararında isabet görülmediğine karar vermiştir⁴⁶.

Danıştay'ın önüne gelen başka bir uyuşmazlıkta davacı şirketin, ihalesini aldığı ve İller Bankası İhale Yönetmeliği uyarınca yapılan "İlca-Yalıköy (Ordu) İçme Suyu ve Arıtma Tesisi İnşaatı İşini"nde Yönetmeliğin madde 33/c hükmünü ihlal ettiğinden bahisle Yönetmeliğin 34. maddesinin atıf yaptığı 2886 sayılı Kanun'un madde 84/3 uyarınca bir yıl süreyle devlet ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmış olan davada; İdare Mahkemesince, 2886 sayılı Kanun'un madde 84/3 hükmünde belirtilen, "taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmemek" fiilini işleyenlerin sadece ihaleyi yapan idarece yapılacak ihalelerden yasaklanmaları gerektiğine, uyuşmazlıkta işlem her ne kadar 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesine dayanılarak tesis edilmiş ise de anılan Kanun'un 83. maddesi kapsamında herhangi bir yasak fiil ve davranışı söz konusu olmayan davacı şirket hakkında, taahhüdünü sözleşme hükümlerine göre uygun olarak yerine getirmemesi nedeniyle Kanun'un madde 84/3 hükmü uyarınca yaptırım uygulanarak sadece ihaleyi yapan Bakanlığa ait ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerekirken Kanun'un madde 84/1 hükmü uyarınca tüm devlet ihalelerine katılmaktan yasaklama yolunda tesis edilen dava konusu işlemde yasaya uyarlık bulunmadığına; İller Bankası Genel Müdürlüğünün 2886 sayılı Kanun kapsamında yer almaması nedeniyle kurum ihalelerini aşan biçimde tüm devlet ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmesi konusunda yetkisi bulunmadığı gerekçeleriyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. Bu kararın davalı idare vekilince temyizden incelenmesi talebi üzerine Danıştay, 4759 sayılı İller Bankası

⁴⁶ Bkz.: Danıştay 6. Dairesi, 22.05.2000 Tarihli ve E. 1999/425, K. 2000/3195 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://www.emsalyargi.com/danistay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=a3174321a1266f7f&ktarih1=2000-05-22>, 17.12.2016.

*Kanunu'nun*⁴⁷ 21. maddesinde Banka işlemlerinin 2490 sayılı Kanun'a tabi olmadığını belirtmiş; Kanun'un 15. maddesine dayanılarak hazırlanan İller Bankası İhale Yönetmeliği'nin 1. maddesinde bu Yönetmeliğin amacının İller Bankası'nın görev alanı içine giren alım, satım, trampa, mülkiyetin dışındaki diğer aynî haklar tesisi, hizmet, yapım, kira ve taşıma işlerinin yürütülmesinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemek olduğunu, 2. maddesinde de bu Yönetmeliğin, Banka'nın merkez ve bölge teşkilatının yapacağı ihaleleri kapsadığını belirtmiştir. Ayrıca Yönetmeliğin madde 33/c hükmünde "ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek, işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak" fiillerinin yasak fiil ve davranışlar arasında sayılmış olduğunu ve Yönetmeliğin 34. maddesinde de belirtilen yasak fiil veya davranışlarda buldukları anlaşılabilirler hakkında 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesinin uygulanacağını belirtmiştir. İlâveten Danıştay, ihale ile ilgili olarak yapılan soruşturma sonucu düzenlenen raporda, iletim hatlarında ve şebekede kum yataklama ve gömlekleme ile hendek üstünde stabilize dolguların yapılmadığı ancak bedelinin ödendiği, stabilize malzeme yerine kazıdan çıkan malzemenin kullanıldığı, kazı artığı malzeme nakliyesinin yapılmadığı ancak tüm bunların yapılmış gibi gösterildiği ve fazla ödeme yapılmasına sebep olduğunun tespiti üzerine, davacı şirketin adı geçen Yönetmeliğin madde 33/c hükmünü ihlâl ettiği gerekçesiyle 2886 sayılı Kanun'un madde 84/3 hükmü uyarınca bir yıl süreyle devlet ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verildiği anlaşılmış olduğunu ve uyuşmazlıkta tespit edilen fiillerin, *işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak* kapsamında olduğunu ve bu sebeple de *taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun şekilde yapmamak* olarak değerlendirilmesinin uygun olmadığını belirtmiştir. Sonuç olarak bahsi geçen fiiller bakımından 2886 sayılı Kanun'un madde 84/1 hükmünün uygulanması gerektiğine; ancak 2886 sayılı Kanun'a atıf yapan İller Bankası İhale Yönetmeliği'nin amaç ve kapsam maddelerinde öngörülen sınırlama nedeniyle tüm devlet ihalelerinden yasaklama kararı verilemeyeceğinden, yalnızca davalı idarenin yapacağı ihalelere

⁴⁷ 4759 sayılı Kanun, 6107 sayılı İller Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiğine karar vererek Ankara 5. İdare Mahkemesi kararını onamıştır⁴⁸.

Kamu İhale Kurulunun vermiş olduğu karara baktığımızda⁴⁹ karardan anlaşılacağı üzere, 2886 sayılı Kanun'un madde 84/3 hükmü uyarınca tesis edilen yasaklama kararlarının hukukî sonucunun sadece Bakanlık veya yasaklama kararı veren idarenin/kurumun ihalelerine katılmaktan yasaklanma olacağı için, -bu yasaklama 4734 sayılı Kanun uyarınca yapılan ihaleleri etkilemekle beraber- bu sınırlar dâhilinde olmak zorundadır. Örneğin kararda⁵⁰ geçen Çeşme Belediyesi Başkanlığının 2886 sayılı Kanun'un madde 84/3 hükmü uyarınca hakkında Çeşme Belediyesi Başkanlığının ihalelerine -kurum ihalelerine- altı ay süreli katılmaktan yasaklanmasına karar verilen müteahhit veya müşteri, Çeşme Belediyesi Başkanlığının hem 2886 sayılı hem de 4734 sayılı Kanun uyarınca yapacağı ihalelere de giremeyecektir; ancak aynı ilde diğer bir ilçe belediyesi olan Bornova Belediyesi Başkanlığının hem 2886 sayılı hem de 4734 sayılı Kanun uyarınca yapacağı ihalelere katılabilecektir.

5.2.3.3. İhaleyi Yapan Bakanlık veya Yasaklama Kararını Veren İdarenin/Kurumun İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararı Verilmesinin Sirayeti

2886 sayılı Kanun'un madde 84/3 hükmünde yer alan fiil ve davranışları gerçekleştirenler hakkında, konu unsurunun bütün ihalelerden yasaklama kararı verilmesinde olduğu gibi bir sirayeti hükme bağlanmamıştır; başka deyişle haklarında bu yolda işlem yapılanların sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilere aynı müeyyide uygulanmayacaktır⁵¹.

⁴⁸ Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 03.03.2008 Tarihli ve E. 2007/1247, K. 2008/2993 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUhp8tqpbBZtQ~~>, 14.04.2017.

⁴⁹ Bu kararın detaylarını konu unsurunu bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı olduğu hâli incelerken vermiştik.

⁵⁰ Bkz.: Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, 07.11.2012 Tarihli ve 2012/UH.II-4259 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 06.07.2017.

⁵¹ 2886 sayılı Kanun'un madde 84/3 hükmünde yer alan fiil ve davranışlara benzer fiil ve davranışların tespit edilmesi hâlinde, 4734 sayılı Kanun'un madde 58/2 ve 4735 sayılı Kanun'un madde 26/2

İlaveten Kanun'un 6. maddesine göre de bu Kanun'daki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar, "ihaleye katılamayacak olanlar" başlığı altında belirtilerek ihalelere iştirak edemeyecekleri bildirilmiştir.

5.3. KONU UNSURUNDA HUKUKA AYKIRILIKLAR

Sebeup unsurunda olduğu gibi konu unsurundaki hukuka aykırılıklar, bir istisna dışında doktrin ve yargı kararları ile isimlendirilmemiştir; başka deyişle idarî işlemlerin konu unsurundaki hukuka aykırılıklarda bir hukukî jargon oluşmamıştır. İdarî işlemlerin konu unsurundaki hukuka aykırılıklar, *idarî işlemlerin konu unsurundaki kısıt, idarî işlemlerin sebep ve konu unsuru arasındaki nedensellik, idarî işlemlerin sebep ve konu unsuru arasındaki ölçü ve takdir yetkisinin varlığı* başlıkları altında incelenecektir.

5.3.1. İdarî İşlemlerin Konu Unsurundaki Kısıt

İdarî işlemlerin *konusunun imkânsız olmaması, mümkün ve meşru olması* gerektiğini daha önce belirtmiştik. Başka bir ifade ile idarî işlemde beklenen hukukî sonuç, hukuken caiz olmalıdır⁵². Bu bağlamda idarî işlemlerin konusu, mevzuata uygun olmalıdır⁵³. 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesi ile madde 84/3 hükmündeki belirtilen fiil ve davranışların tespiti hâlinde işlemin konu unsurunun ne olması yönünde detaylı açıklamalar yapmıştık ve bu bağlamda hukuka uygun olarak tespit edilen sebep unsuru ortaya çıktığında, ihaleye iştirak ettirilmeme kararı veya bütün ihalelere veya ihaleyi yapan bakanlık veya yasaklama kararını veren idarenin/kurumun ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerekmektedir. Bunların dışında başka bir sonuç oluşması ve konu unsuruna esas olması hâlinde işlem hukuka aykırı olacaktır; Kanun'da bu öngörülenler dışında bir idarî yaptırım tesis edilmesi mümkün değildir.

hükümlerine göre yasaklama kararı verilmesi hâlinde belirtilen durumlar dâhilinde sirayeti bulunmaktadır. Bu sebeple de yine Kanunlar kıyaslandığında, bu farklılıklar uygulamada adil olmayan sonuçların çıkmasına sebep olmaktadır.

⁵² Günday, **a.g.e.**, s. 158.

⁵³ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 435.

5.3.2. İdarî İşlemlerin Sebep ve Konu Unsuru Arasındaki Nedensellik

İdarî işlemlerin sebep ve konu unsurları arasında yakın ilişki ve nedensellik bağı bulunması sebebiyle, idarî işlemin sebep unsurundaki hukuka aykırılığın, konu unsurunu da etkilediğini⁵⁴ daha önce belirtmiştik. Bu sebeple bir üst başlıkta belirttiğimiz *idarî işlemlerin konu unsurundaki kısıt* hususunun dikkate alınması tek başına yeterli olmamaktadır. Başka deyişle, 2886 sayılı Kanun uyarınca verilen yasaklama kararlarının konu unsurundaki kısıtlar olduğunu belirttiğimiz, o ihaleye iştirak ettirilmeme, bütün ihalelere veya ihaleyi yapan bakanlık veya yasaklama kararını veren idarenin/kurumun ihalelerine katılmaktan yasaklama kararlarının alınması işlemin hukuka uygunluğunun teminatı değildir.

2886 sayılı Kanun'un 83. maddesi ile madde 84/1 hükmü ve madde 84/3 hükmü, müstakil olarak kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının sebep ve konu unsuru arasında illiyet bağı (*illiyet rabıtası*)⁵⁵ öngörmüş olup sebep unsurunun 2886 sayılı Kanun'un madde 84/3 hükmü olmasına rağmen, konu unsurunun ihaleyi yapan bakanlık veya yasaklama kararını veren idarenin/kurumun ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı olması gerekirken, bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı olması hâlinde idarî işlem konu unsuru yönünden hukuka aykırı olmaktadır. Ya da sebep unsurunun 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesinde belirtilen yasak fiil ve davranışlar olması hâlinde, işlemin konu unsuru, -belli şartlar hâlinde- o ihaleye iştirak ettirilmeme ile bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı olması gerekmektedir; aksi hâlde ortaya çıkarılan bir sonuca ait işlem, yine hukuka aykırı olacaktır.

Burada sebep unsurunun hukukî tavsifi doğru yapılmakla birlikte, konu unsuru mevzuatta görülen hukukî sonuçtan başkası olmaktadır ve ikinci durumda kamu ihalelerinden yasaklama kararları tesis edilirken idareler, sebep unsuru ile konu

⁵⁴ Giritli vd. **a.g.e.**, s. 1275.

⁵⁵ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 314.

unsuru arasındaki kuvvetli hukukî ve mantıkî bağlantıyı⁵⁶ göz önünde tutmak zorundadır; aksi hâlde işlem hukuka aykırı olmaktadır.

5.3.3. İdarî İşlemlerin Sebep ve Konu Unsuru Arasındaki Ölçü

2886 sayılı Kanun'un 83. maddesi ile madde 84/3 hükmündeki belirtilen fiil ve davranışların tespiti hâlinde, işlemin konu unsurunda idarelerin takdir yetkisi bulunmadığını; idarenin bağlı yetki ile donatıldığını daha önce belirtmiştik. İdarenin böyle bir kararı tesis etmekten vazgeçmesi şeklinde bir durum, bir tercih hakkı bulunmamaktadır ve sebebin amir hükümlerle gerektirdiği hukukî sonucun idarelerce ortaya çıkarılması gerekmektedir. Durum bu olmakla birlikte tesis edilen yasaklama kararlarının süresinin tayininde, idarelerin takdir yetkisi bulunmaktadır.

Kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının süresinde idareler için bu takdirin sınırını, azamî olarak belirlenen "*bir yıllık*" süre ile Kamu İhale Genel Tebliği'nin ihalelere katılmaktan yasaklama kararı formunu doldururken dikkat edilecek hususların düzenlendiği madde 28.1.3./f hükmündeki yasaklama süresinin ay ya da yıl olarak yazılması gerekliliği ve aynı Tebliğ'in ekinde yer alan yasaklama kararı formunda yalnızca "*ay*" ve "*yıl*" olarak doldurulması mümkün olan hanelerin bulunması sebebiyle asgarî olarak belirlenen "*bir aylık*" süre oluşturmaktadır. Bu bağlamda 2886 sayılı Kanun uyarınca idareler yasaklama kararının sebebini oluşturan fiil ve davranışın özelliğine göre, bir ay ile bir yıl arasında kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis edebilmektedirler ve bu sürelerin altında veya üstünde süreleri içeren işlemler hukuka aykırı olmaktadır⁵⁷.

Bu açıklamalar ışığında idarî işlemin hukuka uygunluğu için, sebep ile konu unsuru arasındaki nedenselliğin doğru kurulması da yetmemekte olup sebep

⁵⁶ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 196.

⁵⁷ Bu durum için getirilmiş olan başka bir sınırlamayı daha belirtebiliriz. Mahallî İdareler Genel Müdürlüğünün İhale Yasağı konulu yazısında, mahallî idarelerin ihaleden yasaklama kararlarının İçişleri Bakanlığı tarafından verilmesi sebebiyle ve bu alanda standart bir uygulamayı temin etmek amacıyla 2886, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda yer verilen fiil ve davranışlara karşılık verilecek ihaleden yasaklama kararlarının süresini tayin etmiştir. Zira bu yazı ile altı aydan daha kısa süreli bir yasaklama kararı tesis edilemeyeceği anlaşılmaktadır. Bkz.: İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü, *İhale Yasağı Konulu*, 04.11.2003 Tarihli ve B050MAH0740001/46242 Sayılı Genelge, (Çevrimiçi), <http://www.migm.gov.tr/2003genelge>, 14.06.2017.

unsurunun işlemleri tesis etmeye yönelen dürtü ile de ölçülü bir konu ortaya çıkarılması gerekmektedir. Başka deyişle sebep ve konu unsuru arasında bir oransızlık olmamalıdır; zira bu durum da idarî işlemi hukuka aykırı hâle getirmektedir⁵⁸.

5.3.4. Takdir Yetkisinin Varlığı

2886 sayılı Kanun çerçevesinde kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında sebep unsuru ve hukuka aykırılıklar bölümünde, idarî işlemlerde sebep unsuru incelenirken işlemlerdeki takdir yetkisi ile bağlı yetkiye ve özelliklerine değinmiş olup idarî işlemlerin sebep unsurunda hukuka aykırılıklardan bahsederken takdir yetkisinin var olduğu hâller de belirtilmiştir. Ancak tek bir başlık altında irdelemek amacıyla takdir yetkisinin sebep unsuru veya konu unsurunda bulunduğu hâllerdeki hukuka aykırılıkları burada incelemeyi uygun gördük.

Takdir yetkisi denildiğinde idarenin, mevzuat tarafından yetkisine ve takdirine bıraktığı konularda objektif düzenlemeler yapma ödevini ifade eden *düzenli idare ilkesi*⁵⁹ aklı gelmektedir⁶⁰. Anayasa'nın madde 125/4 hükmünde yargı yetkisinin, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu ve hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamayacağı; yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak,

⁵⁸ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 352.

⁵⁹ Balta, **a.g.e.**, s. 133.

⁶⁰ Danıştay, hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi için gerekli olan ilkelerden biri olarak belirttiği, *düzenli idare ilkesinin (idarenin yasallığı)*, idare tarafından önceden çıkarılan idarî metinler ile hukukun idarenin takdir ve yetkisine bıraktığı konuların düzenlenmesini ifade ettiğini ve idarenin yasallığı ilkesinin en sıkı uygulanması gereken alanlardan birisinin de ihale olduğunu bildirmiştir. Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 10.02.2010 Tarihli ve E. 2007/6240, K. 2010/1169 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUwsSgRq%2Bv5UA~~>, 14.06.2017; Danıştay 13. Dairesi, 10.02.2010 Tarihli ve E. 2007/1724, K. 2010/1168 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVQUZKmuqrncA~~>, 09.11.2016. Ayrıca Danıştay başka bir kararında, Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri arasında sayılan hukuk devletinin, öğretisi ve uygulamada, idarî faaliyetlerin belirliliği (*düzenli idare*) ilkesi ile hukukî güvenlik ilkesi olmak üzere iki unsurunun bulunduğunu ve düzenli idare ilkesiyle, idarenin faaliyetlerinin belli ölçüde tayin edilebilir ve önceden öngörülebilir olması, idarenin sürekli uygulamaları ile hukukî istikrarı tesis etmesi gereğinin anlatıldığını belirtmiştir. Bkz.: Danıştay 15. Dairesi, 11.10.2016 Tarihli ve E. 2016/5790, K. 2016/4825 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUGABF87B%2BNUw~~>, 11.06.2017.

idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararının verilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda yargı yetkisi, idarî işlem ve eylemlerin denetiminde sınırlandırılma yapılarak bunların yerindelik denetimine izin verilmemiştir. Yine 2577 sayılı Kanun'un idarî yargı yetkisinin sınırının düzenlendiği madde 2/2 hükmünde de idarî yargı yetkisinin idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu; idarî mahkemelerin yerindelik denetimi yapamayacağı ve yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararının verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. O hâlde idarenin takdir yetkisinin yerindelik alanında olduğu⁶¹ ve onunla doğrudan ilişkili olduğu anlaşılmaktadır⁶². Bu bağlamda idarenin takdir yetkisinin kullanılmasında "*icâb-ı hâle uygunluk*" denetimi yapılması mümkün değil⁶³ ise de bu yetkinin hukuka aykırı olarak kullanıldığı ileri sürülebilmektedir.

Takdir yetkisinin hukuka aykırı kullanılmasında *takdir sakatlığı* ortaya çıkmakta⁶⁴ olup takdir sakatlığında üç durum meydana gelmektedir. Bunlardan ilki takdir yetkisinin, yetkinin düzenlendiği hukuk kurallarının belirttiği usul ve esaslara aykırı kullanılması; başka deyişle özel kurallara aykırılığı takdir sakatlığını doğurmaktadır. İkinci durumda idarenin Anayasal kural ve ilkelere aykırı olarak takdir yetkisini kullanması hâlinde takdir sakatlığı oluşmaktadır. Sonuncu durumda ise *yetki saptırmasından kaçınma* ve *gerekçenin gerçeğe uygun olması* olarak örneklendirilen genel hukuk ilkelerine aykırılığın olduğu hâllerde de kullanılan takdir yetkisinde, takdir sakatlığı ortaya çıkmaktadır⁶⁵.

Takdir yetkisinin ihtiyaca aykırı kullanılmasında da *takdir isabetsizliği* ortaya çıkmakta olup aykırılık Anayasa'nın ve 2577 sayılı Kanun'un yer verdiğimiz

⁶¹ Yerindelik alanının, "*maddî olayların değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi, belli bir yönde hareket edip etmeme olanağı ve harekete geçme zamanının saptanması*" durumlarında oluşacağı belirtilmiştir. Bkz.: Yıldızhan Yayla, "İdarenin Takdir Yetkisi", **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 30, Sayı: 1-2, 1964, s. 208; Giritli vd., **a.g.e.**, s. 130.

⁶² Özay, **a.g.e.**, s. 455.

⁶³ Özyörük, **İdare Hukuku Desleri**, s. 162.

⁶⁴ Balta, **a.g.e.**, s. 138.

⁶⁵ **A.e.**

hükümlerinden de anlaşılacağı üzere yargısal denetime tabi değildir⁶⁶. Takdir yetkisinin özellikli durumları, doktrin ve yargı kararlarından yapılan çıkarımlarla aşağıdaki şekilde olmaktadır:

* İdareye tanınan takdir yetkisi, mutlak ve sınırsız değildir; takdir yetkisine dayalı olarak tesis edilen işlemlerin hukuken geçerli sebeplere dayanması gerekmektedir⁶⁷.

* İdareye tanınan takdir yetkisi kullanılmak suretiyle yapılan işlemin, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olduğunun hukuken geçerli somut bilgi ve belgelerle kanıtlanması gerekmektedir⁶⁸.

* İdareye tanınan takdir yetkisi, keyfî bir hareket yetkisi olmayıp ancak mevzuatın belirlediği alan içerisinde hukuka uygun bir şekilde kullanılabilir. Takdir yetkisine dayalı işlemlerin hukukun belirlediği sınırlar ile kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun şekilde objektif, makul ve geçerli neden ve gerekçelere dayalı olarak tesis edilmesi gerektiği idare hukukunun en temel ilkesidir⁶⁹.

* İdareye tanınan takdir yetkisi, kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleriyle sınırlıdır ve bu açıdan yargı denetimine tabidir⁷⁰.

* İdareye tanınan takdir yetkisinin; ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri göz ardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idarî yargı merciince saptanması hâlinde, sözü edilen bu durumun dava konusu idarî işlemin sebep ve maksat

⁶⁶ Balta, **a.g.e.**, s. 138. Bu kavram *takdirde isabetsizlik* olarak da ifade edilmektedir. Bkz.: Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 334.

⁶⁷ Bkz.: Danıştay 15. Dairesi, 12.10.2016 Tarihli ve E. 2016/6791 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWiesVybx4hbQ~~>, 12.06.2017.

⁶⁸ Bkz.: Danıştay 5. Dairesi, 26.09.2011 Tarihli ve E. 2009/7204, K. 2011/4828 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVnIIsMDhbfXQ~~>, 12.06.2017.

⁶⁹ Bkz.: Danıştay 8. Dairesi, 24.06.2011 Tarihli ve E. 2011/1214, K. 2011/3344 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWEoGj2ut3Fvw~~>, 12.06.2017.

⁷⁰ Bkz.: Danıştay 15. Dairesi, 31.05.2016 Tarihli ve E. 2016/1327, K. 2016/3938 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUCmSRLUUn73g~~>, 16.06.2017; Danıştay 5. Dairesi, 08.02.2016 Tarihli ve E. 2015/5767, K. 2016/543 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVwtN%2BmXIhDPQ~~>, 16.06.2017.

yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceği yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edilmiştir⁷¹.

* İdareye tanınan takdir yetkisi kullanılırken, hukukun genel ilkelerinden eşitlik ilkesi göz ardı edilemez, kamu yararı açısından objektiflikten vazgeçilemez⁷².

* İdareye tanınan takdir yetkisine sahip olunan hâllerde ve *açık değerlendirme hatası* olmadıkça idarenin tercihini belli bir yönde kullanması konusunda yargı yoluyla zorlanmasına da hukuken olanak bulunmamaktadır⁷³.

* İdarelerin birden çok seçenekten birisini tercihte takdir yetkisi ile donatıldıkları durumlarda yargı organlarınca yapılacak denetim, idarenin tercih ettiği seçeneğin hukuka uygunluğu ile sınırlıdır⁷⁴.

* İdarece kamu gücü kullanılarak takdir yetkisi içinde kurulan ve hukukî sonuç doğuran idarî işlemlerin tüm unsurları ile incelenebileceği; başka bir idarî birim veya yargı mercii ve bu nitelikte bir işleme yargı yolunu kapayan bir kanun hükmü bulunmadığına göre, Anayasa'nın 36. maddesinde öngörülen "hak arama özgürlüğü" ve 125. maddesinde öngörülen "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu" ilkeleri uyarınca davaya konu edilebileceği tabiidir⁷⁵.

* Takdir yetkisi kullanılarak kurulan işlemin yargı yolu kapatılmamış tüm idarî işlemler gibi, açılan bir dava sonucunda amaç yönü ile hukuka uygunluğunun

⁷¹ Bkz.: Danıştay 2. Dairesi, 02.03.2016 Tarihli ve E. 2015/6070, K. 2016/1004 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWLXXqMBEfQ6Q~~>, 17.06.2017; Danıştay 2. Dairesi, 18.10.2012 Tarihli ve E. 2009/3951, K. 2012/6310 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXTkY7kOh55ag~~>, 17.06.2017.

⁷² Bkz.: Danıştay 5. Dairesi, 03.02.2016 Tarihli ve E. 2015/6676, K. 2016/449 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeW6GS3JK91ByQ~~>, 17.06.2017.

⁷³ Bkz.: Danıştay 2. Dairesi, 09.09.2015 Tarihli ve E. 2015/776, K. 2015/7223 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVv5QF95ZxPtw~~>, 17.06.2017.

⁷⁴ Bkz.: Danıştay 5. Dairesi, 08.06.2011 Tarihli ve E. 2009/6719, K. 2011/3104 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeU36!B%2BmisTdw~~>, 19.06.2017.

⁷⁵ Bkz.: Danıştay 5. Dairesi, 10.10.2014 Tarihli ve E. 2012/4927, K. 2014/6653 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUoS7wjrv1ufA~~>, 19.06.2017.

denetlenebilmesi Anayasa ve 2577 sayılı Kanun'un bir gereğidir ve bu denetim, ancak idarî yargı yerlerince yapılabilir⁷⁶.

* İdareye tanınan takdir yetkisi kullanılırken, ayırım yapılmamalı ve her olayda aynı şekilde davranılmalıdır; ayrıca bu yetki kullanılmadan önce, bu yetki nesnel, soyut ve genel nitelikli kimi kurallara bağlanması tercih edilmelidir⁷⁷.

Bu açıklamaları topladığımızda, kanun koyucu tarafından belirtilmiş hukukî sebep unsurları olan 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesi ile madde 84/3 hükmünde belirtilen fiil ve davranışlardan, bu hukukî sebeplerde belirtilen fiil ve davranışların gerçekleşip gerçekleşmediğini idareler takdir edecektir. Yine yasaklama kararlarının süresinin tayininde idarelerin takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu takdir yetkisinde idarî işlem için maddî sebep olarak gösterdiği olayların gerçek olması ve gerekçeli olması hâlleri yargısal denetimin sınırını oluşturmaktadır; kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun şekilde objektif, makul ve geçerli sebep ve gerekçelere dayalı olarak tesis edilmiş ise bu işlemin yerindeliği denetlenemeyecektir. Ancak burada bir husus daha önem kazanmaktadır ki o da idareye tanınan takdir yetkisi kullanılırken ayırım yapılmamalı ve emsal olaylarda aynı şekilde davranılmalıdır; eşitlik ilkesi göz ardı edilmemelidir ve objektifliği temin etmek üzere, bu yetki kullanılmadan önce, bu yetki nesnel, soyut ve genel nitelikli kimi kurallara bağlanması tercih edilmelidir.

2886 ile 4734 sayılı Kanunların kapsamına aldığı birçok idare vardır. Bu bağlamda ihale işlemleri, tek bir merkezden yönetilmemekte olup adem-i merkeziyet prensibi geçerlidir. Başka deyişle hemen hemen her idare kamu ihalelerini kendisi yürütmektedir. Durum bu olunca da takdir yetkisinin kullanımında objektif, makul ve geçerli sebep ve gerekçelerin varlığı çok daha önemli hâle gelmektedir. Örneğin 2886 sayılı Kanun'un madde 84/3 hükmünde düzenlenen, sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçmek şeklindeki fiil ve davranışın konu unsuru bir idareden diğerine değişebilmektedir; başka deyişle Kanun'un cevaz verdiği şekilde, benzer fiil ve davranışları gerçekleştiren kişiler bir idarede bir yıl, başka bir idarede altı ay süre

⁷⁶ Bkz.: Danıştay 5. Dairesi, 10.10.2014 Tarihli ve E. 2012/4927, K. 2014/6653 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUoS7wjrv1ufA~~>, 19.06.2017.

⁷⁷ Burada düzenli idareye işaret edildiği gözden kaçırılmamalıdır. Bkz.: Giritli vd., **a.g.e.**, s. 135-136.

ile kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanabilmektedir. Burada ihale düzenini bozan fiil ve davranışları gerçekleştirenlerin cezalandırılması gerektiğine inanmakla ve kanun koyucunun bu yaptırımını yerinde bulmakla birlikte; adaletsiz sonuçların ortaya çıkmasını da istememekteyiz. Zira kamu ihalelerinden yasaklama kararları, malî sonuçları bulunan idarî yaptırımlar⁷⁸ olup ekonomik temelde günler dahi önem kazanabilmektedir. 2886 sayılı Kanun uyarınca yasaklama kararlarının ilgilileri olan kişiler, belirlenen sürelerde yasaklamanın idare kapsamı dâhilinde yapılan tüm ihalelerden dışlanmakta olup kamuya gelir getirici nitelikteki ve kişilerin aktiflerinde artırıcı ya da pasiflerini azaltıcı işlemleri gerçekleştirememekte olduğundan, kanaatimizce sonuçları oldukça tesirli ve ağır bir yaptırımdır⁷⁹.

⁷⁸ Taşdelen, **a.g.m.**, s. 296.

⁷⁹ Mahallî İdareler Genel Müdürlüğünün tüm il özel idareleri ile belediyelere göndermiş olduğu ve 2886, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar uyarınca tesis edilecek kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının sürelerinin, Kanunlarda yer alan fiil ve davranışların karşılığı olarak aynı şekilde verilmesinin öngörüldüğü Genelgesi'nin, bu anlamda çok doğru bir adım olduğunu ve düzenli idare ilkesine hizmet ettiğini düşünmekteyiz. Bu bağlamda en azından İçişleri Bakanlığı kendi teşkilatı içinde yeknesak uygulamayı temin edebilmektedir. Bu sebeple de objektifliği temin etmek üzere, yasaklama kararı tesis etme yetkisi kullanılmadan önce, bu yetki nesnel, soyut ve genel nitelikli kurallara bağlanmış olmaktadır. Bkz.: İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü, *İhale Yasağı* Konulu, 04.11.2003 Tarihli ve B050MAH0740001/46242 Sayılı Genelge, (Çevrimiçi), <http://www.migm.gov.tr/2003genelge>, 14.06.2017.

ALTINCI BÖLÜM

2886 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE KAMU İHALELERİNDEN YASAKLAMA KARARLARINDA YETKİ UNSURU VE HUKUKA AYKIRILIKLAR

Bu bölümde, idarî işlemlerdeki yetki unsurunun mahiyeti, özellikleri ile türleri açıklandıktan sonra, yasaklama kararlarının verilmesinde yetki unsuru irdelenecektir. Daha sonra ise idarî işlemlerin yetki unsurundaki hukuka aykırılıkların kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında ortaya çıkabilecek durumları ise tek bir başlık altında incelenecektir.

6.1. İDARÎ İŞLEMLERDE YETKİ UNSURU

İdare hukukunda hukukî iktidar olarak ifade edilen yetki, sahibine bir hukukî yetenek vermektedir ve bu hukukî iktidarın kullanılması da irade açıklaması ile mümkün olmaktadır¹. Yetki unsuru², idarî işlemlerdeki irade beyanının kim ya da kimler tarafından yapılacağına ilişkindir³. İdarî işlemlerdeki yetki unsuru, belli organ ve makamlara Anayasa ve kanunlar tarafından tanınmış karar alma gücünü ifade etmektedir⁴. Başka ifade ile yetki unsuru ile kanun koyucu tarafından ortaya çıkan sebebe göre, irade açıklaması yapmakla görevli yetkili makam ortaya çıkmaktadır⁵.

İdare hukukunda Anayasa⁶ ve kanunlardan doğan ve bunlar tarafından belirtilen şekilde verilen yetki, idare açısından bir yüküm içermektedir; zira idarî fonksiyonda yetkinin yetkili kişi tarafından kullanılması zorunludur. Başka deyişle idarî makamın yetkisini kullanmama yetkisi bulunmamaktadır. Zira idare hukuku

¹ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 18-19.

² Yetki unsuru, şekil/usul unsuru ile birlikte idare hukuku doktrinde idarî kararların alınması başlığı altında açıklanmaktadır. Bkz.: Duran, **a.g.e.**, s. 400-410; Günday, **a.g.e.**, 134-150; Tan, **a.g.e.**, s. 233-259.

³ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 305.

⁴ Tan, **a.g.e.**, s. 233.

⁵ Giritli, **a.g.e.**, s. 1267.

⁶ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 305.

alanındaki yetkiler, kamu yararını tesis etmek amacıyla bir görev olarak kişilere verilmekte olup özel hukukta görülen subjektif hak niteliğinde değildir⁷.

Anayasa'nın madde 6/3 hükmünde belirtilen " (...) *Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.*" ibaresine göre, bir kişinin Anayasa yahut kanun ile yetkilendirilmedikçe idare adına bir işlem yapması mümkün olmadığından, idare hukukunda yetkiler "verilmiş yetki" olarak nitelendirilmektedir⁸. Bu durumda bireysel idarî işlemin tesisi, herhangi bir organ, makam ya da kamu görevlisi tarafından yapılamamaktadır⁹. Zira idarî işlemlerde yetkisizlik asıldır ve ancak mevzuat ile açık biçimde yetkilendirme yapılabilmektedir¹⁰. Yetki ile tanınan hukukî gücün sınırları dışına çıkılması ya da hiç kullanılmaması ilgili işlemin hukuka aykırı olmasına neden olmaktadır¹¹.

Her türlü yetki kuralının kamu düzeni ile yakından ilişkili olması sebebiyle, bireysel idarî işlemin hukuka uygun olması için, yetki kurallarına idare tarafından uyulması zorunludur¹². Ayrıca yetki kurallarının kamu düzenine ilişkin olmaları sebebiyle, uyuşmazlık durumunda yetkisizliğin var olduğu, hem taraflarca her zaman ileri sürülebilir hem de mahkemece resen dikkate alınmaktadır¹³. İlâveten yetki unsurunda oluşan hukuka aykırılıklar (sakatlıklar) sonradan verilecek bir onay ya da icazet ile giderilememektedir¹⁴. İdarî işlemin en temel unsuru olarak belirtilen yetki unsurunun kuralları, genişletici yoruma tabi tutulamadığı gibi Anayasa'da ya da kanunda yer verilmedikçe devredilememektedir¹⁵.

⁷ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 204.

⁸ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 305-306.

⁹ Günday, **a.g.e.**, s. 134.

¹⁰ Giritli vd. **a.g.e.**, s. 1257.

¹¹ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 408.

¹² Günday, **a.g.e.**, s. 135.

¹³ Tan, **a.g.e.**, s. 233.

¹⁴ Duran, **a.g.e.**, s. 401.

¹⁵ İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu, idare hukukunda yetkinin, Anayasa ve kanunlar ile tanınmış olan karar alma gücünü ifade ettiğini ve bu yönüyle idarî işlemin en temel unsurunu oluşturan yetkinin, kanun ile hangi makama verilmiş ise ancak onun tarafından kullanılabileceğini; idare hukukunda yetkisizliğin kural, yetkili olmanın istisna olduğunu belirtmiştir. Yetkili olmadaki istisnanın, yalnızca kanunla gösterilen hâllerde ve yine kanunla gösterilen idarî merciler tarafından kullanılmasını ifade ettiğini ve bu sebeple yetkinin kanunun açık izni olmadan devredilemeyeceğini ve Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca, kuruluş ve görevleri kanun ile düzenlenmek durumunda olan

Daha önce belirttiğimiz üzere, yetki unsurunda takdir yetkisi bulunmamaktadır; zira takdir yetkiye sahip olmada değil, yetkinin kullanılış zamanının ve yetki ile ortaya çıkarılacak normun belirlenmesinde bulunmaktadır¹⁶. İdare hukuku doktrinde yetki, kişi, konu, yer ve zaman bakımından dört türe ayrılarak¹⁷ açıklanmaktadır¹⁸. Zira dar anlamıyla yetki unsuru, konu, yer ve zaman itibariyle Anayasa ve kanunlar tarafından tanınmış bir karar alma gücüdür¹⁹. Şimdi sırasıyla bunları inceleyelim.

6.1.1. Kişi Bakımından Yetki

İdare adına irade açıklaması yapabilmek ya da karar alabilmek üzere yetkilendirilen bir görevli bulunmaktadır²⁰. Bu bağlamda kişi bakımından yetki ile idarenin görev alanına giren bir konuda irade açıklama ve bu suretle de idarî işlem tesis etmeye belirli ve sınırlı yetkili kişiler tespit edilmektedir²¹.

idarenin kendi düzenleme yetkisinin de kanunlarla sınırlı olması sebebiyle, yetki kurallarının genişletici yoruma tabi tutulamayacağını belirtmiştir. Bkz.: İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu, 20.11.2012 Tarihli ve E. 2008/2358, K. 2012/2133 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXNbKBbyKuPpA~>, 11.07.2017. Ayrıca Danıştay, idarî işlemlerin kamu gücü kullanılarak ve kamu yararı gözetilerek tesis edilmeleri sebebiyle, birtakım kayıt ve şartlara bağlanmış olduklarını ve iradenin de idarelerin tesis ettikleri idarî işlemlerin özünü oluşturduğunu; idarî işlemlerin unsurlarından olan yetki unsuruna ilişkin kuralların, bahsi geçen kayıt ve şartlar içinde yer aldığını belirtilmiştir. Yetki kavramının, kanunlar ile kendilerine bırakılmış alanlarda faaliyet gösterebilecek olan idarelerin, idarî işlem tesis ederken sahip oldukları hukukî olanak ve görev alanını ifade ettiğini, yetkinin aynı zamanda, Anayasa'nın ve kanunların idareye bıraktığı alanlarda tesis edilecek idarî işlemlerin hangi idare makam ve organlarınca yapılabileceğini belirlediğini, idarelerin işlem tesis ederken uymak zorunda oldukları yetki kurallarının kamu düzeninden olduğunu ve idarelerin tesis etmiş oldukları işlemlerin yargı önüne getirildiklerinde yetki kuralına aykırılığın yargı mercii tarafından resen göz önüne alınabilecek nitelikte olduğunu belirtmiştir. Bkz.: Danıştay 8. Dairesi, 10.03.2008 Tarihli ve E. 2008/1501 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeX8oT3Ga!Kyyg~>, 16.06.2017.

¹⁶ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 211.

¹⁷ Yetkilerin bu türleri, yetkilerin yatay ve dikey ayrımı olarak da irdelenmektedir. Bu bağlamda konu, yer ve zaman yönünden bireysel idarî işlemi tesis etmeye yetkili idarî merciler değerlendirilmektedir. Bkz.: Duran, **a.g.e.**, s. 401.

¹⁸ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: I, s. 405.

¹⁹ Duran, **a.g.e.**, s. 401.

²⁰ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: II, s. 415.

²¹ Günay, **a.g.e.**, s. 136.

6.1.2. Konu Bakımından Yetki

Konu bakımından yetki²², "*hukuk düzeninde belli hukukî değişiklikleri ifade edecek normların tesisi yeteneğidir*" şeklinde tanımlanmıştır²³. Her idarî makamın, organın, kuruluşun ya da kişinin yetkili olduğu hususlar, madde itibariyle daha önceden tespit edilmiştir. Bu bağlamda yetkiler, idarî teşkilat içinde yatay ve dikey olarak ve normlar çerçevesinde dağıtılmışlardır²⁴. Bu dağılımdaki idarî işlem tesisindeki yetkiliyi bulmak için mevzuata bakmak gerekecektir²⁵. Bu bağlamda konu bakımından idarenin yasama ve yargı fonksiyonuna ilişkin işlem yapması²⁶ ile bir idarî makamın başka bir idarî makamın yetki alanına tecavüz etmesi, idarî işlemin konu bakımından yetki unsurunda hukuka aykırılık meydana getirecektir²⁷.

6.1.3. Yer Bakımından Yetki

İdarî makamların coğrafi yetki alanları bulunmaktadır ve bu alanlar konu bakımından yetkinin kullanılabilmesi için coğrafi sınırları belirlemektedir²⁸. Yer bakımından yetkili bulunan alanlar da kanun ve mevzuat ile belirlenmiştir. Bu bağlamda kişi, olay, durum ya da eşyanın bulunduğu yer temelinde yetkinin kullanılabilmesi için çevre tespit edilmekte olup bu yetki çevreleri idarî bölümler olarak ifade edilmektedir²⁹. İdarî bölümler belirlenmek suretiyle de yetkinin sahipleri arasında bir işbölümü yapılmış olmaktadır³⁰.

²² Yargılama hukukunda konu bakımından yetki, *görev* olarak ifade edilmektedir. Bkz.: Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: II, s. 405.

²³ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 204.

²⁴ Duran, **a.g.e.**, s. 402.

²⁵ Tan, **a.g.e.**, s. 234.

²⁶ İdarede yetki, yalnızca idarî fonksiyona özgüdür. Bkz.: Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 339.

²⁷ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 318.

²⁸ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 204.

²⁹ Duran, **a.g.e.**, s. 404.

³⁰ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 303.

6.1.4. Zaman Bakımından Yetki

Zaman bakımından yetki ile idarî makamların bu yetkiyi kullanabilecekleri süre belirlenmektedir³¹. İdareler kanun ve mevzuat belirlenen sürelerde yetkilerini kullanmak zorundadır³².

6.2. YASAKLAMA KARARLARININ VERİLMESİNDE YETKİ UNSURU

Daha önce de belirttiğimiz üzere yetki, idarî işlemlerin unsurlarından birisidir. Bu sebeple, bir idarî işlem olduğunu tespit etmiş olduğumuz kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında da yetki kuralları bulunmaktadır. 2886 sayılı Kanun uyarınca kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilmesindeki yetkinin ihaleyi yapan Bakanlık ya da ilgili Bakanlığa ait olduğunu belirtebiliriz³³. Kanun'da bu yetkinin belirlenmesinde belli düzenlemeler yer almaktadır; şimdi sırasıyla bu durumlar kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilmesinde konu unsuru temelinde ve *o ihaleye iştirak ettirilmeme kararı alınmasında yetki ile bütün ihalelere ve ihaleyi yapan bakanlık veya yasaklama kararını veren idarenin/kurumun ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı alınmasında yetki* bakımından iki ayrı başlık altında incelenecektir.

6.2.1. O İhaleye İştirak Ettirilmeme Kararı Alınmasında Yetki

2886 sayılı Kanun'un madde 84/1 hükmüne göre, 83. maddede belirtilen fiil ve davranışlarda buldukları anlaşılmanın, bu fiil ve davranışların ihale safhasında olması hâlinde idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyeceklerini daha önce belirtmiştik. Bu bağlamda hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırma veya buna teşebbüs etme şeklindeki yasak fiil ve davranışlar; açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kıracak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağırma ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak veya

³¹ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 204.

³² Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: II, s. 408.

³³ Buradaki durumun istisnasını, kişilerin Kanun'da belirtilen fiil ve davranışlarının tespiti sonucunda, o ihaleye iştirak ettirilmeme kararı alınmasındaki yetki kuralı oluşturmaktadır.

ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak ile ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek şeklindeki yasak fiil ve davranışların idarelerce sözleşme imzalanana dek - ihale işlemlerinin hazırlanması veya yürütülmesi sırasında- tespit edilmesi hâlinde, o ihaleye iştirak edilmeme kararının *idarelerce* verileceği hükme bağlanmıştır. O hâlde konu unsuru o ihaleye iştirak ettirilmeme kararı olduğunda, *konu bakımından yetki* ihaleyi yapan idareye aittir.

Konu unsuru o ihaleye iştirak ettirilmeme kararı olduğunda, idare adına irade açıklaması yapabilmek ya da karar alabilmek üzere yetkilendirilen görevli kişiler; başka deyişle *kişi yönünden yetkililer*, ihaleyi yapan ve bu yasak fiil ve davranışları tespit ve bu fiil ve davranışlarla ilgili ispatları elde etmeye muktedir olan idarenin ita amirleri, ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanlar; başka deyişle ihale komisyon üyeleridir.

6.2.2. Bütün İhalelere ve İhaleyi Yapan Bakanlık veya Yasaklama Kararını Veren İdarenin/Kurumun İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararı Alınmasında Yetki

2886 sayılı Kanun'un madde 84/1 hükmüne göre, 83. maddede belirtilen fiil ve davranışlarda buldukları anlaşılabilirler hakkında, fiil veya davranışlarının özelliğine göre *ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından*³⁴ bir yıla kadar bütün ihalelere; Kanun'un madde 84/3 hükmüne göre üzerine ihale yapıldığı hâlde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra

³⁴ 4734 sayılı Kanun'un madde 58/1 hükmünde, "*Katılma yasakları, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir.*" ve 4735 sayılı Kanun'un madde 26/1 hükmünde "*Katılma yasakları, sözleşmeyi uygulayan 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 tarafından verilir.*" düzenlemesi bulunmaktadır. 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar uyarınca yasaklama kararının verilmesindeki yetki daha detaylı bir şekilde hükme bağlanmış ve *ihaleyi yapan bakanlık, bağlı veya ilgili bulunulan bakanlık veya herhangi bir bakanlığın bağlı veya ilgili kuruluşu olmayan idarelerde ihale yetkilisi ve il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı* olmak üzere dört tür yetki kategorisi oluşturulmuştur.

taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhit veya müşteriler hakkında da yine, *ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından* bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceği hüküm altına alınmıştır.

İhaleyi yapan idare bakanlık ise yasaklama kararının verilmesinde *konu bakımından yetki* ihaleyi yapan bakanlığa; *kişi bakımından yetki* ise bakana ait olacaktır. Ancak 2886 sayılı Kanun'un madde 84/5 hükmünde ihaleyi yapan idarelerin ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu *ilgili bakanlığa* bildirmekle yükümlü olduğu belirtilmiş olup bu bağlamda ihaleyi yapan idarelerin bir bakanlık olmaması hâlinde, kamu ihalelerinden yasaklama kararını tesis etmek için yetkilerinin bulunmadığı anlaşılmaktadır; başka deyişle kamu ihalelerinden yasaklama kararı verme yetkisine bir sınırlandırma getirilmiş olup kanaatimize göre, Kanun'un hem madde 84/1 hükmü hem de madde 84/3 hükmü uyarınca kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının verilmesinde yetkili idare, mutlaka *bakanlık* olmak zorundadır. Bu durumda da 2886 sayılı Kanun uyarınca, Kamu İhale Genel Tebliği'nin ekinde yer alan yasaklama kararı formunda yer alan *Yasaklama Kararı Veren Bakanlık/Kurum* olarak mutlaka bir bakanlığın belirtilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesinde geçen "ilgili bakanlık" ifadesi ile neyin kastedildiği araştırılmalıdır.

Daha önce belirttiğimiz üzere, 2886 sayılı Kanun'un 1. maddesinde yer alan idare kapsamına baktığımızda da genel bütçe kapsamındaki daireler ile katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin işleri, bu Kanun'da yazılı hükümlere göre yürütülmektedir. Öncelikle il özel idareleri ve belediyelerin ilgili veya bağlı bulunan bakan veya bakanlığın onayını gerektiren iş ve işlemleri için Kanun hükümleri uyarınca, İçişleri Bakanlığının onay merci sayılıp sayılamayacağı konusunda ortaya çıkan duraksamanın giderilmesi amacıyla Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün danışma yazısı istemi üzerine, Danıştay 1. Dairesince verilen 05.04.1995 tarihli ve E. 1995/62, K. 1995/60 sayılı kararın Danıştay Başkanı

tarafından iletilmesi üzerine, İdare Dava Genel Kurulunun vermiş olduğu karara bir göz atmak gerekmektedir.

İdare Dava Genel Kurulu, 2886 Sayılı Kanun'un I. maddesinde, genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin işlerinin Kanun'da yazılı hükümlere göre yürütüleceğini; Kanun'un kimi maddelerinde de bazı iş ve işlemler özel önem ve niteliği nedeniyle "ilgili ya da bağlı bulunan bakan veya bakanlığın" onay ya da kararına bağlı tutulduğunu; ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verme yetkisinin de ilgili idarelerin bildirim üzerine yalnızca ilgili bakanlığa tanındığını ve Kanun'da, "ilgili ya da bağlı bulunan bakan veya bakanlık" ibareleriyle ilgili olarak herhangi bir tanım ve nitelime yer olmadığından bunların hangi anlamda kullanıldığının belirlenmesi, bu belirleme yapılırken de öncelikle 2886 sayılı Kanun hükümlerinin göz önünde tutulması gerektiğini belirtmiştir. Kararın devamında, il özel idareleri ve belediyelerin de onay gerektiren iş ve işlemleri için "ilgili bakan ya da bağlı bulunan bakan ve bakanlığın" onayının gerektiği ve ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektiren bir durumun ortaya çıkması hâlinde de bu idarelerce ilgililer hakkında ihaleye katılmaktan yasaklama kararının ilgili bakanlıkça verilmesinin zorunlu olduğu ve tersine anlayışın, Kanun'un kimi hükümlerinin özel idareler ve belediyeler bakımından uygulanmaması sonucunu doğuracağını ve böyle bir durumun Kanun'un sözüne olduğu kadar kanun koyucunun amacına da aykırılık oluşturacağı bildirilmiştir. İlaveten Anayasa ve ilgili kanunlarla verilen vesayet yetkisini yerel yönetim idareleri üzerinde kullanan İçişleri Bakanlığını bu idarelerin ilgili bakanlığı olarak kabul etmenin zorunlu olduğu, ilgili ve bağlı kuruluş kavramlarının tanımlandığı ve bu kuruluşların örgütlenme biçiminin düzenlendiği 3046 sayılı Kanun'un³⁵ bakanlıkların kuruluş ve görev esaslarını düzenleyici içerikte bir kanun olduğu ve idarî örgütlenmede standartlaşmayı amaçladığını ve bu Kanun'da yer alan tanımlardan hareketle 2886 sayılı Kanun'da belirtilen "bağlı" ve "ilgili" bakanlık kavramlarının açıklığa kavuşturulmasının

³⁵ Kanun'un tam adı şu şekildedir: *Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında 174 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 13/12/1983 Gün ve 174 Sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 202 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun.*

mümkün olmadığı belirtilmiş olup il özel idareleri ve belediyelerin 2886 sayılı Kanun'un kimi maddelerinde yer alan ve onayı gerektiren iş ve işlemleri için, İçişleri Bakanlığının "bağlı ya da ilgili bulunan bakan veya bakanlık" sayılması gerektiği yolundaki Birinci Daire kararında³⁶ yer alan azınlık görüşünün onanmasına ve bu yolda görüş bildirilmesine 01.06.1995 tarihinde oyçokluğuyla karar verilmiştir³⁷.

İdare Dava Genel Kurulu kararında ve bu kararda geçen Danıştay 1. Dairesinin azınlık görüşünde yer alan kararda, kamu ihalelerinden yasaklama kararının verilmesindeki yetkinin yalnızca ilgili bakanlığa tanındığı ve hatta ilgili bakanlıkça verilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Ayrıca idarî örgütlenmede standartlaşmanın amaçlandığı 3046 sayılı Kanun'da yer alan tanımlardan³⁸ hareketle,

³⁶ İdare Dava Genel Kurulunun kararında geçen Birinci Daire kararında yer alan ayrılış oyunda yer alan ifadelerin önemli olduğunu düşünmekteyiz. İl özel idareleri ve belediyelerin 2886 sayılı Kanun'un 10, 44, 63 ve 84'üncü maddelerinde belirtilen iş ve işlemleri bakımından İçişleri Bakanlığının ilgili ya da bağlı bakanlık sıfatıyla onay verip vermeyeceği hususunda düşülen duraksamanın giderilmesi amacıyla bir istişarî düşünce istemi yapılmıştır. Kararda 2886 sayılı Kanun'un kimi maddelerinin, bazı iş ve işlemler özel önem niteliği nedeniyle "ilgili ya da bağlı bulunan bakan veya bakanlığın" onay ya da kararına bağlı tutulmuş olduğu ve fakat Kanun'da, "ilgili ya da bağlı bulunan bakan veya bakanlık" ibareleriyle ilgili olarak herhangi bir tanım ve nitelemenin yer almaması sebebiyle, bunların hangi anlamda kullanıldığının belirlenmesi, bu belirleme yapılırken de öncelikle 2886 sayılı Kanun hükümlerinin göz önünde tutulması gerektiği belirtilmiştir. Bu bağlamda, 2886 sayılı Kanun'da, genel bütçeye dâhil daire ve katma bütçeli idareler ile özel idare ve belediyeler arasında gerek Kanun'a tabi iş ve işlemler gerekse onayı gerektiren iş ve işlemler bakımından herhangi bir ayırım ve aykırı durum öngörülmemiş olduğu; ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verme yetkisinin de ilgili idarelerin bildirim üzerine yalnızca ilgili bakanlığa tanınmış olduğu belirtilmiştir. Bu durumda, il özel idareleri ve belediyelerde, onayı gerektiren iş ve işlemler için "ilgili bakan ya da bağlı bulunan bakan ve bakanlığın" onayının gerektiği ve bu idareler tarafından yapılan ihalelerde, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektiren bir durum ortaya çıkması hâlinde de ilgililer hakkında ihaleye katılmaktan yasaklama kararının ilgili bakanlıkça verilmesinin zorunlu olduğu ve tersine anlayışın, Kanun'un kimi hükümlerinin özel idareler ve belediyeler bakımından uygulanmaması sonucunu doğuracağı ve böyle bir durumun da sözüne olduğu kadar, kanun koyucunun amacına da aykırılık oluşturacağı belirtilmiştir. Tüm bu açıklamalardan sonra 3046 sayılı Kanun'da, Bakanlık ilgili kuruluşlarının, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları (kamu kurumları) olduğu belirtilmiş olduğu için, Devlet dışında diğer kamu tüzel kişilerinin "kamu kurumu" ve "kamu idaresi" ikili ayırımına koşut olarak, ilgili Kanunlara göre il özel idareleri ve belediyeler üzerinde vesayet yetkisine sahip olan İçişleri Bakanlığının bu idarelerin "ilgili bakan ya da bakanlığı" olduğu ve il özel idareleri ve belediyelerin, 2886 sayılı Kanun'un kimi maddelerinde yer alan ve onayı gerektiren iş ve işlemler için, İçişleri Bakanlığının "ilgili ya da bağlı bulunan bakan veya bakanlık" sayılması gerektiğini bildirmiştir. Bkz.: Danıştay 1. Dairesi, 05.04.1995 Tarihli ve E. 1995/62, K. 1995/60 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUd%2BzwAMIE!%2Bw~~, 19.06.2017>.

³⁷ İdarî Dava Genel Kurulu, 01.06.1995 Tarihli ve E. 1995/68, K. 1995/120 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeV6HHIstToP0g~~, 19.06.2017>.

³⁸ 3046 sayılı Kanun'un kapsamını düzenleyen 2. maddesinde, bu Kanun'un Milli Savunma Bakanlığı hariç diğer bakanlıkların merkez, taşra, yurt dışı teşkilatları ile bağlı ve ilgili kuruluşlarını kapsadığı;

2886 sayılı Kanun'da belirtilen "bağlı" ve "ilgili" bakanlık kavramlarının açıklığa kavuşturulmasının mümkün olmadığı belirtilmiş olup il özel idareleri ve belediyelerin 2886 sayılı Kanun'un kimi maddelerinde yer alan ve onayı gerektiren iş ve işlemleri için, İçişleri Bakanlığının "bağlı ya da ilgili bulunan bakan veya bakanlık" sayılması gerektiğine karar verilmiştir³⁹. Kanaatimize göre de 3046 sayılı Kanun'da belirtilen ve tanımlanan bakanlığın ilgili kuruluşları ile 2886 sayılı Kanun'da yer alan idarelerin ilgili bakanlığı ifadelerini, benzer düzenleme düşünülerek bir sonuca varmak mümkün olmamaktadır. 2886 sayılı Kanun'un madde 83/1 ve 84/3 hükümlerinde yer alan ilgili bakanlık ifadesini, 3046 sayılı Kanun'da yer alan bakanlığın ilgili kuruluşları şeklinde belirtilen hukukî terminolojiden farklı olarak düşünmek gerekmektedir ve bu bağlamda da yine kanaatimize göre 2886 sayılı Kanun'un madde 83/1 ve 84/3 hükümlerinde yer alan ve yasaklama

5. maddesinde de Bakanlıkların, merkez teşkilatı ile ihtiyaca göre kurulan taşra ve yurt dışı teşkilatından ve bağlı ve ilgili kuruluşlardan meydana geldiği belirtilmiştir. Kanun'un 10. maddesinde Bakanlığın bağlı kuruluşlarının, bakanlığın hizmet ve görev alanına giren ana hizmetleri yürütmek üzere bakanlığa bağlı olarak özel kanunla kurulan, genel bütçe içinde ayrı bütçeli veya katma bütçeli veya özel bütçeli kuruluşlar olduğu ve 11. maddesinde de Bakanlığın ilgili kuruluşlarının, özel kanun veya statü ile kurulan, iktisadî devlet teşekkülleri ve kamu iktisadî kuruluşları ile bunların müessese ortaklık ve işbirlikleri veya özel hukukî, malî ve idarî statüye tabi, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları şeklinde düzenlendiği hükme bağlanmıştır. Ayrıca Kanun'un madde 19/A hükmünde de bakanlık bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları şeklinde bir ifade de yer aldığından dolayı Bakanlıklara bağlı, ilgili ve ilişkili olmak üzere üç kategoriye ayrılan idarelerin bulunduğu anlaşılmaktadır.

³⁹ Mahallî İdareler Genel Müdürlüğünün hazırladığı İhale Yasakları Hakkında Genelge'de 2886, 4734 ve 4735 sayılı Kanun hükümlerine göre, mahallî idarelerin ihale işlemlerindeki fiil ve davranışlardan ötürü gerçek ve tüzel kişiler hakkında verilecek ihaleden yasaklama kararlarının, İçişleri Bakanlığı tarafından verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz.: İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü, *İhale Yasakları* Konulu, 13.09.2006 Tarihli ve B050MAH0740001/46281 Sayılı İhale Yasakları Hakkında Genelge, (Çevrimiçi), http://www.yerelnet.org.tr/basvuru_kaynaklari/yy_mevzuati/mevzuat_detay.php?kod=203&туру=ge, 14.03.2017. Ayrıca bkz.: İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü, *İhale Yasakları* Konulu, 11.01.2008 Tarihli, B050MAH0740001/917-45062 Sayılı ve 2008/4 No.lu Genelge, (Çevrimiçi), <http://www.migm.gov.tr/2008yiliigenelge>, 11.03.2017. Benzer şekilde İçişleri Bakanlığı Mahallî İdareler Genel Müdürlüğünün başka bir Genelgesi'nde de 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesi uyarınca il özel idareleri, belediyeler ve mahallî idare birliklerinin ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının İçişleri Bakanlığı tarafından verildiği belirtilmiştir. Bkz.: İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü, *İhale Yasakları* Konulu, 26.08.2010 Tarihli ve B.05.0.MAH.0.01.03.00/24564/45075 Sayılı Genelge, (Çevrimiçi), http://www.migm.gov.tr/kurumlar/migm.gov.tr/GENELGELER/Ihalelere_Katılmaktan_Yasaklama_Taleplerindeki_Eksiklikler_Hakkında_Genelge.pdf, 23.03.107.

kararlarında mutlaka yetkinin sahibi olan ilgili bakanlık ile ihaleyi yapan idarenin bir şekilde ilişkilendirilebildiği bakanlık anlaşılmalıdır⁴⁰.

Belediye ve il özel idarelerinden sonra, 2886 sayılı Kanun'un uygulanacağı genel bütçe kapsamındaki idarelere bakacak olursak bu idarelerin -Bakanlıkların merkez ve taşra teşkilatının-, Devlet tüzel kişiliği içinde yer almakta oldukları için ayrı bir kamu tüzel kişilikleri bulunmamaktadır ve tesis ettikleri kamu ihalelerinden yasaklama kararları "bakanlık" tarafından verilmekte olup yasaklama kararlarındaki yetki bakanlıklara ait olmaktadır⁴¹.

2886 sayılı Kanun'un uygulanacağı belirtilen katma bütçe şeklinde bir bütçe sınıflandırması artık mevzuatımızda bulunmadığı için de 2886 sayılı Kanun uyarınca yapılan işlemlerde, katma bütçeli idareler lafzından özel bütçeli idarelerin anlaşıldığını daha önce belirtmiştik. Özel bütçe kapsamındaki idarelerin Kanun'un madde 84/1 ve 84/3 hükümleri uyarınca tesis edecekleri kamu ihalelerinden yasaklama kararları da "bakanlık" tarafından verilmekte olup bu idarelerin yasaklama kararlarındaki yetki bakanlıklara ait olmaktadır. Burada da Danıştay'ın önüne gelen bir uyuşmazlığa göz atmak istiyoruz⁴².

Dava, davacı şirketin 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinin (a), (c) ve (f) fıkralarında sayılan fiil ve davranışlarda bulunduğu bahisle, Kanun'un 26. maddesi uyarınca iki yıl süreyle kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin olarak Resmî Gazete'de yayımlanan Akdeniz Üniversitesi Rektörlüğü işleminin iptali istemiyle açılmıştır. İdare Mahkemesi, davalı

⁴⁰ Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü'nün *İhale Yasakları* konu Genelgesi'nde, Resmî Gazete'de yayımlanan ihaleden yasaklama ilanları ve mahkemelerden İçişleri Bakanlığına intikal eden yazılardan, ihaleden yasaklama kararları konusunda yanlış işlemler yapıldığı ve encümen ya da birim başkanlığı kararıyla ihaleden yasaklama işlemi tesis edilerek yayımlanmak üzere Resmî Gazete'ye gönderildiğinin tespit edildiği belirtilmiştir. Bkz.: İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü, *İhale Yasakları* Konulu, 13.09.2006 Tarihli ve B050MAH0740001/46281 Sayılı İhale Yasakları Hakkında Genelge, (Çevrimiçi), http://www.yerelnet.org.tr/basvuru_kaynaklari/yy_mevzuati/mevzuat_detay.php?kod=203&туру=ge, 14.03.2017.

⁴¹ Burada bahsetmiş olduğumuz durum, 2886 sayılı Kanun'da yasaklama kararlarının verilmesinde yetki ile ilgili düzenleme getiren Kanun'un madde 84/1 ile madde 84/3 hükümlerinde yer alan ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık düzenlemelerinden, ilgili bakanlık değil; direkt ihaleyi yapan bakanlığın yetkili olduğu durumdur.

⁴² Örnek Danıştay kararı, 4735 sayılı Kanun'a ilişkin bir uyuşmazlığa ilişkindir; ancak 2886 sayılı Kanun'un uygulamasına yönelik durumun anlaşılması için yer vermeyi uygun buluyoruz.

idarece tesis olunan işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş, bu karar davacı vekilince temyiz edilmiştir. Danıştay, 4735 sayılı Kanun'un 26. maddesine göre katılma yasaklarının, sözleşmeyi uygulayan 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 tarafından verileceğini; 2547 sayılı *Yükseköğretim Kanunu*'nun 3. maddesinde, üniversitenin bilimsel özerkliğe ve kamu tüzel kişiliğine sahip olduğunu; Kanun'un madde 7/k hükmüne yükseköğretim üst kuruluşları ile üniversitelerce hazırlanan bütçelerin tetkik ve onayladıktan sonra Milli Eğitim Bakanlığına sunmanın Yükseköğretim Kurulunun görevi sayıldığını belirtmiştir. Kararın devamında Danıştay, bu düzenlemeler uyarınca üniversiteler yönünden Yükseköğretim Kurulunun ilgili bakanlığının Milli Eğitim Bakanlığı olduğu anlaşıldığından ve 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinde belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilen yükleniciler hakkında Milli Eğitim Bakanlığı tarafından yasaklama kararı verilebileceğinden, üniversitelerce doğrudan yasaklama kararı verilmesine olanak bulunmadığına karar vererek ihalelerden yasaklama kararı verme yetkisi bulunmayan davalı Akdeniz Üniversitesi Rektörlüğü tarafından tesis edilen dava konusu işlemin yetki yönünden hukuka aykırı bulunduğu; yasaklama kararının iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında kanunî isabet görülmediğine karar vermiştir⁴³.

Yukarıda yer verilen Danıştay kararında, diğer tüm kamu üniversiteleri gibi özel bütçe kapsamında yer alan ve kamu tüzel kişiliği bulunan Akdeniz Üniversitesinin kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilmesinde yetkili olmadığını; bu kararın verilmesindeki yetkinin Millî Eğitim Bakanlığında olduğu belirtilmiştir. Bu karardan hareketle, 2886 sayılı Kanun uyarınca gerçekleştirilen üniversite ihalelerinde de Kanun'un madde 84/1 ve 84/3 hükümleri uyarınca tesis edilecek

⁴³ Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 30.04.2007 Tarihli ve E. 2006/4951, K. 2007/2607 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeX82UFrPd0fmA~~>, 18.06.2017.

kamu ihalelerinden yasaklama kararlarındaki yetkinin Millî Eğitim Bakanlığında olduğunu düşünmekteyiz.

Sonuç olarak buraya kadar açıklamaya çalıştığımız kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında konu ve yetki unsurları ile özellikli durumlarına ilişkin dayandıkları mevzuat, madde ve hükümlerle ilgili açıklamalar Tablo 11'de belirtilmiştir.

Tablo 11: 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu Uyarınca Verilen Yasaklama Kararlarında Konu ve Yetki Unsurları ile Özellikli Durumlar

1. O İhaleye İştirak Ettirilmeme Kararı Alınması (2886 Sayılı Kanun Madde 84/1)		
Yetki	Süre	Konu-Sonuç
•İhaleyi yapan ve bu yasak fiil ve davranışları tespit eden idareler	•İlgili ihale ile sınırlı	•Yasak fiil ve davranışları gerçekleştirenlerin -varsa- teklifleri, o ihalede değerlendirme dışında tutulmaktadır.
2. Bütün İhalelere Katılmaktan Yasaklama Kararı Verilmesi (2886 Sayılı Kanun Madde 84/1)		
Yetki	Süre	Konu-Sonuç
•İhaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık	•Fiil veya davranışlarının özelliğine göre bir yıla kadar	•Bütün ihalelerden yasaklama kararı alınmaktadır; bu kişiler 4734 sayılı Kanun uyarınca yapılan ihalelere de katılamazlar. •Haklarında bu yolda işlem yapılanların sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilere de aynı müeyyide uygulanacaktır.
3. İhaleyi Yapan Bakanlık veya Yasaklama Kararını Veren İdarenin/Kurumun İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararı Verilmesi (2886 Sayılı Kanun Madde 84/3)		
Yetki	Süre	Konu-Sonuç
•İhaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık	• Fiil veya davranışlarının özelliğine göre bir yıla kadar	•"Bakanlık İhalelerinden" ya da "Kurum İhalelerinden" yasaklama kararı alınmaktadır; bu yasaklama 4734 sayılı Kanun uyarınca yapılan ihaleleri etkilemekle beraber, kararın geçerli olduğu idare kapsamı sınırları dâhilinde olmak zorundadır.

6.3. YETKİ UNSURUNDA HUKUKA AYKIRILIKLAR

İdarî işlemlerin hukuka aykırılığının ispatının diğer unsurlarına kıyasla en kolay olduğu unsurunun yetki olduğu belirtilmiştir⁴⁴. Kamu düzeni ile ilgili olan⁴⁵ yetki unsurundaki hukuka aykırılıklar, doktrin veya yargı kararları ile tek tek isimlendirilmiş olup bu aykırılıklar birçok şekilde karşımıza çıkabilmektedir. Zira yetki unsurundaki hukuka aykırılıkların tümü aynı nitelikte değildir ve sakatlığın derecesine göre yaptırım da değişebilmekte; idarî işlem iptal edilebilmekte ya da yok hükmünde sayılabilmektedir⁴⁶. Bu bağlamda idarî işlemlerin yetki unsurundaki hukuka aykırılıklar, *fonksiyon gaspı*, *yetki gaspı*, *yetki tecavüzü* ve *ağır ve bariz yetki tecavüzü* başlıkları altında incelenecektir. Burada hukuka aykırılıklara tek tek yer verilmesinin sebebi, idarî işlemin yokluk ya da iptal edilebilirlik yaptırımlarının yargısal başvurularda çok önemli bir sonucu bulunmasından ileri gelmektedir. Zira yokluk ile sakatlanan idarî işlemlere karşı yargısal başvurularda, dava açma süresi ile sınırlandırılma olmaksızın her zaman bu işlemlere karşı dava açılması ve bu işlemlerin her zaman idarelerce geri alınabilmesi mümkün iken; iptal edilebilirlik yaptırımı olan idarî işlemlerde dava açma süresi ile sınırlandırılma mevcuttur⁴⁷. Ancak hem yargı kararları hem de doktrin açıklamalarında bu konuda bir uzlaşma bulunduğunu, tereddüde yer bırakmayacak çıkarsamaların ve özellikle işlemin yaptırımın yokluk mu yoksa iptal edilebilirlik mi olup olmayacağının objektif tespitinin yapılabildiğini söyleyemeyeceğiz; burada takdir, yargı organlarına ait olmaktadır⁴⁸. En nihayetinde aşağıda açıklayacağımız hukuka aykırılıklar, yetki türlerinden birine uyulmaması sonucunda ortaya çıkmaktadır.

⁴⁴ İl Han Özay, "'Su Gibi Aziz Ol' ya da 'Aziz' mi 'Şeytan' mı?", in **Bilgi Toplumunda Hukuk**, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt: III, İstanbul, 2003, s. 687.

⁴⁵ Atay, **a.g.e.**, s. 403.

⁴⁶ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: II, s. 390.

⁴⁷ Atay, **a.g.e.**, s. 490.

⁴⁸ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: I, s. 391.

6.3.1. Fonksiyon Gaspsı

*Görev gaspsı*⁴⁹ ya da *işlev gaspsı*⁵⁰ olarak da ifade edilen fonksiyon gaspsı, yasama, yargı ve idare fonksiyonları arasında oluşmaktadır⁵¹. Genel anlamda devletin bir fonksiyonunun diğer bir fonksiyonun alanına müdahale etmesi, fonksiyon gaspsı olarak ifade edilmektedir⁵². Kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının idarî niteliği incelenirken, yasama ve yargı organlarınca idarî fonksiyona dâhil işlemler yapılabilir iken, idare organı tarafından yasama ve yargı fonksiyonuna dâhil işlemler yapılamamakta olduğunu⁵³ belirtmiştik. Zira bu durum, bireysel idarî işlemlerin yetki unsuru yönünden sakatlık türlerinden biri olan *fonksiyon gaspsına*⁵⁴ sebebiyet vermekte olup yapılan işlem yokluk ile sakat olmaktadır⁵⁵.

İdarî işlem fonksiyon gaspsı ile sakat olduğunda, idarî işlemin niteliği yalnızca görünürde olmaktadır.⁵⁶ İdarî yargı denetiminde fonksiyon gaspsı, idarî işlemlerin yok hükmünde sayılmasını gerektirecek şekilde ağır sakatlayan⁵⁷ hâllerden biri olarak kabul edilmekte ve "yokluk" yaptırımına⁵⁸ uğramaktadır⁵⁹. Fonksiyon gaspsı, yokluğun bariz hâli olarak belirtilmektedir⁶⁰. Kanaatimize göre de yetki unsurundaki

⁴⁹ Günday, **a.g.e.**, s. 142.

⁵⁰ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: I, s. 391; Özay, **a.g.e.**, s. 486.

⁵¹ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 208.

⁵² Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 301.

⁵³ Günday, **a.g.e.**, s. 15. Karşı görüş için bkz.: Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 8.

⁵⁴ İdarî Dava Daireleri Kurulu, kanun koyucunun düzenleme yapma yetkisi vermediği hususların da idarece düzenlenebileceğinin kabulünün, yargı yetkisinin idare tarafından kullanılması anlamına geleceğini ve bu durumun diğer bir ifadesinin *fonksiyon gaspsı* olduğunu belirtilmiştir. Bkz.: İdarî Dava Daireleri Kurulu, 04.11.2010 Tarihli ve E. 2010/2072, K. 2010/1467 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVFfSOIXkO3MA~~>, 27.06.2017. Ayrıca bkz.: Danıştay 10. Dairesi, 13.03.2007 Tarihli ve E. 2005/6392, K. 2007/948 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeW3OcG8!T9jZQ~~>, 27.06.2017.

⁵⁵ Bu durumla ilgili Danıştay, yetki gaspsı, fonksiyon gaspsı ve ağır ile bariz yetki tecavüzünün *yokluk sebepleri* olarak kabul edildiğini, bunlardan birindeki sakatlığın, idarî işlemin yoklukla malul olmasına sebep olacağını ve hukuken yok hükmünde olan bir işleme dayanılarak tesis edilen işlemlerin de hukuka aykırı hâle geleceğini belirtmiştir. Bkz.: Danıştay 7. Dairesi, 12.05.2011 Tarihli ve E. 2009/5247, K. 2011/1460 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVqeY5aaY8xzg~~>, 27.06.2017.

⁵⁶ Günday, **a.g.e.**, s. 142.

⁵⁷ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: I, s. 391.

⁵⁸ İdarî işlemlerde yokluk yaptırımının daha çok yetki unsurunda görüldüğü belirtilmiştir. Bkz.: Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 331.

⁵⁹ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 331; Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 208; 220; Özay, **a.g.e.**, s. 486.

⁶⁰ Özyörük, **a.g.e.**, s. 220.

hukuka aykırılıklar arasında anlaşılabilmesi en kolay olanı fonksiyon gaspıdır; zira yetki unsurundaki diğer hukuka aykırılıkların net bir tespiti, bu denli kolay olmamaktadır.

Bu sebeple çalışmamızda, idarî fonksiyonun tespitinin yapılması, tarafımız için bir kez daha önemli hâle gelmiştir. Diğer yandan, idarî nitelikli kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında yetkili makamların kimler olduğunu belirlemiştik ve bu bağlamda idarenin görev alanındaki bu kararların da yasama veya yargı fonksiyonu tarafından alınması, idarî işlemi yetki yönünden hukuka ayrı getiren fonksiyon gaspına sebebiyet verecektir. Bu bağlamda da bu idarî işlemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla karşı her zaman dava açılabilmesi mümkündür.

6.3.2. Yetki Gaspı

Mahkeme kararlarında yetki gaspının, *ağır ve açık yetki gaspı* şeklinde ifade edildiği de görülmektedir⁶¹. Yetki gaspı ile idarî işlemin hukuka aykırılığı durumunda, işlemin *yetki kurallarında kişi yönünden yetkisizlik* bulunmaktadır⁶². Bu işlemlerde sakatlığı meydana getiren durum, irade beyan eden ya da karar alan kimsenin ya idareye tamamen yabancı bir kişi olması⁶³ ya da bu iradeyi açıklama ve karar alma yetkisinin bulunmamasıdır⁶⁴; başka deyişle idare içinde irade açıklamaya ve karar almaya yetkisi bulunmayan (amir makam işgal etmeyen⁶⁵) kamu görevlileri

⁶¹ Kararda, görev süresi sona ermiş bulunan bir rektörün senatoyu toplantıya çağırma ve senatoya başkanlık etme yetkisi bulunmadığından, Kanun'da belirlenen usul kurallarına uyulmaksızın toplanmış olan senatoca alınan kararların *ağır ve açık yetki gaspı* ile sakatlanacağı ve bu şekilde alınmış olan kararların hukukî geçerliğinin bulunmadığı, yok hükmünde olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Danıştay 8. Dairesi, 07.07.2006 Tarihli ve E. 2006/970, K. 2006/2893 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVj1v9XdhYo6A~>, 29.06.2017. Danıştay başka bir kararında da Tababet Uzmanlık Tüzüğü ile asistan yetiştirilmesi ile yetkili sağlık kurum ve birimleri ile uzmanların niteliklerinin saptanması konularındaki asıl yetkinin Tababet Uzmanlık Kurulunda olduğunu ve Sağlık Bakanlığının işlevinin koordinatörlükle sınırlı bulunduğunu belirtmiş ve Kurula tanınmış bir yetkinin doğrudan Sağlık Bakanlığınca kullanılmasının da yetki gaspı olarak nitelendirilebilecek ağır bir yetkisizlik durumunu oluşturduğuna karar vermiştir. Bkz.: Danıştay 5. Dairesi, 15.05.2002 Tarihli ve E. 1999/4283, K. 2002/2250 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWNhuJwW5QyAw~>, 01.07.2017.

⁶² Günday, **a.g.e.**, s. 142; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 414.

⁶³ Duran, **a.g.e.**, s. 407; Atay, **a.g.e.**, s. 490.

⁶⁴ Günday, **a.g.e.**, s. 142; Atay, **a.g.e.**, s. 490.

⁶⁵ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 208.

ya da diğerk kişiler tarafından tesis edilen idarî işlemlerde yetki gaspı bulunmaktadır⁶⁶. Bu hukuka aykırılıkta, işlem konusu itibariyle ile söz konusu idarenin görev alanına girmektedir; ancak konusu itibariyle idarenin görev alanına giren bu işlem, mevzuat tarafından yetkilendirilen kişi tarafından tesis edilmemektedir⁶⁷.

Yetki gaspı ile sakatlanan idarî işlem, ölü doğmaktadır ve tıpkı fonksiyon gaspında olduğu gibi yok hükmündedir⁶⁸; bu bağlamda işlem hiçbir hukukî sonuç doğurmamaktadır⁶⁹. Şimdi kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında yetki unsurunda oluşabilecek bu aykırılığı birer örnekle açıklamaya çalışalım.

O ihaleye iştirak ettirilmeme kararının, *idarelerce* verileceği hükme bağlanmıştır. Bu sebeple de konu unsurunu o ihaleye iştirak edilmeme kararının oluşturduğu hâllerde, bu kararı vermeye kişi yönünden yetkililer, idare adına ihaleyi yapan ve bu yasak fiil ve davranışları tespit eden, bu fiil ve davranışlarla ilgili ispatları olanlar olmaktadır. Bu bağlamda, ihaleyi yapan idarenin ita amirleri, ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanlar ve ihale komisyon üyeleri olabilmektedir. Bu belirtilenler dışında bir kamu görevlisinin yahut idareye yabancı bir kişinin aldığı o ihaleye iştirak ettirilmeme kararı, yetki bakımından yetki gaspı ile hukuka aykırı bir işlem olacak olup bu idarî işlemlere karşı her zaman dava açılabilceği gibi, idare tarafından da her zaman geri alınabilmeleri de mümkündür. Bütün ihalelere ya da ihaleyi yapan bakanlık veya yasaklama kararını veren idarenin/kurumun ihalelerine katılmaktan yasaklama kararının da ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından verileceği hükme bağlanmıştır. Bu kararın bakanlık veya ilgili bakan tarafından alınması gerekliliği sebebiyle kişi bakımından yetkili, bakan veya bakanın yetkilendirdiği kişi olabilmektedir. Bunların dışında bakanlıkta irade açıklamaya yetkisi olmayan herhangi bir kişinin bütün ihalelere ya da ihaleyi yapan bakanlık veya yasaklama

⁶⁶ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 302; Duran, **a.g.e.**, s. 407; Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: I, s. 391.

⁶⁷ Atay, **a.g.e.**, s. 490.

⁶⁸ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 332; Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 208; Duran, **a.g.e.**, s. 407; Özay, **a.g.e.**, s. 486.

⁶⁹ Duran, **a.g.e.**, s. 407.

kararını veren idarenin/kurumun ihalelerine katılmaktan yasaklama kararını alması durumunda da bu karar, yetki bakımından yetki gaspı ile hukuka aykırı bir işlem olacaktır. Bu bağlamda da bu idarî işlemlere karşı her zaman dava açılabilceği gibi, idare tarafından da her zaman geri alınabilmeleri mümkündür⁷⁰.

6.3.3. Yetki Tecavüzü

*Yetki aşımı*⁷¹ olarak da isimlendirilen yetki tecavüzü ile idarî işlemin hukuka aykırılığı durumunda, işlemin *yetki kurallarında konu yönünden yetkisizlik* bulunmakta olduğu belirtilmiştir⁷². Yetki tecavüzünde, yine idarenin görev alanında olan bir konuda olmakla birlikte, yetki gaspından farklı olarak irade açıklayan kamu görevlisinin (amir makam işgal eden), idare adına irade açıklama yetkisi bulunmakla birlikte; bu kamu görevlisi başka bir idare ve bu idarede yetkili kişi adına irade açıklamaktadır⁷³. Bu bağlamda mevzuat ile irade açıklamak suretiyle işlem tesis etmeye yetkilendirilen kişinin kendi görev alanının sınırlarını aşması söz konusudur⁷⁴.

Fonksiyon ve yetki gaspından farklı olarak yetki tecavüzünde, yetki unsuru bakımından hukuka aykırı idarî işlemin yaptırımını yokluk değil; iptal edilebilirliktir⁷⁵; zira yetki tecavüzündeki sakatlığın daha hafif nitelikte olduğu belirtilmiştir⁷⁶. Bu bağlamda işlemin ilgililerinin kanunî süresi içinde bu işlemlerin iptal edilmesini temin etmek üzere dava açmaları gerekmekte olup burada bir süre sınırlandırması bulunmaktadır. Zira idarî işlem yetki unsuru bakımından hukuka aykırı dahi olsa, daha önce bireysel idarî işlemlerin özellikleri ile ilgili açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere, hukuka uygunluk karinesinden faydalanmakta⁷⁷ olup hukuk âleminde doğdukları kabul edilmektedir⁷⁸.

⁷⁰ Kalabalık, **a.g.e.**, s. 168.

⁷¹ Atay, **a.g.e.**, s. 491.

⁷² Günday, **a.g.e.**, s. 142; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 415.

⁷³ Günday, **a.g.e.**, s. 142; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 415.

⁷⁴ Atay, **a.g.e.**, s. 491.

⁷⁵ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 415.

⁷⁶ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 332.

⁷⁷ Atay, **a.g.e.**, s. 491.

⁷⁸ Günday, **a.g.e.**, s. 142.

Bir önceki başlıkta açıkladığımız yetki gaspı ile yetki tecavüzü şeklinde belirtilen yetki unsurundaki hukuka aykırılıkların birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Yetki gaspı ile yetki tecavüzünde ortak durum, idarenin görev alanına giren bir konuda tesis edilen idarî işlemin yetki unsurunda bir hukuka aykırılık oluşmaktadır⁷⁹. Aralarındaki farklılığa değinmek gerekir ise yetki gaspında, yetkinin tüm türlerine sahip olunmadığı kanaatindeyiz; zira kişi bakımından yetki unsurundaki hukuka aykırılık olduğu belirtilen yetki gaspında, konu, yer ve zaman yönünden de yetkinin olmadığını belirtebiliriz. Diğer taraftan yetki tecavüzünde ise yetki türlerinden yalnızca konu bakımından değil; ayrıca kümülatif olarak yer ve zaman bakımından da yetkisizliğin bulunduğunu düşünmekteyiz. Buradaki farklılık, yetki gaspında en başta kişi bakımından yetki hukuka aykırı olmakta ve bu bağlamda da sırasıyla konu, yer ve zaman bakımından yetki türleri de sakatlanmakta iken; yetki tecavüzünde kişi bakımından yetkide sakatlık bulunmazken -yalnızca bu hâl hukuka uygun iken- sırasıyla konu, yer ve zaman bakımından yetki türleri de hukuka aykırılık arz etmektedir⁸⁰. Şimdi kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında yetki unsurunda oluşabilecek bu aykırılığı örnekle açıklamaya çalışalım.

Bütün ihalelere ya da ihaleyi yapan bakanlık veya yasaklama kararını veren idarenin/kurumun ihalelerine katılmaktan yasaklama kararının da ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından verileceği hükme bağlanmıştır. Bu kararın bakanlık veya ilgili bakan tarafından alınması gerekliliği sebebiyle, ihaleyi yapan idarenin kendisinin bakanlık olmaması hâllerinde, idarenin ilgili bakanlığı tarafından değil de direkt ihaleyi yapan bu idarenin ita amirince kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis etmesi hâlinde⁸¹ bu karar, yetki bakımından yetki tecavüzü ile hukuka aykırı bir işlem olacaktır. Bu bağlamda da bu idarî işlemlerin yaptırımını iptal edilebilirlik olduğu için, kanunî dava açma süresinde, yetki unsuru bakımından sakat bu işlemin iptalinin talep edilmesi gerekmektedir.

⁷⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 414-415.

⁸⁰ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 323-324.

⁸¹ Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 30.04.2007 Tarihli, E. 2006/4951, K. 2007/2607 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeX82UFrPd0fmA~~>, 18.06.2017.

6.3.4. Ağır ve Bariz Yetki Tecavüzü

*Ağır ve açık yetki aşılması*⁸² olarak da adlandırılan ağır ve bariz yetki tecavüzünün, hem fonksiyon hem de yetki gaspına benzer nitelikler taşıdığı belirtilmektedir⁸³. Yine idarenin görev alanına giren bir konu olmakla, irade açıklamaya yetkili bir kamu görevlisi tarafından başka bir idarenin yetkisinde olan idarî işlem tesis edilmekle ve birlikte, bu defa *idarî iş bölümü esaslarına açıkça aykırı bir şekilde* işlem yapılmaktadır⁸⁴. Başka deyişle, yetki tecavüzüne çok benzer özellikler var olmakla birlikte, burada tesis edilen işlem, idarî iş bölümü esaslarına açıkça aykırı niteliktedir; bu hukuka aykırılığın fevkalade ağır ve apaçık olduğu belirtilmiştir⁸⁵. Burada da yetki tecavüzünde olduğu gibi idarî işlemde, kişi bakımından yetkide sakatlık bulunmazken -yalnızca bu hâl hukuka uygun iken-sırasıyla konu, yer ve zaman bakımından yetki türlerinin hukuka aykırılık arz ettiğini düşünmekteyiz.

Ağır ve bariz yetki tecavüzünün yaptırımı da tıpkı fonksiyon ve yetki gaspında olduğu gibi yokluktur⁸⁶. Bu bağlamda ağır ve bariz yetki tecavüzü ile sakatlanan idarî işlem, ölü doğmaktadır ve işlem hiçbir hukukî sonuç doğurmamaktadır. Şimdi kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında yetki unsurunda oluşabilecek bu aykırılığı örnekle açıklamaya çalışalım.

Bütün ihalelere ya da ihaleyi yapan bakanlık veya yasaklama kararını veren idarenin/kurumun ihalelerine katılmaktan yasaklama kararının da ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından verileceği hükme bağlanmıştır. Bu kararın bakanlık veya ilgili bakan tarafından alınması gerekliliği sebebiyle, ihaleyi yapan

⁸² Özay, **a.g.e.**, s. 486.

⁸³ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 332.

⁸⁴ Günday, **a.g.e.**, s. 143; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 416.

⁸⁵ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 326.

⁸⁶ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 332; Günday, **a.g.e.**, s. 143. Bu konuya ilişkin Danıştay, idarî işlemlerin hukuka aykırılık hâllerinin yokluk ve iptal edilebilirlik olarak ikiye ayrıldığını, yokluğun esasen özel hukuktan esinlenilerek ortaya atılmış bir sakatlık hâli olduğunu, idare hukukunda uygulanabilirliği tartışmalı olmakla birlikte öğretide ve yargı içtihatlarında genel olarak kabul gördüğünü ve bu konuda doktrin ve yargı kararlarında görüş birliği olmamakla birlikte, bir işlemin esaslı unsurlarından birinin olmaması olarak kabul edildiğini belirtmiştir. Bkz.: Danıştay 7. Dairesi, 12.05.2011 Tarihli ve E. 2009/5247, K. 2011/1460 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMT2gFWInEsBd88JGeVqeY5aaY8xzg~~>, 27.06.2017.

idarenin direkt kendisinin bakanlık olmaması hâllerinde, idarenin ilgili bakanlığı tarafından değil de başka bir bakanlık tarafından kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis edilmesi hâlinde bu karar, yetki bakımından ağır ve bariz yetki tecavüzü ile hukuka aykırı bir işlem olacaktır. Bu bağlamda da bu idarî işlemlere karşı her zaman dava açılabilceği gibi, idare tarafından da her zaman geri alınabilmeleri mümkündür.



YEDİNCİ BÖLÜM

2886 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE KAMU İHALELERİNDEN YASAKLAMA KARARLARINDA ŞEKİL UNSURU VE HUKUKA AYKIRILIKLAR

Bu bölümde, idarî işlemlerdeki şekil unsurunun mahiyeti, özellikleri açıklandıktan sonra, kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında şekil ile ilgili özellikli durumlar ve şekil unsurundaki hukuka aykırılıklar birlikte incelenecektir.

7.1. İDARÎ İŞLEMLERDE ŞEKİL UNSURU

İdare hukuku doktrininde Danıştay içtihatlarında da yer aldığı gibi¹, usul unsuru olmak üzere, altıncı bir idarî işlem unsuru da ele alınmaktadır. Başka deyişle şekil unsuru ile usul unsuru ayrı ayrı incelenmektedir². Ayrıca şekil ve usul unsurlarını *biçim* başlığı altında irdeleyen çalışmalar da mevcuttur³. Ancak çalışmamızda, 2577 sayılı Kanun'un yalnızca şekil unsurunu düzenlemesi ve bu bağlamda hükümdeki terminolojiye uygun olması amacıyla idarî işlemlerde şekil unsurunu, şekil ve usul kurallarını içerecek şekilde⁴ ele alacağız.

Mevzuatımızda idarî işlemlerin şekil ve usul kurallarının düzenlendiği genel bir idarî usul kanunu bulunmamakta⁵ olup bu durumun idarenin ihtiyaç duyduğu yöntem ve biçim ile ilgili kuralların dağınıklığına yol açtığı belirtilmektedir⁶. Bununla birlikte bazı idarî faaliyetler, bu faaliyetlerin düzenlendiği kanunlarında özel idarî usule tabi tutulmaktadır ve 2886, 4734 ile 4735 sayılı Kanunlar, bahsi geçen

¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 416.

² Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 307; Özay, **a.g.e.**, s. 491; Günday, **a.g.e.**, s. 144; Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 304; Çağlayan, **a.g.e.**, s. 454-466.

³ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 313; Tan, **a.g.e.**, s. 225; Giritli vd., **a.g.e.**, s. 1272.

⁴ Yıldırım vd., **a.g.e.**, s. 446. Ayrıca 2577 sayılı Kanun'da düzenlenen şekil unsurunun aynı zaman da usulü de içeren geniş kapsamlı bir kavram olduğu belirtilen çalışma için bkz.: Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: I, s. 392-393.

⁵ Günday, **a.g.e.**, s. 144.

⁶ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: II, s. 438.

özel idarî usuller getiren düzenlemelere örnek teşkil etmektedir⁷. Bu noktada ihale sürecinde sözleşme akdedilene dek alınan kararlar ile uygulanacak kuralların idare hukuku ilkeleri ile bağdaşan idarî usul kuralları olduğu belirtilmelidir⁸ ve bu bağlamda yasaklama kararları da bu usule tabidir. Ayrıca şekil ile ilgili tüm kurallar mevzuatta yer almamaktadır; birçok kural, hukukun genel ilkeleri ve yargı içtihatları ile oluşturulmaktadır⁹.

İdarî işlemler tesis edilirken öncelikle sebep unsurunun ve sonrasında eş zamanlı olarak konu ve yetki unsurunun ortaya çıktığını daha önce belirtmiştik. Bu unsurları takiben de izlenecek usul ile idarî işlemin bürüneceği şekil, yetkinin kullanılması ile idarî işlemin tesisinde ortaya çıkmaktadır¹⁰.

İdarî işlemlerde şeklin, idarî işlemin özünü oluşturan iradenin dış dünyaya yansımalarının maddî biçimi ile idarî işlemin yapılmasında izlenen usulü ifade eden iki anlamı bulunduğu belirtilmektedir¹¹. Bahsi geçen her iki anlamı içerecek şekilde şeklin, idarî işlemin hukuk düzeninde gözükmesi gereken düzeni ifade ettiği belirtilmiştir¹².

İdarî işlemin Devlet fonksiyonları ile Devlet ve kamu menfaatlerine uygun tesis edilmesinde, şeklin en önemli araç olduğu düşünülmektedir¹³. İdarî işlemlerin tesisinde izlenecek usul ile idarî işlemin bürüneceği şekil kuralları, *yargısal olmayan idarî usul* olarak ifade edilmekte olup idarî usulün, idarenin yargısal denetimi kadar önem kazandığı ileri sürülmektedir¹⁴. Kamu ihalelerinden yasaklama kararları gibi idarî yaptırım niteliğinde olan idarî işlemlerde, şekil unsurunun yetki unsurundan daha önemli hâle geldiği belirtilmektedir¹⁵.

⁷ Mevzuatımızda ihale alanındaki işlemlerin ne şekilde yapılacağı bu kanunlar ile düzenlendiği için, yazı konumuz ile ilgili açıklamalarımızda şekil ve usulde belirlilik olduğunu belirtebiliriz. Bkz.: Özay, **a.g.e.**, s. 495; Yıldırım vd. **a.g.e.**, s. 446.

⁸ Kutlu Gürsel, “Kamu İhale Süreci'nin Hukuki Açısından Genel Olarak Değerlendirilmesi”, s. 23.

⁹ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: II, s. 438; Günay, **a.g.e.**, s. 144.

¹⁰ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 201; Özay, **a.g.e.**, s. 454.

¹¹ Günay, **a.g.e.**, s. 144.

¹² Giritli vd. **a.g.e.**, s. 1272.

¹³ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 307-308.

¹⁴ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: I, s. 393.

¹⁵ Özay, **a.g.e.**, s. 491.

İdarî işlemlerin şekil unsurunun hukuka uygunluğunun anlaşılması için, işlemin biçim koşulları ya da yöntem kurallarına uyulup uyulmadığı denetlenmektedir¹⁶. Zira hemen hemen bütün idarî işlemlerin, biçim koşulları ya da yöntem kurallarına göre yerine getirilmekte olduğu ve bu koşul veya kurallara bağlı olmayan idarî işlemlerin ise istisna olduğu belirtilmiştir¹⁷.

İdarî işlemlerde şekil unsurunun, özel hukuk işlemlerinden farklı olarak esaslı bir unsur oluşturduğunu daha önce belirtmiştik¹⁸. İşte idarî işlemlerin belli usuller izlenerek yapılmasının zorunlu olduğu¹⁹ ve bu bağlamda idarenin düzenli, objektif ve güvenilir niteliğe sahip faaliyetlerinin olabilmesinde usul kurallarına bağlılığın esas olduğu vurgulanmaktadır²⁰. Ayrıca işlemlerin ilgilileri açısından belirtilen niteliklere sahip idarî faaliyetler bakımından şekil şartları oluşturulmuştur²¹. Zira şekil ile idarî işlemi tesis etmeye yetkisi olan makam ve kişilerin kararlarının sonuçlarını iyice hesap etmesinin sağlandığı ileri sürülmektedir²².

7.2. YASAKLAMA KARARLARININ VERİLMESİNDE ŞEKİL UNSURU VE HUKUKA AYKIRILIKLAR

Bu başlık altında idare hukuku doktrininde idarî işlemlerin şekil unsuru ile ilgili özellikli durumlar ile yargı kararları temelinde, 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilecek kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında şekil unsuru ve bu unsorda ortaya çıkabilecek hukuka aykırılıklar ile ilgili açıklamalar yapılacaktır.

¹⁶ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 313; Tan, **a.g.e.**, s. 225.

¹⁷ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: II, s. 437.

¹⁸ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 279; Günday, **a.g.e.**, s. 143.

¹⁹ Eserde idarî işlemlerde şeklin iki anlama geldiği; bunlardan ilkinin maddî biçimi, diğerinin idarî işlemin yapılmasında izlenen usulü ifade ettiği belirtilmiştir. Bkz.: Günday, **a.g.e.**, s. 144.

²⁰ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: I, s. 393.

²¹ Günday, **a.g.e.**, s. 143.

²² Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 308.

7.2.1. Yasaklama Kararlarının Verilmesinde Yazılı Şekil Kuralı

Bu başlık altında cevabını aradığımız ilk husus, yasaklama kararlarının idareler tarafından yazılı şekilde tesis edilmesinin zorunlu olup olmadığıdır; bu sebeple mevzuattaki hükümlere, yargı kararları ile doktrinde yer verilen bilgilere bakılacaktır.

İdarî işlemlerin yazılı şekle tabi olduğunun açık ve net bir şekilde hükme bağlandığı bir düzenleme bulunmadığını belirtelim²³. Anayasa'nın madde 125/3 hükmünde, idarî işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin *yazılı* bildirim tarihinden başlayacağı; madde 74/2 hükmünde de vatandaşların kendileriyle ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına istinaden, bu başvuruların sonucunun gecikmeksizin dilekçe sahiplerine *yazılı* olarak bildirileceği belirtildiğinden yazılılık kuralının Anayasal bir dayanağa dolaylı olarak sahip olduğu belirtilmektedir²⁴. Bu bağlamda idarî işlemlerde genel şekil kuralının yazılılık olduğu ileri sürülmektedir²⁵. Yine 2577 sayılı Kanun'un madde 3/2-c hükmünde, dilekçelerde davaya konu olan idarî işlemin *yazılı* bildirim tarihinin gösterileceği; madde 7/2-a hükmünde de dava açma süresinin idarî uyuşmazlıklarda *yazılı* bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden başlayacağı hükme bağlanmıştır.

Yukarıda yer verdiğimiz mevzuat hükümlerinde, *yazılı bir bildirim esası* bulunmaktadır. Zira bu hükümler, ilgililere işlemlerin tebliğ edilip edilmeyeceği tespitlerinde de kullanılmaktadır ve kamu ihalelerinden yasaklama kararları için bildirim ile ilgili açıklamalar, devam eden başlıklarında açıklanacaktır. Bu hükümleri

²³ Çağlayan, **a.g.e.**, s. 454.

²⁴ Çağlayan, **a.g.e.**, s. 454-455. Burada Anayasal maddenin amacının idarî işlemlerde yazılılık kuralını vurgulamak olduğu; diğer taraftan sözlü işlemler ile yazılılık kuralı dışında başka suretle gerçekleşen idarî işlemlere karşı açılacak iptal davasına engel teşkil etmediği belirtilmiştir. Bkz.: Erkut, **a.g.e.**, s. 30. Aksi görüş için bkz.: Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 418.

²⁵ Yıldırım vd. **a.g.e.**, s. 446; Atay, **a.g.e.**, s. 494. Ayrıca Danıştay, idare hukukunda kural olarak idarî işlemin yazılı olması ve idarenin iş ve işlemlerinin yazılılık esasına göre yürütülmesinin gerektiğini belirtmiştir. Bkz.: Danıştay 6. Dairesi, 24.04.2012 Tarihli ve E. 2011/8290, K. 2012/1937 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeXQ7y%2BM6954hA~~>, 28.06.2017.

beraber değerlendirdiğimizde, idarî işlemlerin varlığı ve geçerliliği için, iradenin yazılı şekilde beyan edilmesinin -istisnaları olmakla birlikte- zorunlu olduğu belirtilmiştir²⁶. Özellikle kamu ihalelerinden yasaklama kararları gibi icrai nitelikteki idarî işlemlerin varlığı için, bunların yazılı olmasının gerektiği ve mevzuatta açık bir hüküm bulunmadıkça da sözlü irade beyanlarının idarî işlem olamayacağı ileri sürülmüştür²⁷. Bu bağlamda idarî işlemlerde yazılılık esas, bunların dışındaki hâller ise istisna nitelikte olmaktadır²⁸. Ayrıca idarî işlemin şekli ile ilgili bir düzenleme mevcut değil ise kural olanın işlemin yazılı olarak tesis edilmesi gerekliliği sonucu ortaya çıkmaktadır²⁹. Yazılı şeklin istisnasını, sözlü ve üstü kapalı (zımnî) hâllerin oluşturduğu³⁰ ve idarî işlemlerin şekli tasnifinde yazılı, sözlü, fiilî nitelik ve susmanın bulunduğu belirtilmiştir³¹. Bu bilgilerden sonra, kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının bu istisnalara dâhil olup olmadığına bakılacaktır.

Sözlü işlem tesisinin, özellikle olağanüstü dönemlerde ve kolluk ile askerlik işlemlerinde var olduğu belirtilmektedir³². Üstü kapalı (zımnî) hâller için de idare hukukunda susmanın ve hareketsizliğin sonuç doğurduğu önemli hâllerden birinin "*idarenin susması aleyhine dava*" olduğu ve idarî davaya konu edilebilecek bir işlemin veya eylemin yapılması için idarî makamlara başvuranlara karşı, idarî makamların belirli süre içinde açıkça cevap vermemeleri hâlinde bu başvuru reddedilmiş ve bu istek karşısında olumsuz karar alınmış olmakta ve bu kararın iptali için dava açılabilir³³.

Yazılı şeklin mevcut olduğu durumlarda şekil, onun içinde yer aldığı belgeyi işaret etmektedir³⁴. Başka deyişle, yazılı bildirim konu olan şey mahiyeti gereği bir kâğıt olup tebliğ edilen bu kâğıtta yer alan ve yetkilinin/yetkililerin iradelerini

²⁶ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 309; Atay, **a.g.e.**, s. 494.

²⁷ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 309.

²⁸ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 328.

²⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 419.

³⁰ Burada belirtilen kural olarak idarî işlemlerin açık ve yazılılığı karşısında, bazı hâllerde bunların tersi olarak üstü kapalı (zımnî) ve sözlü olduğu hususudur. Bkz.: Duran, **a.g.e.**, s. 408.

³¹ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 39; 201.

³² Atay, **a.g.e.**, s. 494.

³³ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 202.

³⁴ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 327.

yansıtan metin yazılı olmalı ve yetkilinin/yetkililerin idarî işlemin belgelendirilmesi bakımından zorunlu olan³⁵ ıslak imzasını taşımalıdır³⁶. Bu bağlamda, yazılı idarî işlemlerin biçimleri, özel kanunlarında hüküm olmadığında irade beyanının belgelendirilmesi bakımından zorunlu olduğu için, işlemi tesis eden makamların imzalarını taşımaları gerektiği³⁷ düşünüldüğünde bir belirlilik sağlanmış olmaktadır.

2886 sayılı Kanun'un hem madde 84/1 hem de madde 84/3 hükmü uyarınca verilecek olan kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının kararı veren idarelerce; başka deyişle kararı vermeye yetkili olan idarelerce Resmî Gazete'de ilan ettirileceği hüküm altına alınmıştır. Bu durumda şekle ilişkin ilk şart olarak yasaklama kararının Resmî Gazete'de ilan edileceğini ve bu ilan da zorunlu olarak yazılı şekli gerektirdiğini belirtebiliriz. Ayrıca mevzuatta sözlü olarak tesis edilmesine olanak tanıyan bir düzenleme olmadığından, kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının sözlü bir işlem olarak tesis edilmesi mümkün olmadığı gibi, herhangi bir başvuru üzerine susma suretiyle tesis edilebilecek bir yasaklama kararının varlığı da mümkün değildir ve bu kararlar, bahsi geçen şekil istisnalarına dâhil olmadığından yasaklama kararlarının da yazılı şekilde tesis edilmesi gerektiğini söylemeliyiz.

Tüm bu açıklamaları topladığımızda, 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesinde düzenlenen yasak fiil ve davranışlar ile madde 84/3 hükmünde düzenlenen fiil ve davranışların tespiti hâlinde, kişiler hakkında Kanun'un madde 84/1 ile 84/3 hükümleri uyarınca kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis edildiğinde, daha önce bu durumlara göre yetkili olduğunu belirttiğimiz idarî makamlarca bu işlemler yazılı şekilde yapılmak zorunda olup ıslak imza ile imzalanmaları -istisna hâllerde e-imza ile- ve böylece kayıt altına almaları gerekmektedir.

Mahallî İdareler Genel Müdürlüğünün *İhale Yasakları* konulu 13.09.2006 tarihli Genelgesi'nde de ihaleden yasaklama taleplerinin il özel idarelerinde vali,

³⁵ Günday, **a.g.e.**, s. 144.

³⁶ 5070 sayılı *Elektronik İmza Kanunu*'na göre, yetkili makamların elektronik ortamda idarî işlem tesis etmeleri mümkündür. Bu bağlamda idarî işlemin yazılı metnin altında ıslak imza ile imzalanması genel ilkesine, bu Kanun'da düzenlenen e-imza ile istisna getirilmiştir. Bkz.: Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 327-329.

³⁷ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 201.

belediyelerde belediye başkanı tarafından imzalanması gerektiği belirtilmiştir³⁸. Ancak Mahallî İdareler Genel Müdürlüğünün *İhale Yasakları* konulu 11.01.2008 tarihli ve 2008/4 sayılı Genelgesi'nde, il özel idarelerinin yanı sıra belediyeler tarafından yapılacak ihaleden yasaklama taleplerinde de valiliğin görüşünün belirtilerek vali imzası ile İçişleri Bakanlığına gönderilmesi gerektiği belirtilmiştir³⁹. Bu bağlamda 2886 sayılı Kanun'un kapsam dâhilindeki idareler olan il özel idareleri ile belediyeler, kamu ihalelerinden yasaklama kararının verilmesine sebep teşkil eden hususların tespiti hâlinde bu kararın verilmesi yönündeki iradelerini yazılı olarak düzenleyecekler; bunun akabinde de il özel idarelerinde vali, belediyelerde belediye başkanı tarafından bu belge imzalanacak⁴⁰ ve ayrıca valiliğin de görüşü alınacak; bu idareler bakımından yasaklama kararını vermeye yetkili olan İçişleri Bakanlığına bu yönde karar tesis etmeleri yönündeki talebini, bu işlemlerden geçen yazılı belge ile göndereceklerdir.

Yukarıda şekle ilişkin bahsettiğimiz durum, sadece bu işlemlerden ibaret değildir. Kamu İhale Genel Tebliği'nin madde 28.1.2./e hükmünde 2886 sayılı Kanun uyarınca verilen yasaklama kararlarının da bu Tebliğ ekindeki Ek-O.3 no.lu yasaklama kararı formunda yer alan bilgileri içerecek şekilde düzenlenerek Resmî

³⁸ Bkz.: İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü, *İhale Yasakları* Konulu, 13.09.2006 Tarihli ve B050MAH0740001/46281 Sayılı İhale Yasakları Hakkında Genelge, (Çevrimiçi), http://www.yerelnet.org.tr/basvuru_kaynaklari/yy_mevzuati/mevzuat_detay.php?kod=203&turu=ge, 14.03.2017.

³⁹ Bkz.: İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü, *İhale Yasakları* Konulu, 11.01.2008 Tarihli, B050MAH0740001/917-45062 Sayılı ve 2008/4 No.lu Genelge, (Çevrimiçi), <http://www.migm.gov.tr/2008yiliigenelge>, 11.03.2017.

⁴⁰ 2886 sayılı Kanun uyarınca yapılan ihalelerde, Kanun'un 83. maddesi ile Kanun'un 84/3 hükmünde belirtilen ve yasaklama kararının tesisine sebep olan fiil ve davranışların tespiti genellikle, Kanun'un 6. maddesinde ihaleye katılmaları doğrudan yasaklanmış olan ihaleyi yapan idarenin ita amirleri, ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanlar tarafından yapılmaktadır. *5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu*'nun madde 3/b hükmüne göre, Kanun'un uygulanmasında il özel idaresinin organlarından biri olarak düzenlenen vali; Kanun'un 29. maddesine göre il özel idaresinin başı ve tüzel kişiliğinin temsilcisidir. Benzer şekilde, *5393 sayılı Belediye Kanunu*'nun madde 3/b hükmüne göre, Kanun'un uygulanmasında belediyenin organlarından biri olarak düzenlenen belediye başkanı; Kanun'un 37. maddesine göre belediye idaresinin başı ve belediye tüzel kişiliğinin temsilcisidir. Bu bağlamda 2886 sayılı Kanun uyarınca yapılan ihalelerde, il özel idaresi ve belediyelerde kamu ihalelerinden yasaklama kararının tespit edilip yazılı metne bağlandıktan sonra il özel idaresi teşkilâtının en üst amiri olarak vali ile belediye teşkilâtının en üst amiri olarak da belediye başkanının da bu metinde imzasının bulunması gerekmektedir. Ayrıca il özel idareleri ve belediyeler tarafından yapılacak ihaleden yasaklama talepleri valiliğin görüşü de belirtilerek vali imzası ile Bakanlığa gönderilecektir.

Gazete'de yayımlanması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca Tebliğ'in ihalelere katılmaktan yasaklama kararı formunu doldururken dikkat edilecek hususların düzenlendiği madde 28.1.3. hükmünde;

"(...) b) Yasaklama kararı veren bakanlık/kurum bölümüne, yasaklama kararını veren bakanlık veya (...) adı yazılacaktır.

c) Yasaklanan kişinin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre, gerçek kişiyse adı ve soyadı, tüzel kişiyse vergi kimlik numarası ve ticaret sicilinde kayıtlı ticaret unvanı kısaltma yapılmadan yazılacaktır.

ç) T.C. Kimlik Numarası bölümü yasaklanan kişinin gerçek kişi olması halinde (hâlinde) doldurulacaktır.

d) Ortak veya ortaklıklara ilişkin bölüm, 4734 sayılı Kanununun 58 inci maddesinin ikinci fıkrası ile 4735 sayılı Kanununun 26 ncı maddesinin ikinci fıkrasında sayılan ortak ve/veya ortaklıkların bulunması halinde doldurulacaktır.

e) Yasaklananın herhangi bir ticaret odasına veya esnaf odasına kayıtlı olmaması halinde, bu kısımda, kayıtlı olmadığı hususu belirtilecektir.

f) Yasaklama süresi ay ya da yıl olarak yazılacaktır.

g) Yasaklamanın dayanağı ve kapsamı bölümünde, hangi Kanuna göre yasaklama işlemi gerçekleştirilecekse o kısmın içindeki kutu işaretlenecektir. (...) 2886 sayılı Kanuna (...) göre yasaklamalarda ise yasaklama kapsamı farklı olabileceğinden ilgili kutular işaretlenecektir.

ğ) Kurumun internet sayfasında yer alan yasaklama kararı formunun çıktısı alınıp doldurularak yayımlanmak üzere Resmi Gazeteye gönderilecektir."

ibareleri bulunmaktadır⁴¹. Ayrıca Tebliğ'in ekinde yer alan Ek-O.3 no.lu form ile Kurumun internet sayfasında yer alan yasaklama kararı formu aynı içerikte olup Tablo 12'de yer almaktadır. En başında belirttiğimiz üzere, yasaklama kararlarının Resmî Gazete'de yayımlanmasına ilişkin amir hüküm var olduğundan ve Tebliğ'de geçen bu düzenlemeler de birlikte düşünüldüğünde, özellikle bu formun ortaya çıkarılışında işlemlerin yazılı olarak tesis edilmesi zorunludur⁴².

7.2.2. Yasaklama Kararlarının Verilmesinde Fiil ve Davranışın Tespitine Bağlı Süre

2886 sayılı Kanun'un hem madde 84/1 hem de madde 84/3 hükmü uyarınca tesis edilecek olan kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının verilmesinde yetkili idarelerin, bu kararları ne kadar süre içinde almaları gerektiğine ilişkin bir sürenin belirtilmediğini görmekteyiz. Başka deyişle kamu ihalelerinden yasaklanmayı gerektiren bir fiil ve davranış vuku bulduğunda, -sebebe unsuru oluştuğunda- bu tespitin yapılmasından itibaren kaç gün içinde -sebebe unsurunun oluşturduğu konuya göre- kamu ihalelerinden yasaklama kararının tesis edilebileceği düzenlenmemiştir⁴³. Bu sebeple bu fiil ve davranışların tespitinden itibaren yetkili idarelerin kamu ihalelerinden yasaklama kararının verilmesinde sınırlandırıcı bir süre bulunmadığını belirtebiliriz.

⁴¹ Aynı bilgiler, Kamu İhale Kurumunun yasaklama formu ile ilgili açıklamalarda da yer almaktadır. Bkz.: (Çevrimiçi), http://www.ihale.gov.tr/yasaklama_formu-41-1.html, 04.04.2017.

⁴² Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü de *İhale Yasakları* konulu 11.01.2008 tarihli ve 2008/4 sayılı Genelgesi ekinde belediye ve il özel idarelerinin 2886 sayılı Kanun'a göre ihaleden yasaklama taleplerinde bulunması gereken zorunlu belgeler olarak belirtilen hususlardan biri de *ihalelerden yasaklanılması istenilen gerçek kişi ve tüzel kişiye ait bilgilerin doldurulduğu ihaleden yasaklama formu* olduğu belirtmiştir. Bkz.: İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü, *İhale Yasakları* Konulu, 11.01.2008 Tarihli, B050MAH0740001/917-45062 Sayılı ve 2008/4 No.lu Genelge, (Çevrimiçi), <http://www.migm.gov.tr/2008yiliigenelge>, 11.03.2017.

⁴³ 4734 sayılı Kanun'un madde 58/4 ve 4735 sayılı Kanun'un madde 26/4 hükümlerinde, yasaklama kararlarının, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırk beş gün içinde verileceği hükmüne bağlanmıştır. Ayrıca Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü, 2886 sayılı Kanun'a göre verilecek ihalelerden yasaklama kararlarında belli bir süre şartı aranmadığını Genelgesi'nde de belirtilmiştir. Bkz.: İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü, 05.03.2004 Tarihli, B050MAH0740001/45185 Sayılı 2004-2 No.lu Genelge, (Çevrimiçi), <http://www.migm.gov.tr/2004genelge>, 21.03.2017.

7.2.3. Yasaklama Kararlarının Resmî Gazete'de Yayınlanmasında Süre

2886 sayılı Kanun'un hem madde 84/1 hem de madde 84/3 hükmü uyarınca verilecek olan kamu ihalelerinden yasaklama kararları alındıktan sonra, kararı veren idarelerce bu kararların kaç gün içinde Resmî Gazete'ye gönderileceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığından⁴⁴, idareler için burada şekle ilişkin sınırlandırıcı bir süre düzenlemesi yapılmadığını belirtebiliriz.

7.2.4. Yasaklama Kararlarının Verilmesinde İşlemin İlgililerine Bildirimin Şekli

2886 sayılı Kanun uyarınca yasaklama kararlarının Resmî Gazete'de ilan ettirileceği hüküm altına alınmış; ancak işlemin ilgililerine bu işlemin tebliğ edilip edilmeyeceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte⁴⁵, yargıya intikal eden davalarda bu kararların kişiler için bir yükümlülük doğurması için, tebliğin zorunlu olduğuna ilişkin kararlar olduğunu belirtmek gerekmektedir.

Danıştay'ın önüne gelen bir uyuşmazlığa ilişkin dava, davacı şirketin 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesi uyarınca bir yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır. İdare Mahkemesi, Danıştay 13. Dairesinin 08.05.2009 tarih ve E. 2007/1572, K. 2009/4980 sayılı bozma kararına uyararak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklamaya ilişkin kararın 03.08.2004 tarihinde Resmî Gazete'de yapılan ilanına istinaden, bu tarihte öğrenildiği kabul edilen dava konusu yasaklama işlemine karşı 04.10.2004 tarihine kadar dava açılması gerekirken 24.11.2004 tarihinde açılan davanın 2577 sayılı Kanun'un 7.

⁴⁴ 4734 sayılı Kanun'un madde 58/4; 4735 sayılı Kanun'un madde 26/4 hükümlerinde, kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının Resmî Gazete'de yayınlanmak üzere en geç 15 gün içinde gönderilmesi gerektiği hükmüne bağlanmıştır.

⁴⁵ Bazı idarî işlemlerin, bireysel hukukî durumlar yaratsalar veya belli kişilere ilişkin olsalar bile, -tıpkı 2886, 4734 ve 4735 sayılı Kanun uyarınca verilen yasaklama kararlarında olduğu gibi- devlet işlemlerinin resmî yayın aracı olan Resmî Gazete'de yayınlanmalarının öngörülmesi bulunabileceği ve fakat ilgililer için yüküm doğurmalarının ise kendilerine tebliği ile mümkün olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 201.

maddesi uyarınca süre aşımı nedeniyle reddine karar vermiştir. Karar davacı şirket tarafından temyiz edilmiştir.

Danıştay, Anayasa'nın 125 ve 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesinde idarî işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden başlayacağı düzenlemesine yer verilmek suretiyle dava açma süresinin başlamasında, yazılı bildirim esas alınmasının öngörüldüğünü; hak arama özgürlüğünün kullanılması bakımından, idarî işlemlerin idare tarafından ilgililere açık ve anlaşılabilir biçimde bildirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesi uyarınca tesis edilen yasaklama kararlarının Resmî Gazete'de ilan ettirileceğine ilişkin düzenlemenin, idarelerin ihalelere katılmaktan yasaklı kişilerden haberdar olmasını ve yasaklı kişilerin ihalelere katılmasını engelleyerek ihale işlemlerini sekteye uğramasını önlemek amacıyla getirilmiş olduğunu ve fakat bu durumun, ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının bireysel işlem niteliğini değiştirmedeğini ve 2577 sayılı Kanun'da düzenleyici işlemlerde dava açma süresinin başlangıcı olarak öngörülmüş olan ilan tarihinin, bireysel işlem niteliğinde olan ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarında uygulanmasının mümkün olmadığını ve ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının, yazılı bildirim veya öğrenme üzerine kanunî süresi içinde dava konusu edilebileceğini belirtmiştir. Bunun üzerine Danıştay, Anayasa'nın 125 ve 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesinde, idarî işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin hesabında başlangıç tarihi olarak yazılı bildirim esas alınacağını kurala bağlanmış olduğundan, subjektif işlemlere karşı açılacak idarî davalarda, dava açma süresinin işlemeye başlayabilmesi için idarî işlemin ilgisine yazılı olarak bildirilmesinin zorunlu olduğuna, yasaklama kararlarının ilanı gereken düzenleyici işlem niteliği taşımadığı dikkate alındığında, bakılan davanın dava konusu işlemin öğrenilmesi üzerine kanunî süre içerisinde açıldığının kabulüne karar vermiştir⁴⁶.

⁴⁶ Kararda yer alan Danıştay Tetkik Hâkiminin düşüncesi de konuyu aydınlatması açısından oldukça önemli ifadeler içermektedir. Kararda yer alan ifade, idarî işlemin yürürlüğe girmesi ile o idarî işleme karşı dava açma süresinin başlangıcının farklı kavramlar olduğu ve birinci hususun idarî usulün, ikincinin ise hak arama özgürlüğünün konusuna girdiği belirtilmiştir. Ayrıca dava açma süresinin varlığının bizatihi hak arama özgürlüğüne getirilmiş bir sınırlama olması sebebiyle, bu

Bu karar ışığında, daha önce yazılı şekle tabi olduğunu belirttiğimiz ve 2886 sayılı Kanun uyarınca verilecek kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının yalnızca Resmî Gazete'de ilanına ilişkin hüküm bulunmakla birlikte; Resmî Gazete'de yapılan yayımın, ihalelere katılmaktan yasaklı kişilerden idarelerce haberdar olunmasını ve bu suretle yasaklı kişilerin ihalelere katılımı engellenerek ihale işlemlerinin sekteye uğramasını önlemek ve bu bağlamda işleme aleniyet kazandırma işlevinin bulunduğunu; ancak işlemin ilgililerinin işlemde haberdar olmalarını sağlamak için ise işlemin tebliğ edilmesi gerektiğini belirtebiliriz⁴⁷. Bir bireysel idarî işlem olan

özgürlüğü kısıtlayıcı nitelikteki hükümlerin dar yoruma tabi tutulması gerektiği, Anayasa ile 2577 sayılı Kanun'un bireysel işlemler için öngördüğü dava açma süresinin başlangıcının yazılı bildirim esasına bağlanmış olması karşısında, ihalelerden yasaklama işlemleri açısından 2886 sayılı Kanun'da aksine bir hüküm yer almadığı, sadece bu işlemin Resmî Gazete'de ilan edileceğinin ifade edildiği ve bu hususun idarî usule ilişkin olup işleme aleniyet kazandırma amacı taşıdığı değerlendirildiği belirtilmiştir. Kararda ayrıca, benzer bir uyuşmazlık hakkında İdarî Dava Daireleri Kurulunca verilen 30.01.2013 tarih ve E. 2011/212, K. 2013/121 sayılı kararın da bu yönde olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 12.03.2013 Tarihli ve E. 2012/731, K. 2013/687 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeXPJ57%2Bq7ifgQ~~>, 14.12.2016.

⁴⁷ Danıştay 13. Dairesinin 12.03.2013 tarihli ve E. 2012/731, K. 2013/687 sayılı kararından daha önce, benzer bir uyuşmazlık, yine Danıştay'ın aynı dairesinin önüne gelmiştir; ancak bu uyuşmazlık bu defa 4734 sayılı Kanun uyarınca verilen bir yasaklama kararına ilişkindir. 25.09.2009 tarihli bahsi geçen uyuşmazlıkta Danıştay, 4734 sayılı Kanun'un madde 58/4 hükmü uyarınca tesis edilen yasaklama kararlarının Resmî Gazete'de yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği düzenlemelerinin yer aldığını belirtmiştir. Dava açma süresinin, bahsi geçen maddede yazılı bildirim şartına yer verilmemesi sebebiyle, yasaklama kararının Resmî Gazete'de ilan tarihinden başlaması gerektiğine ve bu durumda davacıların 4734 sayılı Kanun uyarınca iki yıl süreyle tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine girmekten yasaklanmasına ilişkin olarak Resmî Gazete'de yayımlanan davalı idare işleminin iptali istemiyle, söz konusu işlemin Resmî Gazete'de yayımlandığı 17.07.2007 tarihinden itibaren 60 gün içerisinde dava açması gerekirken, bu sürelerin geçirilmesinden sonra 21.09.2007 tarihinde açtıkları davanın süre aşımı yönünden reddine karar vermiş olan Ankara 10. İdare Mahkemesi kararını onamıştır. Ancak Danıştay'ın bu kararında yer alan karşı oy kararı ise Danıştay 13. Dairesinin 12.03.2013 tarihli ve E. 2012/731, K. 2013/687 sayılı kararı ile benzetilmektedir. Karşı oy kararında, 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesinde dava açma süresinin, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hâllerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde 60 gün olduğu, bu sürenin idarî uyuşmazlıklarda yazılı bildirim yapıldığı, ilanı gereken düzenleyici işlemlerde ise ilan tarihini izleyen günden itibaren başlayacağını hükme bağlandığı belirtilmiştir. Kararın devamında, 2886, 4734 ve 4735 sayılı Kanun hükümlerine göre verilen ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının düzenleyici bir işlem niteliğinde olmadığı, anılan Kanunlarda ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının Resmî Gazete'de yayımlanması öngörülmüş ise de bu hükümlerin idarelerin ihalelere katılmaktan yasaklı kişilerden haberdar olmasını ve yasaklı kişilerin ihalelere katılmasını engelleyerek ihale işlemlerinin sekteye uğramasını önlemek amacıyla getirilmiş olduğu ve ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının bireysel işlem niteliğini değiştirmediği belirtilmiştir. Bu bağlamda, 2577 sayılı Kanun'da düzenleyici işlemlerde dava açma süresinin başlangıcı olarak öngörülmüş olan ilan tarihinin, bireysel işlem niteliğinde olan ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarında uygulanmasının mümkün olmadığı, ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının uygulanma süresi içerisinde yazılı bildirim veya öğrenme üzerine kanunî süresi içinde dava konusu edilebileceğinin kabulü gerektiğinden, dava konusu işlemin davacılar yazılı olarak tebliğ edildiği veya davacıların bu işlemde daha önce haberdar olduğu

kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının idarî usul aşaması olarak addedilen Resmî Gazete'de yayımlanması, işlemin yürürlüğe giriş zamanını tayin etmektedir; ancak kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına karşı dava açma tarihinin başlangıcı ise işlemin muhatabına tebliğ tarihidir⁴⁸. Zira idarî işlemlerde genel kuralın yazılılık olduğu açıklanırken, kişileri bireysel olarak ilgilendiren idarî işlemlerin tebliğ edilebilmesini sağlamak amacıyla yazılı olmasının esas olduğu⁴⁹ ve daha önce yer verdiğimiz Anayasa'nın madde 125/3 hükmündeki idarî işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden başlayacağına ilişkin düzenleme ile sürenin başlangıcının, Anayasa tarafından yazılı bildirim tarihi olarak bildirilmesiyle Anayasa koyucunun amacının aslında *yazılı bildirim* esas olduğunu göstermek olduğu belirtilmiştir⁵⁰. İşlemin ilgililerine yasaklama kararı tebliğ edilmediği durumda, bu kişilerin karardan haberdar olmamaları sebebiyle haklarını arama noktasında bir farkındalığı oluşmayacak ve bu bağlamda ilgililerin hak arama özgürlüğünün engellenmemesi için kararın geciktirilmeksizin tebliğ edilmesi zorunludur.

Mahallî İdareler Genel Müdürlüğünün 09.03.2010 tarihli ve 2010/14 No.lu Genelgesi'nde de özellikle tebligatların usulüne uygun yapılmamasından dolayı ilgililer hakkında yasaklama kararı verilemediğinin tespit edildiği belirtildikten

yolunda herhangi bir bilgi ve belge de bulunmadığının anlaşılması sebebiyle, davanın kanunî süresi içinde açıldığının kabulünün gerekli olduğu düşünülerek oyçokluğuyla alınan karara katılmadıkları belirtilmiştir. Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 25.09.2009, E. 2008/3504, K. 2009/8647 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeU0ejSjDPdAFA~~>, 07.06.2017. Benzer bir karar için ayrıca bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 25.09.2009 Tarihli ve E. 2008/14146, K. 2009/8646 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazanci hukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUeaoBDut%2Beqg~~>, 09.07.2017. Ancak Danıştay 13. Dairesinin 25.09.2009 tarihli kararlarından sonra alınan 12.03.2013 tarihli kararın, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar uyarınca tesis edilen kamu ihalelerinden yasaklama kararları için de yönlendirici olacağını düşünüyoruz.

⁴⁸ 4734 sayılı Kanun'un madde 58/4 ve 4735 sayılı Kanun'un madde 26/4 hükümlerinde, yasaklama kararlarının, Resmî Gazete'de yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır. Ancak bu kararlar da tıpkı 2886 sayılı Kanun'da olduğu gibi birer bireysel işlem oldukları için, Resmî Gazete'de yayımı tarihinde yürürlüğe girmesinin idarelerin ihalelere katılmaktan yasaklı kişilerden haberdar olmasını ve yasaklı kişilerin ihalelere katılmasını engelleyerek ihale işlemlerinin sekteye uğramasını önlemek işlevinin bulunduğunu; ancak işlemin ilgililerinin işlemde haberdar olmalarını sağlamak ve idarî davaya konu olmasını temin edilmesi için ise işlemin tebliğ edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

⁴⁹ Durum bu olmakla birlikte, tebliğ edilmesi zorunlu olmayan kural-işlemler gibi idarî işlemlerin yazılı olmaması gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. Bkz.: Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 201.

⁵⁰ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 229.

sonra, ihaleden yasaklama talebini içeren dosyalarda, 11.01.2008 tarihli ve 2008/4 No.lu Genelge'de istenilen belgelerin eksiksiz olarak bulundurulacağı ve 2886 sayılı Kanun'un 93. maddesinde *“Bu Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde yapılacak tebliğler hakkında Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır.”* hükmü uyarınca tebligat yapılması gerektiği bildirilmiştir⁵¹. Müdürlüğün burada tebliğ ile ilgili bahsettiği durumlardan biri de 2008/4 No.lu Genelge'de istenilen belgelerle alakalıdır. Bahsi geçen Genelge'de belediye ve il özel idarelerinin 2886 sayılı Kanun uyarınca ihaleden yasaklama taleplerinde bulunması gereken zorunlu belgelerin neler olduğu; yasaklama kararının sebep unsuru yönünden ayrı ayrı -çalışmamızda yapmış olduğumuz incelemeye benzer şekilde- belirtilmiştir. Bu bağlamda *üzerine ihale yapıldığı hâlde usulüne göre sözleşmenin imzalanmaması; ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında 83. maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhütten vazgeçilmesi ve mücbir sebepler dışında taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirilmemesi* durumlarında hangi belgelerin İçişleri Bakanlığına gönderilmesi gerektiği bildirilmiştir. Sözleşme yapıldıktan sonra taahhütten vazgeçildiğinin ve mücbir sebepler dışında taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirilmediğinin tespit edildiği ve tespite istinaden ihaleyi yapan idarenin kamu ihalelerinden yasaklama kararı talebi vuku bulduğunda, idarece en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarın çekildiğine ve ihtarın tebliğine dair belgenin Bakanlığa bu talep dosyası ile birlikte gönderilmesi istenmektedir⁵². Ancak kanaatimize göre, 2886 sayılı Kanun'un 62. maddesinde düzenlenen ve idarece en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarın çekilmesine ilişkin hüküm, kamu ihalelerinden yasaklama kararının verilmesinde bir ön şart değildir; bu işlemler, idarece en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarın çekilmesine rağmen aynı durumun devam etmesi hâlinde, ayrıca protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın kesin teminatın gelir

⁵¹ Bkz.: İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü, *İhalelere Katılmaktan Yasaklama Kararı* Konulu, 09.03.2010 Tarihli ve B.05.0.MAH.0.06.01.00/7365-40128 Sayılı ve 2010/14 No.lu Genelge, (Çevrimiçi), <http://www.migm.gov.tr/2010yiliigenelge>, 21.03.2017.

⁵² Bkz.: İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü, *İhale Yasakları* Konulu, 11.01.2008 Tarihli, B050MAH0740001/917-45062 Sayılı ve 2008/4 No.lu Genelge, (Çevrimiçi), <http://www.migm.gov.tr/2008yiliigenelge>, 11.03.2017.

kaydedilebilmesi ve sözleşmenin feshedilerek hesabının genel hükümlere göre tasfiye edilebilmesinin ön şartını oluşturmaktadır.

Tablo 12: Yasaklama Kararı Formu

Kurumun Başlığı Yazılacak Mutlaka:

İHALELERE KATILMAKTAN YASAKLAMA KARARI⁵³

1. İhale Kayıt Numarası (İKN)		2886 sayılı Kanun'da bulunmamaktadır.								
2. Yasaklama Kararı Veren Bakanlık/Kurum		2886 sayılı Kanun uyarınca mutlaka bir Bakanlığın yer alması gerekmektedir.								
3. İhaleyi Yapan İdarenin										
Adı		İl/İlçe								
Adresi		Tel-Faks								
Posta Kodu		E-Mail								
4. İhalelere Katılmaktan Yasaklanan Gerçek veya Tüzel Kişi						5. Ortak ve/veya Ortaklıkların				
Adı/Unvanı										
Adresi										
T.C. Kimlik No.										
Vergi Kimlik/Mükellefiyet No.										
Kayıtlı Olduğu Ticaret/Esnaf Odası										
Ticaret/Esnaf Sicil No.										
6. Yasaklama Süresi	Ay	(?)	Yıl	(?)	7. Yasaklamanın Dayanağı ve Kapsamı		a-4734 KİK	()	b-4735 KİSK	()
2886 sayılı Kanun'da yıl, en fazla bir yıl olacaktır.					c-2886 DİK		()	d-Diğer Mevzuat		()
					Tüm İhalelerden		()	Tüm İhalelerden		()
					Bakanlık İhalelerinden		()	Bakanlık İhalelerinden		()
					Kurum İhalelerinden		()	Kurum İhalelerinden		()

Yasaklama Kararı Aşağıdaki Açıklamalar Dikkate Alınarak Doldurulacaktır.

- 1 - İKN: İstisna kapsamındakiler dâhil 4734 ve 4735 sayılı Kanunlara göre yapılan yasaklamalarda doldurulacaktır.
- 2 - T.C. Kimlik No: Yasaklananın gerçek kişi olması durumunda doldurulacaktır.
- 3 - Kayıtlı Olduğu Ticaret/Esnaf Odası ve Ticaret Esnaf Sicil No: Herhangi bir Ticaret veya Esnaf Odasına kayıtlı olmaması hâlinde kayıtlı olmadığı belirtilecektir.
- 4 - Diğer Mevzuat: İstisna kapsamındakiler dâhil 4734, 4735 ve 2886 sayılı Kanunların dışındaki mevzuata göre verilen yasaklamalarda doldurulacaktır.

⁵³ Tabloda italik olarak yazılan kısımlar, tarafımızca eklenmiştir.

7.2.5. Yasaklama Kararlarının Verilmesinde Gerekçelendirme

Gerekçe, idarî işlemlerin tesisindeki maddî ve hukukî olayların işleme esas metinde gösterilmesi olarak ifade edilmektedir⁵⁴. *Gerekçe ilkesi* olarak da ifade edilen gerekçelendirme, idarî işlemlerin özlü bir şekilde bildirilmesi ödevi olarak tanımlanmaktadır⁵⁵. Gerekçelendirme, idarî işlemler için genel bir şekil kuralı olmamakla birlikte, bazen kanun hükümlerinde gerekçelendirmenin zorunlu tutulduğu düzenlemeler⁵⁶ mevcut olabilmektedir⁵⁷. Her ne kadar idarî işlemlerin gerekçelendirmeleri zorunlu olmasa da daha önce belirttiğimiz üzere bir sebebe dayanmaları zorunludur⁵⁸. Bu bağlamda gerekçesiz bir idarî işlem var olabilmekte iken sebepsiz bir idarî işlem mevcut değildir⁵⁹. Sebep unsuru ile gerekçe bir bütün oluşturmaktadır; zira sebep unsurunun somut olayla ilişkilendirilmesi, somut olayda sebep unsurunun nasıl gerçekleştiğinin belirtilmesi idarî işlemin gerekçesini oluşturmaktadır⁶⁰. Bir bütünü oluşturan ve farklı iki kavram olarak sebep *içeriği*; gerekçe ise *içereni* ifade etmektedir⁶¹. İdarî işlemlerde gerekçelendirme ile ilgili yargısal uyuşmazlıklarda verilen kararlarda farklı sonuçlar oluştuğu ve bazılarında da gerekçe yükümlülüğünden bahsedildiği görülmektedir.

İdarî Dava Daireleri Genel Kurulunun incelediği ve davacı şirkete ait ... isimli işyerinin 10 gün süreyle kapatılmasına ilişkin Eminönü Kaymakamlık işleminin iptali istemiyle açılmış olan davada İdare Mahkemesi, davacı şirkete ait işyerinde çıkan kavganın zamanında emniyet güçlerine haber verilmediğinden bahisle işyerinin 10 gün süreyle kapatılmasına karar verilmiş ise de gerek dava konusu işleminde, gerekse savunmada davalı idare tarafından dava konusu işlemin gerekçesinin gösterilmediği; kanunî dayanak gösterilmeksizin tesis edilen işlemde hukuka uyarlık

⁵⁴ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: I, s. 401.

⁵⁵ Kalabalık, **a.g.e.**, s. 178.

⁵⁶ Örneğin 2886 sayılı Kanun'un 29. maddesine göre, komisyonların gerekçesini belirtmek suretiyle ihaleyi yapıp yapmamakta serbest olduğu belirtilmiş olup komisyonların ihale yapmama yönündeki idarî işlem tesis ettiklerinde gerekçe belirtme zorunluluğu getirilmiştir.

⁵⁷ Yıldırım vd. **a.g.e.**, s. 451.

⁵⁸ Günday, **a.g.e.**, s. 145.

⁵⁹ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: I, s. 401.

⁶⁰ Atay, **a.g.e.**, s. 495.

⁶¹ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 330.

bulunmadığı gerekçesiyle kapatma işleminin iptaline karar vermiştir. Bu kararın temyizen incelemesi sonucunda Danıştay 8. Dairesi, davalı idarenin idarî işlemin dayanağının 2559 Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun madde 8/f hükmü olduğunun belirtilmiş olması karşısında işlemin kanunî dayanağının gösterilmediğinden bahisle İdare Mahkemesince verilen iptal kararında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle kararın bozulmasına karar verse de İdare Mahkemesi bozma kararına uymayarak, turizm işletme belgesi bulunan işyerine polisin müdahale yetkisinin 2559 sayılı Kanun çerçevesinde kısıtlı bulunduğundan verilen cezanın hukukî niteliğinin önem kazandığını, idarî yargıda açılan davalarda yargı yerince dava konusu edilen işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden hukuka uygunluk denetiminin yapılabilmesi için cezaya neden olan fiilin tanımlanmasının yapılarak, cezanın hukukî dayanağının gösterilmesi gerektiğini, aksi bir düşüncenin kabulünün idarenin takdir yetkisine sahip olduğu işlemlerinin yaygınlaşmasına ve keyfiliğe yol açacağını, kamu tüzel kişilerinin kendilerine tanınan yetkiyi kullanarak kişiler aleyhine olumsuz işlem tesis ettiklerinde işlemin kanunî dayanağını göstermemelerinin idarenin kanunîliği ilkesine de ters düşeceği düşeceğini belirtmiştir. Bunun üzerine davalı idarenin, İdare Mahkemesinin kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemesi üzerine İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu, gerek yargısal kararlarda gerekse öğretide sebep unsurunun, işlemin yapılmasını gerektiren hukukî işlem veya olay olarak tanımlanmakta olduğunu; sebebin idareyi işlem yapmaya yönelttiği tüm etkenler olup, işlemin bir tür gerekçesini oluşturduğunu ve idarî işlemin dayanağı olan sebebin kanunlarda açıkça belirtilmemiş olması hâlinde dahi idarî dava açılması durumunda yargı mercii önünde idare tarafından bildirilmesinin zorunlu olduğu belirtmiştir. Ayrıca Kurul tarafından bir idarî işlemde sebep unsurunun gösterilmemiş olmasının o işlemin şekil şartını oluşturduğunu; ancak kararda öngörülen şekil şartının işlemin var oluş şartına ilişkin olmayıp sonucu etkilemeyen, ilgililerin durumunu değiştirmeyen bir özelliğe sahip bulunması sebebiyle, bu kurala uyulmamış olması dava konusu işlemin esasının incelenmesini engellemeyeceği ve yalnızca bu yönden iptalini gerektirmeyeceği belirtildikten sonra; *idarî yaptırım niteliğindeki işlemlerde, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan, onlara müdahale niteliği taşıyan işlemlerde ve verilmiş bir hakkı, izni veya yetkiyi*

geri alan işlemlerde, bu işlemlerin ilgililer yönünden ağır sonuçlar doğuracağı hususu dikkate alındığında, idarenin gerekçe yükümlülüğüne uyması gerektiğine ve bu bağlamda dava konusu uyuşmazlığın bu anlatım çerçevesinde incelenmesinde davacı şirkete ait işyerinin 10 gün süreyle kapatılmasına ilişkin işlemin idarî yaptırım niteliğinde bir işlem olması sebebiyle, kapatma gerekçesinin idarî işlemden anlaşılması gerektiğine karar verilmiştir⁶².

Resmî Gazete'deki ilandan önce 2886 sayılı Kanun'un madde 84/5 hükmüne göre, ihaleyi yapan idarelerin ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili bakanlığa bildirmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Mahallî İdareler Genel Müdürlüğünün *İhale Yasakları* konulu 11.01.2008 tarihli ve 2008/4 sayılı Genelgesi'nde il özel idareleri ve belediyelerin tesis edecekleri yasaklama kararlarının tesisinde yetkili olan ilgili bakanlığın İçişleri Bakanlığı olması ve bu kararı vermeden önce de bir değerlendirilme yapılabilmesini sağlamak amacıyla, bu idarelerin ihale yasağı talep ettikleri ve Bakanlığa göndereceği dosyada, *yasaklama gerekçesi* de istenmektedir⁶³.

Bu karar ışığında, daha önce yazılı şekilde tesis edilmesi ve tebliğ edilmesinin zorunlu olduğunu tespit ettiğimiz ve idarî yaptırım niteliğindeki kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının; idarelerce yapılan tebliğ metinlerinde, işlemin ilgilileri açısından hangi fiil ve davranışlarının somut olayda sebep unsuruna sebebiyet verdiğinin, nasıl gerçekleştiğinin belirtilmesi suretiyle gerekçelerinin bildirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

⁶² Bkz.: İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu, 21.04.2011 Tarihli ve E. 2007/1800, K. 2011/267 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXZhIG!GkSktg~~>, 10.07.2017.

⁶³ Bkz.: İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü, *İhale Yasakları* Konulu, 11.01.2008 Tarihli, B050MAH0740001/917-45062 Sayılı ve 2008/4 No.lu Genelge, (Çevrimiçi), <http://www.migm.gov.tr/2008yiliigenelge>, 11.03.2017. Ayrıca Mahallî İdareler Müdürlüğünün başka bir Genelgesi'nde de belediye ve il özel idarelerinin yasaklamayı gerektiren hukukî delil ve tespitlerinin de İçişleri Bakanlığına sunması gerektiği belirtilmiştir. Bkz.: İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü, 16.06.2003 Tarihli ve B050MAH0740001/45746 Sayılı, Kamu İhale Kanunu Hakkında Genelge, (Çevrimiçi), <http://www.migm.gov.tr/2003genelge>, 11.03.2017.

7.2.6. Yasaklama Kararlarına Karşı Başvurulabilecek Kanun Yolları, Mercilerin ve Sürenin Gösterilmesi

Bu başlık altında cevabını bulmaya çalıştığımız husus, yazılı ve gerekçeli olarak tebliğ edilmesi gereken kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına karşı başvurulabilecek kanun yolları, merci ve sürenin de ayrıca bu tebliğ metninde yer almamasının zorunlu olup olmadığıdır.

Anayasa'nın *Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması* başlıklı madde 40/2 hükmünde, Devlet'in işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağı ve bu başvuruların sürelerinin belirtilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu, bahsi geçen düzenlemenin gerekçesinde, bu madde ile temel hak ve özgürlüklerin korunmasında diğer bir güvence öngörüldüğü, bireylerin yargı ya da idarî makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanmasının amaçlandığı ve son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından *zorunluluk hâline gelmiş olduğu* belirtilmiştir⁶⁴.

Anayasa'da yer alan bu düzenleme karşısında, idare hukuku doktrinindeki görüşlerden ilkinde göre, bu hüküm ile idarî işlemler için bir şekil kuralının getirildiğinin söylenmesinin olanaksız olduğu; başka deyişle idarî işlemlerde bu işlemlere karşı başvurulabilecek kanun yollarının, mercilerin ve sürelerin gösterilmemiş olmasının bu işlemin yalnızca bu nedenle hukuka aykırı veya geçersiz kılmayacağı ve böyle bir durumda zararın tazmininin Anayasal bu yükümlülüğü yerine getirmemiş olan idareden talep edilebileceği belirtilmiştir⁶⁵. Başka bir görüşte de Anayasa'nın 40 ve 125. maddelerinin gereği olarak, idarî işlemlerde kanun yolları, merci ve sürelerin gösterilmesinin zorunlu olduğu ve fakat idarece bu hususlarda hata yapılması hâlinde, ilgilinin hak kaybına bu hata ile sebep verildiği için de zararın

⁶⁴ Bkz.: Türkiye Büyük Millet Meclisi, (Çevrimiçi), http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanun/maddeleri?_adf.ctrl-state=3rb96m9h1_14&p_kanunlarno=41861&pkanunnumarasi=2709, 22.05.2017.

⁶⁵ Günday, **a.g.e.**, s. 144.

tazmin edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁶⁶. Diğer bir görüşte ise Anayasa'nın madde 40/2 hükmü ile kanun yolu, merci ve sürelerin belirtilmesi zorunluluğunun idarî işlemlerde önemli bir şekil şartı olduğu ve bu şekil şartına uymayan idarî işlemlerin iptal edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁶⁷. Bu hüküm ile ilgili ayrıca yargı kararlarına göz atmak gerekmektedir.

5179 sayılı Gıda Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 25. maddesinin birinci fıkrasındaki "ilgili mercilere" ibaresi ile ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesi, bahsi geçen Kanun'un madde 25/1 hükmünde, gıda maddeleri ve gıda ile temas eden madde ve malzemeleri üreten, ithal ve ihraç eden ve satan işyeri yetkililerinin, kontrol ve denetim sonuçları hakkında, ilgili mercilere itiraz edebileceğinin açıklandığını ve madde 25/1 hükmünde de itiraz hakkına ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirleneceğinin öngörüldüğünü bildirdikten sonra, madde 25/1 hükmündeki "ilgili mercilere" ibaresinin, kontrol ve denetim sonuçlarına karşı hangi mercilere ve hangi sürelerde itiraz edileceğini göstermediği için Anayasa'nın 40. maddesine aykırı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, çağdaş demokrasilerde temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimler olduğunu, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsünün değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yollarının da demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiğini ve özgürlüklerin ancak Anayasa'nın ilgili maddelerinde öngörülen nedenlerle ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilceğini ve böyle bir ibarenin Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin en önemli öğelerinden olan "belirlilik" ilkesine de aykırı düşeceğini; Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasa'nın 11. maddesinde yer alan "Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı" ilkeleriyle bağdaşmasının da beklenemeyeceğini belirterek 5129 sayılı Kanun'un madde 25/1 hükmündeki söz konusu ibarenin Anayasa'nın 2, 11 ve 40.

⁶⁶ Atay, **a.g.e.**, s. 500.

⁶⁷ Yıldırım vd., **a.g.e.**, s. 454.

maddelerine aykırı olduğundan bahisle iptali gerektiğine karar vermiştir. Aynı kararda 5179 sayılı Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin birinci paragrafındaki "üretimden men edilir" ve "el konulur", ikinci paragrafındaki "ürünlere el konulur", üçüncü paragrafındaki "faaliyetten men edilir", "el konulur" ve "izinleri iptal edilir", (b) bendindeki "faaliyetten men edilir", (c) bendinin birinci paragrafındaki "faaliyetten men edilir" ibaresi ile ikinci paragrafındaki "yöneticilikten men cezası", (d) bendindeki "el konulur" ibaresinin, (e) bendindeki "faaliyetten men edilir", (f) bendindeki "toplattırılır" ibarelerinin anayasaya aykırılığı ve iptali istenilen ibarelerin, idareye tanınan ceza ve önlem mahiyetindeki müeyyide ve işlemler olduğu ve maddede öngörülen para cezalarına karşı başvurulacak kanun yolunun "idarî yargı" olarak 30. maddede gösterilmiş olmasına karşılık idarenin söz konusu müeyyide ve işlemlerine karşı başvurulacak kanun yolu ve süresinin açıklanmadığı belirtilmiş olup bu tür düzenlemenin Anayasa'nın madde 40/2 hükmüne açıkça aykırılık teşkil ettiğine ve idarenin işlemlerine karşı kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesinin Anayasa koyucu tarafından hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından bir zorunluluk olarak görülüp Devlet'e bir görev olarak verilmiş olması karşısında, bu Anayasal görevi yerine getirmeyen Devlet'in, hiçbir şekilde kanun yolunu ve süresini göstermediği işlemleri tesis etmesinin de düşünülmemeyeceğine ve yine Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin en önemli öğelerinden olan "belirlilik" ilkesine de aykırı düşeceğine karar verilmiştir⁶⁸.

İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu da Anayasa'nın madde 11/1 hükmünde yer alan "*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.*" ve madde 40/2. hükmünde yer alan "*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.*" ibarelerine yer verdikten sonra, idarî işlemlere karşı başvuru yollarının ayrıntılı düzenlemelerde yer alması, başvuru süresinin kısa olması veya olağan başvuru yollarına istisna

⁶⁸ Bkz.: Anayasa Mahkemesi, 08.01.2009 Tarihli ve E. 2004/69, K. 2009/6 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/51c732f0-3d6d-405f-aa2f-8b9404bc0508?excludeGereke=False&wordsOnly=False>, 14.05.2017.

getirilebilmesi nedeniyle işlemlere karşı hangi idarî birime, hangi sürede başvurulacağını idarelerce işlemde belirtilmesinin hukuk güvenliği ilkesinin gereği olduğunu ve anılan Anayasa hükmü ile de bireylerin yargı ya da idarî makamlar önünde haklarını arayabilmelerine kolaylık ve olanak sağlanması amaçlandığını; idareye işlemlerinde, ilgililerin kaç gün içinde, hangi mercilere başvurabileceklerini bildirme yükümlülüğü getirildiğini belirtmiştir. Kararın devamında, idarenin Anayasa'dan kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmesi esas olmakla birlikte, belirtilen yükümlülüğün yerine getirilmemesinin, idarî işlemlere karşı açılan davalarda dava açma süresinin işletilmeyip ihmal edilmesi sonucunu doğurmaması gerektiği; Anayasa'nın 125. maddesinde idarî işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden başlayacağını belirtilmesi karşısında usulüne uygun tebliğ olunan veya bütün unsurlarıyla ilgililer tarafından öğrenilen idarî işlemler üzerine, 2577 sayılı Kanun'da açıkça belirtilen ve ilgililerce de bilindiğinin kabulü gereken genel dava açma sürelerinin işletilmesinin zorunlu olduğu bildirildikten sonra, idarî işlemlerin nitelikleri gereği özel kanunarda, genel dava açma süreleri dışında ayrı dava açma sürelerinin öngörülmesi hâlinde, idare tarafından idarî işlemlerin nitelikleri ve tabi oldukları dava açma süreleri gösterilmedikçe özel dava açma sürelerinin işletilmesine olanak bulunmadığından, Anayasa'nın 40. madde hükmü uyarınca, özel dava açma süresine tabi olmasına rağmen bu hususun idarî işlemde açıklanmaması hâlinde, dava konusu idarî işlemin tebliği tarihinden itibaren özel dava açma süresinin değil, 60 günlük genel dava açma süresinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir⁶⁹.

Danıştay'ın önüne gelen bir uyuşmazlığa ilişkin dava, davacı şirketin TEİAŞ tarafından düzenlenerek tahakkuk ettirilen sistem kullanım ceza faturalarının hukuka aykırı olduğundan bahisle, ödenmiş bulunan bedellerin tarafına iade edilmesi istemiyle yapmış olduğu başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmış olup İdare Mahkemesince, davacı şirketin 19.02.2014 tarihli dilekçeyle itiraz etmiş olduğu Ocak 2007 - Kasım 2009 dönemine ilişkin 12.02.2013 tarih ve 6662 sayılı

⁶⁹ Bkz.: İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu, 17.10.2008 Tarihli ve E. 2005/1558, K. 2008/1803 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeX6gymYUH3ZbA~~>, 11.07.2017.

işlem ve Aralık 2009 - Aralık 2012 dönemine ilişkin 30.04.2013 tarih ve 4097 sayılı işlemle verilen cezaların 26.02.2013 ve 30.04.2013 tarihlerinde ödendiği dikkate alındığında söz konusu cezaların ödeme tarihi itibarıyla davacı şirkete tebliğ edilerek haberdar olduğu, dolayısıyla davacı tarafından 26.02.2013 ve 30.04.2013 tarihlerinde tebliğ edilen cezalara karşı dava açma süresi içerisinde dava açılması ya da idarî başvuruda bulunulması ve idarece başvuruya verilecek cevaptan sonra kalan sürede dava açılması gerekirken, dava açma süresi geçirildikten sonra yaptığı başvurunun reddi üzerine açtığı davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir. Kararın temyizen incelenmesi talebi üzerine Danıştay, Anayasa'nın madde 40/2 hükmündeki düzenleme ve düzenlemenin gerekçesinden, Devlet'in kurumları vasıtasıyla tesis edilen her türlü işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak yargı yeri veya idarî makamlar ile başvuru süresinin gösterilmesinin bir Anayasal zorunluluk hâline getirildiğinin anlaşılmakta olduğunu; Anayasa'nın bağlayıcılığı karşısında, bu zorunluluğa yasama, yürütme ve yargı organlarının, idare makamlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının uymakla yükümlü oldukları sonucuna ulaşıldığını belirtmiştir. Kararın devamında Danıştay, Anayasal düzenlemelerin, kural olarak doğrudan uygulanacak hükümlerden olmadığını, kanunlarda gerekli düzenlemeler yapılarak yaşama geçirileceğini; ancak doktrinde ve Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında, yürürlüğe konulması gereken kanunî düzenlemede yer verilmesi gereken konuların Anayasa metninde açıkça kurala bağlandığı durumlarda, bir özel kanun ya da yürürlükteki kanunlarda uygun değişiklik yapılması gerekmeksizin Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanacağı kabul edilmekte olduğunu belirtmiş ve Anayasa Mahkemesinin Anayasa'nın madde 40/2 doğrudan uygulanması gerektiğine karar veren 08.12.2004 tarih ve E. 2004/84, K. 2004/124 sayılı kararına⁷⁰ yer vererek Devlet'in işlemlerinde,

⁷⁰ Anayasa Mahkemesi, özel kanunlarda aksi yönde bir kural bulunmaması hâlinde, idarî yaptırımlara karşı ilgililerin belirtilen düzenlemeler uyarınca idarî yargı yoluna başvurabileceklerinin kuşkusuz olduğunu, 5225 sayılı *Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu*'nda iptali istenen kurallar yönünden başvurulacak kanun yolu ve süresinin özel olarak öngörülmemiş olmasının, Anayasa'nın 40. maddesine aykırılık oluşturmadığını; Anayasa'nın madde 40/2 hükmü ile Devlet'e verilen görevin, somut olaylarda ilgili kişiler hakkında tesis edilen işlemlere karşı başvurulacak kanun yolları ve merciler ile sürelerin belirtilmesi zorunluluğu olup bu hususlara ilişkin olarak her kanunda özel bir düzenleme yapma yükümlülüğünü içermediğini belirtmiştir. Bkz.: Anayasa Mahkemesi, 08.12.2004 Tarihli ve E. 2004/84, K. 2004/124 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar>

bireylerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğunu öngören Anayasa'nın madde 40/2 hükmünün ayrı bir kanunî düzenlemenin varlığını gerektirmediğine, doğrudan uygulanabilir nitelik taşımasından dolayı yasama, yürütme ve yargı organlarının, idare makamlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak idarî mercileri ve kanun yolları ile sürelerini belirtmesinin zorunlu olduğuna karar vermiştir. Kararın devamında, Anayasa'nın madde 125/3 hükmünde idarî işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirim tarihinden başlayacağını belirtildiği, Anayasa'da yer alan düzenlemelerin normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer almaları sebebiyle bu kuralların birbirine üstünlüklerinden söz etmenin mümkün olmamasıyla birlikte, Anayasal normlar değerlendirilirken normun kabul edildiği tarihe bakılarak yorum yapılabilmesinin mümkün olduğu belirtilmiş olup her ne kadar Anayasa'nın 125. maddesinde, idarî işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden başlayacağı belirtilmişse de Anayasa'nın madde 40/2 hükmüyle idarî işlemlerde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerinin belirtmesi zorunluluğu getirildiğinden, kişilere bildirilen idarî işlemlerde başvuru süresi ve başvuru yerinin de gösterilmesi gerektiğine ve dava açma süresini başlatacak olan yazılı bildirim Anayasa'nın amir hükmü gereğince başvuru merci ve süresini de gösteren yazılı bildirim olduğuna, bunun dışındaki yazılı bildirimlerin Anayasa'nın 40. maddesinin amir hükmüne uygun olmadığından bu bildirimlerin dava açma süresini işlemeye başlatması düşünülemeyeceğine oyçokluğuyla karar vermiştir⁷¹.

Tüm bu açıklamalar ışığında, 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen yasaklama kararlarının yazılı şekil şartına tabi olduğunu; bunun dışındaki sözlü, fiili veya zımî kararlarla bu işlemlerin tesis edilmesi mümkün olmayıp bu hâllerde işlemin yok hükmünde olduğunu düşünmekteyiz. Ayrıca yazılı olarak tesis edilmesi zorunlu olan kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının, ilgililere tebliğ edilmesi de

/Content/fd68ae4d-07e4-4396-bd4d-f004f3421e96?excludeGerekce=False&wordsOnly=False, 10.07.2017.

⁷¹ Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 26.11.2014 Tarihli ve E. 2014/3745, K. 2014/3772 Sayılı Karar; **Danıştay Dergisi**, Yıl: 2015, Sayı: 138, s. 502-506; (Çevrimiçi), http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_04_2016_115406.pdf, 01.06.2017.

zorunlu olmaktadır. Ancak hukuka uygunluk karinesinden faydalanan ve idarî usul yönlerinden yürürlüğe giren bu kararların; hak arama özgürlüğünün sağlanması ve bu bağlamda dava açma süresinin başlaması ve hatta dava edilebilirliğinin temini ve değerlendirilebilmesinin mümkün olabilmesi için tebliği zorunlu olmakla birlikte tek şart bundan ibaret değildir.

Danıştay'ın yer verdiğimiz kararına göre, kanun yolu, başvuru merci ve süresini de gösteren metinlerin ancak Anayasa'nın 40. maddesinin amir hükmüne göre yazılı bildirim niteliğine kavuştuğu, bunun dışındakilerin tebliğ hükümlerini doğurmadığına karar verilmiştir. İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu ise özel dava açma süresi bulunan bir uyuşmazlıkta, Anayasa'nın madde 40/2 hükmüne göre, kanun yolu, başvuru merci ve süresinin gösterilmediği tebliğ metninin şeklen geçersizliğine karar vermemiş ve fakat genel dava süresinin başvuruda kullanılması gerektiğine karar vermiştir. Son olarak Anayasa Mahkemesi, 5179 sayılı Kanun'da hükme bağlanan ibareler için, Anayasa'nın madde 40/2 hükmüne açıkça aykırılık teşkil ettiğine ve idarenin işlemlerine karşı kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesinin Anayasa koyucu tarafından hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından bir zorunluluk olarak görülüp Devlet'e bir görev olarak verilmiş olması karşısında, bu Anayasal görevi yerine getirmeyen Devlet'in, hiçbir şekilde kanun yolunu ve süresini göstermediği işlemleri tesis etmesinin de düşünülemeyeceğine ve yine Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin en önemli öğelerinden olan "belirlilik" ilkesine de aykırı düşeceğine karar vermiştir. Bu durumda hem bu kararlar hem de doktrinde yer verilen bilgileri değerlendirdikten sonra, kanun yolu, başvuru merci ve süresinin tebliğ metinlerinde yer alıp almaması gerektiği ve sonuçları bir probleme dönüşmektedir. Ancak bahsettiğimiz düzenleme, normlar hiyerarşisinde kendisinden sonra yer alan tüm mevzuat hükümlerinin aykırı olamayacağı Anayasa'da yer almakta olup Anayasa hükmü ile bunun bir zorunluluk olduğu tereddüde yer bırakmayacak şekilde belirtilmiş ve bu zorunluluk hükmün gerekçesinde de bildirilmiştir. Kanaatimize göre, bu zorunluluğa uymamanın da bir yaptırım olmalıdır ki bu hükmün var oluşunun bir amacı olsun. Durumu bu açıdan kabul etme zorunluluğumuz bulunmaktadır, bu bağlamda uygulamada ortaya

çıkardığı sonuçlar ile hareket ettiğimizde, aksi görüşleri de haklı bulmakla birlikte⁷², bu hâlde hüküm uygulanamaz hâle gelmektedir. Burada hükmü kabul edip etmeme ve hükmün uygulanışının sonuçları bağlamında değerlendirme hakkımızın bulunmaması sebebiyle ve Devlet'in işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtme zorunluluğu bulunduğundan, bunun idarî işlemlerde bir şekil şartı oluşturduğu ve bu şekil şartına uymayan işlemlerin de iptal edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu bağlamda, bunun şekil şartı oluşturmadığı ve yalnızca hak kaybı bulunanların bunun tazminini isteyebileceği; özel dava süresi bulunan uyuşmazlıklarda tebliğ metninde kanun yolları, merci ile sürelerinin belirtilmediği hâllerde genel dava süresinin geçerli olduğu ya da yine kanun yolları, merci ile sürelerinin belirtilmediği hâllerde, ilgililer için dava süresinin başlamadığı yönündeki düşüncelere katılmamaktayız. Sonuç olarak ilgililerine tebliğ edilen kamu ihalelerinden yasaklama kararları için de ilgililere başvurabilecekleri kanun yolu, merci ve sürelerinin gösterilmemesi hâlinde, bu idarî işlemin şekil yönünden hukuka aykırı olduğunu ve sakatlanan bu işlemin yaptırımının iptal edilebilirlik olduğunu düşünmekteyiz.

⁷² İdarî Dava Daireleri Genel Kurulunun yukarıda yer verdiğimiz ve oyçokluğu ile alınan kararında karşı oy olarak belirtilen kararda, Anayasa'nın madde 40/2 hükmü "*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.*" ibaresine yer verildikten sonra, söz konusu hüküm ile bireylerin yargı ya da idarî makamlar önünde haklarını arayabilmelerine kolaylık sağlanması amaçlandığı ve idarî dava açma sürelerinin 2577 sayılı Kanun ile diğer özel kanunlarda düzenlenmiş olduğu ve bahsi geçen Kanun'da davanın açılacağı yere göre belirlenen dava açma sürelerinin, ülke gerçekleri göz önünde bulundurularak tespit edilen genel süreler olduğu belirtilmiştir. Kararın devamında, özel kanunlarda belirlenen dava açma sürelerinin, kanunların düzenlenme alanına giren kamu hizmetlerinin özelliklerine göre tespit edildiği; kanun koyucunun, kamu hizmetlerinin özellikleri yanında, bu hizmetlerin diğer kamu hizmetlerine göre önemlerini de göz önünde tutarak belirlediği bu sürelerin 2577 sayılı Kanun'da belirlenen dava açma sürelerinden farklı, ayrı bir önem ve özellik taşıyan süreler olduğu; Anayasa'nın madde 40/2 hükmü ile idareye getirilen yükümlülüğün yerine getirilmeyerek özel kanunlara (2872 sayılı Çevre Kanunu) dayalı olarak kurulan işlemlerde yargı yerinin ve dava açma süresinin gösterilmemiş olması hâlinde özel kanunlarda düzenlenen sürelerin göz ardı edilerek 2577 sayılı Kanun'da öngörülen genel dava açma sürelerinin uygulanması, kanun koyucunun amacının aşılması sonucunu doğuracağı gibi, kamu hizmetinin işleyişini aksatarak idarî istikrarın bozulması sonucunu da doğurabileceği; zira özel kanunlardaki farklı dava açma sürelerine ilişkin kuralların hukuken ayakta olduğu ve mevcut hukukî düzenlemelerde idarece Anayasal yükümlülüğün yerine getirilmeyerek işlemlerde kanun yolunun ve dava açma süresinin gösterilmemiş olması durumunda 2577 sayılı Kanun'da öngörülen genel dava açma süresinin uygulanacağına ilişkin herhangi bir kuralın yer almadığı belirtilmiştir. Bkz.: İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu, 17.10.2008 Tarihli ve E. 2005/1558, K. 2008/1803 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGGeX6gymYUH3ZbA~~>, 11.07.2017.

Yine ayrıca tebliğ metni ile yapılan yazılı bildirimde, idarî yaptırım niteliğini haiz kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının gerekçesi, somut durumun hangi hükümlerle örtüştüğünün belirtilmesi de gerekmektedir ve bu gereklilik yerine getirilmediğinde işlemin yaptırımını iptal edilebilirlik olmalıdır.



SEKİZİNCİ BÖLÜM

2886 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE KAMU İHALELERİNDEN YASAKLAMA KARARLARINDA MAKSAT UNSURU VE HUKUKA AYKIRILIKLAR

Bu bölümde, idarî işlemlerdeki maksat unsurunun mahiyeti, özellikleri ve türleri açıklandıktan sonra, yasaklama kararlarının verilmesinde maksat unsuru irdelenecektir. Daha sonra, kamu ihalelerinden maksat unsurundaki hukuka aykırılıkların kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında ortaya çıkabilecek durumları ise tek bir başlık altında incelenecektir.

8.1. İDARÎ İŞLEMLERDE MAKSAT UNSURU

Her idarî işlem bir maksada sahiptir¹; *gaye* veya *amaç unsuru* olarak da adlandırılan maksat unsuru² idarî işlemde beklenen nihai sonuç³; son amaç olarak tanımlanmıştır⁴. Bu şekilde tanımlama var olmakla birlikte, genel maksat olarak ifade edilen kamu yararının idarî işlem ve eylemlerin temelini oluşturması sebebiyle maksat unsuru, idarî işlemin unsurları sıralamasında hem en başta hem de en sonda yer almaktadır⁵. Ayrıca maksat unsurunun, idarî fonksiyonun sosyal değerini belirtme işlevi bulunduğu belirtilmiştir⁶.

Olumlu bir tanımlamasının yapılamaması nedeniyle, idarî işlemlerin yöneldiği değişmez bir amaç olarak ifade edilen kamu yararının tanımlama yöntemi olarak "ayıklama yoluyla tanımlama" kullanılmaktadır. Bu yöntem ile maksat unsuru temelinde, kamu yararının ne olduğuna değil, nerede bulunmadığına ilişkin tespit yapılmaktadır⁷.

¹ Atay, **a.g.e.**, s. 509.

² 2577 sayılı Kanun'da yer alan hukukî terminoloji ile uyum içinde olabilmek için, *maksat unsuru* ifadesi tercih edilmiştir.

³ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 316.

⁴ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: II, s. 486.

⁵ Özay, **a.g.e.**, s. 454.

⁶ Derbil, **a.g.e.**, s. 41.

⁷ Özay, **a.g.m.**, s. 687.

Maksat unsurunun genel ve özel olmak üzere iki türü bulunduğu; genel maksadın kamu yararını⁸ ifade ettiği ve özel maksadın da genel maksada aykırı olmamak, onun alan ve amacı içinde kalmak koşuluyla, idareye belli bir idarî işlemin yapılmasında yetki veren, sebep gösteren normun yönlendirdiği ve daha kısa nitelikli bir maksat olduğu belirtilmektedir⁹. Maksat unsurunun hukuka uygun olup olmadığının tespitinde, idarî işlemin genel amacı olan kamu yararı amacı için veya mevzuatın belirttiği özel amaç için yapılıp yapılmadığı sorgulanmaktadır¹⁰.

Maksat unsuru, bütün idarî işlemlerin nihai amacı olan kamu yararı temelinde dikkate alınmaktadır; bu bağlamda bir işlemin idare hukukuna mal edilebilmesi için kamu yararı amacıyla yapılmış olması gerekmektedir¹¹. Bu çerçevede, idarî işlemlerin kamu yararı amacı genel ve değişmez niteliktedir; mevzuatta maksat unsuru gösterilmemiş olsa dahi idarî işlem kamu yararı düşüncesi ile yapılmak zorundadır¹². Genel maksadın kamu yararı dışında hizmet yararını da ifade ettiği; zira kamu yararı ile hizmet yararının aynı anlamı ortaya çıkardığı belirtilmiştir¹³. Kamu yararı olarak ifade edilen genel maksadın tamamen sübjektif nitelikte olduğu ileri sürülmektedir¹⁴.

Özel maksat, genel maksat olan kamu yararı alanı ve amacı içinde kalmakta; somut şekilde ifade edilen ve daha dar, kısa nitelikte kamu yararını ifade

⁸ Kamu yararını ifade eden ve genel türünü oluşturan maksat unsuruna daha önce değinmiştik. Bunları bir toparlamaya çalıştığımızda, idarî fonksiyonun amacının kamu yararı ve maddî hukuk açısından idare hukukuna kamu yararının egemen olduğunu; kamu gücü kullanılmak suretiyle tesis edilen idarî işlemlerde, bu kamu gücünün kullanımının ancak kamu yararı amacıyla yapılabileceğini, idarî işlemlerin kamu yararı amacı dışında yapılmamasının esas olduğunu ve varlıkları, yetkileri ve hizmetleri Devlet tarafından belirlenen kamu tüzel kişilerinin yürütecekleri kamu hizmetleri ve bu hizmetleri yürütmekle gerçekleştirecekleri kamu yararları bulunduğunu belirtmiştik. Ayrıca, yetki unsuru için, kolektif ihtiyacı karşılamak ve kamu yararını tesis etmek amacıyla kullanılabilmeğe olduğundan yetkinin belli bir amaca özgülendiğini, sebep unsurunun da idarî işlemlerin tesisinde kamu yararının gerçekleştirilmesine elverişli ve yeterli olacak şekilde olması gerektiğini ve kanunda belirtilip belirtilmediğine bakılmaksızın idarî işlemin dayanağı olan sebebin kamu yararı anlayışına dayanmak zorunda olduğunu belirtmiştik.

⁹ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 198.

¹⁰ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 313.

¹¹ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 318-319.

¹² Günday, **a.g.e.**, s. 160; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 440.

¹³ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 199.

¹⁴ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 318; Özay, **a.g.e.**, s. 500; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 440; Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 364.

etmektedir¹⁵. Maksadın özel olması, idarî işlemlerin kamu yararı amacı ile yapılmasına engel olmamaktadır; zira her idarî işlemin amacı mutlaka kamu yararadır¹⁶. Bu bağlamda özel maksat ile kamu yararı, idarî işlemde somutlaştırılmaktadır¹⁷, belirli bir anlamda kamu yararı ifade edilmektedir¹⁸ ve kamu yararı daha fazla belirginleşmektedir¹⁹.

Özel maksat, kendini üç şekilde göstermektedir. Bunlardan ilkinisi maksat unsurunun mevzuatta açıkça belirtildiği veya düzenlendiği normun ruhuna içkin olduğu durum oluşturmaktadır; bu bağlamda norm, belirlenmiş bir maksadı içermekte ve belli bir maksadı amaç edinmekte olduğundan maksat unsuru objektif nitelik kazanmaktadır. Bu hâlde maksat tek olup maksat ile idarî işlem arasındaki illiyet bağının tespitinin daha kolay olacağı belirtilmiştir²⁰.

Özel maksadın kendini gösterdiği ikinci durumda, maksat unsuru mevzuatta açık bir şekilde belirtilmemekle veya düzenlendiği normun ruhuna içkin olmamakla birlikte, mevzuatta takip edilen maksatlar örneklendirme suretiyle sayılmış olup verilen örnekler ile kıyas yapılarak maksat unsurunun tespitinde bir kriter belirlenmektedir. İkinci durumun bu özelliği sebebiyle, tek bir maksat anlaşılmamaktadır²¹.

Özel maksadın kendini gösterdiği üçüncü durumda ise idarî işlemin sebep unsuru ile maksat unsuru birleşmektedir; bu bağlamda sebep unsuru ortaya çıktığında maksat unsuru da ortaya çıkmakta ve sebebin gerçekleşmesi hâlinde maksat unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmamaktadır. İlâveten özel maksadın hem kendini gösterdiği birinci durumda hem de üçüncü durumda maksat unsurunun objektif nitelik kazandığı belirtilmektedir²².

¹⁵ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 441.

¹⁶ Giritli vd., **a.g.e.**, s. 1276-1277.

¹⁷ Atay, **a.g.e.**, s. 509.

¹⁸ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: II, s. 486.

¹⁹ Günay, **a.g.e.**, s. 161.

²⁰ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 319-320.

²¹ **A.e.**, s. 320-321.

²² **A.e.**, s. 321.

8.2. YASAKLAMA KARARLARININ VERİLMESİNDE MAKSAT UNSURU

Diğer tüm idarî işlemlerde olduğu gibi, kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında maksat unsurunun genel türü olan kamu yararı bulunmaktadır ve bu durum, daha önceki bölümlerde idarî fonksiyona tabi olması ile tek taraflı idarî işlem olması açısından kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının özellikleri incelenirken kamu yararı amacıyla tesis edildikleri belirtilmiştir. Ancak kamu ihalelerinden yasaklama kararları ile ilgili bu işlemlerin birer özel idarî kolluk olduğu düşüncemiz temelinde, bu kararların tesisinde kamu düzeninin bir tezahürü olarak belirttiğimiz ihale düzeninin sağlanmasının bu işlemlerin tesisinde bir sınır oluşturduğunu da belirtmeliyiz²³. Başka deyişle, yine bu kararların tesisindeki en yüksek amaç kamu yararı olmakla birlikte, bu amaca ihale düzeninin sağlanması amacı ile ulaşılmak zorundadır. Yoksa ihale düzeninin sağlanması amacını aşarak kamu yararı amacından bahisle bu kararlar tesis edildiğinde bu işlemler, maksat yönünden hukuka aykırı olacaktır. Diğer taraftan maksat unsurunun özel türü açısından kamu ihalelerinden yasaklama kararlarını incelemek gerekmektedir.

Özel maksadın kendini üç şekilde göstermekte olduğunu ve bunlardan ilkinin maksat unsurunun mevzuatta açıkça belirtildiği veya düzenlendiği normun ruhuna içkin olduğu durumun oluşturduğunu daha önce belirtmiştik. Burada norm, belirlenmiş bir maksadı içermekte ve belli bir maksadı amaç edinmekte olduğundan maksat unsuru objektif nitelik kazanmaktadır. 2886 sayılı Kanun'un kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına ilişkin düzenleme getiren 83, 84 ile 85. maddelerinde özel maksada işaret edecek bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Kanun'un madde 2/1 hükmünde yer alan ilkelerin, kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının özel maksat unsurunu oluşturduğunu belirtebiliriz. Bu sonuca ulaşmamızın nedenini yargıya taşınan uyuşmazlıklara ait kararlar ile Kamu İhale Kuruluna yapılan itirazın şikâyet başvuruları sonucunda verilen uyuşmazlık

²³ Günday, **a.g.e.**, s. 314.

kararları²⁴ oluşturmaktadır; bu kararlara bakmadan önce ilkeler ile ilgili açıklama yapılmakta fayda görülmektedir.

2886 sayılı Kanun'un madde 2/1 hükmünde, Kanun'un yürütülmesinde, ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanmasının esas olduğu belirtilmiş olup bu bağlamda *ihtiyaçların en iyi şekilde karşılanması, ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması, ihtiyaçların zamanında karşılanması, ihalede açıklığın sağlanması ve ihalede rekabetin sağlanması* olmak üzere, beş adet ilke belirlenmiştir. Ayrıca, 4734 sayılı Kanun'un madde 5/1 hükmünde de idarelerin, Kanun'a göre yapılacak ihalelerde, saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu olduğu hükme bağlanmış olup bu bağlamda *saydamlığın sağlanması, rekabetin sağlanması, eşit muamelenin sağlanması, güvenirliliğin sağlanması, gizliliğin sağlanması, kamuoyu denetiminin sağlanması, ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanmasının sağlanması, ihtiyaçların zamanında karşılanmasının sağlanması ve kaynakların verimli kullanılmasının sağlanması* olmak üzere, sekiz adet temel ilke belirlenmiştir.

Yukarıda ne oldukları belirtilen ihale ilkelerinin, kanun metninde yer alan diğer hükümlerden önemli bir farklılığı bulunmaktadır. Diğer hükümler, yalnızca düzenledikleri alana ilişkin somut bir durum vuku bulduğunda uygulanmakta iken; ilkeler bütünsellik arz etmekte ve ihale sürecinin tümünde uygulanmaktadır²⁵. Kamu ihaleleri için hükme bağlanan ilkelerin, *ihale düzenini sağlama, ihale sürecinin tümüne uygulanma, uyulmaması hâlinde sorumluluk doğurma, idare*

²⁴ 4734 sayılı Kanun'un madde 53/(b)-1 hükmüne göre Kamu İhale Kurumunun, 4734 sayılı Kanun'a göre yapılacak ihaleler ile ilgili, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırmak şeklinde belirtilen görev ve yetkisi bulunmaktadır. Başka deyişle Kurumun, 2886 sayılı Kanun uyarınca yapılacak ihalelerde bahsi geçen görev ve yetkisi bulunmamasıyla birlikte, bazı kararlarında yer alan ifadeler açısından 2886 sayılı Kanun'un da yorumlanmasına yardımcı olduğunu düşündüğümüz için, burada yer vermeyi uygun görüyoruz.

²⁵ 4734 sayılı Kanun'da 5. madde dışında ayrıca Kanun'un madde 56/2 hükmüne göre, Kamu İhale Kurumunun itirazın şikâyet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından *eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği* açılarından inceleyeceği belirtilmiştir.

hukukuna tabi olma ve ihale suçlarının önlenmesini temin etme şeklinde sıralanabilecek genel özellikleri bulunmaktadır²⁶. Bu ilkelerin ihale usullerini düzenleyen tüm kanunlar için ortak olduğunu söyleyebiliriz.

İdarelerin sözleşme iradesini oluşturma yöntemi olan kamu ihalelerinde²⁷ idarelerin sözleşmecisi tarafı seçme serbestliği, bu alanda yer alan kanun hükümleriyle büyük ölçüde sınırlandırılmıştır²⁸ ve kamu ihalelerine hâkim olan ilkelerin de bu sınırlandırmada büyük bir işlevi bulunmaktadır. Birçok kaynaktan beslenerek tesis edilen bu ilkeler, kamu ihale politikasının amaçlarını da oluşturmaktadır. Bu ilkelerin, ihale sürecinin başından sonunda dek sürece yön vermesi beklenmektedir. Hükümetlerin politikalarında belirlediği önceliklere göre ilkelerden bazıları normatif düzenleme hâline getirilmiştir; zira birbirinden bağımsız olarak değerlendirilemeyen bu ilkelerin hepsini birden uygulayan bir kamu ihale politikası bulunmamaktadır²⁹. Daha önce belirttiğimiz üzere, bu durumla ilgili yargı ve Kamu İhale Kurulu kararlarına da bakmak gerekmektedir.

İdare hukukunun tedvin edilmemiş olma özelliğinin istisnasını kamu ihaleleri başlığı oluşturmaktadır. Kamu ihale hukukunun düzenlenmesinde birincil kaynağın kanun koyucu iradesi olduğu, sonrasında ise yürütme organının takdiri ve yargı kararları ile şekillendiği görülmektedir³⁰. Bu bağlamda idarenin sözleşme yapma iradesini oluştururken izlemesi gereken kuralların idare iradesinden bağımsız olarak kanunlarca belirlenmesi ve yöntemler arasında seçim yapma serbestliğinin sınırlandırılması Anayasa Mahkemesi kararıyla³¹, Anayasal değerlere ilkelere dönüştürülmüştür³².

²⁶ Gürsel Özkan, **Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 162-172.

²⁷ Karahanoğulları, **a.g.e.**, s. 214.

²⁸ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, 1615; Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 468.

²⁹ Uz, **a.g.e.**, s. 26.

³⁰ Toprak, **a.g.e.**, s. 70.

³¹ Anayasa Mahkemesinin önüne gelen somut uyuşmazlıkta, Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada, Anayasa'ya aykırılık savını ciddi bulan İdare Mahkemesi, 4046 sayılı Kanun'un 18. maddesinin (b) ve (c) bentlerinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Kararda özetle, Kanun'da yalnız yöntem türlerinin belirlenmesi değil, durum ve konuma göre hangilerinin uygulanacağını açıkça saptanması gerektiği, bunlardan birini seçme olanağının verilmesinin gerçek değere ulaşmayı zorlaştıran belirsizlikler yarattığı, söz konusu maddedeki ihale

Ayrıca Danıştay kararında da ihale ilkelerinin bazılarının kanundan kaynaklanmayacağı; bunların da bir nevi hukukun genel ilkeleri niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Kararda özetle, idare hukukunun tedvin edilmemiş karakteri nedeniyle, bu sebepten kaynaklanan ve gelişen-değişen ihtiyaçlara cevap vermesi bakımından idarî yargı organlarınca geliştirilmiş ilkeler bulunmakta olduğu ve bu ilkelerin muhakemede dikkate alınmasının gerektiği ve bu ilkelerin niteliğinin tüm demokratik ülkelerce kabul edilen, gerçek, soyut ve evrensel olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda ihale hukuku nezdinde tezahürünün, ihalenin herkese açık olması (açıklık/şeffaflık ilkesi), rekabet kurallarına aykırı olmaması (rekabet ilkesi) ile ihale aşamasında gizliliğe (gizlilik ilkesi) uyulması olduğu bildirilmiştir³³.

Anayasa Mahkemesine 4734 sayılı Kanun'un madde 58/2 ile 59/2 hükümleri ve 4735 sayılı Kanun'un 21. maddesinin Anayasa'nın 2, 10, 38 ve 48. maddelerine aykırı olduğu savıyla iptali istemi için yapılan başvuruda, 4734 sayılı Kanun'da, kamuya ait parasal kaynakların kullanılması da gözetilerek, kamu ihalelerinde rekabetçi bir ortamın yaratılması ve ihaleye katılanlar arasında fırsat eşitliğinin sağlanmasının amaçlandığını ve Kanun'un 17. maddesinde düzenlenen eylemlerin³⁴ niteliği dikkate alındığında itiraz konusu kural ile getirilen önlemin Kanun ile ulaşılmak istenen amaç için elverişsiz ve gereksiz olduğundan söz edilemeyeceği belirtilmiştir³⁵.

Danıştay bir kararında, ihale işlemlerinde idarelerin takdir yetkisinin denetiminde 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan ihale ilkelerinin

usullerine ilişkin belirsizliğin giderilmemesinin ve yasama organınca kurallara bağlanmamasının yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Anayasa Mahkemesi, 09.04.1997 Tarihli ve E. 1997/35, K. 1997/45 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/666f31bd-8ea5-4af9-9c7b-42ddae567203?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, 11.07.2017.

³² Karahanoğulları, **a.g.e.**, s. 215.

³³ Bkz.: Danıştay 10. Dairesi, 10.01.1995 Tarihli ve E. 1996/4274, K. 1998/5478 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4lpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXwJ9I4!ROGvQ~>, 11.07.2017.

³⁴ 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinde ihalelerde hangi fiil veya davranışların yasak olduğu hükme bağlanmıştır.

³⁵ Bkz.: Anayasa Mahkemesi, 14.01.2010 Tarihli ve E. 2007/68, K. 2010/2 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/35c82e90-98cb-4589-aa15-8f1cc620c8ef?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, 10.06.2017.

gözetilmesi ve ayrıca idare hukukuna hâkim olan hukukî güvenilirlik, idarî istikrar gibi ilkelerin de dikkate alınması gerektiğini³⁶ belirtmiştir³⁷.

Danıştay önüne gelen başka bir uyuşmazlıkta, 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesindeki düzenleme ile ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi, sonuçlandırılması sırasında dürüstlük, açıklık, rekabeti temin ve bu yolla da kamu yararının sağlanmasının amaçlandığını belirtmiştir³⁸. Bu karardaki ifade oldukça önemlidir; zira Danıştay, 2886 sayılı Kanun'un kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının usul ve esaslarının düzenlendiği 84. maddesinin amacının, ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi, sonuçlandırılması sırasında dürüstlük, açıklık, rekabetin ve bu yolla da kamu yararının sağlanması olduğuna ilişkin tespit kararında yer vermiştir.

Yukarıda yer verdiğimiz Anayasa Mahkemesi ile Danıştay kararlarında, ihale ilkelerinin, kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının özel maksat unsurunun mevzuatta açıkça belirtildiği veya düzenlendiği normun ruhuna içkin olduğu durumu işaret ettiğini düşünmekteyiz.

Danıştay'ın yukarıdaki kararlarında yer alan ifadeler, Kamu İhale Kurulu kararlarında da mevcuttur. Kurul önüne gelen itirazın şikâyet başvurusuna ilişkin uyuşmazlık kararında, 4734 sayılı Kanun'un *Yasak Fiil veya Davranışlar* başlıklı 17 ile *İhalelere Katılmaktan Yasaklama* başlıklı 58. maddelerine yer verdikten sonra, aktarılan Kanun maddeleri ile kamu ihalelerinin belirlenen ilkelere uygun olarak yapılmasını sağlamak, idarelerin zararına sebep olunmasını önlemek, işlerin zamanında ve düzenli olarak yapılmasını gerçekleştirmek amacıyla, yasak olan fiil

³⁶ Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 26.05.2010 Tarihli ve E. 2007/13697, K. 2010/4422 Sayılı Karar; Özkan, **a.g.e.**, s. 162.

³⁷ Özkan, **a.g.e.**, s. 162; 164.

³⁸ Bkz.: Danıştay 10. Dairesi, 08.06.2005 Tarihli ve E. 2002/460, K. 2005/2869 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXHOo%2B8WW8KsA~~>, 28.04.2017; Danıştay 10. Dairesi, 18.11.2005 Tarihli ve E. 2003/2915, K. 2005/6347 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXc6Is!XesabA~~>, 05.05.2017; Danıştay 13. Dairesi, 06.11.2007 Tarihli ve E. 2007/1218, K. 2007/6840 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVErFqNjpi4Q~~>, 11.05.2017.

veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği belirtmiştir. Bu kararda da kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının usul ve esaslarının düzenlendiği maddelerinin amacının, *kamu ihalelerinin belirlenen ilkelere uygun olarak yapılmasını sağlamak, idarelerin zararına sebep olunmasını önlemek, işlerin zamanında ve düzenli olarak yapılmasını gerçekleştirmek* olduğuna ilişkin tespite yer verilmiştir³⁹.

Kamu İhale Kurulunun itirazen şikâyet üzerine vermiş olduğu başka bir uyuşmazlık kararında da 4734 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilen ihalelerde *saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamak amacıyla* Kanun'un 17. maddesinde belirtilen davranışlarda bulunulduğunun tespit edilmesi hâlinde, söz konusu yasak fiil veya davranışı işleyen ilgililer hakkında, ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceğinin anlaşıldığı belirtmiştir⁴⁰.

İlgili kararlar ve diğer açıklamaları topladığımızda, idarî fonksiyona tabi ve bir idarî işlem olan ve 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının mutlak anlamda maksat unsuru, kamu yararadır. Ayrıca, genel maksat unsurunun yanı sıra, kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının kamu yararının somut şekilde ifade edilebildiği ve daha dar, kısa nitelikteki özel maksat unsuru da Kanun'un 2. maddesinde düzenlenen ilkeler olmaktadır. Burada kamu yararının daha belirginleştiği ve yasaklama kararlarının özel maksadı olarak addettiğimiz ilkelerin, doktrinde belirtildiği şekilde, özel maksadın ilk türünü oluşturduğunu düşünmekteyiz. Zira 2886 sayılı Kanun uyarınca bu fiil ve

³⁹ Bkz.: Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, 01.03.2017 Tarihli ve 2017/UH.II-687 No.lu Karar, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 11.07.2017.

⁴⁰ Bkz.: Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, 01.03.2017 Tarihli ve 2017/UM.III-723 No.lu Karar, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 12.07.2017; Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, 07.12.2016 Tarihli ve 2016/UY.I-3003 No.lu Karar, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 12.07.2017; Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, 11.02.2015 Tarihli ve 2015/UY.III-491 No.lu Karar, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 12.07.2017; Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, 20.01.2014 Tarihli ve 2014/UH.I-398 No.lu Karar, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 12.07.2017.

davranışlara kamu ihalelerinden yasaklama yaptırımının uygulanması, bu ilkelerin gerçekleşmesine ve ihale düzeninin sağlanmasına hizmet etmektedir⁴¹. Kanun'un yasaklama kararlarına ilişkin düzenlemeler getiren ve Kanun'un 83, 84 ile 85. maddelerindeki hükümler için, incelediğimiz yargı ile Kamu İhale Kurul kararlarından da anlaşılacağı üzere özel maksat unsuru olan bu ilkeler, mevzuatta açıkça belirtilmiştir; hatta böyle bir belirleme yapılmasa dahi düzenlendiği normun ruhuna içkindir ve bu bağlamda ilkeler olarak belirlediğimiz özel maksat unsuru objektif nitelik kazanmış olup idarî işlem arasındaki illiyet bağının tespiti daha kolay olmaktadır.

8.3. MAKSAT UNSURUNDA HUKUKA AYKIRILIKLAR

İdarelerin takdir yetkisinin bulunduğu hâllerde, yargısal uyuşmazlıklar ortaya çıktığında işlemin daha çok maksat unsurunun hukuka aykırı olup olmadığına bakılmaktadır⁴². İdarî işlemlerin hukuka aykırılığının ispatının diğer unsurlarına kıyasla çoğu kez en zor olduğu unsurunun maksat olduğu⁴³ ve maksat unsuru yönünden hukuka aykırılığının ispatlanmasında sebep unsurunun çok önemli bir işlevi bulunduğu belirtilmektedir⁴⁴. Zira sebep unsurunun çarpıtılmış hâlinin maksat unsurunda hukuka aykırılığı oluşturduğu ileri sürülmektedir⁴⁵.

Maksat unsurunun sübjektif niteliği ve en başta bir işlemin kamu yararı veya kanunda öngörülen özel maksada yönelik yapıp yapılmadığının tespitinin zor olması sebebiyle, bu unsorda ortaya çıkan hukuka aykırılıkların yaptırımının yokluk olamayacağı ve yalnızca iptal edilebilirliğinin talep edilebileceği belirtilmektedir⁴⁶.

Maksat unsurundaki hukuka aykırılığın tespitinde önce yetki, sonra ise şekil unsurunda yer alan usulün irdelenmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁷. Yetki unsurunda

⁴¹ Kaya, **a.g.m.**, s. 154.

⁴² Duran, **a.g.e.**, s. 409.

⁴³ Özay, **a.g.m.**, s. 687.

⁴⁴ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 440.

⁴⁵ Özay, **a.g.e.**, s. 499.

⁴⁶ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 1, s. 334. Ancak başka bir görüşe göre, yetki saptırmasının yokluğun bariz hâllerinden biri olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 208.

⁴⁷ Özay, **a.g.m.**, s. 688.

olduğu gibi maksat unsurundaki hukuka aykırılıklar, doktrin veya yargı kararları ile tek tek isimlendirilmiştir. İdarî işlemlerin maksat unsurundaki hukuka aykırılıklar, *yetki saptırması* ve *usul saptırması* başlıkları altında incelenecektir.

8.3.1. Yetki Saptırması

Yetki saptırmasında, genel maksat olan kamu yararı veya kanunda belirtilen özel maksat, şahsî kin, garez, husumet, menfaat vb. niyetlerle aşılmakta, saptırılmaktadır⁴⁸. Mevzuatın öngördüğü yetkilerin, idareler tarafından başka bir amaca ulaşılmasında kullanılması yetki saptırmasını ifade etmektedir⁴⁹.

Maksat unsurunda bir yetki saptırması bulunduğu ve bu bağlamda da hukuka aykırılığının ispatlandığı durumlarda, idarî işlemin takdir yetkisinin kötüye kullanılmasından değil, yetki saptırmasının varlığı sebebiyle iptal edileceği ve yetki saptırmasının takdir yetkisinin kullanılmasıyla ilişkili bir sakatlık olmadığı belirtilmiştir⁵⁰.

Kamu yararını ifade eden genel maksat unsurundaki yetki saptırmasının *kişisel ve siyasal amaç ile üçüncü kişilerin korunması ve ekonomik menfaat⁵¹ (malî çıkar)⁵² amacı güdülerek alınan idarî işlemler⁵³ olmak üzere⁵⁴ ve özel maksat temelinde de özel maksadı aşan idarî işlemler⁵⁵ olmak üzere, türleri olduğu belirtilmektedir⁵⁶.*

⁴⁸ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 208.

⁴⁹ Yıldırım vd., **a.g.e.**, s. 465.

⁵⁰ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 212.

⁵¹ Yıldırım vd., **a.g.e.**, s. 465.

⁵² Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 368.

⁵³ Atay, **a.g.e.**, s. 510.

⁵⁴ Buraya kadar bahsedilen hukuka aykırılıklar, kamu yararına yabancı bir amaçla yapılan yetki saptırması türlerini oluşturmaktadır. Bkz.: İsmet Giritli, "Türk Devlet Şûrası İçtihadlarına Göre İdarenin Yetkisini Saptırması", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 21, Sayı: 1-4, 1957, s. 84; 92.

⁵⁵ Günay, **a.g.e.**, s. 161-162.

⁵⁶ Kişisel ve siyasal amaç ile üçüncü kişilerin korunması amacı güdülerek alınan idarî işlemlerde, genel amaç olan kamu yararının tamamıyla dışında kalındığı, özel maksadı aşan idarî işlemlerde ise genel amaç olan kamu yararının dışına çıkılmamakla birlikte, Kanun'un öngördüğü maksat ile işlemin tesis edilmediği belirtilmektedir. Bkz.: Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 365-366.

İdarî Dava Daireleri Kurulu da bir kararında, bütün idarî işlemlerin kamu yararı maksadını taşıması, idarelerin işlem tesis ederken kişisel, siyasal amaç veya üçüncü kişilere yarar sağlama amacı gütmemesi, malî çıkar sağlama amacıyla yetki saptırması içinde bulunmaması, ayrıca birden fazla kamu yararının çatışması durumunda üstün kamu yararının dikkate alınması gerektiğini belirtmiş olup idarî işlemin maksat yönünden yargısal denetiminin de işlem ile sağlanan her türlü yarar ve işlemin ortaya çıkardığı tüm sakıncalar göz önüne alınarak yapılması ve ayrıca, kanunda özel bir amaç belirlenmiş ise işlemin bu amaca uygun olması gerektiğini bildirmiştir⁵⁷. Şimdi kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında yetki unsurunda oluşabilecek bu aykırılığı bir örnekle açıklamaya çalışalım.

2886 sayılı Kanun'un madde 84/4 hükmüne göre, Kanun'un madde 84/3 hükmünde düzenlenen fiil ve davranışları sebebiyle, şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerinin şahsî kusurları bulunduğundan bahisle, haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği idarece tespit edilenler Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilere verilecek bir aylık süre içinde ihale bedelinin üç katı tutarında tazminatı peşin olarak ödeyenler hakkında ihaleden yasaklama kararı verilmeyeceği belirtmiştir. Bu hükümde yer alan sebep unsurundaki somut durumun gerçekliği, tamlığı, ciddiliği⁵⁸ ve sebep teşkil edebilme niteliği olmaksızın, sırf ihale bedelinin üç katı tutarında tazminatın temin edilebilmesi ve bu bağlamda malî maksat ile hareket edilmesi hâlinde bu işlem, maksat unsuru yönünden hukuka aykırıdır ve yaptırımını iptal edilebilirlik olduğu için dava açma süresi içinde işlemin iptali talep edilebilecektir.

8.3.2. Usul Saptırması

*Usulün yerinde kullanılmaması*⁵⁹ ya da *yöntem saptırması*⁶⁰ olarak da ifade edilen usul saptırması, mevzuat tarafından ilgili iş ve işlem için öngörülen usulün

⁵⁷ Bkz.: İdarî Dava Daireleri Kurulu, 27.12.2007 Tarihli ve E. 2007/939 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXT5pVpyLwioQ~~>, 14.06.2017.

⁵⁸ Giritli, **a.g.m.**, s. 134.

⁵⁹ **A.e.**, s. 144.

⁶⁰ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: II, s. 495.

yerine, mevzuatın ilgili işlemde farklı hâller için düzenlediği ve idareye daha kolay, elverişli gelen ve seri nitelikteki usulün kullanılması olarak ifade edilmiştir⁶¹. Tıpkı yetki saptırmasında olduğu gibi, usul saptırmasında da işlemin yaptırımını iptal edilebilirliktir⁶².



⁶¹ Giritli, **a.g.m.**, s. 143.

⁶² Danıştay, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu ve hukuk devletinin en belirgin özelliğinin de devletin bütün faaliyetlerinde hukukun hâkim ve bütün faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması olarak ortaya çıktığını, idarenin gerçekleştirmek istediği amacında haklı olsa bile, belli durumların oluşması hâlinde yapacağı işlemin usulünü gösteren ve bu hususta yetki veren bir kanun hükmünün, bu durumlar meydana gelmeden başka bir amaç için kullanılmasının usul saptırması nitelendirildiğini ve ağır bir hukuka aykırılık teşkil etmesi nedeniyle idarenin bu tür işlemlerinin iptal edilmesinin hukuk devleti anlayışının bir gereği olduğunu belirtmiştir. Bkz.: Danıştay 6. Dairesi, 27.05.1987 Tarihli ve E. 1987/451, K. 1987/590 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXGJudS37yQVA~~>, 01.07.2017.

DOKUZUNCU BÖLÜM
2886 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE KAMU
İHALELERİNDEN YASAKLAMA KARARLARINA KARŞI
BAŞVURU YOLLARI

4734 sayılı Kanun'un madde 53/(b)-5 hükmüne göre, haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutma görev ve yetkisini haiz Kamu İhale Kurumu, *Yasaklılar Hakkında Açıklamalar* yapmış olup bu açıklamada, bir yasaklılar listesi oluşturulduğunu; yasaklılar listesinde 2886, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ve diğer mevzuata göre verilen ve Resmî Gazete'de yayımlanan yasaklama kararları çerçevesinde haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilen gerçek ya da tüzel kişilerin yer aldığı belirtmiştir¹. Kamu İhale Kurumunun idarî teşkilatında yer alan ve eski adıyla İstatistik ve Sicil İzleme Dairesi Başkanlığı, yeni adıyla Sicil İzleme Dairesi Başkanlığına iletilen ve idarelerce verilen yasaklama kararlarına ilişkin bilgiler şu şekildedir:

- "2003 Yılı Kamu Alımları İstatistikleri"ne göre, 01.01.2003 – 31.12.2003 tarihleri arasında, 2886, 4734, 4735 sayılı Kanunlar ile diğer Kanunlar ve ilgili mevzuat ayrımı yapılmaksızın, yasaklılar listesinde de **1.544 adet** yasaklı kaydı bulunduğu belirtilmiştir².
- "2004 Yılı Kamu Alımları İstatistikleri"ne göre, 01.01.2004 – 31.12.2004 tarihleri arasında, 2886, 4734, 4735 sayılı Kanunlar ile diğer Kanunlar ve ilgili mevzuat ayrımı yapılmaksızın, yasaklılar listesinde **1.854 adet** yasaklı kaydı bulunduğu belirtilmiştir³.
- "2005 Yılı Kamu Alımları İstatistikleri"ne göre, 01.01.2005-31.12.2005 tarihleri arasında, 2886 sayılı Kanun uyarınca toplam **140 adet** yasaklama kararı verilmiştir.

¹ Bkz.: Kamu İhale Kurumu, (Çevrimiçi), http://www.ihale.gov.tr/yasaklılar_hakkında_aciklamalar-40-1.html, 07.11.2016.

² Bkz.: Kamu İhale Kurumu, İstatistik ve Sicil İzleme Dairesi Başkanlığı, **2003 Yılı Kamu Alımları İstatistikleri**, (Çevrimiçi), http://www2.ihale.gov.tr/Duyurular2012/2003_yili_faaliyet_raporu.pdf, 19.11.2016.

³ Bkz.: Kamu İhale Kurumu, İstatistik ve Sicil İzleme Dairesi Başkanlığı, **2004 Yılı Kamu Alımları İstatistikleri**, (Çevrimiçi), http://www2.ihale.gov.tr/Duyurular2012/2004_yili_faaliyet_raporu.pdf, 19.11.2016.

Bunlardan **4 adedi tüm ihaleler; 136 adedi** ise *Bakanlık/Kurum ihaleleri* kapsamındadır⁴. Ayrıca "*2005 Yılı Faaliyet Raporu*"na göre, 2886 sayılı Kanun uyarınca hâlen yasaklılığı devam edenlerin sayısının da **546 adet** olup bunlardan tüm ihalelere katılmaktan yasaklı olanların **300; Bakanlık İhalelerine** katılmaktan yasaklı olanların **222** ve *Kurum İhalelerine* katılmaktan yasaklı olanların ise **24 adet** olduğu belirtilmiştir⁵.

- "*2006 Yılı Faaliyet Raporu*"na göre, 2886 sayılı Kanun uyarınca hâlen yasaklılığı devam edenlerin sayısının **495 adet** olup bunlardan tüm ihalelere katılmaktan yasaklı olanların **324; Bakanlık İhalelerine** katılmaktan yasaklı olanların **142** ve *Kurum İhalelerine* katılmaktan yasaklı olanların ise **29 adet** olduğu belirtilmiştir⁶.
- "*2007 Yılı Kamu Alımları İstatistikleri*"ne göre, 01.01.2007-31.12.2007 tarihleri arasında, 2886 sayılı Kanun uyarınca toplam **465 adet** yasaklama kararı verilmiş olduğu ve 2886 sayılı Kanun uyarınca hâlen yasaklılığı devam edenlerin sayısının **466 adet** olup bunlardan tüm ihalelere katılmaktan yasaklı olanların **301; Bakanlık İhalelerine** katılmaktan yasaklı olanların **101** ve *Kurum İhalelerine* katılmaktan yasaklı olanların ise **64 adet** olduğu belirtilmiştir⁷.
- "*2008 Yılı Kamu Alımları İstatistikleri*"ne göre, 01.01.2008-31.12.2008 tarihleri arasında, 2886 sayılı Kanun uyarınca hâlen yasaklılığı devam edenlerin sayısının **607 adet** olduğu⁸ ve "*2008 Yılı Faaliyet Raporu*"na göre de hâlen yasaklılığı devam eden 607 adedin içinde tüm ihalelere katılmaktan yasaklı sayısının **547 adet**;

⁴ Bkz.: Kamu İhale Kurumu, İstatistik ve Sicil İzleme Dairesi Başkanlığı, **2005 Yılı Kamu Alımları İstatistikleri**, Şubat 2006, (Çevrimiçi), <http://www2.ihale.gov.tr/istatistik/istatistik.pdf>, 04.01.2017.

⁵ Bkz.: Kamu İhale Kurumu, **2005 Yılı Faaliyet Raporu**, Yayın No: 22, Nisan 2006, (Çevrimiçi), http://www2.ihale.gov.tr/arge/2005_yili_Faaliyet_Raporu.pdf, 21.11.2016.

⁶ Bkz.: Kamu İhale Kurumu, **2006 Yılı Faaliyet Raporu**, Yayın No: 23, Haziran 2007, (Çevrimiçi), http://www.ihale.gov.tr/kurum_faaliyet_raporlari-25-1.html, 21.12.2016.

⁷ Bkz.: Kamu İhale Kurumu, İstatistik ve Sicil İzleme Dairesi Başkanlığı, **2007 Yılı Kamu Alımları İstatistikleri**, (Çevrimiçi), http://www2.ihale.gov.tr/istatistik/2007_y%C4%B1l%C4%B1sonu_rapor.pdf, 27.12.2016. Ayrıca bkz.: Kamu İhale Kurumu, **2007 Yılı Faaliyet Raporu**, Yayın No: 24, Mayıs 2008, (Çevrimiçi), <http://www2.ihale.gov.tr/arge/2007%20Faaliyet%20Raporu.pdf>, 27.12.2016.

⁸ Bkz.: Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımlarını İzleme ve Bilgi Hizmetleri Dairesi Başkanlığı, **Kamu Alımları İzleme Raporu**, Mart 2009, (Çevrimiçi), http://www.ihale.gov.tr/ihale_istatistikleri-45-1.html, 28.12.2016.

Bakanlık İhalelerine katılmaktan yasaklı olanların **26** ve *Kurum İhalelerine* katılmaktan yasaklı olanların ise **34 adet** olduğu belirtilmiştir⁹.

- "*2009 Yılı Kamu Alımları İstatistikleri*"ne göre, 01.01.2009-31.12.2009 tarihleri arasında, 2886 sayılı Kanun uyarınca hâlen yasaklılığı devam edenlerin sayısının **586 adet** olduğu belirtilmiştir¹⁰.
- "*2010 Yılı Kamu Alımları İstatistikleri*"ne göre, 01.01.2010-31.12.2010 tarihleri arasında, 2886 sayılı Kanun uyarınca hâlen yasaklılığı devam edenlerin sayısının **842 adet** olduğu belirtilmiştir¹¹.
- "*2011 Yılı Kamu Alımları İstatistikleri*"ne göre, 01.01.2011-31.12.2011 tarihleri arasında, 2886 sayılı Kanun uyarınca hâlen yasaklılığı devam edenlerin sayısının **646 adet** olduğu belirtilmiştir¹².
- "*2012 Yılı Kamu Alımları İstatistikleri*"ne göre, 01.01.2012-31.12.2012 tarihleri arasında, 2886 sayılı Kanun uyarınca hâlen yasaklılığı devam edenlerin sayısının **722 adet** olduğu belirtilmiştir¹³.
- "*2013 Yılı Kamu Alımları İstatistikleri*"ne göre, 01.01.2013-31.12.2013 tarihleri arasında, 2886 sayılı Kanun uyarınca hâlen yasaklılığı devam edenlerin sayısının **673 adet** olduğu belirtilmiştir¹⁴.
- "*2014 Yılı Kamu Alımları İstatistikleri*"ne göre, 01.01.2014-31.12.2014 tarihleri arasında, 2886 sayılı Kanun uyarınca hâlen yasaklılığı devam edenlerin sayısının **771 adet** olduğu belirtilmiştir¹⁵.

⁹ Bkz.: Kamu İhale Kurumu, **2008 Yılı Faaliyet Raporu**, Yayın No: 25, Temmuz 2009, (Çevrimiçi), http://www.ihale.gov.tr/kurum_faaliyet_raporlari-25-1.html, 28.12.2016.

¹⁰ Bkz.: Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımlarını İzleme ve Bilgi Hizmetleri Dairesi Başkanlığı, **Kamu Alımları İzleme Raporu**, Şubat 2010, (Çevrimiçi), http://www2.ihale.gov.tr/istatistik/2009_kamu_alimlariraporu.pdf, 29.12.2016.

¹¹ Bkz.: Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımlarını İzleme ve Bilgi Hizmetleri Dairesi Başkanlığı, **Kamu Alımları İzleme Raporu**, Mart 2011, (Çevrimiçi), http://www.ihale.gov.tr/ihale_istatistikleri-45-1.html, 29.12.2016.

¹² Bkz.: Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımlarını İzleme ve Bilgi Hizmetleri Dairesi Başkanlığı **Kamu Alımları İzleme Raporu**, Mart 2012, (Çevrimiçi), http://www2.ihale.gov.tr/Duyurular2012/2011_yil_sonu_kamu_alimlari_raporu.pdf, 29.12.2016.

¹³ Bkz.: Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımlarını İzleme ve Bilgi Hizmetleri Dairesi Başkanlığı **Kamu Alımları İzleme Raporu**, Mart 2013, (Çevrimiçi), http://www2.ihale.gov.tr/duyurular2012/2012_kamu_alimlari_istatistikleri_rev.pdf, 30.12.2016.

¹⁴ Bkz.: Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımlarını İzleme ve Bilgi Hizmetleri Dairesi Başkanlığı **Kamu Alımları İzleme Raporu**, Şubat 2014, (Çevrimiçi), http://www2.ihale.gov.tr/Duyurular2012/2013_yil_sonu_kamu_alimlari_istatistik_raporu.pdf, 30.12.2016.

- "2015 Yılı Kamu Alımları İstatistikleri"ne göre, 01.01.2015-31.12.2015 tarihleri arasında, 2886 sayılı Kanun uyarınca hâlen yasaklılığı devam edenlerin sayısının **919 adet** olduğu belirtilmiştir¹⁶.
- "2016 Yılı Kamu Alımları İstatistikleri"ne göre, 01.01.2016-31.12.2016 tarihleri arasında, 2886 sayılı Kanun uyarınca hâlen yasaklılığı devam edenlerin sayısının **1.251 adet** olduğu belirtilmiştir¹⁷.

2886 sayılı Kanun uyarınca verilen yasaklama kararlarının sayısı, yukarıda yıl yıl verilen istatistiklerden¹⁸ anlaşılacağı üzere, hemen hemen her yıl artış göstermekte olup azımsanmayacak sayılara ulaşmıştır. Bu bağlamda, hem uygulayıcıları hem de kararların ilgilileri için, bu kararların verilmesindeki hukukî hükümler ile özellikli durumların aydınlatılması çalışmamızın esas amacını oluşturmakta olup buraya dek olan bölümlerde vermiş olduğumuz bilgilerle aslında 2886 sayılı Kanun çerçevesinde kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına karşı başvuru yollarına ilişkin yapacağımız irdelemenin temeli açıklanmaya çalışılmıştır. Bu sebeple önce hükümlerin yorumlanması sonucunda ortaya çıkacak durumların detaylı analizini yaparak hukuka aykırılıkların çok daha çabuk tespit edilmesini temin etme gayreti taşıdık. Bu bölümde de 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen yasaklama kararlarında ortaya çıkan ihtilafların çözüm yolları ele alınacaktır.

Kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının, hem organik hem de maddî kriteri uygulayarak idarî nitelikli ve idarî fonksiyona tabi olduğuna ilişkin

¹⁵ Bkz.: Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımlarını İzleme ve Bilgi Hizmetleri Dairesi Başkanlığı **Kamu Alımları İzleme Raporu**, Şubat 2015, (Çevrimiçi), http://www2.ihale.gov.tr/Duyurular/2012/2014_kamu_alimlari_raporu.pdf, 30.12.2016.

¹⁶ Bkz.: Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımlarını İzleme ve Bilgi Hizmetleri Dairesi Başkanlığı **Kamu Alımları İzleme Raporu**, Mart 2015, (Çevrimiçi), http://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/2015_yil_sonu_kamu_alimlari_raporu_v2.pdf, 30.12.2016.

¹⁷ Bkz.: Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımlarını İzleme ve Bilgi Hizmetleri Dairesi Başkanlığı **Kamu Alımları İzleme Raporu**, Şubat 2016, (Çevrimiçi), http://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/kamu_alimlari_izleme_rapor_2016_y%C4%B1lsonu.pdf, 30.12.2016.

¹⁸ Kurumun yapmış olduğu istatistiklerin, idarede aleniyetin, saydamlığın sağlanması açısından oldukça işlevsel olduğunu düşünmekteyiz. Ancak yasaklama kararlarının istatistiklerinde daha detaylı bilgilerin verilmesi beklentisi içinde olduğumuzu da söylemek isteriz. Örneğin 2009 yılından itibaren, 2886 sayılı Kanun uyarınca yapılan ihalelerin hangilerinin tüm ihalelerden, Bakanlıklardan ya da Kurum İhalelerinden olduğu net bir şekilde belirtilmemiştir. Bunun dışında ilgili yılda, daha önceki yıllarla birlikte toplanan -kümülatif olarak verilen- yasaklama kararları sayısının yanında, sadece o yıl içinde idarelerce tesis edilen yasaklama kararlarının sayısının da verilmesinin çok faydalı olacağı kanaatindeyiz.

açıklamalarımızda, bu kararların özelliklerini incelerken bunların tabi olduğu yargı kolunun idarî yargı olduğunu belirtmiştik¹⁹. Ayrıca hukukî işlem türlerinden bireysel idarî işlemlere dâhil olduğunu da tespit ettiğimiz kamu ihalelerinden yasaklama kararları, idarî davaya konu edilmesi bakımından kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olduğu için başka bir makama başvurulmaksızın hukuka aykırılıklar, yargısal makamlar önünde ileri sürülebilmektedir. Durum bu olmakla birlikte, kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına karşı başvuru yolları, *idarî başvuru yolu* ile *yargısal başvuru yolu* olmak üzere iki başlık altında irdelenecektir.

9.1. YASAKLAMA KARARLARINA KARŞI İDARÎ BAŞVURU YOLU

Anayasa'nın 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu; madde 125/1 hükmünde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu hükme bağlanmış olup kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına karşı dava açılması, bu bağlamda Anayasal bir güvenceye tabidir. Ayrıca Anayasa'nın 74. maddesinde de vatandaşların ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancıların kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahip olduğu hükme bağlanmış olup 74. maddenin Anayasa'da yer alan konumuna göre de belirttiğimiz hükmün, bir siyasî hak olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda hukuka aykırı kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının kaldırılması için ilgililerinin başvurabileceği tek yol idarî dava değildir; zira ilgililer, idarî dava yoluna başvurmadan önce, idarî başvuruda da bulunabilmektedirler²⁰.

Haklarında yasaklama kararı tesis edilen kişilerin doğrudan idarî yargıda dava açması da mümkündür; ayrıca bu kişilerin dava açmadan önce, 2577 sayılı Kanun'un

¹⁹ Bkz: Tablo 2.

²⁰ Onur Karahanoğulları, **Zimni Retten Sonra Gelen Açık Yanıtlarda Dava Açma Süresi, (İçtihat Değerlendirmesi)**, s. 1-2; (Çevrimiçi), <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/zimniredsonradangelenyanit.pdf>, 01.06.2017.

üst makamlara başvurunun düzenlendiği 11. maddesine göre işlem yapmaları ve idarî başvuru yolunu da kullanmaları söz konusu olabilir. Kanun'un madde 11/1 hükmünde, ilgililer tarafından idarî dava açılmadan önce, idarî işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasının üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idarî dava açma süresi içinde istenebileceği ve bu başvurunun, işlemeye başlamış olan idarî dava açma süresini durduracağı belirtilmiştir. Bu idarî başvuru, idarî işlemin kesinleşmesini sağlayan bir başvuru değildir; zira daha önce belirttiğimiz üzere kamu ihalelerinden yasaklama kararları, icrai, kesin, yürütülmesi gereken bir işlem²¹ olduğu için ihtiyarî nitelikteki bu başvuru yolunun tüketilip tüketilmeyeceği işlemin ilgililerinin isteğine bırakılmıştır²². Bu bağlamda bu idarî başvuru, seçimsel bir hak niteliğindedir²³. Bu durumda da 2577 sayılı Kanun'un dilekçeler üzerine ilk incelemenin düzenlendiği madde 14/3-(b) hükmüne göre, idare mahkemelerinde mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından dilekçelerin *idarî merci tecavüzü*²⁴ yönünden inceleneceği hükmünün karşısında, kamu ihalelerinden yasaklama kararları için böyle bir incelemenin hukukî temeli bulunmamaktadır ve dilekçeler bu sebeple iade edilmeyecektir.

2577 sayılı Kanun'un 11. maddesinde düzenlenen idarî başvuru yolunun tüketilmesi; başka deyişle idarece tesis edilen yasaklama kararının kaldırılması veya geri alınması idareden istenildiğinde; bu başvurunun yöneltmesi gereken makam, işlemi yapmış olan makamın üst makamı, bu yok ise işlemi yapmış olan makam olmalıdır. Burada, idarî işlemin kesinleşmesini, yürütülmesi gereken bir işlem olmasını sağlayan idarî başvuru yolu ile 2577 sayılı Kanun'da düzenlenen bahsi

²¹ 2577 sayılı Kanun'un dilekçeler üzerine ilk incelemenin düzenlendiği madde 14/3-(d) hükmüne göre, dilekçelerin, idarî davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı kontrol edilmektedir. Bkz.: Kalabalık, **a.g.e.**, s. 148.

²² Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: II, s. 318.

²³ Karahanoğulları, **a.g.m.**, s. 2.

²⁴ Bir idarî işlemin iptal davasına esas olabilmesi için, idarî ve icrai nitelikte olması gerekmektedir ve icraîlik de işlemin kesinliğini ifade etmektedir. Kesin bir karar için de aleyhinde idarî başvurma yolu kalmayan veya baştan böyle bir yol bulunmamış olan karar işaret edilmekte olup idarî merci tecavüzünün varlığından bahsedildiği hâllerde baştan böyle bir idarî başvuru yolu bulunan idarî işlem bulunmaktadır; ancak kamu ihalelerinden yasaklama kararları baştan böyle bir yolun bulunmadığı kategoride bulunan idarî işlemlerendir. Bkz.: Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 230.

geçen idarî başvuru yolu karıştırılmaması gerekmektedir²⁵. Bu durumda 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında mutlak olarak bakanlıkların yetkili olması; başka deyişle bu kararların mutlaka bakanlık tarafından verilmesi sebebiyle, bu kararlara karşı 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesine göre yapılacak idarî başvuruların, işlemi tesis eden bakanlığa yapılması gerekmektedir. Bu durum önemlidir; zira işlemi yapan üst makam mevcut iken işlemi yapan makama başvurulmasının, dava süresini durdurmayaacağı belirtilmektedir²⁶.

Yapılan idarî başvuruya esas olan hukuka aykırılığın yaptırımını iptal edilebilirlik²⁷ ise 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca yapılan bu başvuru ile idarenin tesis ettiği kararı kaldırması veya geri alması için 60 günlük süre sınırlandırması bulunduğu gibi, işlemin ilgilileri açısından da işlemeye başlayan idarî dava açma süresini durdurmaktadır. İlâveten aynı Kanun'un madde 11/2 hükmüne göre idarenin bu başvurulara 60 gün içinde bir cevap vermediği hâlde isteğin reddedilmiş sayılacağı belirtilmiştir. Bu noktada idare, yapılan işlemi kaldırmamış veya geri almamış olduğu gibi, ilgiliye yazılı bir cevap da vermemiştir ve Kanun'un madde 11/2 hükmüne göre de isteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması hâlinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlamakta ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılmaktadır.

Toparlamaya çalışırsak daha önce idarî işlemlerde esas olduğunu belirttiğimiz yazılı şekil kuralı ile idarî işlemin özünü oluşturan irade, maddî âleme yansıtılmaktadır²⁸. Ancak idarî işlemlerde yazılılığın, tek şekil kuralı olmadığını daha önce belirtmiştik²⁹. Yazılı şekil kuralının istisnalarından birini de zımnî idarî işlemler

²⁵ Kalabalık, **a.g.e.**, s. 154.

²⁶ Yıldırım vd., **a.g.e.**, s. 788.

²⁷ Yasaklama kararlarının idarî işlemlerin unsurları yönünden ortaya çıkabilecek hukuka aykırılık hâllerinde, hangi durumlarda işlemin yaptırımının yokluk veya iptal edilebilirlik olduğunu daha önce belirtmiştik.

²⁸ Günay, **a.g.e.**, s. 144.

²⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 417. Ayrıca irade beyanlarının söz, yazı, hareket ve sık olmasa da yerine göre susma ile de belirtilebileceği; önemli olan hususun bizim belli bir şekilde davranmamızı isteyen kaynağın isteğini bize bildirmesi olduğu ileri sürülmüştür. Örneğin, bir komutanın kıtasına sözle emir verdiği, idare amirinin yazılı bir emir tebliğ ettiği, trafik polisinin bir hareketle durma emri verdiği ve bir idarî makamdan talep ettiğimiz isteğimize karşılık, bu makamın

oluşturmaktadır. Zımnî idarî işlemlerin zımnî ret ve zımnî kabul olmak üzere iki çeşidi bulunmaktadır³⁰. Bazı hâllerde idarenin susması veya hareketsiz kalması da idarî işlem olarak sayılmaktadır³¹. Bunun sebebi, ilgililerinin haklarını korumak ve idarenin ihmalkâr, kayıtsız ya da keyfî davranışlarını önlemektir. Bu bağlamda, 2577 sayılı Kanun'un madde 11/1 hükmüne istinaden idareye başvuru hakkının kullanılmasına karşılık, idarelerce Kanun'un madde 11/2 hükmü gereğince bu başvuruların reddedildiğine ve haklı bulunmadığına dair bir yazı tebliğ edilmeyip dava açma süresi olan 60 gün içinde hiçbir cevap vermemesi hâli, zımnî ret olarak kabul edilmektedir. Bu noktada Anayasa'nın madde 40/2 hükmünde yer alan Devlet'in işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtme zorunluluğu ile Anayasa'nın madde 74/2 hükmünde yer alan ve vatandaşların kendileriyle ilgili başvuruların sonucunun gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilmesi gerekliliği birlikte düşünüldüğünde, zımnî ret varsayımının akıbetinin ne olacağına ilişkin bir inceleme yapmak gerekmektedir.

İdare hukuku doktrindeki ilk görüşe göre, Anayasa'nın madde 40/2 hükmünün sarıh nitelikli idarî işlemler için büyük önem arz ettiği ve fakat zımnî idarî işlemler bakımından pratik değere sahip olmadığı; 2577 sayılı Kanun'da düzenlenen sürenin geçmesi üzerine hukukî varsayım olarak ortaya çıkan ve bir idarî işlem olma özelliği atfedilen zımnî ret şeklindeki idarî işlemlerde bu hükmün uygulanabilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir³².

Doktrindeki başka bir görüşe göre de Anayasa'nın madde 74/2 hükmünün varlığı karşısında, 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesinde yazılı bildirim olmaması hâllerinde zımnî ret müessesinin varlığının, Anayasa'ya aykırı olduğu ve bu aykırılığın giderilmesi gerektiği belirtilmektedir³³.

ne ret ne kabul cevabı vermeksizin kanunî süre içerisinde hiç sesini çıkarmaması, talebe karşı susmasının isteğimizi reddetmiş olduğu belirtilmiştir. Ayrıca irade beyanının türleri olan bu hâllerin, şekli bakımından işlemin türleri olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 8; 39.

³⁰ Erkut, **a.g.e.**, s. 31-32.

³¹ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: I, s. 400.

³² Karahanoğulları, **a.g.m.**, s. 2.

³³ Yıldırım vd., **a.g.e.**, s. 788.

Doktrindeki bir diğerk görüşe göre de ister olumlu ve ister olumsuz nitelikte olsun idarenin susmasının, kullanmakla yükümlü olduğu bir yetkiyi kullanmaması; görevini yapmaması anlamına gelmekte olduğu için yetki aşımını doğurduğu belirtilmiştir³⁴. Bir de bu konudaki yargı kararlarına göz atmak gerekmektedir.

4734 sayılı Kanun'un, 5812 sayılı *Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*'un 22. maddesiyle değiştirilen 55. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "Belirtilen süre içinde bir karar alınmaması durumunda başvuru sahibi tarafından karar verme süresinin bitimini..." ibaresinin; beşinci fıkrasında yer alan "...süresi içerisinde bir karar alınmaması hâlinde ise bu sürenin bitimini..." ibaresinin Anayasa'nın 36, 40 ve 74. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Başvuru kararında özetle, davacının şikâyet başvurusu üzerine ihaleyi yapan idare tarafından cevap verilmemesi nedeniyle idarenin karar verme süresinin bitimini izleyen 10 gün içinde Kamu İhale Kurumuna itirazın şikâyet başvurusunda bulunması gerekirken dava açıldığı, mahkeme tarafından dilekçenin davalı Kuruma tevdiine karar verildiği, davalı Kurumun ise başvuruyu süre ve şekil yönünden reddettiği, ihaleyi yapan idare tarafından on gün içinde gerekli inceleme yapılarak gerekçeli bir karar verilseydi bu kararda hangi kanun yolları ve mercilere başvurulacağı ve sürelerinin de belirtilmiş olacağı, davacının son derece dağınık mevzuat karşısında mahkemeye erişim hakkı, hak arama hürriyeti, dilekçe hakkı ile savunma hakkının ihlal edildiği belirtilmiştir. Mahkeme bu gerekçelerle yapılan başvuru için, Anayasa'nın madde 40/2 hükmü dikkate alındığında, idare tarafından yapılan bir işlem hakkında ilgililerin hangi kanun yoluna ve mercilere, hangi süreler içinde başvuru yapabileceğinin gösterilmesinin zorunlu olduğunu; itiraz konusu ibareyi içeren kuralın ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla ilgililerin ihaleyi gerçekleştiren idareye yaptıkları şikâyet başvurusu üzerine, on günlük inceleme süresinde gerekçeli bir karar verilmemesi başka bir deyişle zımnî ret hâlinde, ihaleyle ilgili işlemler için kanun yolu olarak itirazın şikâyet yoluna ve

³⁴ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 226.

merci olarak Kamu İhale Kurumuna, idarenin karar vermesi için belirtilen sürenin bitiminden itibaren on günlük süre içinde, başvurulabileceğinin açık bir şekilde düzenlenmiş olduğunu belirtmiş ve başvurulacak kanun yolu ve merci ile başvuru süresi gösterildiğinden, muhtemel ilgililerin mevcut şartlar altında ihale işleminin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmeleri mümkün kılındığından kuralın, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasına aykırılığundan bahsedilemeyeceğine oyçokluğuyla karar vermiştir.

Yukarıda yer verilen karara ve gerekçelerine katılmayan karşı oy gerekçesinde ise Anayasa'nın 40. maddesinin gerekçesi karşısında, Devlet'in (idarenin), gerek resen tesis ettiği gerek kendisine yapılan başvurular üzerine tesis edilen tüm işlemleri bakımından “hangi kanun yolları ve mercilerine başvurulabileceği ve bunlara ilişkin süreleri” belirtmek zorunda olduğu, cevap vermemek ya da suskun kalmak gibi bir seçeneğinin bulunmadığı; suskun kalmak ya da cevap vermemek suretiyle bu Anayasal düzenlemeyi işlevsiz hâle getirme düşünülemeyeceğine göre, her halükârda bir cevap verilmesinin ve bu cevapta başvuru yolları ile sürelerinin gösterilmesinin Anayasal bir mecburiyet olduğu, bu açık düzenlemeye karşın, başta 2577 sayılı Kanun olmak üzere birçok kanunda bu düzenleme hilafına hükümlerin bulunduğu ve idareye cevap vermeme (zımnî ret) gibi bir hak tanındığı belirtilmiştir. İlâveten Anayasa'nın 40. maddesinde yapılan bu değişiklikten sonra bu yöndeki düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı düştüğü, 4734 sayılı Kanun'un 55. maddesinde yapılan değişiklikle “Belirtilen süre içinde bir karar alınmaması durumunda başvuru sahibi tarafından karar verme süresinin bitimi...” şeklindeki, iptali istenen kuralın da Anayasa'nın 40. maddesi ile uyum hâlinde olmadığı, idareye cevap vermeme hakkı tanındığı takdirde idarenin Anayasa'nın 40. maddesindeki bildirim zorunluluğundan kurtulmuş olacağı ve böylelikle anılan Anayasal yükümlülüğün idare açısından bir anlam ifade etmeyeceği ve anılan düzenlemenin gerçek amacının böyle bir duruma cevaz vermediği ve hukuk devletinde idareye “cevap vermemek” suretiyle kişilerin başvurularına itibar etmemek gibi bir üstün yetki tanınmasının da söz konusu edilemeyeceği

belirtilmiştir. Bu açıklamalar sebebiyle başvuruya konu kuralın Anayasa'nın 2 ve 40. maddelerine aykırı olduğuna karar verilmiştir³⁵.

Kanaatimize göre kendilerine yazılı bildirim ve bildirimle birlikte tesis edilen idarî işleme karşı kanun yolları, süresi ve mercii ile işlem gerekçelerinin de gösterilmesi zorunlu olan açık bir idarî işleme karşı, 2577 sayılı Kanun'un madde 11/1 hükmü uyarınca idarî dava açılmadan önce, bu idarî işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması amacıyla yapılan başvurular için Kanun'un madde 11/2 hükmündeki 60 gün içinde bir cevap verilmezse isteğin reddedilmiş sayılacağına ilişkin ibare, Anayasa'da yer alan madde 40/2, madde 74/2 ile madde 125/3 hükmüne aykırı olmamaktadır³⁶. Zira idare ile işlemin ilgilileri arasındaki iletişim, idarenin idarî işlemin Anayasa'nın madde 40/2, madde 74/2 hükümlerine uyumlu şekilde tebliği ile başlatılmış olmakta ve işlem bu bağlamda hukuka uygunluk karinesinden yararlanma özelliğine kavuşmaktadır; ayrıca idare nezdinde böyle bir ilke olmasa bile hukuka uygun bir işlemin yapıldığı düşünülmektedir. O hâlde idarenin yapmış olduğu ve sarih bir şekilde bildirdiği işlemine karşı yapılan idarî başvuru ile idareyi tekrardan yazılı bir bildirimle zorlamanın hem makul bir izahı yoktur hem de daha önce belirttiğimiz üzere, Anayasal hükümlere aykırı değildir.

Toparlamaya çalışırsak, Anayasal hükümler ile doktrin ve yargı kararlarında yer alan görüşler temelinde, yazılı şekilde idarece tesis edilen bir yasaklama kararının, ilgisine bu idarî işleme karşı kanun yolları, süresi ve mercii ile işlem gerekçelerinin de gösterildiği *açık* bir yazılı bildirim yapılmasının daha önce de belirttiğimiz üzere, zorunlu olduğunu düşünmekteyiz. Fakat bahsettiğimiz şekilde tesis edilen bu yasaklama kararlarına karşı ilgililerin, 2577 sayılı Kanun'un madde 11/1 hükmü uyarınca yapacakları idarî başvuru karşısında, idarenin 60 günlük süre içerisinde herhangi bir cevap vermemesinin ve bu bağlamda bu durumu düzenleyen aynı Kanun'un madde 11/2 hükmünün, Anayasal hükümlere aykırı olmadığı ve

³⁵ Bkz.: Anayasa Mahkemesi, 09.02.2017 Tarihli ve E. 2016/143, K. 2017/23 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/cbe8ee40-606c-48f4-98af-9a3022a5effe?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, 02.07.2017.

³⁶ Aksi görüş için bkz.: Yıldırım vd. **a.g.e.**, s. 788.

hukuka uygun olarak zımnî ret şeklindeki idarî işlemle sonuçlandığı kanaatindeyiz. Ancak konumuzla ilgili olmamakla birlikte, yeri gelmişken bu kanaatimiz, 2577 sayılı Kanun'un idarî makamların sükûtunun düzenlendiği 10. maddesinde geçerli olmamaktadır; bu maddenin Anayasa'ya aykırılığının giderilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

9.2. YASAKLAMA KARARLARINA KARŞI YARGISAL BAŞVURU YOLU

Haklarında kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilenlerin 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca yapmış oldukları ihtiyarî idarî başvuru yolu sonucunda, idarenin bu kararı geri alması veya kaldırması sonucu oluşmamışsa ya da idare açık bir şekilde ret cevabı verdiğinde ya da 60 gün içerisinde herhangi bir cevap vermeyerek işlem hakkında zımnî ret kararı vuku bulduğunda, yasaklama kararına karşı idarî yargıda dava açma hakları bulunmaktadır.

Daha önce belirttiğimiz üzere, kamu ihalelerinden yasaklama kararları icrailik özelliğine sahiptir. Ancak kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının icrailik özelliğine sahip olup olmadığının tespitinin yapılması, iptal davasına konu oluşturması bakımından önemli olsa da bu özellik, olmazsa olmaz bir koşul olmakla birlikte tek başına da yeterli olmamaktadır³⁷. Zira bir idarî işlemin iptal davasına konu olabilmesi için kesin ve yürütülmesi gerekli işlem niteliğine sahip olması gerekmektedir. Kesinlik ile işlemin uygulanmaya hazır tamam bir işlem olduğu kastedilmekte³⁸ olup özellikle tüketilmesi gereken bir idarî başvuru yolu bulunmamalıdır. Bu bağlamda bu gereklilik 2577 sayılı Kanun'un madde 14/3-(d) hükmünde, dilekçelerin, idarî davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığının kontrol edilmekte olduğuna ilişkin düzenleme ile birlikte normatif olarak ifade edilmiştir.

2575 sayılı Kanun'un Danıştay'ın görevlerini düzenleyen 23, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecek davaları düzenleyen 24 ve temyiz yoluyla

³⁷ Erkut, **a.g.e.**, s. 117; 120.

³⁸ Tan, **a.g.m.**, s. 109.

Danıştay'da görülecek davaları düzenleyen 25. maddeleri ile 2576 sayılı *Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun*'un *bölge idare mahkemelerinin görevlerini düzenleyen 3/A, idare mahkemelerinin görevlerini düzenleyen 5 ve vergi mahkemelerinin görevlerini düzenleyen 6. maddeleri* birlikte düşünüldüğünde, kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında görevli yargı yerinin idare mahkemeleri³⁹ olduğu anlaşılmaktadır.

2577 sayılı Kanun'un madde 2/1 hükmünde idarî dava türlerinin idarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan *iptal davaları*, idarî eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan *tam yargı davaları*⁴⁰ ile tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü *idarî sözleşmelerden* dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar olduğu belirtilmiştir. Bu davalar içinde bir bireysel idarî işlem olan kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına karşı idarî sözleşmelerden doğabilecek dava türü bulunmayacağı için, yasaklama kararlarına karşı yargısal başvuru ile ilgili açıklamalarda, sırasıyla iptal davaları daha sonra ise tam yargı davaları üzerinde inceleme yapılacaktır.

9.2.1. Yasaklama Kararlarında İptal Davası

Daha önce yasaklama kararlarının tek taraflı işlem olma özelliği açıklanırken, ayrılabilir işlem teorisinden bahsedilmiştir. Yasaklama kararları, sözleşme ilişkisinden bağımsız olarak bir hukukî değer oluşturan işlem özelliği taşımakta olduğu için idarî yargıda iptal davasının konusu olabilmektedir⁴¹. Başka ifade ile

³⁹ İlk derece idarî yargı kuruluşlarından biri olan idare mahkemeleri, genel görevli mahkeme niteliğinde olup diğer idarî yargı yerlerinde görüleceği açıkça belirtilmeyen tüm idarî davalarda idare mahkemeleri görevlidir. Bkz.: Kalabalık, **a.g.e.**, s. 62; 64.

⁴⁰ Kalabalık, **a.g.e.**, s. 138; 141.

⁴¹ Erkut, **a.g.e.**, s. 40.

ihale sürecinde yasaklama kararları, sözleşmeden ayrılabilen ve dava edilebilen tek taraflı işlemlerdendir⁴².

Yasaklama kararlarına karşı iptal davası açmak suretiyle işlemin iptali talep edilmekte ve bir iptal kararı alınmak istenmektedir. Burada idarî hâkim, idarî işlemin geçerliliğini etkileyen bir sakatlık tespit eder ise işlemi geri yürür şekilde ortadan kalkmasını sağlayan iptal kararı almaktadır⁴³. Bu bağlamda iptal davalarında, idarî işlemlerin yalnızca hukuka aykırılıkları ve unsurları yönünden inceleme yapılmaktadır⁴⁴. Ayrıca iptal davaları, yalnızca hukukî düzeni korumaya yönelik ve objektif nitelikli davalardır⁴⁵. Sonuç olarak iptal davası ile kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının hukuka uygunluk karinesinden yararlanma özelliğinin çürütülmesi amaçlanmaktadır⁴⁶. Hemen burada kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının iptal davasına konu olabileceğine ilişkin Danıştay kararına yer vermek istiyoruz.

Davacı bir yıl süre ile ihalelerden yasaklanmasına ilişkin davalı idare işleminin iptali istemiyle dava açmıştır. İdare Mahkemesi, dava konusu idarî işlemin İller Bankası Genel Müdürlüğünce 7. Bölge Müdürlüğünün işlem hakkında uyarılması ve bu durumdan haberdar edilmesi amacıyla yönelik bir ön işlem olduğunu belirtmiş olup davacı şirket hakkında tesis edilen kamu ihalelerinden yasaklama kararının henüz ilgili Bakanlıkça onaylanmadığından bahisle davacıya yönelik bir işlem olmadığına ve ortada kesin ve yürütülmesi gereken bir idarî işlem bulunmadığına karar vermiştir. Davacı kararın temyizden incelenmesini talep etmiştir. Danıştay, 24.07.1998 tarihinde gerçekleştirilen "Alanya İçme Suyu İkmal İnşaatı İşi" ihalesine yirmi dokuz firmanın katıldığını, ihalenin sözleşmeye bağlanmasından sonra yapılan bir şikâyet dilekçesi üzerine Emniyet Genel Müdürlüğü Kriminal Polis Laboratuvarı aracılığıyla yaptırılan inceleme neticesinde, ihaleye anlaşma yoluyla fesat karıştırıldığının tespit edildiğini ve on dokuz firma hakkında suç duyurusunda

⁴² Kutlu, **a.g.e.**, s. 10.

⁴³ Yıldırım Uler, **İdarî Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 281, Sevinç Matbaası, 1970, s. 4; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 141.

⁴⁴ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1769.

⁴⁵ **A.e.**, s. 1780.

⁴⁶ Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 827.

bulunulmasının yanı sıra, ayrıca haklarında bir yıl süre kamu ihalelerinden yasaklama kararının Genel Müdürlük tarafından uygun görüldüğünü ve teftiş kurulu tarafından yapılan inceleme sonucunda tanzim edilen rapor için Bakanlık Olurunun alındığını belirtmiştir. Bu bağlamda Danıştay, İdare Mahkemesinin dava konusu işlemin Genel Müdürlüğün ilgili birimlerini ihaleye anlaşma yoluyla fesat karıştırıldığı tespit edilen firmalara karşı uyarması ve durumdan haberdar etmesine yönelik bir ön işlem olduğu şeklindeki kararına karşılık, dava konusu idarî işlemin on dokuz firmanın bir yıl süre ile kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanması konusunda kesin ve yürütülmesi zorunlu iradesini açıkça ortaya koyması ve davacının davalı idare tarafından yapılacak ihalelere katılmasına olanak bırakmadığı sebebiyle, İdare Mahkemesinin kamu ihalelerinden yasaklama kararının kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem olmadığı yönündeki gerekçesinde hukukî isabet bulunmadığına karar vermiştir⁴⁷.

Yasaklama kararlarında iptal davası, *yasaklama kararlarında iptal davasında davaya ilişkin şartlar*, *yasaklama kararlarında davacıya ilişkin şartlar* ile *yasaklama kararlarında iptal davasında yürütmenin durdurulması* başlıkları altında incelenecektir.

9.2.1.1. Yasaklama Kararlarının İptal Davalarında Davaya İlişkin Şartlar

Yasaklama kararlarında iptal davasında davaya ilişkin şartlar, iptal davasında davacı konumunda olan kişilere göre değişmemektedir. Bu şartlar, *yasaklama kararlarında iptal davasında yetkili mahkeme* ile *yasaklama kararlarında iptal davasında süre* başlıkları altında irdelenecektir.

9.2.1.1.1. Yetkili Mahkeme

Kamu ihalelerinden yasaklama kararları ile ilgili uyuşmazlıklarda daha önce belirttiğimiz üzere görevli mahkeme, idare mahkemeleridir; ancak idarî yargı içinde

⁴⁷ Bkz.: Danıştay 10. Dairesi, 16.05.2001 Tarihli ve E. 2001/1103 ve 2001/1821 Sayılı Karar; Bal, Karabulut, Şahin, **a.g.e.**, s. 656-657.

hangi idare mahkemelerinin yetkili olduğuna bakmak gerekmektedir. Zira 2577 sayılı Kanun'un dilekçeler üzerine ilk incelemenin düzenlendiği madde 14/3-(a) hükmüne göre, idare mahkemelerinde mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından dilekçelerin *görev ve yetki* yönünden inceleneceği belirtilmiştir⁴⁸.

2577 sayılı Kanun'un idarî davalarda genel yetkinin düzenlendiği 32. maddesinde göreve ilişkin hükümlerin saklı kalması şartıyla, bu Kanun'da veya özel kanunlarda yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması hâlinde yetkili idare mahkemesinin dava konusu olan idarî işlemi yapan idarî merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi ve Kanun'un uygulanmasında yetkinin kamu düzeninden olduğu hükme bağlanmıştır⁴⁹. Bu hüküm ışığında 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında yetki mutlak olarak bakanlıklarda olduğu için, yasaklama kararlarına karşı açılacak iptal davalarında yetkili idare mahkemesi de her zaman işlemi tesis eden bakanlıkların coğrafi olarak bulunduğu Ankara idare mahkemeleridir⁵⁰. Diğer açıdan bir kamu ihale kolluğu olan kamu ihalelerinde yasaklama kararlarının iptal edilmesinde yetkili mahkeme, bu işlem bakımından kolluk makamı olan bakanlığın bulunduğu yer mahkemesi olmaktadır⁵¹. Diğer taraftan 2886 sayılı Kanun'un madde 84/4 hükmüne göre, Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerden; şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsi kusurlarından kaynaklanan ve Kanun'un madde 84/3 hükmünde belirtilen fiil veya davranışları sebebiyle haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği idarece tespit edilenlerden, verilecek bir aylık süre içinde ihale bedelinin üç katı tutarında tazminatı peşin olarak ödeyenler hakkında ihaleden yasaklama kararı verilmeyeceği belirtilmiştir. Burada yetki konusunda bir farklılık

⁴⁸ 2577 sayılı Kanun'un madde 15/1-a hükmünde adlî ve askerî yargının görevli olduğu konularda açılan davaların reddine; idarî yargının görevli olduğu konularda ise görevli veya yetkili olmayan mahkemeye açılan davanın görev veya yetki yönünden reddedilerek dava dosyasının görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesine karar verileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda Kanun'da idarî yargı ile idarî yargı içindeki Danıştay, bölge idare, idare ve mahkemeleri için de görev kavramı kullanılmıştır. Kanun'da yer alan terminolojiye uygun olarak kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında görevli yargı, idarî yargı olup idarî yargı içinde de idare mahkemeleri görevlidir.

⁴⁹ Kalabalık, **a.g.e.**, s. 250.

⁵⁰ Yapmış olduğumuz açıklamaları temellendirmek adına, kamu ihalelerinden yasaklama kararları ile ilgili temyizden incelenmek üzere Danıştay'a gönderilen tüm davalarda, mutlaka bir Ankara İdare Mahkemesinin kararının incelendiği görülecektir.

⁵¹ Giritli vd., **a.g.e.**, s. 1185.

olduğu için, bu işleme karşı açılacak iptal davalarında yetkili idare mahkemesi de değişecektir. Zira hükme göre, idarece tespit edilmesi esası bulunmaktadır ve hükümde geçen süre ile bu karar ihaleyi yapan idare tarafından verilecek olduğu için, 2577 sayılı Kanun'un 32. maddesinde de belirtildiği üzere, burada dava konusu olan idarî işlemi yapan idarî merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi yetkilidir⁵².

9.2.1.1.2. Süre

2577 sayılı Kanun'un dilekçeler üzerine ilk incelemenin düzenlendiği madde 14/3-(e) hükmüne göre, idare mahkemelerinde mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından dilekçelerin *süre aşımı* yönünden inceleneceği belirtilmiştir. Kanun'un madde 7/1 hükmünde göre, dava açma süresinin özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hâllerde idare mahkemelerinde 60 gün olduğu hükme bağlanmıştır. Burada *6545 sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*'un idarî yargı alanında yapmış olduğu değişikliklerden⁵³ 2577 sayılı Kanun'un ivedi yargılama usulünün düzenlendiği madde 20/A-1-a hükmü bizi ilgilendirmektedir. Hükme göre, ihaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemlerinde ivedi yargılama usulünün uygulanacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda hükmün açık şekilde bildirdiği üzere, ihaleden yasaklama kararları ivedi yargılama usulüne tabi değildir. Bu belirleme çok önemlidir; zira ivedi yargılama usulünde dava açma süresi otuz gün olup 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesinde yer alan hükümler, başka deyişle hükümde düzenlenen idarî başvuru yolu da uygulanmayacaktır⁵⁴. İşte kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının ivedi yargılama

⁵² Danıştay, 19.06.2007 tarihinde gerçekleştirilen taşınmaz kiralama ihalesinin onaylandığı 03.07.2007 tarihinden itibaren 15 gün içerisinde ihale bedelinin yatırılarak sözleşme imzalanmamış olması nedeniyle, ihale bedelinin üç katı olan tutarın bir ay içerisinde ödenmemesi hâlinde davacının ihalelerden yasaklanması hususunda Bakanlığa bilgi verileceğine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davaya esas işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşarak davanın reddine karar veren Bursa 1. İdare Mahkemesinin kararının onanmasına karar vermiştir. Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 30.09.2015 Tarihli ve E. 2015/2471, K. 2015/3259 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazanci.hukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeW414wZipvn9g~~>, 07.06.2017.

⁵³ Değişikliklerle ilgili detaylı bilgi için bkz.: Yeliz Neslihan Akın, "6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Sonrasında Vergi Yargısı", **Vergi Sorunları Dergisi**, Sayı: 329, Yıl: 39, Şubat 2016, s. 180-196.

⁵⁴ Kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında idarî başvuru yolu irdelenirken, bu işlemlerin ivedi yargılama usulüne tabi olmadıklarına ilişkin verili durum, oldukça önemlidir. Aslında önce ivedi yargılama usulünün uygulanmayacağını belirtmek suretiyle kamu ihalelerinden yasaklama

usulüne tabi olmamaları sebebiyledir ki ilgililerin 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesinde düzenlenen idarî başvuru yolunu kullanmaları mümkün olmaktadır.

2577 sayılı Kanun'un madde 7/2 hükmünde de idarî uyuşmazlıklarda yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren 60 günlük sürenin başlayacağı belirtilmiştir. Burada iki ayrı durumu birbirine karıştırmamak gerekmektedir. 2886 sayılı Kanun uyarınca yasaklama kararlarının verilmesinde şekil unsurunu incelerken bu kararların yazılı şekilde tesis edilerek ilgililerine tebliğ edilmesi ve ayrıca bu tebliğlerde kanun yolu, merci ve sürelerin de gösterilmesi gerektiğine ilişkin kanaatimizi, doktrin açıklamaları ile yargısal kararlar ışığında belirtmiştik. Eğer ki 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca ihtiyarî nitelikteki idarî başvuru yolu tüketilmeyecek ise yasaklama kararlarının ilgililerine yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren 60 günlük süre içinde idarî yargıda iptal davası açılması gerekmektedir. Diğer yandan yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren 60 günlük süre içinde, 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca ihtiyarî nitelikteki idarî başvuru yolu tüketildiğinde⁵⁵ ise işlemeye başlamış olan idarî dava açma süresi duracaktır. Bu başvuruya idarelerce 60 gün içinde tekrar yazılı bir bildirim yapıldığı takdirde *bu bildirimden itibaren* ya da idarelerce 60 gün içinde bir cevap verilmediyse *60 günün bittiği tarihten itibaren* işlemeye başlamışken bu başvuru ile duran idarî dava açma süresi yeniden kaldığı yerden işlemeye devam edecek olup bu süre içinde dava açmak gerekmektedir. Çünkü diğer idarî işlemlerde olduğu gibi, kamu ihalelerinden yasaklama kararına karşı açılan iptal davası süre yönünden reddedilirse, yenileme imkânı bulunmamaktadır⁵⁶. Zira 2577 sayılı Kanun'un madde 15/1-b hükmüne göre, süre yönünden Kanun'a aykırılık görüldüğünde davanın reddine karar verilmekte olup işin esasına girilmemektedir⁵⁷.

kararlarında yargısal başvuru yolunun açıklanması daha uygun idi; fakat başvuru sıralamasında önceliğin idarî başvuru yolunda olması sebebiyle, çalışmamızda yer verilen anlatım sistemi tercih edilmiştir.

⁵⁵ Bu başvurunun *ön karar* niteliğinde olduğu ve idarece açıkça verilmez ise zımnî olarak sağlanabileceği belirtilmiştir. Bkz.: Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 225-226.

⁵⁶ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 229.

⁵⁷ Kalabalık, **a.g.e.**, s. 167.

9.2.1.2. Yasaklama Kararlarının İptal Davalarında Davacıya İlişkin Şartlar

Yasaklama kararlarında iptal davasında davacıya ilişkin şartlar, iptal davasında davacı konumunda olan kişilere göre değişmektedir. Bu şartlar, *yasaklama kararlarında iptal davasında ehliyet* ile *yasaklama kararlarında iptal davasında husumet* başlıkları altında irdelenecektir.

9.2.1.2.1. Ehliyet

2577 sayılı Kanun'un dilekçeler üzerine ilk incelemenin düzenlendiği madde 14/3-(c) hükmüne göre, idare mahkemelerinde mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından dilekçelerin *ehliyet* yönünden inceleneceği belirtilmiştir. İptal davalarında ehliyet unsurunu, idarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için *menfaatin ihlal edilmesi* oluşturmaktadır. Bunu tersten düşündüğümüzde de iptal davasına konu edilen idarî işlemin ilgililerin menfaatini ihlal eder nitelikte olması gerekmektedir. Bu menfaatin de dava açıldığı zamanda ya da dava hakkında karar verilirken mevcut olması gerekmektedir⁵⁸. Kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına karşı iptal davası açılırken, öncelikle davacının *6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu*'nda düzenlenen taraf ve dava ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Taraf ve dava ehliyetine sahip olma şeklinde belirlenen şartların objektif şartlar olduğu ve bu temelde aranılan ehliyetin de *objektif ehliyet* olduğu belirtilmiştir⁵⁹.

6100 sayılı Kanun'un 50. maddesine göre, medenî haklardan yararlanma ehliyetine sahip olanların davada *taraf ehliyetine* de sahip olduğu hükme bağlanmış olup davada taraf olabilme yeteneğini ifade eden taraf ehliyetinin medenî hukuktaki *hak ehliyetinin* medenî usulde büründüğü şekli olduğu belirtilmiştir⁶⁰. 4721 sayılı

⁵⁸ Kalabalık, **a.g.e.**, s. 164.

⁵⁹ Kalabalık, **a.g.e.**, s. 264; Yıldırım vd., **a.g.e.**, s. 772-773.

⁶⁰ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, **Medenî Usul Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 2016, s. 242.

Kanun'un 8. maddesinde de her insanın hak ehliyetinin var olduğu ve buna göre bütün insanların, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşit olduğu hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda medenî usulde taraf ehliyetine denk düşen hak ehliyetinin, hak ve borçlara sahip olabilme ehliyetini ifade ettiği belirtilmiştir⁶¹.

6100 sayılı Kanun'un 51. maddesine göre, *dava ehliyetinin* de medenî hakları kullanma ehliyetine göre belirleneceği ve 71. maddesine göre dava ehliyeti bulunan herkesin davasını kendisi veya tayin ettiği vekil aracılığıyla açabileceği ve takip edebileceği hükme bağlanmıştır. Dava ehliyetinin, medenî hukuktaki *fiil ehliyetinin* medenî usulde büründüğü şekli olduğu belirtilmiştir⁶². 4721 sayılı Kanun'un 9. maddesinde fiil ehliyetine sahip olan kimsenin, kendi fiilleriyle hak edinebileceği ve borç altına girebileceği hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda medenî usulde dava ehliyetine denk düşen fiil ehliyetinin, kişinin kendi fiilleriyle hak ve borçlar kurabilmesi, bunlara son verebilmesi veya yeni hukukî durumlar yaratabilmesini ifade ettiği belirtilmiştir⁶³.

2577 sayılı Kanun'un hükme bağladığı şekilde, yargı yerlerinde dava açılabilmesinde bir hakkın ihlal edilmiş olması genel kuralının aksine, idarî yargıda iptal davalarında menfaatin ihlali yeterli görülmektedir⁶⁴. Bu bağlamda kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına karşı iptal davası açılırken genel ehliyetler olan taraf ve dava ehliyetlerinin yanı sıra ayrıca menfaat şartı da aranmaktadır⁶⁵. Menfaat ihlalinde, iptal davasının konusu işlem ile ilgili ciddi ve makul bir alaka aranmaktadır⁶⁶. Menfaat ihlali şeklinde aranılan şartın, *sübjektif ehliyeti* oluşturduğu belirtilmiştir⁶⁷. Danıştay, idarî işlemlerin hukuka uygunluğunun yargı yoluyla denetimini amaçlayan iptal davasının görülebilmesinin ön koşullardan birisi olan dava açma ehliyetinin, her idarî işleme karşı herkes tarafından iptal davası

⁶¹ Mustafa Dural, Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku**, Cilt: II, 11. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, s. 37.

⁶² Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, **a.g.e.**, s. 249.

⁶³ Dural, Ögüz, **a.g.e.**, s. 44.

⁶⁴ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, Cilt: II, s. 325.

⁶⁵ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1781.

⁶⁶ **A.e.**, s. 1780.

⁶⁷ Kalabalık, **a.g.e.**, s. 265; 268.

açılmasının idare ile işlemlerinde istikrarsızlığa neden olmaması ve idarenin işleyişinin bu yüzden olumsuz etkilenmemesi için, dava konusu edilecek işlem ile dava açacak kişi arasında belli ölçütler içinde menfaat ilişkisinin varlığını ifade ettiğini; her olay ve davada, idarî işlem ile dava açacak kişi arasında öngörülen subjektif ehliyet koşulu olarak menfaat ihlalinin kişisel, meşru ve güncel bir menfaat olması ölçütleri ekseninde yargı mercilerince değerlendirilerek takdir edileceğini belirtmiştir⁶⁸.

Menfaat şartı, iptal davalarının kabul edilmesinde ve davanın yürütülmesinde aranan bir şekil ve usul şartıdır⁶⁹. Dava ehliyetinin sınırlandırılmasında, idarenin tesis ettiği işlemlerde hukuktan ayrıldığı durumlarda menfaat ihlali olarak ifade edilen subjektif hakkın varlığının tespitini idarî yargı mercileri yapacaktır. Bu bağlamda, Anayasa'nın madde 125/3 hükmündeki amaca hizmet etmek üzere, idarenin hukuktan ayrıldığı her olayda mutlaka bir davacının mevcudiyetine imkân vermek üzere, bu ehliyetin tespitinin yeni unsurların ortaya çıkmasıyla genişleyebilmesi ya da daralabilmesi mümkündür⁷⁰. Ehliyet unsuru oldukça önemlidir, zira 2577 sayılı Kanun'un madde 15/1-b hükmüne göre, ehliyet yönünden Kanun'a aykırılık görüldüğünde davanın reddine karar verileceği hükme bağlanmıştır.

Bu bilgiler ışığında kamu ihalelerinden yasaklama kararları şeklinde tesis edilen idarî işlemlere karşı iptal davasının açılmasındaki subjektif hak olan menfaat

⁶⁸ Bkz.: Danıştay 8. Dairesi, 15.04.2013 Tarihli ve E. 2012/11306, K. 2013/3146 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWfNKSZvsAwA~~>, 08.07.2017. Ayrıca Danıştay başka bir kararında iptal davalarıyla güdülen amacın, idarî işlemlerin hukuka uygunluğunun yargı yoluyla denetlenmesi olduğunu; ancak yargısal denetim amacıyla her idarî işleme karşı herkes tarafından iptal davası açılmasının idarî işlemlerde istikrarsızlığa neden olmaması ve idarenin işleyişinin bu yüzden olumsuz etkilenmemesi için, dava konusu edilecek işlem ile dava açacak kişi arasında belli ölçüler içinde menfaat ilişkisi bulunması koşuluna ihtiyaç duyulmuş olduğunu ve her olay ve davada, yargı merciine başvurarak dava açan kişinin menfaatinin iptali istenen işlemle ne ölçüde ihlal edildiğin veya ihlal edilip edilmediğinin takdirinin de bu mercilere bırakıldığını; iptal davası açılabilmesi için gerekli olan menfaat ilişkisi ve buna bağlı olarak da menfaatin ihlali şartının kişisel, meşru ve güncel bir menfaatin bulunması hâlinde gerçekleşeceğini, başka deyişle, iptal davasına konu olan işlemin davacıyı etkilemesi, yani davacının kişisel menfaatinin ihlal etmesi, işlem ile davacı arasında ciddi ve makul bir ilişkinin bulunması gerektiğini belirtmiştir. Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 16.02.2010 Tarihli ve E. 2007/6138, K. 2010/1345 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXbrpG43oxUbQ~~>, 12.07.2017.

⁶⁹ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1781.

⁷⁰ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 223.

şartı ehliyetini idarî yargı organları, her somut olayda belirleyecektir. Ancak burada kişisel hakları doğrudan muhtel olan ve haklarında yasaklama kararı verilen gerçek veya tüzel kişilerin iptal davası açabilecekleri mutlaktır. İlaveten 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesinde düzenlenen yasak fiil ve davranışları gerçekleştirenler hakkında Kanun'un madde 84/1 hükmü uyarınca kamu ihalelerinden yasaklananların, Kanun'un madde 84/2 hükmü gereğince sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilere de aynı müeyyidenin uygulanacağı öngörülmüş olması ve kişisel hakları doğrudan muhtel olması sebebiyle de bu tüzel kişiler kişilerin iptal davası açabilecekleri mutlaktır. Bunun dışında kişisel hakları doğrudan muhtel olmasa da haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması hâlinde şirket ortaklarının, sermaye şirketi olması hâlinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek kişi ortakların ve Kanun'un madde 84/3 hükmündeki fiil ve davranışların gerçekleşmesi sebebiyle tesis edilen yasaklama kararlarında da sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilerin de menfaatlerinin ihlal edildiğinden bahisle iptal davası açabileceklerini düşünmekteyiz.

9.2.1.2.2. Husumet

2577 sayılı Kanun'un dilekçeler üzerine ilk incelemenin düzenlendiği madde 14/3-(f) hükmüne göre, idare mahkemelerinde mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından dilekçelerin *husumet* yönünden inceleneceği belirtilmiştir. İdarî davalarda husumetin idarî işlemi kesin olarak tesis eden idarenin en yüksek hiyerarşik amirine yönlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁷¹.

Kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında yetki unsuru incelenirken, bu yetkinin bakanlık veya ilgili bakanlık olması sebebiyle mutlak anlamda bakanlıklarca tesis edilmesi gereken kararlar olduğunu belirtmiştik. Bu sebeptendir ki kamu

⁷¹ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 228.

ihalelerinden yasaklama kararlarına karşı iptal davalarında husumetin, işlemi tesis eden bakanlığa yöneltilmesi gerekmektedir⁷².

9.2.2. Yasaklama Kararlarında Yürütmenin Durdurulması

2577 sayılı Kanun'un yürütmenin durdurulmasının düzenlendiği madde 27/1 hükmünde, Danıştay'da veya idarî mahkemelerde dava açılmış olmasının, dava edilen idarî işlemin yürütülmesini durdurmayacağı belirtilmiş olduğu için yürütmenin durdurulması kararının talep edilmesi fevkalade önemlidir.

İdarî işlemlerin yürütülmesinin durdurulması, ancak iptal davalarında talep edilebilmektedir⁷³ ve yürütmenin durdurulmasının davacı tarafından talep edilmesiyle, idarî yargı makamının bir idarî işleminin uygulanması dava sonuna kadar ertelenmektedir; ancak iptal kararlarında olduğu gibi yürütmenin durdurulması ile uyuşmazlık kesin olarak çözümediği gibi, hukuka aykırılığı iddia edilen idarî işlem de ortadan kalkmamaktadır. Ancak yine de yürütmenin durdurulması kararı hukuka aykırılığı iddia edilen bir idarî işlemin uygulanmasını erteleyen koruyucu tedbir niteliğinde bir ara karar olup iptal kararlarına kıyasla çok daha çabuk elde edilebilmektedir⁷⁴.

2577 sayılı Kanun'un madde 27/2 hükmünde, Danıştay veya idarî mahkemelerin idarî işlemin uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebileceği ve

⁷² Danıştay, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumunun 2002 yılı yatırım programında yer alan "Hatay Erkek Yetiştirme Yurdu İkmal Onarım İşi" ihalesinde, 2886 sayılı Kanun'un madde 83/c hükmünde yer alan fiil ve davranışlarda bulunduğu bahisle Kanun'un 84. maddesi uyarınca davacı şirketin bir yıl süreyle ihalelere katılmasının yasaklanması hususunun, davalı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü tarafından bağlı bulunduğu Bakanlık makamına bildirilmesi üzerine Devlet Bakanı Olur'u ile tesis edildiği anlaşıldığından, Başbakanlık husumetiyle çözümlenmesi gereken uyuşmazlığın, ayrı bir tüzel kişiliğe sahip davalı idare husumetiyle çözümlenmesinde usul hükümlerine uyarlık bulunmadığına karar vermiştir. Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 07.06.2010 Tarihli ve E. 2009/763, K. 2010/4771 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUPKWdxSLTu2w~~>, 12.07.2017.

⁷³ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 232.

⁷⁴ Uler, **a.g.e.**, s. 4; 27.

yürütmenin durdurulması kararlarında idarî işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğunun ve işlemin uygulanması hâlinde doğacak telafisi güç veya imkânsız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunlu olduğu bildirilmiştir. Aynı maddenin 27/6 hükmünde de yürütmenin durdurulması kararlarının teminat karşılığında verileceği genel kural olmakla birlikte, durumun gereklerine göre teminat aranmayabileceği belirtilmiştir.

Kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına karşı açılan iptal davalarında iptal karardan önce, yürütmenin durdurulması kararı alınması ile iptale benzer sonuçlar elde edilmektedir ve daha sonradan iptal kararı verildiğinde, bu durum yürütmenin durdurulması kararı ile korunmuş olacağı için iptal kararının gereği gibi uygulanması kolay olmaktadır. Bu olanakları sebebiyle de yürütmenin durdurulması kararının, hukuken sakat idarî işlemlerin sonuçlarının çok uzaklardan geri döndürülmesini önlediği ve idarî kararlılığı sağladığı belirtilmiştir⁷⁵.

2577 sayılı Kanun'un mahkemelerin esasa ilişkin ve yürütmenin durdurulması kararlarının sonuçlarının düzenlendiği 28. maddesinde de idare mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre, kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçirmeksizin ve gecikmesizin idarelerin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu belirtilmiştir.

9.2.3. Yasaklama Kararlarında Tam Yargı Davası

Tam yargı davalarının hukukun bilinen ve klasik türünü oluşturduğu, idarî işlem veya eylemlerin bireylerin sübjektif haklarına temas ettiği, bir zarar meydana getirdiği ve haklarını ihlal ettiği sebebiyle açılan davalar olduğu belirtilmiştir⁷⁶. İptal davalarından farklı olarak tam yargı davalarında, idarî işlemlerin uygulanmasından doğan neticeler incelenmekte ve bunların tazmini ile telafisine yönelik hükümler verilebilmektedir⁷⁷. Bu davalarda kişiler, bir idarî işlem sebebiyle maddî ya da

⁷⁵ Uler, **a.g.e.**, s. 113.

⁷⁶ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1769.

⁷⁷ **A.e.**, s. 1771.

manevî zarara uğradıklarını iddia etmektedirler⁷⁸. Bu bağlamda tam yargı davasında kişiler, haklarının ihlal edildiğini iddia etmekte ve bunun tazminini talep etmekte olduğundan iptal davalarından farklı olarak tam yargı davaları, sübjektif nitelik taşımaktadırlar⁷⁹. Anayasa'nın madde 125/7 hükmünde de idarenin kendi işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda yasaklama kararlarının iptali ile birlikte talep edilen maddî ve manevî tazminatlara ilişkin ve bu bağlamda açılan tam yargı davalarında Danıştay'ın vermiş olduğu kararlara göz atmakta fayda görülmektedir.

Danıştay'ın bir kararına⁸⁰ esas uyuşmazlıkta, ... İli ... Jandarma İstihkâm İnşaat Grup Komutanlığı Emanet Komisyon Başkanlığı'nca yaptırılan "Jandarma Tabur Komutanlığı Isı Merkezi Yapım İşi" ihalesine iştirak eden davacı şirketin teklif mektuplarının açıldığı sırada birinde bedel hanesi boş, diğerinde bedel hanesi doldurulmuş olmak üzere iki adet teklifin çıkması üzerine durumun tutanağa geçirildiği, davacı şirketin ihalenin gidişatına göre farklı bir teklif vermeyi planladığı belirtilerek ihalenin yapılmasında hile yaptığından bahisle 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesi uyarınca bir yıl süreyle kamu ihalelerine katılmasının yasaklanmış olup bu işlemin iptali ve yasaklı olarak iş yapılamayan döneme ilişkin olarak uğranıldığı ileri sürülen 100.000 YTL maddî, 100.000 YTL manevî zararın kanunî faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan davada İdare Mahkemesi yasaklama kararını iptal edilmiştir. Ancak davacının uğradığını iddia ettiği zararın kesin olmayıp muhtemel bir zarar olduğu ve hesaplanabilirlik niteliği bulunmadığı dikkate alındığında, idarenin maddî tazminatla sorumlu tutulmasına olanak bulunmadığı ve iptal edilen işlem idarenin olağan işlemlerinden olup manevî tazminata hükmedilmesini gerektirir niteliği bulunmadığından tazminat istemlerinin karşılanmasının da mümkün bulunmadığına karar verilmiştir.

⁷⁸ Kalabalık, **a.g.e.**, s. 199.

⁷⁹ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1771-1772.

⁸⁰ Karara esas olan davadaki ihalenin iş ve işlem kapsamı 4734 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte 2886 sayılı Kanun'a göre yapılamamakta ise de kararın tam yargı davası örneği olması sebebiyle, karara yer verilmesi uygun görülmüştür.

Bu kararın tazminatlara ilişkin kısmının temyizden incelenmesi talebi üzerine Danıştay, İdare Mahkemesi kararının, maddî tazminat isteminin reddine ilişkin kısmının usul ve hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Ancak Danıştay, manevî tazminatın, kişilik haklarının ihlali hâlinde meydana gelen eksilmenin, başka türlü giderim yolunun bulunmaması nedeniyle uğranılan manevî zararın kısmen de olsa giderilmesini sağlayan bir manevî tatmin aracı olduğunu; tüzel kişilerin kişilik haklarını, saygınlık, ticarî itibar, sosyal ilişkiler bakımından sahip olunan değer, diğer kurumlar nezdindeki algılanış, meslekî çevrelerdeki konum, güvenilirlik gibi değerlerin oluşturduğunu ve bu temelde, tüzel kişiliğin saygınlığını yitirmesine, değer kaybına uğramasına veya amaçlarını gerçekleştirmek bakımından zor duruma düşürülmesine yol açan hukuka aykırı tasarrufların manevî zarara yol açığının kabul edilerek bu tür zararların tazmininin gerektiğini belirtmiştir. Bu temelde, yasaklama işleminin davacı şirketin ihalede hile yaptığı ileri sürülerek tesis edilmesi karşısında, hukuka aykırı olduğu yargı kararıyla belirlenmiş olan yasaklama kararı nedeniyle davacı şirketin ticarî itibarının ve saygınlığının zedelendiğinin, manevî zarara uğradığının kabulünün gerektiğinden bahisle, manevî tazminatın niteliği ve meydana gelen zararın ağırlığı da dikkate alınarak belirlenecek manevî tazminatın ödenmesi yönünde hüküm kurulması gerekirken Ankara 2. İdare Mahkemesince manevî tazminat isteminin reddine karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığına karar verilmiştir⁸¹.

⁸¹ Karara esas uyuşmazlıkta davacı şirket, yasaklama kararından önceki yıla ait kurumlar vergisi sıralamasında 3. sırada yer aldığı, yıllardır saygın bir kuruluş olarak tanınan ve tercih edilen bir firma olduğu, ancak yasaklama kararının verilmesinden sonra belli istekliler arasında yapılan ihalelere ve askerî kurumlarca yapılan ihalelere davet edilmediği, yıllar süren emekle elde edilen ün ve itibarın kaybedildiği, sahip olunan NATO güvenlik belgesinin işlevsiz hâle geldiği, iş ve müşteri çevrelerinde davacı şirkete şüpheyle bakıldığı, şirketin iflas etme ihtimali karşısında şirket ortakları ve çalışanlarının büyük moral çöküntü içine girdikleri ve işlerini kaybetme korkusu ve gelecek endişesi yaşadıkları, bu durumun davacı şirketin manevî şahsiyetini yıkıcı derecede olumsuz etkilediği iddialarına yer vermiştir. Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 26.12.2008 Tarihli ve E. 2007/10326, K. 2008/8324 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWcJgwALXbIng~>, 15.07.2017. Kararda ayrıca, davanın maddî tazminat isteminin reddine ilişkin kısmının usul ve hukuka uygun olduğuna karar verilmiş; ancak manevî tazminatın kişilik haklarının ihlali hâlinde meydana gelen eksilmenin, başka türlü giderim yolunun bulunmaması nedeniyle uğranılan manevî zararın kısmen de olsa giderilmesini sağlayan bir manevî tatmin aracı olduğu, tüzel kişilerin kişilik haklarını, saygınlık, ticarî itibar, sosyal ilişkiler bakımından sahip olunan değer, diğer kurumlar nezdindeki algılanış, meslekî çevrelerdeki konum ve güvenilirlik gibi değerlerin oluşturduğu ve tüzel kişiliğin saygınlığını yitirmesine, değer kaybına

Danıştay'ın başka bir kararına esas uyumsuzlukta⁸² davacı, 4734 sayılı Kanun uyarınca bir yıl süre ile bütün kamu kurum ve kuruluşlarının katılmaktan yasaklanmış olup davalı idarenin yasaklama kararı işleminin iptali ve 150.000.000.000 TL maddî ve 200.000.000.000 TL manevî tazminatın kanunî faiziyle birlikte tazmini istemiyle dava açılmıştır. Açılan davada tesis edilen yasaklama kararı için İdare Mahkemesi, teklif mektubunun usulüne uygun olmaması nedeniyle ihale dışı bırakılan davacının fiil ve davranışının 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinde yer alan "yasak fiil ve davranış" niteliğinde olmadığına ve bu bağlamda tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığına karar vermiştir. Kararın devamında Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğunun hükme bağlandığı, idarenin hukukî sorumluluğundan söz edebilmek için, ortada somut bir zararın bulunması ve bunun idareye yüklenebilen bir işlem veya eylemden doğması; başka bir ifade ile zararlar idarî faaliyet arasında illiyet bağı bulunması gerektiği belirtildikten sonra, dava konusu edilen bir yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanma işleminin hukuka aykırı bulunmuş olmasına karşın, anılan işlem nedeniyle davacının uğradığı maddî zarara ilişkin somut hiçbir verinin sunulmaması karşısında maddî tazminat isteminin kabulüne olanak bulunmadığına, manevî tazminat istemi yönünden ise dava konusu işlemin niteliği itibarıyla, davalı idareyi manevî tazminatla yükümlü tutabilecek nitelikte ağır hizmet kusuru bulunmadığı gibi, olayda manevî zararın oluştuğundan da söz edilemeyeceği gerekçesiyle tazminat istemlerinin reddine karar vermiştir.

İdare Mahkemesi kararının temyiz edilmesi üzerine Danıştay, incelenen kararın dava konusu işlemin iptali ve maddî tazminat isteminin reddine ilişkin kısmının usul ve hukuka uygun olduğunu belirtmiştir. Ancak kararın manevi tazminat istemine ilişkin kısmı için, manevî tazminatın, patrimonial meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp manevî tatmin aracı

uğramasına veya amaçlarını gerçekleştirmek bakımından zor duruma düşürülmesine yol açan hukuka aykırı işlemlerin manevî zarara yol açtığı kabul edilerek bu tür zararların tazmininin gerektiği belirtilmiştir.

⁸² Davaya esas uyumsuzluk, 4734 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen bir yasaklama kararına ilişkin olsa da açıklamaya çalıştığımız konuyu aydınlatması yönünden, burada yer verilmesi uygun görülmüştür.

olduğu ve manevî tazminata hükmedilmesi için kişinin fizik yapısını zedeleyen, yaşama ve kazanma gücünün azalması sonucu doğuran olayların meydana gelmesi ve idarenin hukuka aykırı bir işlem veya eylemi sonucunda ağır bir elem ve üzüntünün duyulmuş olması veya şeref ve haysiyetinin rencide edilmiş bulunmasının ve manevî tazminata hükmedilirken ilgililerin sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak olay nedeniyle duyduğu elem ve ıstırapın kısmen giderilmesini sağlayacak, idarenin hukuka aykırılığını ortaya koyacak ve hukuka aykırılığı özendirmeyecek bir miktarın belirlenmesinin gerektiği belirtilmiştir. Davacının 13.03.2003 tarihinde "... Üniversitesi Araştırma ve Uygulama Hastanesi 4 Kalem Yemek Alım İşi" ihalesine katılan davacının teklif mektubunun içinde bir adet şikâyet dilekçesi ve 56 adet boş A4 kâğıdı bulunması üzerine ihale dışı bırakıldığı ve ayrıca davacının bu fiil ve davranışının 4734 sayılı Kanun'un madde 17/a hükmü uyarınca yasak fiil ve davranış niteliğinde olduğu gerekçesiyle bir yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde, davacının fiil ve davranışının "hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya teşebbüs etmek" niteliğinde olmadığından, bu gerekçeyle verilen yasaklama kararının davacı şirketin ticarî itibarını zedeleyeceği ve güvenilirliğini azaltacağı açık olduğu belirtilmiş ve bu nedenle davacı şirketin söz konusu işlem nedeniyle uğradığı manevî zarara karşılık makul bir manevî tazminata hükmedilmesi gerekirken istemin reddinde hukuka uyarlık bulunmadığına ve Ankara 6. İdare Mahkemesinin manevî tazminat isteminin reddine ilişkin bölümünün bozulmasına karar verilmiştir⁸³.

Yukarıda yer verilen kararları göz önünde tuttuğumuzda, 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen yasaklama kararlarının tam yargı davası konusu edilebileceği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda ilgililer, idarî yargıda görülen dava çeşitlerinden bir türü olan hukuka aykırı yasaklama kararlarının iptal davası ile birlikte, bu kararın yetki, şekil, sebep, konu veya maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olmaları;

⁸³ Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 26.09.2005 Tarihli ve E. 2005/1819, K. 2005/4728 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeXCSATHISi7xQ~~>, 16.07.2017.

başka ifade ile sakatlanmaları hâlinde de haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle zararlarının tazmini istemiyle tam yargı davası da açabilmektedirler. Yine bahsi geçen kararlarda yer alan ifadelerden sübjektif nitelikli tam yargı tam yargı davalarına ilişkin bazı tespitlerin yapılması mümkündür.

Öncelikle kararlarda yasaklama kararlarına açılan davaların, davaya esas bir uyumsuzluk olarak esastan incelenebilmesinde, Anayasa'nın madde 125/7 hükmünde geçen idarenin kendi işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu düzenleme dayanak olarak gösterilmektedir. Ayrıca ilgililerin haklarında tesis edilen yasaklama kararlarına karşı açmış oldukları tam yargı davalarında, ihlâl edilen haklarının tazminine karar verilebilmesi için öncelikle, bu işlemin hukuka aykırı olduğuna yönelik yargısal bir tespit bulunmalıdır. Başka ifade ile yasaklama kararı şeklindeki işlemin iptalini sağlayan bir mahkeme kararı alınmış olmalıdır. Bunun dışında kararlarda, tam yargı davasında talep edilen maddî ve manevî tazminatla ilgili bazı içtihadî kriterler bulunmaktadır. Bu bağlamda maddî tazminat taleplerinde yer verdiğimiz ilk kararda, İdare Mahkemesi zararın kesin olmadığı, muhtemel bir zarar olduğu ve hesaplanabilirlik niteliği bulunmadığı gerekçesiyle maddî tazminat istemini reddetmiştir. Diğer kararda da İdare Mahkemesi, tam yargı davası açmak suretiyle idarenin hukukî sorumluluğuna gidebilmek, somut bir zararın mevcut olması ve bu zarar ile idarî faaliyet arasında illiyet bağı bulunması gerektiğini belirtmiş ve dava konusu yasaklanma işleminin hukuka aykırı bulunmuş olması ile birlikte, işlem nedeniyle davacının uğradığı maddî zarara ilişkin somut hiçbir verinin sunulamaması gerekçesiyle maddî tazminat istemini reddetmiştir. Bu gerekçeleri içeren ret kararlarının da Danıştay tarafından onandığı görülmektedir. Bu açıklamalar ışığında ilgililerin yasaklama kararlarına ilişkin uyumsuzlukları tam yargı davasına konu etmeleri hâlinde, maddî tazminat istemlerinin reddedilmemesi için, maddî kayıplarını somut olarak ifade eden ve kesinleşmiş olan bilgi ve belgeleri ispat aracı olarak sunmaları gerekmektedir.

Manevî tazminata yönelik istemlerde ise her iki kararda da İdare Mahkemesi tarafından ret kararı verilmesine karşılık, bu kararların Danıştay tarafından bozulduğu görülmekte olup manevî tazminat taleplerinin karara bağlanması gerektiği

bildirilmektedir. Danıştay, idarenin hukuka aykırı bir işlem veya eylemi sonucunda hükmedilen manevî tazminatın, manevî zarara karşılık bir manevî tatmin aracı olduğunu ve maddî bir eksilmeyle ilgili olmadığını belirtmiştir. Ayrıca idare hukuku kural ve kaideleri uyarınca gerçekleşen ve hukuka aykırı olduğu tespit edilen idarî işlem ve eylemler karşılığında hükmedilecek manevî tazminatın, ilgililerin sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak bu işlem ve eylemler nedeniyle duyulan elem ve ıstırabın *kısmen* giderilmesini sağlayan bir işlevi bulunduğu; elem ve ıstırabın kısmen giderme amacına yönelen manevî tazminatın, bu bağlamda *makul* olması gerektiği de belirtilmiştir. İlâveten manevî tazminata hükmedilirken, idarenin hukuka aykırı bir işlem veya eylem tesis etmiş olduğunu ortaya koyan ve hukuka aykırılığı özendirmecek bir miktarın belirlenmesinin gerektiği belirtilmiştir. Bu ifadelere yer veren Danıştay, yasaklama kararları hakkında açılan tam yargı davalarında manevî tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirtirken, ilgililerin saygınlık, ticarî itibar, sosyal ilişkiler bakımından sahip olunan değer, diğer kurumlar nezdindeki algılanış, meslekî çevrelerdeki konum, güvenilirlik gibi değerleri dayanak almıştır ve bu temelde saygınlığın yitirmesi, değer kaybına uğrama veya amaçlarını gerçekleştirmek bakımından zor duruma düşme şeklindeki sonuçlar temelinde manevî tazminat taleplerinin incelenmesi gerektiğini bildirmiştir.

9.2.3.1. Yasaklama Kararlarının Tam Yargı Davalarında Davaya İlişkin Şartlar

Yasaklama kararlarında tam yargı davasında davaya ilişkin şartlar, davalı konumunda olan kişilere göre değişmemektedir. Bu şartlar, *yasaklama kararlarında tam yargı davasında yetkili mahkeme* ile *yasaklama kararlarında tam yargı davasında süre* başlıkları altında irdelenecektir.

9.2.3.1.1. Yetkili Mahkeme

Tam yargı davalarında da genel görevli yargı yerinin idare mahkemeleri olduğu belirtilmiştir⁸⁴. Kamu ihalelerinden yasaklama kararları ile ilgili

⁸⁴ Kalabalık, **a.g.e.**, s. 198.

uyuşmazlıklarda daha önce belirttiğimiz üzere, görevli mahkeme idare mahkemeleri olup 2577 sayılı Kanun'un dilekçeler üzerine ilk incelemenin düzenlendiği madde 14/3-(a) hükmüne göre, idare mahkemelerinde mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından dilekçelerin *görev ve yetki* yönünden inceleneceği belirtilmiş olduğundan yetkili idare mahkemesini de tespit etmek gerekmektedir.

2577 sayılı Kanun'un idarî sözleşmelerden doğanlar dışında kalan tam yargı davalarında yetkili mahkemeye ilişkin düzenleme getiren 36. maddesinde yetkili mahkeme sırasıyla, zararı doğuran idarî uyuşmazlığı çözümlenmeye yetkili; zarar, bayındırlık ve ulaştırma gibi bir hizmetten veya idarenin herhangi bir eyleminden doğmuş ise hizmetin görüldüğü veya eylemin yapıldığı yer; diğer hâllerde davacının ikametgâhının bulunduğu yer idarî mahkemesi olduğu belirtilmiştir. Bu düzenleme karşısında, kamu ihalelerinden yasaklama kararları için açılan tam yargı davalarında zararı doğuran idarî uyuşmazlığı çözümlenmeye yetkili olan idarî mahkemenin yetkili olduğunu düşünmekteyiz ve bu bağlamda öncelikle idare mahkemelerinin yetkili olduğunu belirtebiliriz; ancak hangi idare mahkemelerinin yetkili olduğuna da bakmak gerekmektedir.

2577 sayılı Kanun'a göre, bu Kanun'da veya özel kanunlarda yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması hâlinde yetkili idare mahkemesinin dava konusu olan idarî işlemi yapan idarî merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi olduğu hükme bağlanmış olup bu hüküm ışığında 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında yetki mutlak olarak bakanlıklarda olduğu için, bu kararlara karşı açılacak tam yargı davalarında yetkili idare mahkemesi de her zaman işlemi tesis eden bakanlıkların coğrafi olarak bulunduğu Ankara idare mahkemeleridir.

9.2.3.1.2. Süre

Kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına karşı idare mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal davası ile birlikte tam yargı davası açılmak istendiğinde dava açma süresi, iptal davalarının tabi olduğu süre ile

aynıdır⁸⁵. Bu bağlamda, burada da iki ayrı durumu birbirine karıştırmamak gerekmektedir. Eğer ki 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca ihtiyarî nitelikteki idarî başvuru yolu tüketilmeyecek ise yasaklama kararlarının ilgililerine yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren 60 günlük süre içinde idarî yargıda tam yargı davası açılması gerekmektedir. Diğer yandan yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren 60 günlük süre içinde, 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca ihtiyarî nitelikteki idarî başvuru yolu tüketildiğinde ise işlemeye başlamış olan idarî dava açma süresi duracaktır. Bu başvuruya idarelerce 60 gün içinde tekrar yazılı bir bildirim yapıldığı takdirde *bu bildirimden itibaren* ya da idarelerce 60 gün içinde bir cevap verilmediyse *60 günün bittiği tarihten itibaren* işlemeye başlamışken bu başvuru ile duran idarî dava açma süresi yeniden kaldığı yerden işlemeye devam edecek olup bu süre bitmeden tam yargı davası açılmalıdır⁸⁶.

Diğer yandan kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına karşı tam yargı davası açmazdan önce bir iptal davası açılmış ise dava açma süresi bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması hâlinde verilecek kararın tebliğ tarihinden itibaren 60 gün içinde tam yargı davası açılabilmektedir. Diğer idarî işlemlerde olduğu gibi, kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına karşı açılan tam yargı davası süre yönünden reddedilirse, yenileme imkânı bulunmamaktadır ve 2577 sayılı Kanun'un madde 15/1-b hükmüne göre, süre yönünden Kanun'a aykırılık görüldüğünde davanın reddine karar verilmektedir.

9.2.3.2. Yasaklama Kararlarının Tam Yargı Davalarında Davacıya İlişkin Şartlar

Yasaklama kararlarında tam yargı davasında davacıya ilişkin şartlar, davacı konumunda olan kişilere göre değişmektedir. Bu şartlar, *yasaklama kararlarında tam yargı davasında ehliyet* ile *yasaklama kararlarında tam yargı davasında husumet* başlıkları altında irdelenecektir.

⁸⁵ Kalabalık, **a.g.e.**, s. 205.

⁸⁶ Yıldırım vd. **a.g.e.**, s. 835.

9.2.3.2.1. Ehliyet

Tam yargı davalarında, dava açabilme ehliyetinde genel kurallar uygulanmaktadır. Bu bağlamda iptal davalarında olduğu gibi tam yargı davalarında da taraf ve dava ehliyetine sahip olma şeklinde belirlenen objektif şartlar ve bu temelde *objektif ehliyet* aranmaktadır⁸⁷. Durum bu olmakla birlikte, 2577 sayılı Kanun'da tam yargı davalarının, idarî eylem ve işlemlerden dolayı *kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar* tarafından açılan davaları ifade ettiği hükme bağlanmıştır. Hakkın doğrudan muhtel olmasına; başka ifade ile kişisel hakkın ihlal edilmesi şeklinde aranılan şartın, *sübjektif ehliyeti* oluşturduğu belirtilmiştir⁸⁸. Yasaklama kararlarının birer bireysel idarî işlem olduğunu defaten belirtmiş olduğumuz için, idarî işlemlerden dolayı hakkın doğrudan muhtel olmasına ilişkin açıklamalar kamu ihalelerinden yasaklama kararları için bağlayıcı olacaktır.

2577 sayılı Kanun'un doğrudan doğruya tam yargı davası açılmasının düzenlendiği 13. maddesinde, idarî eylemlere karşı açılacak tam yargı davaları ile hüküm getirilmiş olup idarî eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idarî dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her hâlde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemelerinin gerekli olduğu ve bu isteklerinin kısmen veya tamamen reddi hâlinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında 60 gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabileceği belirtilmiştir. Bu durumda idarî eylemlerden doğan tam yargı davalarında zorunlu bir idarî başvuru yolu öngörülmüştür; ancak kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının idarî işlem olması sebebiyle bu kararlara karşı idarî başvuru yolu incelenirken yalnızca ihtiyarî nitelikli başvuru yolunun varlığından bahsedilmiş olup bu temelde açıklama yapılmıştır.

⁸⁷ Kalabalık, **a.g.e.**, s. 203; Yıldırım vd. **a.g.e.**, s. 834.

⁸⁸ Kalabalık, **a.g.e.**, s. 265; 268-269.

2577 sayılı Kanun'un 12. maddesine göre, ilgililerin haklarını ihlal eden bir idarî işlem dolayısıyla doğrudan doğruya tam yargı davası açabilmeleri veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilmeleri ya da ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması hâlinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilmesi mümkün olup bu hâlde de ilgililerin Kanun'un 11. madde uyarınca idareye başvurma hakları da saklıdır.

İdarî yargıdaki iptal ve tam yargı davalarının arasındaki farklılık, talebe yol açan sebepten doğmaktadır; zira kamu ihalelerinden yasaklama kararlarından zarar, bu idarî işlemde ve onun uygulanmasından doğmuş ise 2577 sayılı Kanun'un 12. maddesinde de belirtildiği üzere davacı, işlemin iptali ile birlikte zararının tazmini bir arada isteyebilmektedir. Diğer yandan ilgililer, önce haklarında tesis edilen kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının ortadan kaldırılması amacıyla iptal davası açılabilir ve ilgililerin, iptal kararı elde edildikten itibaren 60 gün içinde tam yargı davası açmaları da mümkündür⁸⁹. Durum bu olmakla birlikte kararın iptali temin edilmeden zararın tazmininin talep edilmesi mümkün olmayacağından, kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına karşı dava açılırken ya önce yetki, şekil, sebep, konu veya maksat yönlerinden biri ile sakat olduğu iddiasıyla açılacak bir iptal davasında hukuka aykırılığında bahisle bir iptal kararının alınmasından sonra 60 günlük süre içinde, hakkın ihlalinin tazmininin tam yargı davası açılarak talep edilmesi ya da her iki davanın birlikte açılması gerekmektedir.

Sonuç olarak kamu ihalelerinden yasaklama kararları şeklinde tesis edilen idarî işlemlere karşı tam yargı davası açılırken iptal davalarında olduğu gibi genel ehliyetler olan taraf ve dava ehliyetlerinin yanı sıra sübjektif hakkın da ihlal edilmesi gerekmekte⁹⁰ olup idarî yargı organları tarafından her somut olayda da var olup olmadığına bakılacaktır. Bu bağlamda, kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında, bu idarî işlemlerin idare mahkemesi kararı ile iptal edilmesi hâlinde, para ile

⁸⁹ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, 235.

⁹⁰ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1800.

ölçülebilir nitelikteki sübjektif hakları⁹¹ ihlal edilen ve bu yasakların doğrudan ilgisi olan gerçek ve tüzel kişiler ile Kanun'un 83. maddesinde yer alan yasak fiil ve davranışların sebep unsuru olduğu yasaklama kararlarında da gerçek veya tüzel kişilerin sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilerin tam yargı davası açma ehliyeti bulunmaktadır.

9.2.3.2.2. Husumet

Kamu ihalelerinden yasaklama kararlarında yetki unsuru incelenirken, bu yetkinin bakanlık veya ilgili bakanlık olması sebebiyle mutlak anlamda bakanlıklarca tesis edilmesi gereken kararlar olduğunu belirtmiştik. Bu sebeptir ki kamu ihalelerinden yasaklama kararlarına karşı iptal davalarında olduğu gibi tam yargı davalarında da husumetin, işlemi tesis eden bakanlığa yöneltilmesi gerekmektedir.

⁹¹ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 224.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda ve ikincil mevzuatta düzenlenen hükümleri hakkında açıklama yaptığımız bu çalışmamızda, ayrıca yeri geldikçe kamu ihale hukukunda yer alan diğer kanunlar olan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda yer alan hükümlere de yer verilmiştir.

Çalışmamızda hükümlerine yer verdiğimiz kamu ihale usullerini düzenleyen 2886, 4734 ve 4735 sayılı Kanunların her birinde kamu ihalelerinden yasaklama kararı şeklindeki idarî yaptırımlar bulunmaktadır. Yasaklama kararına sebep olan fiil ve davranışlar ile ihale düzeni hedef alınmakta ve öncelikle bu bağlamda kamu bütçesine gelir oluşturacak sürecin bozulmasına sebebiyet verdiği için malî sonuçları bulunmaktadır. Diğer yandan yasaklama kararlarına maruz kalanlar da kamunun ihale iş ve işlemlerinden dışlanmış olduğundan, ilgili kişi nezdinde de malî sonuçları bulunmaktadır.

Kamu ihalelerinden yasaklama kararları ile korunan menfaat kamu bütçesi ve bu bütçe ile finanse edilecek kamu hizmetleri ya da alımlarla yürütülecek kamusal ihtiyaçlar olup nihayetinde kamu yararadır. Ayrıca yasaklama kararları, kişilere de belli usul ve esaslara uyma yükümlüğü getirmek suretiyle, sağlıklı bir ihale sürecinin tesisi için, ihale düzeninin hukuka ve ihale ilkelerine uygun olarak yapılması amacıyla varlık kazanmıştır. Bu bağlamda hem 2886 sayılı Kanun'da hem de kamu ihale usullerini düzenleyen diğer kanunlarda hükme bağlanan yasaklama kararı şeklinde tesis edilen idarî yaptırımların var oluşlarını destekleyici kanaatimiz bulunduğunu belirtmek isteriz. Ancak hakkında yasaklama kararı tesis edilerek ihale sürecinden dışlanan her kişi, daha sonraki ihalelerde sağlanması gereken rekabet için bir aktördür. Bu bağlamda kararların verilmesinde uyulmak zorunda olunan normatif düzenlemeler ve uygulama çok önemli hâle gelmektedir. Bu kararlardaki objektifliğin en yüksek şekilde sağlanması; farklı sonuçları yaratan ve dayanaktan yoksun kararların tesis edilmemesi gerekmektedir. Bu bağlamda teklif vermeye hazırlanan kişilerin hukuka aykırı uygulamalarla idarelere olan güveninin de

sarsılmaması ve kişilerin hukukî belirlilik içinde ihalelerde en yüksek katılım ile yer almalarını da temin etmek gerekmektedir. Burada en önemli durum, ihale usullerini düzenleyen kanunlardaki benzer somut durumlar için düzenleme getiren farklı hükümlerin ortadan kaldırılması ve kanunîlik zeminin sağlanması gerekliliğidir. Başka deyişle yasaklama kararlarının unsurlarının yeknesak olması gerektiğini düşünmekteyiz.

Bu açıklamalardan sonra, çalışmamızın kapsam ve sınırını oluşturan 2886 sayılı Kanun'da yer alan yasaklama kararlarına yönelik düzenlemeler için kanun koyucunun dikkatine sunulmak üzere, aşağıdaki önerilere yer vermeyi uygun buluyoruz. Bu öneriler, *hukukî terminoloji, fiil ve davranışların düzenleniş biçimi ile yasaklama kararlarının sonuçları* olmak üzere üç temelde olacaktır.

Çalışmamız özelinde 2886 sayılı Kanun'da yer alan *hukukî terminolojinin* sorun yarattığını düşünmekteyiz. Öncelikle Kanun uyarınca yapılan ihalelerde ve bu ihalelerden sonra akdedilecek sözleşmelerde idare dışındaki diğer tarafın sıfatlarına ilişkin detaylı tanımlamalar yapılması gerekmektedir. Bu tanımlamalar yapıldığında, hükümlerin yorumlanmasında objektiflik kazanılmış olacaktır ve ayrıca Kanun uyarınca hükme bağlanan yasaklama kararlarının var oluş amacına ulaşmada işlevsellik yakalanabilecektir. Bu sebeple ihale sürecinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan esinlendiğimiz *istekli adayları* ile 4734 sayılı Kanun'dan esinlendiğimiz *istekli olabilecekler* sıfatlarına 2886 sayılı Kanun'da yer verilmesini öneriyoruz¹. Bunun dışında 2886 sayılı Kanun'da yer alan istekli, müteahhit ve müşteri sıfatlarının kullanımının, Kanun'un 4. maddesinde yer alan kanunî tanımlara uyumlu hâle getirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda Kanun'un madde 84/1 hükmünde yer alan "*İhalelere katılmaktan yasaklananlar, yasaklı oldukları süre*

¹ Kanun'un Tanımlar başlıklı 4. maddesine aşağıdaki şekilde ekleme yapılmasını önermekteyiz:

"Tanımlar:

Madde 4 – Bu Kanunun uygulanmasında:

İstekli adayları: İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan gerçek veya tüzel kişileri ya da bunların oluşturdukları ortak girişimleri,

İstekli olabilecekler: İhale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale dokümanı satın almış gerçek veya tüzel kişileri ya da bunların oluşturdukları ortak girişimleri,

İfade etmektedir." 2886 sayılı Kanun'un orijinal metninde bulunmayan ve Kanun'a eklenmesini önerdiğimiz değişiklikler vurgulanmıştır.

içinde diğer idarelerce yapılacak ihalelere de müteahhit veya müşteri sıfatıyla katılamazlar." düzenlemesinde yer alan *müteahhit veya müşteri* ifadelerinin metinden çıkarılarak *istekli* ifadesinin getirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Benzer şekilde Kanun'un madde 84/3 hükmünde yer alan *"Üzerine ihale yapıldığı hâlde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler"* düzenlemesinde yer alan *istekliler* ifadesinin metinden çıkarılarak *müteahhit veya müşteriler* ifadesinin getirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

2886 sayılı Kanun'un madde 83/a hükmünde yer alan *desise* ifadesinin metinden çıkarılması ve *vait* kavramının da güncel kullanımına uygun olarak *vaat* şeklinde değiştirilmesini; aynı hükme 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarla eşgüdüm sağlanabilmesi ve bu işlemlerin idare ve kişiler nezdinde sebep unsurundaki belirliliğini daha fazla temin etmek amacıyla da *anlaşma, irtikap* ve *rüşvet* ifadelerinin de hükme eklenmesini öneriyoruz.

2886 sayılı Kanun'un yasaklama kararlarıyla ilgili düzenlemeler hakkında *hukukî terminoloji* ile ilgili önerilerimizden sonra ise önerilerimiz *fiil ve davranışların düzenleniş biçimine* ilişkin olacaktır. Kanun'da kamu ihalelerinden yasaklama kararına sebep unsuru teşkil eden fiil ve davranışların, bu Kanun'dan sonra yürürlüğe giren 4734 ve 4735 sayılı Kanunların kamu ihale sözleşmesi temelindeki ayırım dikkate alınarak düzenlenmesi gerektiğini düşünüyoruz. Bu bağlamda 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesindeki giriş cümlesinin değiştirilmesini öneriyoruz. İlaveten Kanun'un 83. maddesinde düzenlenen yasak fiil ve davranışların kapsamına Kanun'un madde 84/3 hükmündeki fiil ve davranışların da alınmasını; bu fiil ve davranışların tek bir madde altında toplanmasını ve bu vesile ile bu fiil ve davranışların arasında yasak niteliğine sahip olan ve olmayan ayırımının kaldırılarak tüm fiil ve davranışlara yasak niteliğinin kazandırılmasını öneriyoruz. Ayrıca taahhüde ilişkin olarak belirtilen yasak fiil ve davranışların da bentler şeklinde ayrılmasının daha uygun olacağını düşünüyoruz.

Çalışmamızda, 2886 sayılı Kanun'un madde 83/b hükmünde var olduğunu düşündüğümüz probleme detaylı bir şekilde yer vermiştik ve ihale düzenini bozmaya

yönelen davranışlara karşı yetersiz kaldığını belirterek çözüm olarak birçok somut olayda Kanun'un madde 83/a hükmüne göre işlem tesis edilmesini önermiştik. Bu bağlamda Kanun'un madde 83/b hükmünün, 4734 sayılı Kanun'un madde 17/b hükmü ile 5237 sayılı Kanun'un madde 325/2 hükmünden esinlendiğimiz şekilde düzenlenmesi ve bu fiil ve davranışların teşebbüs hâlinin de eklenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

2886 sayılı Kanun'un madde 83/c hükmünde sahte belge veya sahte teminat kullanmak şeklinde hükme bağlanan yasak fiil ve davranışının yanı sıra, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda yer aldığı şekilde, *sahte belge veya sahte teminat düzenlemenin* de bir yasak fiil ve davranış olarak hükme eklenmesini öneriyoruz.

2886 sayılı Kanun'da düzenlenmemesine karşılık, 2000/1, 2001/1 ve 2002/1 No.lu Devlet İhale Genelgelerinde de yer verildiği üzere, *alternatif teklif verebilme hâlleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif vermenin* de ihalelerde yasaklama kararına sebebiyet veren bir yasak fiil ve davranış olarak 2886 sayılı Kanun metnine eklenmesini ve bu bağlamda kanun düzeyinde düzenlenmesini öneriyoruz.

2886 sayılı Kanun'un 6. maddesinde doğrudan veya dolaylı olarak ihalelere katılamayacağı belirtilen kişiler düzenlenmiştir. Ancak Kanun'da bu kişilerin ihaleye katıldıkları duruma bağlanan bir hukukî sonuç bulunmamaktadır. Kanaatimize göre, Kanun'un madde 6/1-(c) hükmünde yer alan ve (a) ve (b) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve ikinci dereceye kadar (ikinci derece dâhil) kan ve sıhri hısımları ile madde 6/1-(d) hükmünde yer alan (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen şahısların ortakları (bu şahısların yönetim kurullarında görevli olmadıkları anonim ortaklıklar hariç) kişilerin katılması da ihale düzeninin tesisini zedeleyen bir sonuç ortaya çıkarmaktadır ve bu sebeple bu kişilerin Kanun'da da hükme bağlandığı üzere, ihale sürecinde yer almaları istenmemektedir. Bu yasağa rağmen ihaleye iştirak ettiklerinde, bu kişilere de kamu ihalelerinden yasaklama kararının uygulanmasını öneriyoruz.

2886 sayılı Kanun'un madde 83/c hükmünde yer alan "*Taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek*" fiil ve davranışının metinden çıkarılmasını öneriyoruz. Zira bu fiil ve davranışı da kapsayan bir hüküm olarak "*Mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmemek*" düzenlemesinin bulunduğunu düşündüğümüz için, mükerrer bir durum olduğu kanaatindeyiz. Ayrıca *üzerine ihale yapıldığı hâlde usulüne göre sözleşme yapmamak* şeklindeki fiil ve davranışının yasaklama kararı yaptırımına bağlanması için de bu fiil ve davranışın mücbir sebepler dışında gerçekleşmesi şeklindeki bir düzenleme yapılmasını öneriyoruz.

2886 sayılı Kanun'un 66. maddesinde sözleşmenin devri düzenlenmiş olup sözleşmenin, ita amirinin yazılı izni ile başkasına devredilebileceği; ancak devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranacağı ve izinsiz devir yapılması hâlinde, sözleşmenin bozularak müteahhit veya müşteri hakkında Kanun'un 62. maddesinin uygulanacağı belirtilmiştir. Kanun'un 62. maddesinde ise bu durumun yasaklama kararına sebebiyet vereceğini hükme bağlayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Daha önce belirttiğimiz üzere, 2886 sayılı Kanun uyarınca, kiralama, mülkiyetin gayri aynî hak tesisi ve kat/arsa karşılığı inşaat sözleşmeleri vb. iş ve işlemlerde müteahhit veya müşteri ile idare arasındaki sözleşme süreli nitelik kazanmaktadır. Bu sebeple de sözleşmenin izinsiz devir yapılması hâlinde de yasaklama kararının bir sonuç olarak düzenlenmesini öneriyoruz².

² 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesinde önerilerimizle şekillenen sonuç şu şekilde olmaktadır:

"Yasak Fiil ve Davranışlar:

Madde 83 – İhalelerde ve sözleşmenin uygulanması sırasında;

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

b) İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişileri tereddüde düşürmek, bu kişilerin katılımını engellemek, bu kişilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak veya tüm bu fiil veya davranışlara teşebbüs etmek,

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

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

e) 6'ncı maddenin 1'inci fıkrasının (a) ve (b) bentleri ile 2'nci fıkrasında ihaleye katılmayacağı belirtildiği hâlde ihaleye katılmak,

f) Mücbir sebepler dışında üzerine ihale yapıldığı hâlde usulüne göre sözleşme yapmamak,

g) Sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçmek,

Kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının *fiil ve davranışların düzenleniş biçimi*; başka deyişle sebep unsuruna ilişkin bu önerilerimizden sonra ise *yasaklama kararlarının sonuçları* ilgili önerilerimize yer vermek istiyoruz. 2886 sayılı Kanun'un madde 84/1 ile madde 84/3 hükümlerinde yasaklama kararlarının konu unsuru düzenlenmiştir. O ihaleye iştirak ettirilmeme kararı şeklindeki konu unsurunda, Kanun'da 83. maddede belirtilen fiil ve davranışlarda buldukları anlaşılmanın bu fiil ve davranışlarının ihale safhasında ortaya çıkması hâlinde, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri hüküm altına alınmıştır. Ancak yasaklama kararlarının yetki ve şekil unsurundaki özellikleri nedeniyle bu kararların tesis edilmesi, belli bir süreyi gerektirmektedir. Bu bağlamda hüküm bu şekilde korunduğunda yetersiz kalmaktadır. Kanaatimize göre, 4734 sayılı Kanun'da yer alan hükme benzer şekilde, yasaklama kararı yürürlüğe girinceye dek ihaleye ilişkin işlemlerde bu fiil ve davranışlarda buldukları tespit edilenlerin, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmeyeceğinin de hükme bağlanması gerektiğini düşünüyoruz.

2886 sayılı Kanun ile 4734 ve 4735 sayılı Kanunların yasaklama kararlarını düzenleyen hükümleri arasında, bu kararların idare kapsamı ile bu kararların süresi ile ilgili farklılıklar bulunmaktadır. Bu bağlamda adı geçen Kanunlar uyarınca benzer fiil ve davranışlar için, farklı süreli ve tesiri olan idarî yaptırımlar uygulandığından adil olmayan sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Zira kamu bütçesinin gideri ya da geliri arasında herhangi bir önem sıralaması, hiyerarşi bulunmamaktadır. İhale düzeninin ister bütçeye gelir getirici iş ve işlem ihalelerinde ister bütçede gider oluşturan iş ve işlem ihalelerinde bozulmuş olup olmadığına bakılmaksızın, aynı süreli ve tesirli yaptırımlar uygulanmalıdır. Ayrıca bu fiil ve davranışlar arasında da ceza hukuku hükümlerine göre suç teşkil edenler ile etmeyenler arasında yapılan ve daha önce yer verdiğimiz mahkeme kararlarında belirtilen ayırımın doğru olmadığını; daha doğru

i) *Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak,*

i) *Mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmemek,*

j) ***Sözleşmenin 66'ıncı madde hükmüne göre izinsiz olarak devredilmesi veya devir alınması, Yasaktır.*** 2886 sayılı Kanun'un orijinal metninde bulunmayan ve Kanun'a fakat eklenmesini önerdiğimiz değişiklikler vurgulanmıştır.

bir tabirle, idare hukuku temelindeki idarî yaptırımları etkilememesi gerektiğini düşünüyoruz. Ceza hukuku hükümlerine göre suç teşkil eden bir fiil ve davranış var ise ceza muhakemesine göre ayrıca yargılaması yapılacak olup varsa karşılığında cezai yaptırım uygulanacaktır; ancak sırf ceza kanunlarına göre suç teşkil etmemesi nedeniyle bu fiil ve davranışlar hakkında uygulanacak idarî yaptırımların süresini ve idare kapsamını etkileyen bir hiyerarşi öngörülmemelidir. Kanaatimize göre ceza hukuku anlamında hiyerarşik olarak daha az yaptırıma bağlandığı belirtilen fiil ve davranışları gerçekleştirenler, nihayetinde bu iş veya işlemi, hukuka uygun bir şekilde yapacak kişiyi ihale sürecindeki yarışta elemiş olmakta ve ihale düzenini bozan bir sonuç yaratmış olmaktadır. Bu bağlamda, sırf ihale sürecinde herhangi bir hukuka aykırı fiil ve davranışı olmayan ve ihale uhdesinde kalan bir kişinin hiçbir sebep göstermeksizin sözleşmeyi imzalamaması şeklindeki fiil ve davranışına karşılık daha az bir idarî yaptırım öngörülmesi uygun değildir. Bu sebeple de bu fiil ve davranışlara karşılık verilen yasaklama kararlarının idare kapsamı ve süresi farklı olmamalıdır. 2886 sayılı Kanun'da bu fiil ve davranışlara karşılık verilecek olan yasaklama kararlarının sürelerinde farklılık bulunmamaktadır ve bu açıdan doğru bir düzenlemedir. Buna karşılık 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda süre temelindeki ayırımın doğru olmadığını düşünmekteyiz. Ancak 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen yasaklama kararlarının uygulandığı -sirayet ettiği- idare kapsamı ise fiil ve davranışa göre değişmektedir ve bu sebeple Kanun'da belirtilen "Bakanlık İhalelerinden" ya da "Kurum İhalelerinden" uygulamasından vazgeçilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Sonuç olarak 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesinde belirtilen fiil ve davranışlar arasında herhangi bir ayrıma gidilmeksizin tesis edilen yasaklama kararlarının, tıpkı 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda olduğu gibi tüm idareler için geçerli olmasını öneriyoruz.

Fiil ve davranışlar için idare kapsamı ve öngörülen sürelerin aynı olması gerektiğine ilişkin önerimizin yanı sıra, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile uyumlu hâle getirilmesi amacıyla, 2886 sayılı Kanun'un madde 84/1 ile madde 84/3 hükümlerinde yasaklama kararları için öngörülen bir yıllık azamî sürenin değiştirilerek asgarî bir yıl ve azamî iki yıl şeklinde düzenlenmesini öneriyoruz. Bu

önerimiz sonucunda, *mücbir sebepler dışında üzerine ihale yapıldığı hâlde usulüne göre sözleşme yapmamak* şeklindeki fiil ve davranışın tespiti hâlinde 2886 ve 4734 sayılı Kanunlar uyarınca tesis edilecek yasaklama kararlarının süresinde farklılık olacaktır; ancak daha önce belirttiğimiz üzere fiil ve davranışlar arasında bir hiyerarşi öngörerek yaptırım süresinin farklı tayin edilmesine ilişkin 4734 sayılı Kanun'daki düzenlemeyi doğru bulmuyoruz.

Kamu ihalelerinden yasaklama kararları için, özellikle asgarî bir süre belirlenmesini oldukça gerekli buluyoruz; bunun sebebi ihalelere ilişkin işlemlerde idareler için öngörülen sistemin adem-i merkeziyetçi olmasıdır. Başka deyişle idareler kendi ihtiyaçları temelinde, kendi teşkilatlarındaki ihale birimleri aracılığıyla ve kendi personeli ile ihale işlemlerini yürütmektedir. Bu sebeple yasaklama kararları sürelerine ilişkin kanunî düzenlemelerde idarelere tanınan takdir yetkisi fazlaştıkça adaletsiz sonuçlar ortaya çıkması muhtemel olmaktadır. Belirliliğin sağlanması ve düzenli idare ilkesi için, İçişleri Bakanlığı Mahallî İdareler Müdürlüğünün belirli zamanlarda çıkarmış olduğu genelgelerin, oldukça işlevsel olduğuna ilişkin düşüncemizi daha önce belirtmiştik. Durum bu olmakla birlikte bu yeknesak uygulama, sadece İçişleri Bakanlığı teşkilatında sağlanabilmiş olduğu için, bunun genelge düzeyinde değil; tüm idareleri de bağlayacak şekilde kanunî bir temelde düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

2886 sayılı Kanun'da yasaklama kararlarına sebebiyet veren fiil ve davranışın tespitinden kaç gün içinde idarelerce işlem yapılacağı ve kararların kaç gün içinde Resmî Gazete'de yayımlanacağına ilişkin bir süre sınırlandırması bulunmamaktadır. Bu durum ise yasaklama kararlarının şekil unsuru ile ilgili büyük bir eksiklik yaratmaktadır. Kişilerin Kanun'a göre yasak olduğu belirtilen fiil ve davranışlarının tespitinden itibaren yasaklama kararının verilmesinde idarelerin belli bir süre ile sınırlandırılması ve kararların tesisinin hak düşürücü sürelerle bağlanması gerektiğini düşünüyoruz. Aksi hâlde farklı idareler tarafından farklı süreler ve hatta aynı idare tarafından farklı süreler içinde tesis edilen bu kararlar, adil olmayan sonuçlar yaratabileceği gibi, keyfî uygulamaları, sürüncemede kalan işlemleri beraberinde getirme tehlikesi de içermektedir. Bu bağlamda 4734 ve 4735 sayılı Kanunlardakine

benzer şekilde kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının, yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırk beş gün içinde verileceği ve verilen bu kararın Resmî Gazete'de yayımlanmak üzere en geç on beş gün içinde gönderileceği şeklinde bir düzenlemenin eklenmesini öneriyoruz.

6527 sayılı Kanun ile 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesine 4. fıkra olarak eklenen hüküm ile ilgili görüşümüze yer vermek istiyoruz. 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda bulunmayan bu hükme göre, Kanun'un 83. maddesinde belirtilen fiil ve davranışlarda bulunanlar hariç olmak üzere, Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerden; şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsî kusurlarından kaynaklanan ve Kanun'un madde 84/3 hükmünde belirtilen fiil ve davranışları sebebiyle haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği idarece tespit edilenlerden, verilecek bir aylık süre içinde ihale bedelinin üç katı tutarında tazminatı peşin olarak ödeyenler hakkında ihaleden yasaklama kararı verilmeyeceği belirtilmiştir. Kamu ihalelerinden yasaklama kararları ile ilgili daha önceki bölümlerde yer verdiğimiz açıklamaları topladığımızda, yasaklama kararının tesisinden önce ihale bedelinin üç katı tutarında tazminat şeklinde hükme bağlanan idarî yaptırımını doğru buluyoruz. Zira yasaklama kararı ile ihale sürecinden dışlanan kişilerin aslında, daha sonraki ihalelerdeki rekabet ilkesinin varlığı için birer aktör olduğunu daha önce belirtmiştik. Olaya bu açıdan baktığımızda kanaatimize göre, yasaklama kararları oldukça farklı özelliğe sahip bir idarî yaptırım olmaktadır ki bu durum bizi bu çalışmayı hazırlamaya sevk etmiştir. Kanun'da yer alan bu hükmün kapsamının biraz daha genişletilmesini ve fiil ve davranışlar arasında Kanun uyarınca yapılan ayrıma katılmadığımız için, burada da yalnızca bazı fiil ve davranışlar değil de ceza hukuku hükümleri uyarınca yapılacak muhakeme saklı kalmak şartıyla tüm fiil ve davranışlar için hükme bağlanmasını önermekteyiz. Bu bağlamda, kamu ihalelerinden yasaklama kararı tesis etmeden önce ve bir defaya mahsus olmak üzere, 2886 sayılı Kanun'un madde 84/4 hükmünde düzenlenen ve bu fiil ve davranışları gerçekleştirdiği tespit edilen gerçek veya tüzel kişiler için bu idarî yaptırım uygulamasını yerinde görüyoruz. Bu yaptırımın varlığına ilişkin olumlu kanaatimizin bir diğer nedenini de bu işlemlerin hukuka aykırı olduğundan bahisle

açılan tam yargı davalarında talep edilebilecek tazminata ilişkin hususların daha objektif hâle gelebileceğine ilişkin düşüncemiz oluşturmaktadır. Başka ifade ile yasaklama kararı yaptırımının yerine, ihale bedelinin üç katı tutarında bir tazminatın ödenmesine ilişkin hüküm getirilerek bu yaptırımın uygulandığı ve bu işlemin tam yargı davası konusu edildiği hâllerde, maddî tazminat isteminin daha somut ve kesin bir şekilde ortaya konulabileceği açıktır. Bu bağlamda işlemin hukuka aykırı olduğunun tespit edilmesi durumunda, talep edilmiş ise kanunî faiziyle birlikte ilgilinin ödemiş olduğu tutarın iadesi ile maddî telafinin hesaplanması, ortaya konulması ve uygulanması daha belirgin hâle gelecektir.

Son olarak *yasaklama kararlarının sonuçları* için, bu kararların sirayeti ile ilgili önerimize yer vermek istiyoruz. 2886 sayılı Kanun'un madde 84/2 hükmüne göre bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin, yalnızca sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişiler hakkında da bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceği belirtilmiştir. Bu durumda yalnızca hakkında yasaklama kararı verilen şirketin sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilenler tüzel kişi ise, bu yasaklama kararları onlar hakkında da uygulanacaktır; ancak şahıs şirketlerinde ise böyle bir durum oluşmayacaktır. Ayrıca bu yaptırımın sirayeti de yalnızca Kanun'un 83. maddesinde yer alan fiil ve davranışların tespiti hâlinde verilebileceği düzenlenmiş iken Kanun'un madde 84/3 hükmünde yer alan fiil ve davranışlar için yasaklama kararı yaptırımının bu türden bir sirayeti düzenlenmemiştir. İlâveten haklarında yasaklama kararı verilenlerin ayrıca bir şahıs veya sermaye şirketinde ortak olmaları hâlinde, bu şahıs veya sermaye şirketine sirayeti de düzenlenmemiştir. Bu sebeple, 2886 sayılı Kanun ile 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar arasında, yine benzer fiil ve davranışlar için adil olmayan yaptırımlar uygulanmaktadır. Bu durumu bertaraf etmek üzere, 2886 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen yasaklama kararlarının sirayetine ilişkin sonuçları, bahsi geçen Kanunlarda yer alan hükümler ile bir tutan düzenleme yapmak üzere değişikliğe gidilmesini öneriyoruz³.

³ 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesinde önerimizle şekillenen sonuç şu şekilde olmaktadır:
"İdarelerce İhalelere Katılmaktan Geçici Yasaklama:



*Madde 84 – 83'üncü maddede belirtilen fiil ve davranışlarda buldukları **tespit edilenler hakkında fiil ve davranışlarının özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı** verilir. Bu fiil ve davranışlar ihale safhasında vaki olmuşsa idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi **yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmazler.** İhalelere katılmaktan yasaklananlar, yasaklı oldukları süre içinde diğer idarelerce yapılacak ihalelere de **istekli** sıfatıyla katılamazlar. İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili bakanlığa bildirmekle yükümlüdürler.*

Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmî Gazete'de yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması hâlinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması hâlinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları hâlinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları hâlinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir.

***83'üncü maddede belirtilen fiil ve davranışları sebebiyle haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği idarece tespit edilenlerden, bir kereye mahsus olmak üzere verilecek bir aylık süre içinde ihale bedelinin üç katı tutarında tazminatı peşin olarak ödeyenler hakkında ihaleden yasaklama kararı verilmez."** 2886 sayılı Kanun'un orijinal metninde bulunmayan ve Kanun'a fakat eklenmesini önerdiğimiz değişiklikler vurgulanmıştır.*

KAYNAKÇA

1. KİTAPLAR

- Adal, Erhan: **Hukukun Temel İlkeleri El Kitabı**, İstanbul, Marmara Üniversitesi Yayın No. 428, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayın No. 372, Fatih Yayınevi Matbaası, 1985.
- Akyılmaz, Bahtiyar;
Sezginer, Murat;
Kaya, Cemil: **Türk İdare Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Arapgirli, Murat: **Açıklamalı Devlet İhale Kanunu**, Ankara, İlksan Matbaası, Nisan 2016.
- Arslan, Ramazan;
Yılmaz, Ejder;
Taşpınar Ayvaz, Sema: **Medenî Usul Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 2016.
- Atay, Ender Ethem: **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.
- Bal, Yakup;
Karabulut, Mustafa;
Şahin, Yahya: **İdari Yargılama Usulü İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Haziran 2003.
- Balta, Tahsin Bekir: **İdare Hukuku I: Genel Konular**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayın No. 326, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1970/1972.

- Buz, Vedat: **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.
- Çağlayan, Ramazan: **İdare Hukuku Dersleri**, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- Devellioğlu, Ferit: **Osmanlıca-Türkçe Okul ve Yazışma Sözlüğü**, Ankara, 1964.
- Duguit, Leon;
Çeviren: Süheyp Derbil: **Kamu Hukuku Dersleri**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Kolektif Ortaklık, 1954.
- Dural, Mustafa;
Sarı, Suat: **Türk Özel Hukuku: Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri**, Cilt: I, 6. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011.
- Dural, Mustafa;
Öğüz, Tufan: **Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku**, Cilt: II, 11. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011.
- Duran, Lûtfi: **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- Erdoğan, Belgin: **Roma Eşya Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları: 286, Ekim 2009.

Erkut, Celal:

İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları No: 51, Ankara, Danıştay Matbaası, 1990.

Giritli, İsmet;
Bilgen, Pertev;
Akgüner, Tayfun;
Berk, Kahraman:

İdare Hukuku, Altıncı Basımdan Yedinci Tıpkı Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2015.

Gözler, Kemal:

Hukuka Giriş, 11. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, Ağustos 2014.

Gözler, Kemal;
Kaplan, Gürsel:

İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Düzeltilmiş Onsekizinci Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, Ağustos 2016.

Gözübüyük, A. Şeref:

Yönetim Hukuku, 34. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, Ağustos 2016.

Gözübüyük, A. Şeref;
Tan, Turgut:

İdare Hukuku: Genel Esaslar, Cilt: I, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, Ekim 2016.

Gözübüyük, A. Şeref;
Tan, Turgut:

İdare Hukuku: İdari Yargılama Hukuku, Cilt: II, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, Ekim 2016.

Günday, Metin:

İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2015.

- İsbir, Begüm: **Kamu İhalelerine Katılma Yasası**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011.
- Kalabalık, Halil: **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı, Konya, Sayram Yayınları, Ekim 2015.
- Karahanoğulları, Onur: **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, Ağustos 2015.
- Kutlu, Meltem: **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 75, 1997.
- Oder, Burak: "Kamu İhale Hukuku", **in Günışığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.
- Oktar, S. Ateş: **Vergi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 12. Baskı, İstanbul, Türkmen Kitabevi, 2017.
- Onar, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, Cilt: 1, Üçüncü Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Onar, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, Cilt: 3, Üçüncü Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Özay, İl Han: **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.

- Özkan, Gürsel: **Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- Özyörük, Mükbil: **Hukuka Giriş**, Ankara, Ege Matbaası, 1959.
- Özyörük, Mükbil: **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, Teksir, Daktilo, Fotokopi, 1972-1973.
- Sarıca, Ragıp: **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Kömen Teksir Bürosu, Daktilo, Fotokopi, Ocak 1972.
- Sezer, Yasin: **Kamu İhalelerine Katılma Yasağı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Tan, Turgut: **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 5. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, Ekim 2016.
- Toprak, Eren: **Kamu İhaleleri**, Ankara, Turhan Kitabevi, Ocak 2016.
- Ulusoy, Ali D.: **İdarî Yaptırımlar**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, Yayın No. 400, Kasım 2013.
- Uler, Yıldırım: **İdarî Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 281, Sevinç Matbaası, 1970.
- Uz, Abdullah: **Kamu İhale Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005.

Ünal, Nurdoğan;
Erol, Mesut:

Devlet İhale Kanunu, Güncellenmiş 2. Baskı,
Ankara, Seçkin Yayıncılık, Mart 2016.

Yıldırım, Turan;
Melikşah, Yasin;
Nur, Kaman;
Özdemir, H. Eyüp;
Üstün, Gül;
Okay Tekinsoy, Özge:

İdare Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, İstanbul,
Oniki Levha Yayıncılık, Yayın No: 60, Ekim 2015.

2. MAKALELER

Akın, Yeliz Neslihan:

"6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Sonrasında Vergi Yargısı", **Vergi Sorunları Dergisi**, Sayı: 329, Yıl: 39, Şubat 2016, s. 180-196.

Azrak, A. Ülkü:

"Yargı ve İdare, İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Teorik Deneme", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 34, Sayı: 1-4, 1968, s. 147-150; 152-153.

Erten, Ali:

"İyiniyetin Korunmadığı Hukuki Durumlar", **Profesör Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 303, Ankara, Sevinç Matbaası, 1972, s. 180.

Giritli, İsmet:

"Türk Devlet Şûrası İçtihadlarına Göre İdarenin Yetkisini Saptırması", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 21, Sayı: 1-4, 1957, s. 84; 92.

- Gök, Yaşar: "İhalelerde Yasak Fiil veya Davranışlar", s. 2-3; <http://www.kimakademi.com.tr/dosyalar/kamu-ihale-5.pdf>.
- Gölan, Aydın: "Kamu Hizmeti Kavramı", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 9, Sayı: 1-3, 1988, s. 152.
- Kutlu Gürsel, Meltem: "Kamu İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezai Yaptırımları", in **Bilgi Toplumunda Hukuk**, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt: III, İstanbul, 2003, s. 597-599; 609; 622.
- Kutlu Gürsel, Meltem: "Kamu İhale Süreci'nin Hukuki Açından Genel Olarak Değerlendirilmesi", **Güncel Mevzuat**, 2006, Sayı: 3, s. 23-25.
- Karahanoğulları, Onur: "Zimni Retten Sonra Gelen Açık Yanıtlarda Dava Açma Süresi, (İçtihat Değerlendirmesi)", s. 1-2; <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/zimniredsonradangelenyanit.pdf>.
- Kaya, Cemil: "İhale Hukukunda Çalışma Hürriyetinin Sınırlanması: İhalelere Katılmaktan Yasaklanma", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 2, Yıl: 2006, s. 153-154.
- Okandan, Recai Galip: "Devletin Şahsiyeti", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 15, Sayı: 4, 1949, s. 486; 498.

Özay, İl Han: "'Su Gibi Aziz Ol' ya da 'Aziz' mi 'Şeytan' mı?", in **Bilgi Toplumunda Hukuk**, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt: III, İstanbul, 2003, s. 687.

Özkan, Gürsel: "İdari Rejim Olarak Örnek Aldığımız Fransa'da, İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkına İlişkin Düzenlemeleri", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 2, Sayı 1-2, Haziran-Aralık 1998, s. 6.

Tan, Turgut: "İdarenin Kesin İşlemleri ve 5917 Sayılı Kanun Uygulaması", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 4, 1969, s. 109.

Taşdelen, Aziz: "Mali Sonuçlu Bir İdari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklanma", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 55, 2006, Sayı: 1, s. 294; 296; 310.

Yayla, Yıldızhan: "İdarenin Takdir Yetkisi", **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 30, Sayı: 1-2, 1964, s. 208.

3. DİĞER KAYNAKLAR

Çolak, Nusret İlker: "İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları", **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu: 144. Yıl Sempozyumu**, Ankara, Danıştay Yayınları No: 83, 11 Mayıs 2012, s. 106; http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_105422.pdf.

Ulusoy, Ali D.:

“Erkler Ayrılığı ve Yürütme-Yargı İlişkileri Bağlamında Kabahatler Kanununun Değerlendirilmesi”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl - Sempozyum**, Danıştay Tasnif ve Yayın BÜrosu Yayınları No: 77, 12 Mayıs 2008; http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_105257.pdf.

4. ELEKTRONİK KAYNAKLAR:

Danıştay Dergisi:

Yıl: 2015, Sayı: 138; http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_04_2016_115406.pdf.

Devlet Personel
Başkanlığı, Devlet
Teşkilatı Bilgi Bankası:

<http://uygulama.dpb.gov.tr/devletteskilati/kontrollu/Butce.aspx>.

Hâkimler ve Savcılar
Yüksek Kurulu, Hukukî
Müzakere Toplantıları -
İdarî Yargı, İdare
Hukuku/13. Daire:

E. 2011/3537, 21-24 Kasım 2013, Samsun,
<http://hmt.hsyk.gov.tr/toplantilar/2013/idari-yargi/guz/samsun/raporlar/d13.pdf>.

http://www.ihale.gov.tr/yasaklilar_hakkinda_aciklamalar-40-1.html.

Kamu İhale Kurumu:

2005 Yılı Faaliyet Raporu, Yayın No: 22, Nisan 2006,
http://www2.ihale.gov.tr/arge/2005_yili_Faaliyet_Raporu.pdf.

Kamu İhale Kurumu:

2006 Yılı Faaliyet Raporu, Yayın No: 23, Haziran 2007, http://www.ihale.gov.tr/kurum_faaliyet_raporlari-25-1.html.

2007 Yılı Faaliyet Raporu, Yayın No: 24, Mayıs 2008, <http://www2.ihale.gov.tr/arge/2007%20Faaliyet%20Raporu.pdf>.

2008 Yılı Faaliyet Raporu, Yayın No: 25, Temmuz 2009, http://www.ihale.gov.tr/kurum_faaliyet_raporlari-25-1.html.

http://www.ihale.gov.tr/yasaklama_formu-41-1.html.

2003 Yılı Kamu Alımları İstatistikleri, http://www2.ihale.gov.tr/Duyurular2012/2003_yili_faaliyet_raporu.pdf.

2004 Yılı Kamu Alımları İstatistikleri, http://www2.ihale.gov.tr/Duyurular2012/2004_yili_faaliyet_raporu.pdf.

Kamu İhale Kurumu,
İstatistik ve Sicil İzleme
Dairesi Başkanlığı:

2005 Yılı Kamu Alımları İstatistikleri, Şubat 2006, <http://www2.ihale.gov.tr/istatistik/istatistik.pdf>.

2007 Yılı Kamu Alımları İstatistikleri, http://www2.ihale.gov.tr/istatistik/2007_y%C4%B1l%C4%B1sonu_rapor.pdf.

Kamu Alımları İzleme Raporu, Mart 2009, http://www.ihale.gov.tr/ihale_istatistikleri-45-1.html.

Kamu İhale Kurumu,
İstatistik ve Sicil İzleme
Dairesi Başkanlığı:

Kamu Alımları İzleme Raporu, Şubat 2010,
http://www2.ihale.gov.tr/istatistik/2009_kamualimlari_raporu.pdf.

Kamu Alımları İzleme Raporu, Mart 2011,
http://www.ihale.gov.tr/ihale_istatistikleri-45-1.html.

Kamu Alımları İzleme Raporu, Mart 2012,
http://www2.ihale.gov.tr/Duyurular2012/2011_yil_sonu_kamu_alimlari_raporu.pdf.

Kamu Alımları İzleme Raporu, Mart 2013,
http://www2.ihale.gov.tr/duyurular2012/2012_kamu_alimlari_istatistikleri_rev.pdf.

Kamu İhale Kurumu,
Kamu Alımlarını İzleme
ve Bilgi Hizmetleri
Dairesi Başkanlığı:

Kamu Alımları İzleme Raporu, Şubat 2014,
http://www2.ihale.gov.tr/Duyurular2012/2013_yil_sonu_kamu_alimlari_istatistik_raporu.pdf.

Kamu Alımları İzleme Raporu, Şubat 2015,
http://www2.ihale.gov.tr/Duyurular2012/2014_kamu_alimlari_raporu.pdf.

Kamu Alımları İzleme Raporu, Mart 2015,
http://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/2015_yil_sonu_kamu_alimlari_raporu_v2.pdf.

Kamu Alımları İzleme Raporu, Şubat 2016,
http://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/kamu_alimlari_izleme_rapor_2016_yil_sonu.pdf.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58a16507862bf7.73123348.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58dfdada683fb68.83665496.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts&kategori1=veritbn&kelimesec=90222.

Türk Dil Kurumu:

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58e349136aa888.83927223.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58ea6eca2fee60.36946775.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58e344456fd7.16474726.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.591760cb5a7206.04239377.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.591760dcd55609.83900287.

Türkiye Büyük Millet
Meclisi, Mevzuat Bilgi
Sistemi:

http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?_adf.ctrl-state=6as0q4560_19&pkanunlar no=18394&pkanunnumarasi=4734.

Türkiye Büyük Millet
Meclisi, Mevzuat Bilgi
Sistemi:

http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?_adf.ctrl-state=3rb96m9h1_14&pkanunlarno=41861&pkanunnumarasi=2709

Türkiye Büyük Millet
Meclisi, Kanunlar
Dergisi:

Cilt: 86, s. 1.

Cilt: 88, s. 235; 464; 514; 632.

5. MAHKEME KARARLARI

10.06.1993 Tarihli ve E. 1993/9, K. 1993/21 Sayılı Karar,
<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/881bac0e-acc7-491d-bbe8-71c23087f9a3?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>.

09.04.1997 Tarihli ve E. 1997/35, K. 1997/45 Sayılı Karar,
<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/666f31bd-8ea5-4af9-9c7b-42ddae567203?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>.

Anayasa
Mahkemesi:

08.12.2004 Tarihli ve E. 2004/84, K. 2004/124 Sayılı Karar,
<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/fd68ae4d-07e4-4396-bd4d-f004f3421e96?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>.

09.03.2006 Tarihli ve E. 2006/34, K. 2006/37 Sayılı Karar,
<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/94bb9020-8720-4533-93e5-8a47c0078eee?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>.

08.01.2009 Tarihli ve E. 2004/69, K. 2009/6 Sayılı Karar,
<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/51c732f0-3d6d-405f-aa2f-8b9404bc0508?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>.

Anayasa
Mahkemesi:

05.03.2009 Tarihli ve E. 2008/3, K. 2009/44 Sayılı Karar,
<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/7ed9edd6-ef3e-4902-9ec3-1690f6ad4d9f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>.

14.01.2010 Tarihli ve E. 2007/68, K. 2010/2 Sayılı Karar,
<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/35c82e90-98cb-4589-aa15-8f1cc620c8ef?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>.

04.02.2010 Tarihli ve E. 2007/98, K. 2010/33 Sayılı Karar,
<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2a4f7cf0-1dff-49e4-801a-b25845b487e0?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>.

22.11.2012 Tarihli ve E. 2012/132, K. 2012/179 Sayılı Karar,
<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/9ee39d6d-4c54466a-b949-5583eda75f87?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>.

06.06.2013 Tarihli ve E. 2011/145, K. 2013/70 Sayılı Karar,
<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/d25b1653-ffc1-41b2-a55d-c2dd0a04f17e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>.

01.04.2015 Tarihli ve E. 2013/50, K. 2015/38 Sayılı Karar,
<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/5d099e3f-231a-4cae-97a1-95c1d2314d9b?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>.

09.02.2017 Tarihli ve E. 2016/143, K. 2017/23 Sayılı Karar,
<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/cbe8ee40-606c-48f4-98af-9a3022a5effe?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>.

18.11.1991 Tarihli ve E. 1991/41, K. 1991/42 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVNJScAuSc7PA~~>.

21.06.1999 Tarihli ve E. 1999/8, K. 1999/17 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUD4aBR3eBVXQ~~>.

18.12.2000 Tarihli ve E. 2000/50, K. 2000/62 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXDDImG39g4Xg~~>.

11.07.2005 Tarihli ve E. 2005/15, K. 2005/56 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUB3HDom2U15g~~>.

Uyuşmazlık
Mahkemesi
Hukuk
Bölümü:

27.11.2006 Tarihli ve E. 2005/5304, K. 2006/4486 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVQiS0ZXRGPRQ~~>.

06.07.2009 Tarihli ve E. 2008/238, K. 2009/176 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUzfkJs5zpnZA~~>.

03.05.2010 Tarihli ve E. 2009/108, K. 2010/98 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUqWZcj%2BvJGcw~~>.

29.12.2014 Tarihli ve E. 2014/1132, K. 2014/1174 Tarihli
Karar, <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXp9py7U6O5Og~~>.

28.11.2016 Tarihli ve E. 2016/103, K. 2016/531 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeU6JFrwg2ek5w~~>.

28.11.2016 Tarihli ve E. 2016/320, K. 2016/537 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeV0qHJPBFZAFQ~~>.

Uyuşmazlık
Mahkemesi
Hukuk
Bölümü:

28.11.2016 Tarihli ve E. 2016/323, K. 2016/538 ve Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4Ip<MX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWqKLmeEzkgPQ~~>.

28.11.2016 Tarihli ve E. 2016/573, K. 2016/578 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWRAQpy%2BV2CxA~~>.

Danıştay
İçtihadı
Birleştirme
Genel
Kurulu:

14.04.1973 Tarihli ve E. 1972/2, K. 1973/10 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUnMMMt6oZjkg~~>.

22.12.1973 Tarihli ve E. 1968/8, K. 1973/14 Sayılı Karar,
<http://www.emsalyargi.com/danistay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=6b8f915952d41082&eyil=1968&eno1=8&ktarih1=1973-12-22>.

01.06.1995 Tarihli ve E. 1995/68, K. 1995/120 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeV6HHlstToP0g~~>.

İdarî Dava
Daireleri
Genel
Kurulu:

07.12.2006 Tarihli ve E. 2003/538, K. 2006/2103 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUxm%2BJQZ5Fp7A~~>.

27.12.2007 Tarihli ve E. 2007/939 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXT5pVpyLwioQ~~>.

17.10.2008 Tarihli ve E. 2005/1558, K. 2008/1803 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeX6gymYUH3ZbA~~>.

22.10.2009 Tarihli ve E. 2007/736, K. 2009/1793 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeX0WowrluSIPQ~~>.

14.01.2010 Tarihli ve E. 2007/127, K. 2010/28 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWMHQF9Clf05w~~>.

İdarî Dava
Daireleri
Genel
Kurulu:

04.11.2010 Tarihli ve E. 2010/2072, K. 2010/1467 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVFfSOIXkO3MA~~>.

21.04.2011 Tarihli ve E. 2007/1800, K. 2011/267 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXZhIG!GkSktg~~>.

22.12.2011 Tarihli ve E. 2007/321, K. 2011/1643 Sayılı Karar,
<http://www.emsalyargi.com/danistay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=d0652c735c158de8&ktarih1=2011-12-22>.

20.11.2012 Tarihli ve E. 2008/2358, K. 2012/2133 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXNbKBbyKuPpA~~>.

Vergi Dava
Daireleri
Genel
Kurulu,

26.12.2012 Tarihli ve E. 2010/707, K. 2012/618 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWsJJMnOHWE!w~~>.

Danıştay 1.
Dairesi:

24.09.1993 Tarihli ve E. 1993/183, K. 1993/177 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUqqynfSDQP3A~~>.

05.04.1995 Tarihli ve E. 1995/62, K. 1995/60 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUd%2BzwAMIE!%2Bw~~>.

25.01.2008 Tarihli ve E. 2007/3131, K. 2008/329 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVWEqBNWAlv%2Bg~~>.

02.03.2010 Tarihli ve E. 2008/4715, K. 2010/814 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeU3uHk1Y7KaJA~~>.

Danıştay 2.
Dairesi:

18.10.2012 Tarihli ve E. 2009/3951, K. 2012/6310 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXTkY7kOh55ag~~>.

09.09.2015 Tarihli ve E. 2015/776, K. 2015/7223 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVv5QF95ZxPtw~~>.

02.03.2016 Tarihli ve E. 2015/6070, K. 2016/1004 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWLXXqMBEfQ6Q~~>.

Danıştay 4.
Dairesi:

12.06.2012 Tarihli ve E. 2012/3659, K. 2012/2917 Sayılı Karar,
<http://www.emsalyargi.com/danistay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=34a99ffdc77553aa&eyil=2012&eno1=3659&ktarih1=2012-06-12>.

13.02.2013 Tarihli ve E. 2010/4816, K. 2013/657 Sayılı Karar,
<http://www.emsalyargi.com/danistay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=a43edaa742d7b67e&eyil=2010&eno1=4816&ktarih1=2013-02-13>.

17.05.1996 Tarihli ve E. 1995/4416, K. 1996/1911 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUsT%2BcZcD5uDg~~>.

15.05.2002 Tarihli ve E. 1999/4283, K. 2002/2250 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWNhuJwW5QyAw~~>.

08.06.2011 Tarihli ve E. 2009/6719, K. 2011/3104 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeU36!B%2BmisTdw~~>.

Danıştay 5.
Dairesi:

26.09.2011 Tarihli ve E. 2009/7204, K. 2011/4828 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVnIIsMDhbfXQ~~>.

10.10.2014 Tarihli ve E. 2012/4927, K. 2014/6653 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUoS7wjrv1ufA~~>.

03.02.2016 Tarihli ve E. 2015/6676, K. 2016/449 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeW6GS3JK91ByQ~~>.

Danıştay 5.
Dairesi:

08.02.2016 Tarihli ve E. 2015/5767, K. 2016/543 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVwtN%2BmXIhDPQ~~>.

27.05.1987 Tarihli ve E. 1987/451, K. 1987/590 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXGJudS37yQVA~~>.

17.06.1997 Tarihli ve E. 1996/3618, K. 1997/3048 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeU5BwaqAoBQBg~~>.

Danıştay 6.
Dairesi:

22.05.2000 Tarihli ve E. 1999/425, K. 2000/3195 Sayılı Karar,
<http://www.emsalyargi.com/danistay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=a3174321a1266f7f&ktarih1=2000-05-22>.

24.04.2012 Tarihli ve E. 2011/8290, K. 2012/1937 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXQ7y%2BM6954hA~~>.

21.01.2014 Tarihli ve E. 2012/2240, K. 2014/213 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUb3VXpai2sUg~~>,

Danıştay 7.
Dairesi:

25.09.1997 Tarihli ve E. 1996/1750, K. 1997/3149 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUnbt10v49qdw~~>.

Danıştay 7.
Dairesi:

12.05.2011 Tarihli ve E. 2009/5247, K. 2011/1460 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVqeY5aaY8xzg~~>.

17.06.1997 Tarihli ve E. 1996/3847, K. 1997/2153 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUUodNRqqRr5w~~>.

07.07.2006 Tarihli ve E. 2006/970, K. 2006/2893 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVj1v9XdhYo6A~~>.

Danıştay 8.
Dairesi:

10.03.2008 Tarihli ve E. 2008/1501 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeX8oT3Ga!Kyyg~~>.

18.05.2010 Tarihli ve E. 2010/106 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWLxWF4zcv!vw~~>.

24.06.2011 Tarihli ve E. 2011/1214, K. 2011/3344 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWEoGj2ut3Fvw~~>.

15.04.2013 Tarihli ve E. 2012/11306, K. 2013/3146 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWfInKSZvsAwA~~>.

Danıştay 10.
Dairesi:

10.01.1995 Tarihli ve E. 1996/4274, K. 1998/5478 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXwJ9I4!ROGvQ~~>.

26.03.2003 Tarihli ve E. 2002/5500, K. 2003/1119 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWbrue1UT8KGw~~>.

08.12.2003 Tarihli ve E. 2003/1136, K. 2003/4856 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXVp4eCx2z3dg~~>.

30.06.2004 Tarihli ve E. 2003/3941, K. 2004/5898 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUAESLN2mjTOA~~>.

18.10.2004 Tarihli ve E. 2002/4939, K. 2004/6709 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVBb6KOqKF59A~~>.

Danıştay 10.
Dairesi:

08.06.2005 Tarihli ve E. 2002/460, K. 2005/2869 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXHOo%2B8WW8KsA~~>.

18.11.2005 Tarihli ve E. 2003/2915, K. 2005/6347 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXc6Is!XesabA~~>.

16.05.2006 Tarihli ve E. 2003/4021, K. 2006/3011 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUTRIWm9J28ug~~>.

13.03.2007 Tarihli ve E. 2005/6392, K. 2007/948 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeW3OcG8!T9jZQ~~>.

16.12.2009 Tarihli ve E. 2009/5590, K. 2009/10533 Sayılı Karar, <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVYWdv7OGHglA~~>.

30.11.2015 Tarihli ve E. 2012/8825, K. 2015/5399 Sayılı Karar, <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXRef7GIF3E%2Bg~~>.

Danıştay 10.
Dairesi:

11.01.2016 Tarihli ve E. 2015/1663, K. 2016/91 Sayılı Karar, <http://www.emsalyargi.com/danistay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=bc0f1d90616adb17&ktarih1=2016-01-11>; <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWcnXK!gg995w~~>.

16.05.2001 Tarihli ve E. 2001/1103 ve 2001/1821 Sayılı Karar.

16.01.2001 Tarihli ve E. 1998/48 ve K. 2001/70 Sayılı Karar.

Danıştay 12.
Dairesi:

13.03.2014 Tarihli ve E. 2013/6822, K. 2014/1612 Sayılı Karar, <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUhdQ73vxB8QQ~~>.

26.09.2005 Tarihli ve E. 2005/1819, K. 2005/4728 Sayılı Karar, <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXCSATHISi7xQ~~>.

Danıştay 13.
Dairesi:

08.11.2005 Tarihli ve E. 2005/7182, K. 2005/5405 Sayılı Karar, <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXXpUwh6TmiMQ~~>.

20.03.2006 Tarihli ve E. 2005/7380, K. 2006/1443 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXTYZzwmHNHTg~~>.

03.11.2006 Tarihli ve E. 2006/1694, K. 2006/4188 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUoJt1uqjFBQA~~>.

05.03.2007 Tarihli ve E. 2006/4272, K. 2007/1029 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVwInkeo7KQIQ~~>.

30.04.2007 Tarihli ve E. 2006/4951, K. 2007/2607 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeX82UFRpd0fma~~>.

Danıştay 13.
Dairesi:

09.07.2007 Tarihli ve E. 2007/1292, K. 2007/4410 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWq2wj70EWCLg~~>.

06.11.2007 Tarihli ve E. 2007/1218, K. 2007/6840 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVErFoqNjpi4Q~~>.

06.11.2007 Tarihli ve E. 2007/1234, K. 2007/6834 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWCfuP3voXTkA~~>.

03.03.2008 Tarihli ve E. 2007/1247, K. 2008/2993 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUhp8tqpbBZtQ~~>.

07.10.2008 Tarihli ve E. 2008/2450, K. 2008/6590 Sayılı Karar, http://www.tbb.gov.tr/online/dergi/2015_kasim/files/search/searchtext.xml.

26.12.2008 Tarihli ve E. 2007/10326, K. 2008/8324 Sayılı Karar, <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWcJgwALXbIng~~>.

14.09.2009 Tarihli ve E. 2009/459, K. 2009/8236 Sayılı Karar, <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXZ8FkVA!uJUA~~>.

25.09.2009 Tarihli ve E. 2008/3504, K. 2009/8647 Sayılı Karar, <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeU0ejSjDPdAFA~~>.

Danıştay 13.
Dairesi:

25.09.2009 Tarihli ve E. 2008/14146, K. 2009/8646 Sayılı Karar, <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUeaoBDut%2Beqq~~>.

23.10.2009 Tarihli ve E. 2009/2667, K. 2009/9386 Sayılı Karar, <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXWXc5NQwULdg~~>.

23.10.2009 Tarihli ve E. 2008/2779, K. 2009/9319 Sayılı Karar, <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXJkiAkqWv3ew~~>.

23.10.2009 Tarihli ve E. 2008/5468, K. 2009/9321 Sayılı Karar, <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVGp0RWkjnYMQ~~>.

10.02.2010 Tarihli ve E. 2007/1724, K. 2010/1168 Sayılı Karar, <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVQUZKmugrmcA~~>.

10.02.2010 Tarihli ve E. 2007/6240, K. 2010/1169 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUwsSgRq%2Bv5UA~~>.

16.02.2010 Tarihli ve E. 2007/6138, K. 2010/1345 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXbrpG43oxUbQ~~>.

06.04.2010 Tarihli ve E. 2009/7074, K. 2010/2940 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVXb71Z72ijvQ~~>.

26.05.2010 Tarihli ve E. 2007/13697, K. 2010/4422 Sayılı Karar.

07.06.2010 Tarihli ve E. 2009/763, K. 2010/4771 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUPKWdxSLTu2w~~>.

Danıştay 13.
Dairesi:

16.05.2011 Tarihli ve E. 2011/1527, K. 2011/2296 Sayılı Karar,
<http://www.emsalyargi.com/danistay.php?karar=9aac937380caf99e>.

28.11.2011 Tarihli ve E. 2011/2976, K. 2011/5364 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVUdR8zSMZ3gQ~~>.

12.03.2013 Tarihli ve E. 2012/731, K. 2013/687 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXPJ57%2Bq7ifgQ~~>.

19.09.2013 Tarihli ve E. 2013/1279, K. 2013/2292 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeV3LJP34Xsjtw~~>.

26.11.2014 Tarihli ve E. 2014/3745, K. 2014/3772 Sayılı Karar.

07.09.2015 Tarihli ve E. 2015/829, K. 2015/3006 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXJfuGS%2BhY1ng~~>.

Danıştay 13.

Dairesi:

10.09.2015 Tarihli ve E. 2015/2659, K. 2015/3052 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWKDcnOsoV!TQ~~>.

30.09.2015 Tarihli ve E. 2015/2471, K. 2015/3259 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeW414wZipvn9g~~>.

31.05.2016 Tarihli ve E. 2016/1327, K. 2016/3938 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUCmSRLUUn73g~~>,

Danıştay 15.

Dairesi:

11.10.2016 Tarihli ve E. 2016/5790, K. 2016/4825 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUGABF87B%2BNUw~~>.

12.10.2016 Tarihli ve E. 2016/6791 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWiesVyb4hbQ~~>.

Yargıtay
Hukuk
Genel
Kurulu:

07.03.2012 Tarihli ve E. 2011/3-809, K. 2012/125 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUGik1LIA5qvA~~>.

Yargıtay
Hukuk
Genel
Kurulu:

19.02.2014 Tarihli ve E. 2013/3-590, K. 2014/117 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWIsangCh2fLw~~>.

26.03.2002 Tarihli ve E. 2002/4-89, K. 2002/221 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWjCO0W0LF8kQ~~>.

Yargıtay
Ceza Genel
Kurulu:

27.04.2004 Tarihli ve E. 2004/6-85, K. 2004/104 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVvO49yiRJNXw~~>.

05.04.2011 Tarihli ve E. 2010/4-154, K. 2011/38 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXJejXAEIFz8A~~>.

19.02.2013 Tarihli ve E. 2012/15-1379, K. 2013/60 Sayılı
Karar, <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUdnTP9DMQ5Ng~~>.

Yargıtay 3.
Hukuk
Dairesi:

03.11.2015 Tarihli ve E. 2014/21155, K. 2015/17124 Sayılı
Karar, <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeUP86OwuI1g8g~~>.

15.03.2016 Tarihli ve E. 2015/6295, K. 2016/3904 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeVsRBAr829Yzw~~>.

Yargıtay 15.
Hukuk
Dairesi: 18.05.2016 Tarihli ve E. 2015/3478, K. 2016/2904 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeW7O0RgXZ9KAg~~>.

Yargıtay 1.
Ceza Dairesi: 24.03.2016 Tarihli ve E. 2016/1785, K. 2016/1460 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeV3fiyiKgF5Zw~~>.

11.01.2012 Tarihli ve E. 2012/4397, K. 2012/10176 Sayılı Karar, <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWjdY4!B0QcXw~~>.

Yargıtay 5.
Ceza Dairesi: 17.11.2016 Tarihli ve E. 2014/2575, K. 2016/9071 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeX4KX1g6FJ4wg~~>.

05.05.2016 Tarihli ve E. 2014/2923, K. 2016/4679 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXwwX1nfSZ%2BXA~~>.

Yargıtay 11.
Ceza Dairesi: 26.02.2004 Tarihli ve E. 2003/15055, K. 2004/1234 Sayılı Karar, <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeXvrBT40YE6Ag~~>.

Sayıştay
Daireler
Kurulu: 07.02.2001 Tarihli, K. 1058/1 Sayılı Karar,
<http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88JGeWaDKC2Muhx9Q~~>.

6. KAMU İHALE KURULU UYUŞMAZLIK KARARLARI

11.12.2006 Tarihli ve 2006/UH.Z-3110 No.lu Karar,
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>.

02.03.2009 Tarihli ve 2009/UY.I-962 No.lu Karar,
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>.

18.02.2010 Tarihli ve 2010/UH.I-603 No.lu Karar,
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>.

07.11.2012 Tarihli ve 2012/UH.II-4259 Sayılı Karar,
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>.

23.09.2013 Tarihli ve 2013/UH.II-3727 No.lu Karar,
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>.

Kamu İhale
Kurulu
Uyuşmazlık
Kararı:

09.10.2013 Tarihli ve 2013/UH.III-3857 No.lu Karar,
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>.

20.01.2014 Tarihli ve 2014/UH.I-398 No.lu Karar,
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>.

30.04.2014 Tarihli ve 2014/UH.II-1964 No.lu Karar,
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>.

11.02.2015 Tarihli ve 2015/UY.III-491 No.lu Karar,
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>.

05.08.2015 Tarihli ve 2015/UH.IV-2171 No.lu Karar,
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>.

07.12.2016 Tarihli ve 2016/UY.I-3003 No.lu Karar,
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>.

Kamu İhale
Kurulu
Uyuşmazlık
Kararı:

01.03.2017 Tarihli ve 2017/UH.II-687 No.lu Karar,
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>.

01.03.2017 Tarihli ve 2017/UM.III-723 No.lu Karar,
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>.

7. MEVZUAT

1982 Tarihli *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*

28.04.1925 tarih ve 97 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *661 sayılı Hükûmet Nâmına Vukû' Bulacak Müzâyede ve Münâkasa ve İhâlât Kânûnu*.

09.06.1927 tarih ve 606 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanunu*.

10.06.1934 tarih ve 2723 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu*.

14.07.1934 tarih ve 2751 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu*.

23.06.1945 tarih ve 6039 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *4759 sayılı İller Bankası Kanunu*.

28.07.1953 tarih ve 8469 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun*.

10.01.1961 tarih ve 10703 - 10705 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *213 sayılı Vergi Usul Kanunu*.

23.07.1965 tarih ve 12056 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *657 sayılı Devlet Memurları Kanunu*.

06.11.1981 tarih ve 17506 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2547 sayılı *Yükseköğretim Kanunu*.

20.01.1982 tarih ve 17580 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2575 sayılı *Danıştay Kanunu*.

20.01.1982 tarih ve 17580 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2576 sayılı *Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun*.

20.01.1982 tarih ve 17580 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2577 sayılı *İdari Yargılama Usulü Kanunu*.

10.09.1983 tarih ve 18161 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2886 sayılı *Devlet İhale Kanunu*.

08.11.1983 tarih ve 18215 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2942 sayılı *Kamulaştırma Kanunu*.

17.03.1984 tarihli ve 18344 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2985 sayılı *Toplu Konut Kanunu*.

09.10.1984 tarih ve 18540 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 3046 sayılı *Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında 174 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 13/12/1983 Gün ve 174 Sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 202 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun*.

19.12.1984 tarih ve 18610 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 3096 sayılı *Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun*.

09.05.1985 tarih ve 18749 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 3194 sayılı *İmar Kanunu*.

02.06.1988 tarih ve 19830 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 3465s Sayılı *Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun.*

13.06.1994 tarih ve 21959 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 3996 sayılı *Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun.*

27.11.1994 tarih ve 22124 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 4046 sayılı *Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun.*

19.07.1997 tarih ve 23054 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 4283 sayılı *Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun.*

08.12.2001 tarih ve 24607 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 4721 sayılı *Türk Medenî Kanunu.*

22.01.2002 tarih ve 24648 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 4734 sayılı *Kamu İhale Kanunu.*

22.01.2002 tarih ve 24648 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 4735 sayılı *Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu.*

24.12.2003 tarih ve 25326 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5018 sayılı *Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu.*

23.01.2004 tarih ve 25355 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5070 sayılı *Elektronik İmza Kanunu.*

21.07.2004 tarih ve 25529 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5225 sayılı *Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu.*

12.10.2004 tarih ve 25611 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5237 sayılı *Türk Ceza Kanunu.*

04.03.2005 tarih ve 25745 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5302 sayılı *İl Özel İdaresi Kanunu*.

13.07.2005 tarih ve 25874 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5393 sayılı *Belediye Kanunu*.

31.01.2007 tarih ve 26420 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5577 sayılı *Devlet İhale Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*.

21.11.2007 tarih ve 26707 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5710 sayılı *Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun*.

05.12.2008 tarih ve 27075 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5812 sayılı *Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*.

04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6098 sayılı *Türk Borçlar Kanunu*.

04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6100 sayılı *Hukuk Muhakemeleri Kanunu*.

04.07.2011 tarih ve 27984 Mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname*.

01.03.2014 tarih ve 28928 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6527 sayılı *Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*.

28.06.2014 tarih ve 29044 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6545 sayılı *Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*.

11.02.2017 tarih ve 29976 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6771 sayılı *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*.

05.06.2004 tarih ve 25483 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *5179 sayılı Gıda Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun.*

06.07.1984 tarihli ve 18450 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *Emanet İşlere Ait Uygulama Yönetmeliği.*

05.10.2006 tarihli ve 26310 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *Bazı Yönetmeliklerin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik.*

09.06.2007 tarih ve 26557 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik.*

03.01.2009 tarih ve 27099 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik.*

02.05.2013 tarih ve 28635 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *Tabiat Varlıkları ve Doğal Sit Alanları ile Özel Çevre Koruma Bölgelerinde Bulunan Devletin Hüküm ve Tasarrufu Altındaki Yerlerin İdaresi Hakkında Yönetmelik.*

02.02.2015 tarih ve 29255 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *Resmî Yazışmalarda Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik.*

27.02.200 tarih ve 23977 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *2000/1 Sıra No.lu Devlet İhaleleri Genelgesi.*

01.3.2001 tarih ve 24333 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *2001/1 Sıra No.lu Devlet İhaleleri Genelgesi.*

07.03.2002 tarih ve 24688 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *2002/1 Sıra No.lu Devlet İhaleleri Genelgesi.*

22.08.2009 tarih ve 27327 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *Kamu İhale Genel Tebliği.*

İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü, 16.06.2003 Tarihli ve B050MAH0740001/45746 Sayılı, Kamu İhale Kanunu Hakkında Genelge, <http://www.migm.gov.tr/2003genelge>.

İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Müdürlüğü, *İhale Yasağı* Konulu, 04.11.2003 Tarihli ve B050MAH0740001/46242 Sayılı Genelge, <http://www.migm.gov.tr/2003genelge>.

İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü, 05.03.2004 Tarihli, B050MAH0740001/45185 Sayılı ve 2004-2 No.lu Genelge, <http://www.migm.gov.tr/2004genelge>.

İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü, *İhale Yasakları* Konulu, 13.09.2006 Tarihli ve B050MAH0740001/46281 Sayılı İhale Yasakları Hakkında Genelge, http://www.yerelnet.org.tr/basvuru_kaynaklari/yy_mevzuati/mevzuat_detay.php?kod=203&turu=ge.

İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü, *İhale Yasakları* Konulu, 11.01.2008 Tarihli, B050MAH0740001/917-45062 Sayılı ve 2008/4 No.lu Genelge, <http://www.migm.gov.tr/2008yiliigenelge>.

İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü, *İhalelere Katılmaktan Yasaklama Kararı* Konulu, 09.03.2010 Tarihli ve B.05.0.MAH.0.06.01.00/7365-40128 Sayılı ve 2010/14 No.lu Genelge, <http://www.migm.gov.tr/2010yiliigenelge>.

İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü, *İhale Yasakları* Konulu, 26.08.2010 Tarihli ve B.05.0.MAH.0.01.03.00/24564/45075 Sayılı Genelge, http://www.migm.gov.tr/kurumlar/migm.gov.tr/GENELGELER/Ihalelere_Katilmaktan_Yasaklama_Taleplerindeki_Eksiklikler_Hakkinda_Genelge.pdf.

İçişleri Bakanlığı, Mahallî İdareler Müdürlüğü, 01.04.2013 Tarihli ve 10005 Sayılı Yazı.