

KARAR İNCELEMESİ :

İSTANBUL 1. İDARE MAHKEMESİ'NİN 22.5.1997 GÜN VE E. 1996/1406, K. 1997/561 SAYILI KARARI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Yıldızhan YAYLA*
Erdoğan BÜLBÜL**

İstanbul 1. İdare Mahkemesi, 22.5.1997 tarihli kararı ile, biri diğerinin dayanağı olan iki bireysel işlemde süresi içinde dava edilmemiş olan birincisinin hukukiliğinin, ikincisinin iptalinin ve bundan doğan zararın tazmininin istendiği bir davada incelenebilip incelenemeyeceği sorununu çözmekle ilgili durumda kalmıştır.

İdare Mahkemesinin kararını ortaya çıkaran olaylar aşağıdaki biçimde gelişmiştir :

İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nce, İstanbul Metrosu 1. Aşama (4. Levent-Taksim) Elektromekanik İşleri beş paket halinde Şubat-Mart 1995'te ihaleye çıkarılmıştır. İhale usulü olarak "Pazarlık Usulü" seçilmiştir.

"Siemens AG./Simko Ticaret ve Sanayi A.Ş."den oluşan bir konsorsiyum 15 Haziran 1995'te ihaleye katılmak amacıyla teklif vermiştir. Simko Ticaret ve Sanayi A.Ş., İhale Şartnamesine uygun olarak, konsorsiyumdaki payı oranına karşılık gelen 1.100.000 Amerikan Dolarlık bir geçici teminat mektubunu bir özel bankadan temin etmiştir.

Siemens AG./Simko Ticaret ve Sanayi A.Ş. Konsorsiyumu, teklifini verirken, İhale Şartnamesi ve sözleşme koşulları ile teknik şartname koşullarının önemli bir kısmı üzerinde yeni yorum ve değişiklikler içeren önerilerden oluşan bir belgeyi de bu teklife ekleyerek sunmuştur.

Sonuçta, İstanbul Büyükşehir Belediyesi, adı geçen konsorsiyuma bu önerilerin dikkate alındığını gösteren bir "niyet mektubu" göndererek, 13 Ekim 1995'te, konsorsiyumun, teklifine eklediği "koşullarla (koşulları konuşmak kaydı ile) İstanbul Büyükşehir Belediyesi tarafından yüklenici olarak seçilmiş" olduğunu bildirmiştir.

*) Prof. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.
**) Yrd. Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

Bu gelişmenin ardından görüşmelere başlanmış, ancak konsorsiyumun ileri sürdüğü koşulları ve önerilerini konu alan görüşmeler aşama aşama sürerken ve henüz önemli konularda (en azından konsorsiyum tarafından önem arzettiği ileri sürülen koşullar üzerinde) mutabakat sağlanmadan, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanı, ita amiri sıfatıyla, niyet mektubu ile aynı tarihi taşıyan 13 Ekim 1995 tarihli Encümen kararını, 1 Kasım 1995 günü onaylamıştır.

İstanbul Büyükşehir Belediyesi, ihalenin bu suretle tamamlanmış olduğunu ve ilgililerin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 57. maddesinin öngördüğü süre içinde sözleşmeyi imzalamadıklarını gerekçe göstererek *bu ihaleyi 7 Ağustos 1996 tarihinde feshetmiş ve geçici teminatın irad kaydedilmesine karar vermiştir.*

Bunun üzerine, SİMKO Ticaret ve Sanayi A.Ş., 1.100.000 Amerikan Dolarlık geçici teminat mektubunun nakde çevrilmesi kararının iptali ve bu karar nedeniyle uğradığını iddia ettiği 102.941.300.000 lira zararın tazmini istemiyle İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nde dava açmıştır.

Davada, hukuki sorunun, İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin aldığı ya da aldığını iddia ettiği üç karar etrafında belirginleştiği görülmektedir. Bunlar *ihale kararı, bu ihalenin feshi kararı* ve buna dayanılarak yapılan *geçici teminatın irad kaydedilmesi kararıdır.* Bu kararlardan sonuncusu, yani geçici teminatın irad kaydedilmesi kararı –bir tazminat istemi ile birlikte– dava konusu edilmiştir. Davacı, İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin kararında da belirtildiği gibi, “usulüne uygun olarak alınmış ve tebliğ edilmiş bir ihale kararının bulunmadığı” gerekçesiyle ihalenin feshi kararını dava konusu yapmamıştır.

İstanbul 1. İdare Mahkemesi açılan davayı reddetmiştir. Mahkeme, bunun için, önce “işlemin ihalenin feshine ilişkin bölümünün iptalinin istenmediği” ve dolayısıyla kesinleştiği gerekçesiyle geçici teminat mektubunun nakde çevrilmesi kararının hukuka aykırı olmadığı saptamasını yapmıştır. Mahkemeye göre, kesin bir ihale kararı davacıya tebliğ edildiğinden ve ihale kararının feshi kararı da –karar tarihinde– dava edilmediğinden kesinleşmiştir ve artık tartışılması mümkün değildir. Bu kesinleşmiş karara dayanılarak alınan irad kaydetme kararı da, onun dayanağının tartışılmaz olması nedeniyle hukuka uygun kabul edilmelidir. İstanbul 1. İdare Mahkemesi, bu saptamanın ardından, hukuka uygun işlem nedeniyle idarenin sorumluluğunu gerektirecek bir zarardan söz edilemeyeceği sonucuna vararak davayı reddetmiştir.

SİMKO Ticaret ve Sanayi A.Ş., davanın reddi kararına karşı temyiz yoluna başvurmuş, ancak temyiz mercii olan Danıştay 6. Dairesi, bu kararı,

İYUK, m. 49/1’de sayılan bozma nedenlerinden hiçbiri bulunmadığı gerekçesiyle oybirliği ile onamıştır.

Olayda, incelenen İstanbul 1. İdare Mahkemesi’nin kararı ile bu kararı onayan Danıştay kararının başlangıç noktasının, esas itibariyle, dayanak işlem olan ihale kararının feshi işleminin dava edilmediği ve bunun fesih işlemini kesinleştirdiği, dolayısıyla artık fesih işleminin tartışılmasının mümkün bulunmadığı saptaması olduğu anlaşılmaktadır. Herşeyden önce, bu saptamanın anlamı üzerinde durmak gerekmektedir. Çünkü, hukuki soruna bu biçimde yaklaşım, daha işin başında davanın reddedilme olasılığının yüksek olduğu bir çözüm yolunun tercih edilmesi ve davacının hukuken “çaresiz” bir duruma konulması demek olabilecektir. Yakından incelendiğinde bu yaklaşımın, davacıyı, iptalinde menfaati olmayan bir işlemi dava etmediği için mağdur etmek anlamına gelebileceği görülecektir.

Gerçekten, olayda, ihalenin feshi işleminin aslında ihaleden vazgeçme olduğu düşünülebilecektir. Vazgeçme halinde ise, esasen davacı tarafın dava açmakta menfaati olmaz. Çünkü, onun istediği koşullarda bir ihaleye ulaşılmış değildir. Davacının çıkarına olan, böyle bir ihalenin yapılması değil, ondan vazgeçilmesidir. Şu halde, -işlemin hukukiliği bakımından bir soyutlama yapılarak denilebilir ki- ihalenin feshi kararı, üzerinde anlaşılamayan şartlar dolayısıyla, davacının menfaatini ihlal edici nitelikte değildir. Çünkü, Büyükşehir Belediyesinin ihale kararı, tartışılan ve taraflar arasında uyuşmazlık konusu olan hususları çözüme kavuşturmadan alınmıştır. Bu muamele, artık, davacının başvurabileceği bir ihale olmaktan çıkmıştır. Dolayısıyla, bu koşullarda, ihalenin feshi kararı davacının menfaatine olan bir karardır. Zira bu kararın iptali, davacının şartlarını kabul edemeyeceği ihale kararına yeniden hukukilik kazandıracaktır. Bu yüzden de, aynı işlemle eş zamanlı olarak alınan –ve İdare Mahkemesi’nin de kabul ettiği gibi, ayrılabilir olan- kararlardan sadece irad kaydı kararının iptalinin istenmiş olması mantıklı ve tutarlıdır. Davacının, sadece irad kaydı kararının yanında bu işlemi de dava etmesinde herhangi bir menfaati bulunmamaktadır. Çünkü, ihale kararının feshi işleminin yargı merciince iptali, davacının –esasen- istemediği sonucu ortaya çıkaracaktır.

Olayda, yukarıdaki açıklamalar karşısında, davacının durumu şöyle özetlenebilir: Büyükşehir Belediyesi bir ihale kararı almıştır. Bu karar davacının istemediği bir karardır; davacının menfaati bu kararın iptalindedir. Daha sonra, ihale kararı idare tarafından feshedilmiştir. Bu karar ise, hiç kuşkusuz, davacının menfaatine olan bir karardır. Ancak, bu son kararı, geçici teminatın irad kaydedilmesi işlemi takip etmiştir. İrad kaydetme kararının iptalinde davacının menfaati vardır. Fakat, idare mahkemesi tarafından, bu karar, iptalinde davacının menfaati olmayan ve irad kaydetme kararı

bakımından dayanak işlem konumunda olan fesih kararının dava edilmediği ve kesinleştiği gerekçesiyle, iptal edilmemiştir. Başka bir deyişle, davacı, fesih kararını dava edince –mahkemenin iptal kararı vermesi ihtimalinde– onun istemediği ihale kararı hukuken yeniden geçerli hale gelecektir ; fesih kararını dava etmediği için de, irad kaydetme işleminin iptali istemi reddedilmektedir.

Bu koşullarda, böyle çözümsüz bir duruma yol açmama kaygısının da etkisi ile, yargı yerinin nasıl bir yöntem izleyerek hangi yönde karar vermesi gerektiği, incelenen kararlardakinden başka bir çözümün bulunup bulunmadığı¹ sorusu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

İstanbul 1. İdare Mahkemesi kararı ile bu kararı onayan Danıştay 6. Dairesi kararı yukarıdaki gelişmeler çerçevesinde incelendiğinde, bu sonucun ulaşılabilecek tek ve doğru sonuç olduğu konusunda kuşklar belirebilmektedir. Olayda, bazı noktalar üzerinde durulması suretiyle belli hukuki nitelermelerin yapılması ve belli bir hukuki yapılandırma çabası içinde olunması halinde ulaşılabilecek sonucun da değişiklik arzedeabileceği görülmektedir. Gerçekten, açılan davanın niteliği ve davacının iddiası karşısında sorunun, –birbirleri karşısında seçimlik olarak nitelendirilebilecek– iki ayrı aşamada değerlendirilerek, inceleme konusu yargı kararlarındakinden farklı bir çözüme kavuşturulabileceğini söylemek mümkün görünmektedir.

I. Olayda; yapıldığı idarece ileri sürülen *ihale*, sözleşmenin süresinde imzalanmadığı gerekçesiyle *ihalenin feshi* ve ihalenin feshedilmesi nedeniyle *teminatın irad kaydedilmesi* şeklinde birbiriyle ilintili üç işlemin adı geçmektedir.

Şu halde, soruna sağlıklı bir çözüm bulabilmek için, bu işlemler arasındaki sebep-sonuç bağlantısını gözönüne alarak, dava konusu irad kaydetme işlemini, bu işlemin dayandırıldığı ihalenin feshini ve –başta doğru giderek– ihale olgusunu değerlendirmek gerekmektedir. Bu ise, öncelikle, olaydaki “ihale” adı verilen işlem ve uygulamalar dizisinin hukuken nitelenmesini (A) ; ardından da bu hukuki nitelmeden çıkan yargılama hukukuyla ilgili sonuçların irdelenmesini (B) zorunlu kılmaktadır.

1) Aşağıda yer alan açıklamalar dışında, bu olayda davacı bakımından belli bir risk taşımakla birlikte, bir başka çözüm yolu olduğu da ileri sürülebilir. Gerçekten davacı, fesih kararının, idare mahkemesince ihalenin yokluğunun tesbiti üzerine iptal edilebileceği beklentisi içinde dava açabilir. Fesih kararının böyle bir gerekçeyle iptali, davacının istemediği ihale kararına hukukilik kazandırmayacaktır. Şu halde, bu ihtimalde, davacının fesih kararının iptalini istemede menfaati olduğu ileri sürülebilir. Ancak, incelenen yargı kararlarında yokluk ihtimalinin gündeme dahi getirilmemiş olması ve fesih kararının başka bir gerekçeyle iptal edilme ihtimalinin varlığı karşısında, davacının böyle bir yaklaşım içinde olmasını beklemek güçlü bir ihtimal olarak görülmeyebilir.

A. Olayda, davacı, geçici teminatın irad kaydedilmesi kararının iptali ve bu karar nedeniyle uğradığı zararın tazminini istemektedir. İrad kaydetme kararının dayanağı, ihalenin feshi işlemidir. Ancak davacı, ortada usulüne göre yapılmış bir ihale bulunmadığı iddiasındadır.

Şu halde, iptali istenen işlemin hukuka uygunluğu ve tazminat istemi hakkında bir karar verebilmek için ihalenin feshi kararının hukukiliğinin incelenmesi ; bunun için ise, önce ihale kararının hukuki durumunun değerlendirilmesi doğru olur. Hatta, davacının olayda usulüne uygun yapılmış bir ihale bulunmadığı iddiası karşısında bunun bir zorunluluk olduğu dahi söylenebilecektir. Gerçekten, herşeyden önce ortada bir ihale kararı bulunmalıdır ki, ihalenin feshi kararı alınabilsin.

İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nce, İstanbul Metrosu 1. Aşama (4. Levent-Taksim) Elektromekanik İşleri beş paket halinde Şubat-Mart 1995'te ihale usulü olarak "pazarlık usulü" seçilerek ihaleye çıkarılmıştır. Gerçekten, örneğin, ihale konusu beş paket işten ikinci pakete ilişkin olan ve 17.2.1995 tarih ve 22205 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ilanda bu işin "Devlet İhale Yasası'nın 51. maddesinin (p) fıkrasına göre iç ve dış piyasalardan teklif alınarak pazarlık usulü ile şartnamesi uyarınca ihale olunacağı" belirtilmektedir.

Olayda, bu konuda taraflar arasında herhangi bir uyuşmazlık olmadığı anlaşılmaktadır: Davacı dava dilekçesinde bunu açıkça ifade ederken, İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nın İstanbul 1. İdare Mahkemesi'ne verdiği cevap dilekçesinde de işin, "Teknik İşler Müdürlüğü (...) Başkanlık Makamı onayına istinaden ; İstanbul Büyükşehir Belediye Encümeninin 26 Ocak 1995 tarih ve 112 sayılı kararıyla, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 51. maddesinin p fıkrasına göre ilan edilen ihalesine karar verilmiştir" denilmektedir. Adı geçen kanunun 51. maddesi "Pazarlık usulüyle yapılacak işler" başlığını taşımakta ve hangi "işlerin ihalesi[nin] pazarlık usulüyle yapılabil[eceğini]" sayarak belirtmektedir. Maddenin değişik (p) bendi ise, bu işlerden birinin "özellikleri nedeniyle yabancı ülkelere sağlanması zorunlu olan her türlü alım, kiralama, onarım, yaptırma, keşfettirme, montaj, sigorta, taşıma ve hizmet işleri" olduğunu belirtmektedir. Şu halde, incelenen olaydaki ihalenin DİK, m. 51'in öngördüğü pazarlık usulü ile yapıldığı konusunda tereddüde yer olmamak gerekir.

Ancak, İstanbul 1. İdare Mahkemesi, incelenen kararında "bakılan davada davacının (...) ihalenin pazarlık usulü ile yapıldığı[nı] (...) iddia ettiği anlaşılmakta ise de, 2886 sayılı D.İ. Kanununun 51 (p) maddesinde kapalı veya açık teklif usulü ile ihalesi mümkün bulunmayan işler için şartname düzenleme, teminat alınma ve sözleşme yapma zorunluluğu olmadığı dü-

zenlenmiş olduğu dikkate alındığında ihalenin kapalı teklif usulü ile yapıldığı” ve “ihalenin şekil ve şartlarının taraflarca çekişmesiz olarak kabul edildiği anlaşılmış bulunmaktadır” sonucuna varmıştır.

Bu durum karşısında, tarafların ihale usulü konusunda belirttikleri görüş ile mahkemenin bu konudaki değerlendirmesi ve kararı arasında çelişki bulunduğu açıktır.

Mahkemenin ulaştığı sonucun, tarafların iradesi bir yana bırakılarak sadece mevzuat ele alındığında bile, bu mevzuat karşısında ulaşılması gereken sonuç olup olmadığı tartışmaya açıktır. Gerçekten, herşeyden önce Devlet İhale Kanunu'nun (DİK), 51 inci maddesinde hangi işlerin “pazarlık usulü” ile ihale edilebileceği sayma suretiyle gösterildikten sonra “(a), (b), (c), (d), (i), (l) ve (p) bendlerinde yazılı işler için şartname düzenlenmesi, tahmini bedel tespiti, teminat alınması ve sözleşme yapılması zorunlu değildir” hükmüne yer verilmiştir. Görünen odur ki, idare mahkemesi bu hükmü “*kapalı veya açık teklif usulü ile ihalesi mümkün bulunmayan işler için şartname düzenleme, teminat alınma ve sözleşme yapma zorunluluğu olmadığı*” biçiminde yorumlamıştır. İdare mahkemesinin (a), (b), (c), (d), (i), (l) ve (p) bendlerinde yazılı olan ve pazarlık usulü ile ihale edilebilecek işleri neden –sadece– *kapalı veya açık teklif usulü ile ihalesi mümkün bulunmayan işler* olarak nitelediği açık değildir. Gerçekten aynı kanunun 35. maddesinde, ihale usulü olarak bu iki usulün yanında belli istekliler arasında kapalı teklif, pazarlık ve yarışma usullerine de yer verilmiştir. 51. maddede pazarlık usulü düzenlendiğine göre, mutlaka böyle bir yorum yapılacak ise, belli istekliler arasında kapalı teklif ve yarışma usullerinin de dikkate alınması ya da, en azından, neden dışlandıklarının açıklanması gerekirdi.

Diğer taraftan, maddede belli konularda zorunluluk bulunmadığı biçiminde bir düzenleme yapılmış olmasının, nasıl, ihalenin kapalı teklif usulü ile yapıldığının gerekçesi olabileceği de açıklamaya muhtaçtır. DİK'nin “Pazarlık usulünde ihale” başlıklı 50. maddesinde “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 yapılır” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm uyarınca idarece, örneğin, ihalede teklif alınması usulünün “kapalı teklif” olarak belirlenmesi, ihalenin pazarlık usulü ile yapılmadığı anlamına gelmemek gerekir. Kaldı ki, dava dosyasındaki bilgilerden, idare tarafından, ihale bedelinin indirimi amacıyla istenilen 3. ve 4. tekliflerin sözlü olarak yapıldığı anlaşılmaktadır. DİK'nin 37. maddesine göre “Kapalı teklif usulünde teklifler yazılı olarak yapılır” ve “teklif mektuplarının istekli tarafından imzalanması ve (...) teklif edilen fiyatın rakam ve yazı ile açık olarak yazılması zorunludur. Bunlardan herhangi birine uygun olmayan (...) teklifler reddolunarak hiç yapılmamış sayılır”.

Nihayet, idare mahkemesinin yaptığı tesbit bir an için isabetli kabul edilse dahi, bu tesbit ile ulaşılan sonuç arasında çelişki bulunduğunu da söylemek gerekmektedir. Gerçekten 51. maddenin (a), (b), (c), (d), (i), (l) ve (p) bendlerinde yazılı işler, kapalı veya açık teklif usulü ile ihalesi mümkün bulunmayan işler ise, incelenen olaydaki bu maddenin (p) bendi uyarınca yapılan ihale de kapalı teklif usulü ile ihalesi mümkün olmayan işlerden olmak gerekir. Oysa mahkeme kararında, tam aksi yönde, sözkonusu ihalenin kapalı teklif usulü ile yapıldığının anlaşıldığından bahsedilmektedir².

Ancak, herşeye rağmen İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin Danıştay 6. Dairesi tarafından onanan kararı ortadadır. Bu kararın tarafların görüşleri ile çeliştiği de bir gerçektir. Bu durum, ihale kararının hukuka uygun olup olmadığı yönündeki incelemeyi her iki ihtimali gözönüne alarak yapmayı gerekli kılmaktadır.

1. İhalenin idare mahkemesinin belirttiği gibi, kapalı teklif usulüyle yapıldığının kabulü halinde, iki hususun tesbiti, ulaşılabilecek sonuç bakımından önem kazanmaktadır.

— Dava dosyasındaki bilgi ve belgeler, ihalede herhangi bir bedel tahmini yapılmadığını göstermektedir. Oysa, DİK'nin 28 inci maddesine göre "Bedel tahmini yapılmamış kapalı teklif usulü ihalelerde, ihalenin geçerli sayılması bizzat ilgili bakanın onayına bağlıdır". Kanunun, bu hükmü koymak suretiyle, kapalı teklif usulü ile yapılan ihaleleri "İhale kararlarının onayı veya iptal edilmesi" başlıklı 31. maddede yer alan, "İhale komisyonları tarafından alınan ihale kararları, ita amirlerince karar tarihinden itibaren en geç 15 işgünü içinde onaylanır veya iptal edilir" biçimindeki kurala tabi tutmak istemediği açıktır.

Şu halde, ortada kapalı teklif usulü ile yapılmış bir ihale var ise, bu ihale bedel tahmini yapılmamış bir ihaledir ve geçerli olabilmesi, sözü geçen 28. madde hükmü gereği, ilgili bakanın onayına bağlıdır. Dosyadaki belgeler, ihalenin ilgili bakan tarafından onaylandığına ilişkin bilgiler içermemekte, aksine bu belgeler böyle bir onayın olmadığını göstermektedir.

— İstanbul 1. İdare Mahkemesi, incelenen kararında "İstanbul Büyük-

2) Bu noktada, İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin yukarıda sözü edilen ve eleştirilen tesbit ve yorumunun, mahkemenin, Devlet İhale Kanunu'nun 51. maddesinin (p) bendinde 1984 yılında yapılan değişikliği dikkate almamasının, başka bir deyişle, yürürlükten kalkmış kanun hükmünün etkisi altında kalmasının bir sonucu olduğu yolunda kuşularımız bulunduğunu da belirtmek gerekmektedir. Gerçekten, 51. maddenin p bendi, değişiklikten önce "Özellikleri nedeniyle yabancı ülkelerden sağlanması zorunlu olan ve kapalı veya açık teklif usulleri ile ihalesi imkânı bulunmayan her türlü alım, kiralama, onarım, yaptırma, keşfettirme, montaj, sigorta, taşıma ve hizmet işleri" biçiminde iken, 1984 yılında yapılan değişiklikle metinden "ve kapalı veya açık teklif usulleri ile ihalesi imkânı bulunmayan" ibaresi çıkarılmıştır.

şehir Belediye Encümeninin 13.10.1995 tarihli kararı ile (...) [söz konusu] işi teknik ve idari şartnamesine uygun olarak ifa edilmek üzere en uygun teklifi veren Simko-Ticaret ve San. A.Ş.'ye ihalesine ve ita amirinin onayına sunulmasına karar verildiği ve kararın 1.11.1995 tarihinde onaylandığı anlaşılmış bulunmaktadır./Bu durumda davacının onanmış bir ihale kararının bulunmadığı yolundaki iddiasını kabul etmek mümkün değildir." denilmektedir. Dava dosyasındaki bilgilere göre, mahkeme kararında yapıldığı belirtilen onama, ita amiri sıfatıyla *İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanı* tarafından yapılmıştır.

Bu tesbitler iki olasılığı gündeme getirmektedir.

Bu durum karşısında, *ilk olarak*, kapalı teklif usulüyle yapılan bir ihalenin ita amiri tarafından değil, bizzat ilgili bakan tarafından onaylanması gerektiği düşünülebilir.

Bu ihtimalde, kapalı teklif usulüyle yapıldığı kabul edilen ve bedel tahmini yapılmamış bulunan ve bu nedenle geçerliliği ilgili bakanın onamasına bağlı olan ihale, sadece ita amiri olan Büyükşehir Belediye Başkanı tarafından onaylanmış olmakla hukuken geçerli olmayan bir ihale durumuna düşmektedir. Daha doğru bir ifade ile, bu durumda, söz konusu onay bakımından, Büyükşehir Belediye Başkanı yasaların görevlendirdiği bir makam değildir ve yasa ile verilmemiş bir yetkiyi kullanmış olmaktadır. Bu ise, "işlem idari, işlemi yapan da kendi alanında yetkili olsa bile, söz konusu işlemin konusuyla, bu işlemi yapıyor görünen kamu görevlisinin hiçbir ilgisinin bulunmaması³" biçiminde tanımlanan "ağır ve bariz yetki tecavüzü"nü gündeme getirmekte ve yapılan ihalenin yok hükmünde olması sonucunu doğurmaktadır. Gerçekten Danıştay -6. Dairesinin- içtihadında belirtildiği üzere, "İdare Hukukunun genel ilkelerine göre Yasaların görevli kıldığı makam ve merci dışındaki kimselerin verilmemiş bir yetkiyi kullanması halinde yoklukla özürlü bir idari işlem ortaya çıkar ve yoklukla özürlü bir idari işlemin hukuk alanında doğmadığı varsayıl[ır]."⁴

3) Y. YAYLA, *Yer İtibariyle Yetki ve Yokluk*. Hukuk Araştırmaları. cilt : 1. sayı : 2, Mayıs-Ağustos 1986, s. 55.

4) D.6.D, 9 Mart 1988, K. 1988/334, DD, sayı : 72-73, s. 325 : Bu karara yol açan olayda, aynı kamu tüzelkişisinin organları olan belediye encümeni yerine belediye başkanının karar alması söz konusu idi. Aynı yönde bkz., DDDK, 21 Kasım 1969, E. 1964/990, K. 1969/827, Danıştay Dava Daireleri Kurulu Kararları, Birinci Kitap (1965-1978), no : 162: Mür. D., 19 Mart 1980, E. 1978/6713, K. 1980/1172 in K. YENİCE- Y. ESİN, *İdari Yargılama Usulü*, Arısan Matbaacılık, 1983, s. 43. Danıştay 5. Dairesi ise, 1982 yılında verdiği bir kararında, "İdarenin ve kamu tüzel kişilerinin yetkileri önceden mevzuatla belirlenmiş olduğundan, böyle bir yetkiye sahip olmayan bir kamu görevlisinin iradesi ile tesis edilen bir işlemin *hukuki sonuç doğurmayacağı* idare hukukunun ilkelerinden[dir]" gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal etmiştir : 17 Mayıs 1982, E. 1980/7702, K. 1982/6136, AİD 1982, c. 15, sayı : 2, s. 107.

İkinci olarak, kapalı teklif usulüyle yapılan bir ihalenin önce ita amiri tarafından onaylanacağı, ihalenin geçerli olabilmesi için bu onaydan sonra, bir de, ilgili bakanın onayının gerektiği düşünülebilir.

Bu ihtimalde ise, ihale işlemi, bakan tarafından onaylanmadıkça, tekemmül etmemiş bir işlem olarak kalacaktır. Bakan onayı olmadan, ita amiri sıfatıyla Büyükşehir Belediye Başkanı tarafından yapılan onay, böyle bir ihalenin hukuken varlık kazanmasına yetmeyecektir. Başka bir deyişle, hukuk düzeninde böyle bir ihalenin varlığından söz edilemeyecektir. Özetle, bu ihtimalde, bakan onayı yoksa ihale de yoktur.

Bu açıklamalar göstermektedir ki, olaydaki ihalenin idare mahkemesinin belirttiği gibi, kapalı teklif usulüyle yapıldığının kabulü halinde, bunun tutarlı sonucu, sözkonusu ihalenin yoklukla özürlü olmasıdır.

2. İhalenin pazarlık usulüyle yapıldığının kabulü halinde ise, pazarlık usulünün özellikleri, ihale kararının hukuka uygun olup olmadığı konusunda önem kazanmakta ve belirleyici olmaktadır.

Genel bir biçimde pazarlık usulü, idarenin, kural olarak diğer ihale usulleri için aranan koşullarla bağlı olmaksızın belli bir serbestlik içinde, kendince uygun olan tartışmaların yapıldığı görüşmeleri başlatması ve *bu görüşmeler sonunda* ihale bedelini ve ihale konusu olan işi yapacak adayı belirleyerek onunla sözleşme yapması biçiminde tanımlanabilir. Dolayısıyla sözkonusu olan “idarenin istisnai sözleşme yapma usullerinden” biridir⁵. Bu istisnailik Devlet İhale Kanunu’nda yer alan hükümlerle de ortaya konulmuştur. Gerçekten, 17. maddenin 5. fıkrasındaki “pazarlık usulü ile yapılacak ihaleler için idareler, ilan yapıp yapmamakta serbesttirler”; 25. maddenin son fıkrasındaki “Pazarlık usulü ile yapılacak ihalelerde, geçici teminat alıp almamakta idareler serbesttir” ve 50. maddedeki “pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde teklif alınması belli bir şekle bağlı değildir” kuralları, bu usulün diğer ihale usullerine göre farklılıklar arzettiğini ve bu farklılıkların niteliği gereği istisnai olduğunu göstermektedir.

Pazarlık usulünün belirleyici unsuru olan “pazarlık ilkesi, ihaleye ilişkin aşamaların ikisinde etkili olur. Bunlar ihalenin içeriğinin belirlenmesi ve ihalenin verilmesi aşamalarıdır⁶”. Buna göre, pazarlık usulünde tartışılan tek şeyin ihale bedeli olmadığı ve ihaledeki koşulların da pazarlık konusu yapılabileceği anlaşılmaktadır. “Amaç ihalenin icrası aşamasındaki uyuşmazlıkları engellemektir⁷”.

5) L. DURAN, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 436.

6) M. KUTLU, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, DEÜHF Döner sermaye işletmesi yayınları, 1997, s. 186

7) M. KUTLU, *ibid.*

Zaten, bu yüzdendir ki, incelenen olayda davacı, ihaleye teklif verirken teklifine belli öneriler eklemek suretiyle “şartlı teklif” verebilmiştir. Gene, bu şartlı teklif idarece işleme tabi tutulabilmiş ve öneriler dikkate alınabilmiştir. Bütün bunlar, ihale yönteminin pazarlık usulü olarak belirlenmesi nedeniyle yapılabilmektedir.

Ancak, davacının tartışmaya açtığı şartlar üzerinde görüşmelere başlanmadan, onu görüşmeye davet eden davalı idare, niyet mektubu ile aynı tarihte, yani 13.10.1995 günü, bir ihale kararı almış ve bu karar ita amiri tarafından onaylanmıştır. Oysa, yukarıda da belirtildiği gibi davacı, şartlı teklifi pazarlık usulünün uygulandığı bir ihale sözkonusu olduğundan verebilmiştir. Pazarlık usulü, bu şartların tartışılmasını ve bir sonuca bağlanmasını gerektirir. İdare ihale usulü olarak pazarlık usulünü seçtikten sonra, artık bunun usulüyle bağlıdır ; aksi hareket usul saptırması teşkil eder. Üstelik, incelenen olayda idare, hazırladığı şartnamenin 12.2. maddesinde şartname hükümlerinde değişiklik yapılmasına ilişkin önerilerin kabul edilebileceği kuralını bizzat kendisi koymuştur. Böyle bir durumda, ihale kararının alınabilmesi için şartların görüşülmesi ve bunlar üzerinde bir mutabakata varılması, başka bir deyişle, ortada, *tarafların iradelerinin uyuşturğunu gösteren* bir “teklif” ve “kabul”ün bulunması zorunludur.

Olayda davacı şartlı teklif yapmıştır. Davacının kabul etmediğini açıkça belirttiği ve üzerinde uyuşulmamış şartlar da vardır. İdare, bir yandan bu şartları gözönüne alarak davacıya önce onu görüşmelere davet eden bir niyet mektubu yollarken, diğer yandan uyuşmazlık konusu olan şartlar ileri sürülmemişçesine bir ihale kararı almıştır. Görülüyor ki, gerçekte, teklif ile kabulün konusu aynı olmaktan çıkmış, böylece bu konuda taraflar arasında bir irade uyuşumu sağlanamamıştır.

Böyle bir durumda idarenin önünde iki ihtimal bulunmaktadır. Şartlar karşılıklı değerlendirildikten sonra idare, ya bu şartlı teklifi aynen kabul edecektir ki, bu durumda ihale yapılır ya da bu şartlı teklifi reddedecektir ki, bu durumda ihale hiç yapılmaz. Çünkü şartlı teklif, ihaleyi yapılabilir hale getiren “yalın teklif”, yani kanunun aradığı teklif –henüz– değildir. Ve özellikle pazarlık usulünde kesin olarak yapılmamış bir teklif üzerine ihale yapılamaz. Ancak buna rağmen bir ihale yapılırsa, bu eksiklik, ihaleyi sebep-konu (esas) unsurları bakımından sakatlar. Ama bu sakatlık çok ağırdır ve ihaleyi sebep-konu (esas) yönünden yok hale getirir. Olmayan teklif üzerine yapılan bir ihale de yoklukla özürlü bir ihaledir⁸.

8) Krş. DDGK, 11 Temmuz 1947, E. 47/44, K. 47/74, DKD sayı : 45, s. 16 : Mülga 3460 sayılı Kanun uyarınca alınan Umumi Murakabe Heyeti üyeliğine atama işlemi, aynı kanun gereği ilgilinin rızası üzerine yapılabilecek bir işlem olduğundan, böyle bir rıza olmaksızın yapılmış olan sözkonusu üyeliğe atama işlemi yok hükmünde bir işlem olarak nitelenmiştir.

Görüldüğü gibi, incelenen olaydaki ihale ister kapalı teklif usulüyle, ister pazarlık usulüyle yapılmış olsun, yoklukla özürlü bir ihale olmaktadır. Ortada fiziken bir ihale yazısının bulunması da bu sonucu değiştirmemektedir. Çünkü, yokluktan kastedilen hukuken yokluktur. Gerçekten, idarenin işlemlerinin fiziki olarak da yok olması çok ender rastlanan bir durumdur⁹.

B. Hemen yukarıda ulaşılan bu sonuç, hukuki sorunun çözümüne olanak tanıyacak elemanları da belirlemektedir. Gerçekten, “yoklukla özürlü bir işlemin hukuk alanında doğmadığı kabul edilir; bunun için de yokluk hali re’sen gözetilir, her zaman ileri sürülebilir ve idari eylem ve işlemler için geçerli yargısal süre kuralları yokluk halini içermez”;¹⁰ başka bir deyişle böyle bir işlem davada tartışma konusu olduğunda “bu işlemin kesinleştiğinden söz etmek mümkün olmadığı gibi, böyle bir işleme karşı açılan davada süre aşımı da sözkonusu olamaz¹¹”.

İdare tarafından, yok olan bir idari işlemin iptali için tesis edilen bir işlemin de hemen yoklukla malûl olduğunu söylemek mümkün müdür? Belki bu tartışılabilir¹². Ancak kesin olan şey, böyle bir işlemin herhangi bir şekilde bir hukuki sonuç yaratma yeteneğinden yoksun olduğudur. Çünkü konusu yoktur. Nitekim, Yargı önüne getirilen “yok hükmündeki” bir idari işlem hakkında iptal kararı alınmamakta, aksine, ortada bir işlem bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmektedir. Demek ki, hukuki sonuç yaratmayan bir işlemin dava konusu edilmesi de mümkün değildir; ortada esas itibariyle dava konusu edilebilecek bir işlem yoktur. Böyle bir “işlem”e karşı dava açma süresinin geçtiğini iddia etmek ise mümkün değildir. Başka bir deyişle,

9) Bir örnek için bkz., DDK, 15 Mayıs 1970, E. 1966/564, K. 1970/335, Danıştay Dava Daireleri Kurulu Kararları, Birinci Kitap (1965-1978), no : 1283 ; AİD 1971, c. 4, sayı : 1, s. 190 : Kararda, davacı Belediye Başkanlığı'nın, savunmasında, belediye encümeni tarafından bir yıkım kararı alındığını iddia etmediği de gözönünde bulundurularak, ilgililere belediye zabıta memurları tarafından sadece sözlü olarak duyurulan yıkım kararının mevcut olmadığı ve bu sebeple yok sayılması gerektiği sonucuna varılmıştır. Bunun gibi, hiçbir şekilde izine rastlanılmayan bir işlemin hiçbir zaman var olmamış, yok hükmünde bir işlem olarak değerlendirilmesi gerektiği konusundaki bir Conseil d'Etat kararı için bkz., CE Sect., 26.1.1951, *Galy*, Rec. s. 46, Recueil Sirey 1951, III, s. 52, concl. R. ODENT.

10) DİDDGK, 8 Haziran 1990, E. 1989/383, K. 1990/103, DD, sayı : 81, s. 97.

11) D.6.D, 9 Mart 1988, E. 1988/215, K. 1988/334, DD, sayı : 72-73, s. 325. Ayrıca bkz., C. ERKUT, *İdare Hukukunda Yokluk Teorisi*, İHİD 1988, sayı : 1-3, (Prof. Dr. Lûtfi DURAN'a Armağan Özel Sayısı), s. 69 vd.

12) Gerçekten de, Danıştay'ın ve Conseil d'Etat'nın, yokluk halinde idarenin işlemini, herhangi bir süreyle bağlı olmaksızın geri alabileceği ; yine Conseil d'Etat'nın, yok hükmünde bir işlemi geri alan işlemin gerekçelendirilmesinin zorunlu olmadığı – dolayısıyla bu nitelikteki geri alma işlemlerinin yok hükmünde kabul edilmeyebileceği– yönünde kararlarına rastlamak mümkündür. Sırasıyla bkz. DİBK, 22 Aralık 1973, E. 1968/8, K. 1973/14, RG, 14 Haziran 1974, sayı: 14915, Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararları 1933-1983, no: 105; CE, 21.2.1997, *Préfet de la Moselle c./M. Cheung*, no: 152011, Kaynak: *Juridisque Lamy* ; CE, 21.2.1997, *Ministre de l'Education national c./Romano*, Rec., s. 55.

yok hükmünde olan bir işlemi iptal eden işlem yok da sayılsa, dava konusu olamayacak bir işlem olarak da kabul edilse, dava açma süresi bakımından sonuç değişmemektedir: Bu tür işlemlere karşı süre aşımının sözkonusu olması mümkün değildir.

Görülüyor ki, yok olan bir ihalenin feshi için tesis edilen ve bu yüzden konusu itibariyle yok olan veya en azından hak ya da sonuç doğurucu nitelikte bulunmayan, bu sebeple de hukuki bir etki yaratmayan işlem de geçerli olmayacaktır. Şu halde, özetle, ihale işlemi yok hükmündedir; yok hükmündeki bu işlemi ortadan kaldırmaya yönelik olarak yapılan ihalenin feshi işlemi –en azından– hukuki sonuç doğuran bir işlem değildir ve nihayet hukuken sonuç doğurma yeteneği olmayan bir işleme dayanarak yapılan irad kaydı işlemi de hukuken sakat bir işlem olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim, benzer bir olayda Danıştay 6. Dairesi, kanunla verilmemiş bir yetkiye dayanmadan yapıldığından “yok hükmünde olan para cezasına ilişkin belediye başkanlığı işlemine karşı süresinde sulh ceza mahkemesine itiraz edilmediği ve böylece işlemin kesinleştiğinden bahisle” ödeme emrinin iptali iste miyle açılan davayı reddeden ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Yüksek Mahkemeye göre “6183 sayılı Yasanın 55. maddesinde ödeme emirlerinin ödenmemiş amme alacağının tahsili için düzenleneceği kurala bağlanmış olduğundan, yukarıda açıklandığı üzere doğmamış bir borca dayanan dava konusu ödeme emrinin mevzuata aykırılığı açıktır¹³”.

Bu durumda, kanımızca İstanbul 1. İdare Mahkemesi tarafından verilmesi gereken hüküm, ihalenin feshi işlemine dayalı olarak yapılmış olan geçici teminatın irad kaydı işlemi, dayanağı olmayan bir işlem olduğu gerekçesiyle –ve dayanak işleme karşı dava açma süresinin geçirildiği ve kesinleşmiş bir işlem olduğu kaygılarına yer olmaksızın– sebep unsuru bakımından sakat bir işlem olarak niteleyip iptal etmek olmalıydı¹⁴.

Bu noktada, bir işlemin yokluğunu saptayan yargı kararlarının sayısının oldukça az olduğu unutulmamalıdır. Bunda, iyimser bir yaklaşımla, yok hükmünde olan işlemlerin sayısının az olmasının bir rol oynadığı düşünülebileceği gibi, yargı yerlerinin bu derece ağır bir sonuca ulaşmadaki çekin-

13) D.6.D, 9 Mart 1988, E. 1988/215, K. 1988/334, DD, sayı : 72-73, s. 325.

14) Bu örnekte üzerinde durulabilecek ve hatta ihmal edilmemesi gereken bir nokta da şudur: İhale için çağrıda bulunan idarenin, teminatı irad kaydetme imkanını kullanarak diğer tarafı, henüz üzerinde anlaşma olmayan hususları kabule zorlaması, teminatı irad kaydetme yetkisini tanıyan kanun hükmünün amacından saptırılması olarak görülebilir. Zira bu müeyyide, ihaleyi alan tarafın –ihaleyi aldığı, yani kendisine ihale yapıldığı halde– taahhüdünü yerine getirmemesi halinde öngörülmüştür. Olayda ise, müeyyideyi uygulama imkanının, ihaleye aday olarak şartlı teklif veren ve bu şartları görüşmeye başlayan tarafı, bu şartlardan bir kısmından vazgeçmeye zorlamak için kullanıldığı izlenimi uyanmaktadır. Bu ise, bir yetki saptırması teşkil etmektedir.

genliklerinin de etkisi olduğu ileri sürülebilecektir¹⁵. Olayda, herhangi bir sebeple yokluk sonucuna varılmamış olması halinde dahi, incelenen yargı kararlarının ulaştığı sonucun tek çözüm olmadığı –gene de– söylenebilecektir. Bunu söyleyebilmek için ise, yargıcın, bir hukuki yapılandırma çabasına girişmesinin gerekli ve yeterli olacağı anlaşılmaktadır.

II- Yokluk ihtimali bir kenara bırakılarak olaya bakıldığında, kolaylıkla yapılacak bir saptama, inceleme konusu olan ihalenin feshi işlemi ve o olmaksızın yapılamayacak olan (DİK, m. 57/son) geçici teminatın irad kaydedilmesi işleminin bireysel işlemler olduğudur.

Böyle bir durumda, idare mahkemesinin gerekçesini gözönünde bulundurarak, biri diğerinin dayanağı olan işlemlerden birincisinin –süresi içinde dava edilmemesine rağmen–, ikincisinin iptalinin ve bundan doğan zararın tazmininin istendiği bir davada tartışma konusu yapılabiliyor yapılamayacağı sorusunu sormak, aslında iki bireysel işlem arasında “*hukuka aykırılık savı (exception d’illégalité)*” müessesesinin uygulama olanağı olup olmadığını sormak demektir.

Hukuka aykırılık savı, daha çok bir bireysel idari işlemle bu işlemin dayanağı olan bir düzenleyici işlem arasında, bireysel işlemin dava konusu edilmesi üzerine belirginlik kazanan ilişki vesilesiyle gündeme gelir. Nitekim, hukuka aykırılık savı, adı konulmasa da, bu haliyle İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda düzenlenmiş bir müessesedir. Gerçekten, Kanunun 7. maddesinin son fıkrasında, “İlanı gereken düzenleyici işlemlerde dava süresi, ilan tarihini izleyen günden itibaren başlar. Ancak bu işlemlerin uygulanması üzerine ilgililer, düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden dava açabilirler. Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz.” denilmektedir.

Bu hüküm, kendisine karşı dava açma süresi geçmiş olan bir düzenleyici işlemin, bu işleme dayanılarak yapılmış bir bireysel işlem nedeniyle açılmış bir davada tartışma konusu ve hatta iptal edilebileceğini göstermektedir.

Ancak, aynı bağlantı iki bireysel işlem arasında da sözkonusu olabilir

15) Bu konuda, Danıştay 6. Dairesinin 1968 ve 1969 yıllarında aynı işlemle ilgili olarak verdiği iki karar ilginç bir örnek olarak belirlemektedir. Danıştay 6. Dairesi 27.2.1968 tarih ve E. 1966/2539, K. 1968/587 sayılı kararında yok hükmünde olarak nitelediği bir işlemi, karar düzeltme istemi üzerine verdiği 29.4.1969 tarih ve E. 1968/1792, K. 1969/1056 sayılı kararında iptal edilebilir, sakat bir işlem olarak nitelemiştir (Karar metinleri için bkz. S. TANDOĞAN, *Objektif ve Sübjektif Tasarruflarda Yokluk*, in *İdare Hukuku ve İdarî Yargı İle İlgili İncelemeler – I*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları 1976, s. 76 ve 77.).

mi ? Arada bir sebep-sonuç ilişkisi olmak kaydıyla buna bir engel olduğunu söylemek zordur. Kuşkusuz, kanunda sadece düzenleyici işlem-bireysel işlem ilişkisine yer verilmiş olması tereddüde yol açabilecektir. Ancak, hemen belirtelim ki, kanunun bu konuyu ele alış biçimi, yasakoyucunun bireysel işlemleri, mutlak biçimde hukuka aykırılık savı müessesesinin uygulama alanı dışına bıraktığını söylemeye de imkan verici nitelikte değildir. Söylenebilecek şey, belki, kanunun, hukuka aykırılık savını, düzenleyici işlem-bireysel işlem ilişkisini dikkate alarak düzenlediği, buna karşılık iki bireysel işlem bakımından çözümü yargı kararlarına bıraktığıdır. Gerçekten, inceleme konusu yargı kararlarının mefhumu muhalifinden, eğer dava açma süresi geçmemiş olsa idi (ki bu son nokta gözardı edilemeyecek kadar önemlidir ve burada sadece prensibi belirleme bakımından bir soyutlama yapılmaktadır) ihalenin feshi işlemi de açılan ve reddedilen davada incelenebilirdi, sonucu çıkmaktadır. Şu halde, hukuka aykırılık savı müessesesi, *prensip olarak*, birbiriyle ilintili iki bireysel işlem arasında da uygulama alanı bulabilecektir.

Nitekim, idare hukukumuzun mehazi olan Fransız idare hukukunda bu müessese bizdeki gibi bir hukuki metne konu edilmemiş olmakla birlikte, hukuka aykırılık savı kavramı, bireysel idari işlemleri de kapsayacak şekilde ele alınmaktadır. Bu durumda, önce, Fransız hukukunda benzer sorunlara getirilen çözümlerin neler olduğunu ele almak (A), ardından da bu çözümlerin incelenen olaya uygulanabilirliği üzerinde durmak (B) somut soruna çözüm bulmaya yardımcı olacaktır.

A. Fransız hukukunda, iki işlem arasında hukuka aykırılık savının sözkonusu olduğu durumlarda sık görülen ilişki, dayanak işlemin bir üst norm olması ise de, bu üst norm-alt norm ilişkisi bir zorunluluk değildir. Gerçekten, hukuka aykırılık savı aynı değerdeki ve aynı nitelikteki işlemler arasında da gündeme gelebilmektedir. Dolayısıyla bu müessese iki düzenleyici işlem arasında uygulama alanı bulabildiği gibi, biri diğerinin uygulaması ya da sonucu olan iki bireysel işlem arasında da sözkonusu olabilmektedir¹⁶.

Ancak bu son durumun gerçekleşebilmesi, Fransız Hukuku'nda da koşullara bağlanmıştır. Bu yüzden de sözkonusu olasılık, düzenleyici olmayan işlemlere karşı hukuka aykırılık savı ileri sürülemez ilkesine, bu ilkenin tavizsiz bir biçimde uygulanmasının yaratacağı sakıncaları önlemek amacıyla getirilen istisna olarak takdim edilmektedir¹⁷.

16) Bkz., B. SEILLER, *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, Doktora Tezi (Université Paris 2), 1995, s. 264 vd.

17) R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 8. Bası 1999, no : 778 vd.

Fransız Hukuku'na bakıldığında sözü geçen istisnayı ortaya çıkaran iki durumun bulunduğu görülmektedir :

— Bu durumlardan birincisi tazminat ya da tam yargı davalarını ilgilendirmektedir. Buna göre, düzenleyici olmayan kesin bir işlemin hukuka aykırılığı, bu işlemin doğurduğu zararın giderilmesi amacıyla açılan tazminat davasında ileri sürülebilmektedir¹⁸. Başka bir deyişle, hukuka aykırılık savı yargılama sürecinde devreye girebilmekte ve bir bireysel işlem, yapıldıktan çok uzun bir süre sonra bile, onun uygulanması sonucu ortaya çıkan bir zararın giderilmesi amacıyla –süresi içinde– açılan bir tam yargı davasında tartışma konusu edilebilmektedir¹⁹.

— Sözü geçen durumlardan ikincisi, *karmaşık işlem teorisinin* uygulandığı ihtimalleri ilgilendirmektedir. Bir işlemin yapılabilmesi ancak, bu son işlemin kopusunun gerçekleşmesini özel olarak hedefleyen, daha önce yapılmış bir başka ya da birbirini izleyen birden fazla işlemden sonra mümkün olabiliyorsa, ortada bir karmaşık işlem bulunduğu kabul edilmektedir. Hukuka aykırılık savının konusunu oluşturan işlen., dava konusu işlem ile “bir hukuki süreklilik içinde bir zorunluluk ilişkisi²⁰” arz eder nitelikte görülebiliyorsa, hukuka aykırılık savı yargılama sürecinde devreye girebilmekte ve bir bireysel işlem, yapıldıktan çok uzun bir süre sonra onun uygulaması ya da sonucu olan başka bir bireysel işlemin –süresi içinde– dava edilmesi üzerine o davada incelenebilmektedir.

Hemen belirtelim ki, Conseil d'Etat, salt belli bir mantık içinde birbirini izleyen bireysel işlemlerin varlığını, zorunlu olarak, bir karmaşık işlemin varlığı olarak değerlendirmemektedir. Bunun için, bu işlemlerin ardarda gelişinin, son işlemin yapılmasının koşulu olarak belirmesi ve bu işlemler arasında zorunlu bir karşılıklı bağımlılık ilişkisi bulunması gerekmektedir²¹. Bu çerçevede, özellikle, aynı mevzuatın uygulanması sonucu yapılmamış işlemler, aralarındaki mantıklı ve sıralı ilişkiye rağmen karmaşık işlem olarak değerlendirilmemekte ve bu sebeple hukuka aykırılık savı yargılama sırasında dikkate alınmamaktadır. Buna gerekçe olarak, zaten dava açma süresi konusundaki kurallara bir istisna oluşturan hukuka aykırılık savının yanında bir de menfaat kriteri bakımından ikinci bir istisnanın oluşmasının önlenmesi kaygısı gösterilmektedir²².

Bu çerçeve içerisinde özellikle *kamulaştırmada ve memuriyete alınma-*

18) R. CHAPUS, *op.cit.*, no : 780.

19) Örnek olarak bkz. CE, Sect., 30.4.1976, *Simeon*, Rec. s. 225.

20) B. SEILLER, *op.cit.*, p. 255.

21) Bkz., R. CHAPUS, *op.cit.*, no : 781.

22) B. GENEVOIS, concl. sur CE Sect., 17.12.1982, *Société Angelica Optique-Centraix et autres*, Rec. s. 418.

*da*²³ birbirini takip eden bireysel işlemler birer karmaşık işlem olarak değerlendirilmekte ve bunlar arasında hukuka aykırılık savı müessesesinin uygulama alanı bulabileceği kabul edilmektedir. Bunlar sınırlı sayıda olan örnekler değildir. Bunun gibi, karmaşık işlem sözkonusu olduğundan, örneğin, yetkili idarenin radyo frekanslarının dağıtımına aday olanları belirleyen kararı bakımından, dağıtım kararlarına karşı açılan bir davada, hukuka aykırılık savında bulunulabileceği kabul edilmektedir²⁴. Aynı şekilde, bir yer altı otoparkı yapımı için bir belediye ile özel bir şirket arasında imzalanan idari sözleşmenin iptaline karşı açılan davada, bu sözleşmenin tarafının belli bir ihale yöntemiyle belirlenmesi yönündeki belediye meclisi kararının hukuka aykırılığının –bu karara karşı süresinde dava açılmamış olmasına rağmen– ileri sürülebileceği benimsenmektedir²⁵.

Gene belirtilmelidir ki, Conseil d'Etat karmaşık işlem konusunda çok katı bir uygulama yaratmamaya özen göstermektedir. Kamu alacaklarının tahsili usulündeki bazı işlemlerin karmaşık işleme benzetilmesi ve bu işlemler bakımından hukuka aykırılık savının kabul edilmesi bunun bir örneğidir. Gerçekten yasadaki değişikliğe rağmen hâlâ anlamını koruyan 1969 tarihli bir karar, kesinleşmiş bir ödeme emrinin muhatabına, cebri icra kararına karşı açtığı davada –bu sonuncu işlemin yapılmasının zorunlu bir koşulu olmamasına ve özellikle bu işlemi hedeflememesine rağmen– ödeme emrinin hukuka aykırılığını ileri sürme ve hatta idarenin iddia ettiği alacağın haklılığını tartışma konusu yapma olanağı tanımıştır²⁶.

B. Bu açıklamalar ışığında incelenen olaya dönüldüğünde; pek çok benzer noktayı tesbit etmek mümkündür.

— Dikkat edilecek olursa, incelenen olayda açılan dava bir tazminat istemini de içermektedir. Davacı, irad kaydetme işlemi nedeniyle uğradığı zararın tazminini istemektedir. Bu talep, zımnen de olsa, uğranılan zararın kaynağında –öncelikle– ihalenin feshi kararının bulunduğunu kabul etmektedir. Çünkü, Devlet İhale Kanunu'nun 57. maddesine göre, geçici teminatın gelir kaydedilmesi ancak ihalenin feshi üzerine mümkündür. Başka bir deyişle, ihalenin feshi kararı, geçici teminatın gelir kaydedilmesi kararının zorunlu dayanağıdır ve uğranılan zararın kaynağını teşkil etmektedir. Şu halde, açılan tam yargı davasındaki tazminat istemi nedeniyle, ihalenin feshi işleminin hukuka uygunluğunun tartışılması mümkün ve hatta zorunlu bulunmaktadır.

23) Yarışma sınavı açılması, adayların, jüri üyelerinin ve memuriyete alınanların belirlenmesi ve bu sonuncuların atanması gibi.

24) CE, 20.3.1990, Association Salève, AJDA 1991, s. 353, chr. R. SCHWARTZ-C. MAUGÜE.

25) CE, 29.12.1997, *Préfet des Côtes d'Armor c./ Commune de Dinan*, Rec. s. 1028.

26) CE Sect. 10.1.1969, *Société d'approvisionnements alimentaires*, Rec. s. 18.

Gerçekten de, tazminat istemli davada, ihalenin feshi işleminin irdelenmesinin bir zorunluluk olduğu dahi söylenebilecektir: Zira, bu davada sözkonusu olan, esas itibariyle, idarenin haksız zenginleşmesi, bu sebeple uğranılan zarar ve bu zararın giderilmesi talebidir. Uğranıldığı ileri sürülen zarara yol açan irad kaydı kararı ve uygulanması ise, ancak ihalenin feshi kararının hukuka uygun bir şekilde alınması halinde haklı ve geçerli olabilir. Bu örnekte iki işlem arasındaki sebep-sonuç ilişkisi mutlaktır. Şu halde, ihalenin feshi kararının hukuka uygun olup olmadığı belirlenmeden, idarenin haksız zenginleşip zenginleşmediğini anlamak ve dolayısıyla tazminat istemi hakkında karar vermek mümkün değildir.

Bu açıklamalar karşısında, İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin verdiği kararın, mahkemenin açılan davada bir tazminat istemi bulunduğunu ve bu istemin yargısal sonuçlarının neler olduğunu gözardı etmesinden kaynaklandığı söylenebilecektir. Bu ise, kararın eksik incelemeye dayalı bir karar olduğu yönünde önemli bir göstergedir.

Sadece iptal isteminin gözönüne alınması durumunda bile İdare Mahkemesi'nce verilen kararın isabetliliği, Fransız hukukundaki yukarıda sözedilen istisnaya ilişkin ikinci durum vesilesiyle yapılacak aşağıdaki açıklamalar sonucunda kuşkuyla karşılanabilecektir.

— Olayda, ihalenin feshi ve irad kaydı işlemleri “bir hukuki süreklilik içinde bir zorunluluk ilişkisi” arzeder nitelikte görünmektedir. Çünkü, ihalenin feshi olmaksızın geçici teminatın irad kaydedilmesi işleminin yapılması mümkün değildir. Bu gerekçe aynı zamanda, ihalenin feshi işlemini, irad kaydı işleminin “yapılışının koşulu olarak” ortaya çıkarmakta ve bu “işlemler arasında zorunlu bir karşılıklı bağımlılık ilişkisi” bulunduğunu göstermektedir. Üstelik sözkonusu işlemler “aynı mevzuatın uygulanması sonucu yapılmış işlemler”dir. Kanun gereği, ihalenin feshinin, kaçınılmaz olarak geçici teminatın irad kaydedilmesine yol açacağı da açıktır. Bu durum, incelediğimiz örnekte işlemin karmaşıklığını kolayca savunma imkanı vermektedir.

Görülüyor ki, İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin incelenen olaydaki, “geçici teminatın irad kaydedilmesi işlemi” ile bu işlemin dayanağı olan “ihalenin feshi işlemi”nin bir karmaşık işlem olarak değerlendirilmesi ve ikinci işlemin de geçici teminatın irad kaydedilmesi işlemine karşı açılan davada tartışma konusu yapılabilmesi mümkündür.

Fransız hukukundaki istisnalardan hareketle değinilen her iki ihtimalde de yargıç, dava konusu edilmemiş ancak hukuka aykırılık savı nedeniyle tartışma konusu olmuş işlemin hukukiliğini değerlendirecek ve bu konuda bir hukuka aykırılık görürse işlemi iptal etmeyecek, sadece bu aykırılığı

belirlemekle yetinecektir. Bu belirleme de, yargıcın önünde doğrudan dava konusu edilmiş iptal ve/veya tazminat istemi bakımından verilecek kararda belirleyici unsur olarak ele alınacaktır. Nitekim Fransız hukukunda da durum budur. Gerçekten, böyle bir ihtimalde, kendisine karşı hukuka aykırılık savında bulunulan işlem ister düzenleyici olsun ister bireysel, bir hukuka aykırılığın görülmesi halinde sözkonusu olan, yargıcın bu işlemleri iptal etmesi değil, bu aykırılığı belirlemekle yetinmesi ve bunu dava konusu uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak için kullanmasıdır. Danıştay'ın bazı kararlarına bakarak, bireysel işlemler bakımından²⁷ bu hususun, zaman zaman Türk hukukunda da kabul gördüğünü söylemek mümkündür. Gerçekten, örneğin; Danıştay 5. Dairesinin 15 Ekim 1992 tarihli kararında olumsuz sicillerin²⁸ sözkonusu olduğu bir uyuşmazlıkta aynen şu ibarelere yer verilmiştir : “1987 ve 1988 yılları sicillerinin iptali isteği süreaşımı nedeniyle reddedilmiş ise de, dava konusu re'sen emekliye sevk işleminin sebep unsurunu oluşturmaları bakımından, anılan sicillerin bu sicillerle ilgili bir hüküm tesis edilmeksizin, hukukiliğinin incelenmesi gerekmektedir²⁹”. Gene, Danıştay 10. Dairesi'nin 21 Haziran 1995 tarihli kararında “iptali istenilen işlemin neden unsurunu ; dava konusu edilmeyen ve tek başına kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte bulunan bir diğer idari işlemin oluşturması durumunda; mahkemece, hukuka uygunluğu denetlenen işlemin neden unsurunu oluşturan işlemin de hukuka uygun olup olmadığının dava konusu edilmemesine rağmen irdelenmesi”nin zorunluluk arzettiği vurgulanmıştır³⁰.

27) İYUK, m. 7 gereği kendisine karşı hukuka aykırılık savı yöneltilmiş düzenleyici işlemlerin yargı yeri tarafından iptal edilmesi mümkündür. Bu noktada, Danıştay'ın, ele alınan sorun bakımından ilginç olarak nitelenebilecek bir uygulamasına dikkat çekmek yerinde olacaktır. Danıştay, dava konusu işlem bakımından dayanak işlem konumunda olan ve fakat hukuka aykırılık savına konu edilmemiş düzenleyici işlemleri re'sen incelemektedir. Bu noktada bir hukuka aykırılık gördüğünde de, önündeki işleme ilişkin uyuşmazlığı bu düzenleyici işlemleri –bu yönde bir talep olmadığından “iptal” etmeksizin– “ihmal” ederek sonuçlandırmaktadır. Örnek olarak bkz., D.6.D., 13 Mayıs 1983, E. 1980/73, K.1983/2210 ; D.8.D., 20 Kasım 1997, E. 1995/4503, K. 1997/3471, DD, sayı : 96, s. 391 ; D.10.D. 8 Aralık 1997, E. 1996/1268, K. 1997/5493, DD sayı : 96, s. 582 ; D.3.D., 18 Şubat 1998, E. 1996/2083, K. 1998/467, DD sayı : 97, s. 208 ; D.6.D., 19 Mart 1998, E. 1997/2199, K. 1998/1674, DD sayı : 97, s. 351; D.5.D., 11 Kasım 1998, E. 1995/3931, K. 1998/2632, DD sayı : 99, s. 227.

28) 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 117. maddesi uyarınca “Devlet memurlarının yetersizlikleri halinde sicil raporlarında yazılı bulunan kusur ve eksiklikleri, uyarılmaları bakımından, gizli bir yazı ile atamaya yetkili sicil amirleri tarafından kendilerine bildirilir.”

29) K. 1992/2632, DD. sayı : 87, s. 300 : Karar, bu gerekçeyle, re'sen emekliye sevk işleminin iptali davasını reddeden idare mahkemesi kararını bozmuştur.

30) E.1993/5000, K. 1995/3339, DD sayı : 91, s. 1023. Aynı yönde başka kararlar için bkz., D.5.D., 30.12.1992, E. 1991/2491, K. 1992/4017, DD sayı : 87, s. 333 : “Davanın 1989 yılı siciline ait kısmı için esası incelenmeksizin süreaşımı nedeniyle reddedilmiş olmakla beraber, sözügeçen sicil kademe terfiinin geri alınmasına ilişkin işlemin sebep unsurunu oluşturduğundan Mahkemece anılan sicilin, bu sicille ilgili bir hüküm tesis edilmeksizin, hukukiliğinin incelenerek sonucuna göre hüküm kurulması gerekmekte olup bu yolda bir inceleme ve değerlendirme yapılmaksızın uyuşmazlığın bu kısmı yö-

Şu halde, birbirine sebep-sonuç ilişkisiyle bağlı iki bireysel işlemde, diğerine göre dayanak oluşturanın dava edilmeyerek veya dava edilmekle birlikte, davanın süre aşımı nedeniyle reddedilmesi suretiyle kesinleşmiş olması³¹, bu işlemin, ona dayalı olarak yapılan ikinci işleme karşı usulüne uygun olarak açılan davada tartışma konusu yapılmasını engelleyen bir unsur olarak görünmemektedir.

İncelenen olayda, yukarıda ifade edilmeye çalışılan sebep-sonuç ilişkisi, üçlü bir ilişki biçiminde karşımıza çıkmaktadır: İstanbul Büyükşehir Belediyesi tarafından yapıldığı ileri sürülen bir ihale kararı; bu karar olmaksızın anlam ifade etmeyen ihalenin feshi kararı ve bu karar olmadan alınamayacak olan geçici teminatın irad kaydedilmesi kararı.

Davacı usulüne uygun olarak alınmış bir ihale kararının bulunmadığını iddia ettiğine, idare mahkemesi ise, aksine, ihalenin bulunduğunu belirttiğine göre ulaşılabilecek sonuçta bu ihtimallerin dikkate alınması gerekir.

Ortada usulüne uygun yapılmış bir ihalenin bulunmadığı iddiası karşısında, bu iddianın derinlemesine incelenmesi, aslında ortada bir ihale bulunmadığı; ihale kararının yoklukla özüllü olduğu sonucuna götürmektedir. Mahkeme bu yokluğu re'sen ve herhangi bir süre sözkonusu olmaksızın dikkate almak zorundadır. Bu ise mahkemeyi, zorunlu olarak, "ihalenin yokluğu, ihalenin feshi işlemini –en azından– hukuki etkisi olmayan bir işlem haline getirmektedir", sonucuna ulaştıracaktır. Hukuki etkisi olmayan

nünden davanın reddedilmesinde hukuki isabet görülmemiştir." ; D.3.D., 22.3.1994, E. 1993/2151, K. 1994/862, DD sayı : 90, s. 350 : "[usulsüzlük cezasının] dayanağı da mükellefiyet tesisine ilişkin işlem olduğundan işbu dava konusu uyuşmazlıkta usulsüzlük cezası ile mükellefiyet tesisine ilişkin işlemin de birlikte değerlendirilerek karar verilmesi gerekmektedir."

- 31) Dayanak işleme karşı dava açılması ve bu davanın esasen incelenerek bir karara bağlanmış olması durumunda hukuka aykırılık savı müessesesinin, araya giren yargı kararı nedeniyle, devre dışı kalacağı açıktır. Çünkü, bu olasılıkta, dayanak işlemle ilgili olarak verilmiş olan mahkeme kararı, bu işleme dayanarak yapılmış ikinci işleme karşı açılan davayı gören mahkemeyi bağlayacaktır. Başka bir deyişle, dayanak işlemle ilgili olarak verilmiş ve kesinleşmiş bir yargı kararı, daha sonra açılan bir davada hukuka aykırılık savını işletmek suretiyle bu işlemin hukuka aykırı olduğunu belirleme veya beyan etme imkanını ortadan kaldırmaktadır. Dayanak işlemin dayanağının kesinleşmiş bir yargı kararı olması durumunda da sonuç aynı olacaktır. Nitekim Danıştay 9. Dairesi, bir adliye mahkemesince, bir idare aleyhine hükmedilen ilam harcının süresinde ödenmemesi üzerine harç tahsil müzekkeresine dayanılarak vergi dairesince düzenlenen ve tebliğ edilen ödeme emrine karşı, ilgili idarenin, kuruluş kanununda ilam harcından muaf tutulacağına dair kural bulunduğunu belirterek açtığı davada vergi mahkemesince verilen iptal kararını aşağıdaki gerekçeyle bozmuştur : İlam harcından muaf tutulma konusu "ihtilafı çözümleyen ve buna göre harca hükmeden adliye mahkemesinin görevleri içinde bulunduğundan, adliye mahkemesince bu konuda eksik veya hatalı karar verildiği inancı var ise, bu işin temyiz yoluna başvurularak düzeltilmesi gerekmektedir. Yoksa kesinleşmiş bir ilam hükmünün, vergi dairesince ve onun uygulamasının dava konusu edildiği vergi mahkemesince düzeltilmesine imkan bulunmamaktadır." D.9.D., 5.2.1998, E. 1997/1482, K. 1998/338, DD sayı : 97, s. 591.

bir işleme karşı dava süresinin işlenmesi de sözkonusu olmadığından, mahkemenin kesinleşmiş işleminden söz ederek, bu işlemleri irdelemeden davacının iptal ve tazminat istemlerini reddetmesi isabetli bir karar olarak görünmemektedir.

Bir an için olayda bir ihale kararının bulunduğu kabul edilse bile, bu takdirde de mahkemenin kararı, usul kuralları bakımından, hayli tartışılabilir bir karar olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten idare mahkemesi, iki bireysel işlem arasında hukuka aykırılık savı müessesesinin uygulanmasının mümkün olabileceğini dikkate almamış gözükmektedir. Davacı, davada hem iptal hem de tazminat isteminde bulunmaktadır. İncelenen olayda, tazminat istemi idarenin sebepsiz zenginleşmesine dayandırılmaktadır. Bu istem hakkında karar verilmesi, hukuka aykırılık savı müessesesinin işletilmesini ve bu suretle, önce ihale kararı ve ihalenin feshi kararının hukukiliğinin, sonra da sebepsiz zenginleşme olup olmadığının belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. İptal isteminin karara bağlanması ise, dava konusu işlemin sebebini oluşturan ihalenin feshi ve ihale kararlarının hukukiliğinin belirlenmesini gerektirmektedir. Çünkü, aradaki sıkı ilişki nedeniyle, bunlardaki bir sakatlık, dava konusu işlemi de sakatlayacaktır. İdare Mahkemesi, dayanak işleme karşı dava açılmamış olması nedeniyle bu işlemin kesinleştiği ve artık tartışılmaz olduğu gerekçesi ile bunları yapmamıştır. Dolayısıyla, idare mahkemesince bunların yapılmamasının, usule aykırı karar verilmesine yol açtığı, usuldeki bu aykırılığın da mahkemenin eksik incelemeye dayalı olarak karar vermesi sonucunu doğurduğunu söylemek mümkündür.

Bütün bu açıklamalara ve Danıştay'ın yukarıda sözü edilen kararlarına rağmen, gene olumsuz sicil ile ilişik kesilmesi işleminin dayanağı olarak ortaya çıktığı bir olayda Danıştay 12. Dairesi, 17.6.1998 günü, iki işlem arasındaki sebep-sonuç ilişkisinin varlığını kabul etmekle birlikte, olumsuz sicil ile dava edilmemiş olması nedeniyle kesinleştiği ve artık incelenmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle –ve olumsuz sicil işleminin hukuka uygun olup olmadığı yönünde bir kaygı taşımaksızın– memuriyetten ilişik kesilmesi işleminde hukuka aykırılık olmadığı yönünde bir karar vermiştir³².

Belirtmek gerekir ki, Danıştay 12. Dairesi'nin ve dolayısıyla incelenen –ve temyizde onanan– kararla İstanbul 1. İdare Mahkemesinin benimsediği çözüm yönteminin, Danıştay kararlarında istisnai olarak kullanılan bir yöntem olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Gerçekten, Danıştay'ın değişik dairelerinin çeşitli tarihlerde verdikleri kararlarda, dayanak bireysel işlemin dava edilmemiş olmasının, ona dayanan dava konusu işlemi sebep

32) E. 1997/3233, K. 1998/1910, DD sayı : 98, s. 639.

unsuru bakımından hukuka uygun hale getireceği sonucuna varılmıştır³³. Bu kararlar, aslında, sorunun sadece incelenen olaya özgü olmadığını; eksik incelemeye dayalı karar verilebilmesinin Danıştay düzeyinde de kabul görebildiğini ve Danıştay kararları arasında tesadüfi olmayan bir çelişkinin var olduğunu ortaya koyması bakımından oldukça ilginçtir. Bu durumda, Danıştay'ın, ilk fırsatta, iki bireysel işlem arasında da hukuka aykırılık savının sözkonusu olabileceği yönünde bir içtihadı yerleştirmesi, idarenin hukuka uygunluğunun denetiminin tam olarak gerçekleştirilebilmesi bakımından bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Aksi halde, belki de açıkça hukuka aykırı olan bir bireysel işleme dayanan bir başka bireysel işlemin, salt ilk işleme karşı süresinde dava açılmadığı gerekçesiyle, hukuka uygun bulunmasını anlamak ve anlatmak kolay olmayacaktır.

Şu halde, bu konuda herşeyin içtihadı bağlı bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Kuşkusuz yargıcın dikkate alacağı konulardan biri de hukuki istikrarı gözetmektir. Ancak, bu kaygı hukuka aykırılık savının bireysel işlemler vesilesiyle ortaya çıktığı her ihtimalde, bu savın –neredeyse otomatik olarak– reddini de haklı kılmaz. Bu arada, yargıcın uzun süre yürürlükte kalmış düzenleyici işlemleri bireysel işlemlere karşı açılan davalarda *iptal* edebilmesinin –dolayısıyla hukuki istikrar kaygısını ikinci plana atabilmesinin– İdari Yargılama Usulü Kanunu gereği mümkün olduğu da hatırlanmalıdır. Bu noktada, yargıcın görev anlayışı ön plana çıkmakta, önem kazanmaktadır. “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” ve “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle

33) Örnek olarak bkz., D.6.D., 11.4.1994, E. 1993/3283, K. 1994/1221, DD sayı : 90, s. 686: “...her ne kadar İdare Mahkemesince, belediye mücavir alan sınırları dışında kalan taşınmazın davalı idarece kamulaştırılmak üzere kamu yararı kararı alınmasının yasal düzenlemeye uygun olmadığı belirtilmişse de, davacı sadece tapu siciline konulan kamulaştırma şerhinin iptalini istediğinden mahkemece bu hususun incelenmesinde isabet görülmemiştir.” ; D.3.D., 19.3.1996, E. 1994/4287, K. 1996/779, DD sayı : 92, s. 324 : “Dava konusu edilebilen bir işlemdeki hukuka aykırılığın, daha sonra yapılan işlem üzerine dava konusu edilebilmesi, daha önceki işlemin ilgiliye duyurulmamasına veya daha önceki işleme sonraki işlemin tebliği üzerine muttali olunmasına bağlıdır./ İlgiliye tebliğ edilerek kesinleşen işlemlerdeki hukuka aykırılıkların, daha sonra o işlemlere bağlı olarak yapılan diğer işlemler üzerine açılacak davalarda ileri sürülmesi ve incelenmesi olanaksızdır.” ; D.10.D., 24.2.1997, E. 1995/5414, K. 1997/577, DD sayı : 94, s. 621 : “...il ve ilçe idare kurulunun muhtaçlık kararları idarece geri alınmadıkça veya yargı yerince iptal edilmedikçe, bu kararlara dayanılarak tesis edilen işlemlerin hukuka aykırılığını öne sürmeye de olanak bulunmamaktadır./ Bu itibarla dava konusu edilme- yen muhtaçlık kararına dayalı aylık kesmeme işleminin iptali yolundaki temyize konu kararda da hukuka uyarlık görülmemiştir.” Ayrıca, 6183 sayılı Kanunla getirilmiş sınırlama nedeniyle, ödeme emrine karşı açılmış davalarda, kesinleşmiş kamu alacağının oluşumuna ilişkin bulunan, dolayısıyla dayanak işlem niteliğindeki işlemlerin incelemeyeceği yönündeki vergi dava daireleri kararlarına örnek olarak bkz., D.4.D., 14 Haziran 1994, E. 1994/985, K. 1994/3660, DD sayı : 90, s. 448 ; D.3.D., 9 Kasım 1994, E. 1994/1323, K. 1994/3588, DD sayı : 90, s. 355 ; D.3.D., 6 Mayıs 1998, E.1996/5277, K. 1998/1614, DD sayı : 98, s. 156 ; D.3.D., 26 Mart 1998, E.1996/4476, K. 1998/608, DD sayı : 97, s. 204.

yükümlüdür” biçimindeki anayasal ilkeler, herşeyden önce yargıca, bir zarar iddiası karşısında, bu zararın idarenin eylem veya işleminden doğup doğmadığını, işleminden doğan bir zarar var ise de, bu işlemin hukuka uygun olup olmadığını saptama görevi vermektedir. Bu görevin bilincinde olan ve iptal davalarının amacını *hukuka uygunluğun sağlanması* olarak kabul eden bir yargıç için yukarıda belirtilen sonuca ulaşmak çok fazla bir güçlük arzetyemeyecektir. Yargıcın rolü hukuki istikrar ile idarenin verdiği zararların tazmini ve hukuka uygunluk ilkeleri arasındaki dengeyi çeşitli parametreleri gözönüne alarak sağlamaktır³⁴. Yukarıda da açıklandığı gibi, bunun yöntemleri bellidir. Bu yöntemleri net bir biçimde dile getirmek ve uygulamak ise yargıcın elindedir.

İdari yargı yerlerinin aşırı iş yükünün uzattığı davalar nedeniyle zaten sarsılmış görünen adalete güven duygusunun, bir de, idarenin hukuka uygunluğunun denetimini yapmakla görevli idari yargı yerleri tarafından, idare lehine yaratılan denetimden kaçış ve hatta hukuka aykırı işlemleri hukukileştirme olanakları yüzünden pekiştirilmesinin kimseye ve hiçbir kuruma yararı olmayacağı açıktır.

EKLER :

İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin 22.5.1997 gün ve E. 1996/1406, K. 1997/561 sayılı kararı

Simko T.E. ve San. A.Ş. / İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı

Dava ; Davalı idarenin 17.2.1995 tarihinde ihaleye çıkartmış olduğu İstanbul Metrosu 4. Levent-Taksim (1. Aşama) inşaat güç temini, cergücü, sinyalizasyon, kontrol, Telekomünikasyon tesisleri temin ve montaj işine teklif vererek katılan müvekkili lehine Yapı Kredi Bankası'nın verdiği 1.100.000. Dolarlık geçici teminat mektubunun nakde çevrilmesine ilişkin 7.8.1996 tarihli işlemin iptali ile bu işlem nedeni ile davacıların uğradığı 102.941.300.000 TL zararın, zararın doğduğu tarihten itibaren 3095 sayılı kanunun 4. maddesinde belirtilen oranda işleyecek faizi ile beraber tazmini isteği ile açılmış bulunmaktadır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 51. maddesi (p) bendinde; özellikleri nedeniyle yabancı ülkelere sağlanması zorunlu olan ve kapalı veya açık teklif usulleri ile ihalesi imkanı bulunmayan her türlü alım, kiralama, onarım, yaptırma, keşfettirme, montaj, sigorta, taşıma hizmet işlerinin pazarlık usulü ile yapılacak işler olduğu hükme bağlanmış olup, maddenin devamından (p) bendinde yazılı işler için şartname düzenlenmesi, tahmini

34) Kaldı ki, zararların tazmini ve hukuka uygunluğun sağlanması her zaman ve mutlaka hukuki istikrar sorununu gündeme getirmeyecektir.

bedel tespiti, teminat alınması ve sözleşme yapılması zorunlu değildir denilmektedir.

Aynı Kanunun 53. maddesinde ; bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşme, idare adına ita amiri tarafından imzalanır.

Bu Kanunda belirtilen özel hallerde sözleşme yapılması zorunlu değildir.

Yine aynı kanunun 57. maddesinde ; sözleşme yapılması gerekli olan hallerde müteahhit veya müşteri 31. maddeye göre onaylanan ihale kararının veya Maliye Bakanlığı'nın vizesi gereken hallerde bu vizenin yapıldığının bildirilmesini izleyen günden itibaren 15 gün içinde geçici teminatı kesin teminata çevirerek noterlikçe tescil edilmiş sözleşmeyi idareye vermek zorundadır.

Bu zorunluluklara uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale bozular ve varsa geçici teminat gelir kaydedilir." hükmü yer almaktadır.

İstanbul Metrosu İdari Şartnameler 1. Kısım İhale şartnamesinin 18.1 maddesinde; Teklifi kabul ederek sözleşme yapmaya davet edilmesine rağmen teklif veren, durumun kendisine bildirilmesinden itibaren 15 gün içinde sözleşme bedelinin % 6'sı nispetinde kesin teminat vermez ve sözleşme yapmaktan kaçındığı anlaşılırsa ayrıca bir işlem yapmaya lüzum kalmaksızın işveren bu teklifin kabulünden vazgeçebilir ve geçici teminatın tamamı irat kaydolunur. İdari Şartnamenin 2. Kısım Sözleşme Şartları Genel Şartlar 8. maddede; müteahhidin, istenildiğinde masrafları kendisine ait olmak üzere işverenle bir sözleşme akdedileceği, 8.1. maddesinde ; sözleşmenin akdi aşamasında müteahhidin ihale bedelinin en az % 6'sı kadar kesin teminatı vereceği hükümleri yer almaktadır.

. İstanbul Metrosu İdari Şartnameler Özel Şartlar Kısım II Madde 11'de ; Kesin teminat ihaleyi kazandığının ve sözleşme yapmasının müteahhide tebliğ edilmesinden başlamak üzere 15 (on beş) gün zarfında verilecektir. Müteahhidin bu yükümlülüğe uymaması halinde işveren vereceği 7 (yedi) günlük bir ihtarla sözleşmeyi feshetme yetkisine sahiptir. Sözleşmenin iş bu madde uyarınca feshedilmesi durumunda müteahhit işverenin yeni teklif alımları ile ilgili olarak karşılaşacağı tüm masraf ve zararları işverene tazmin etmek zorunda kalacak ve geçici teminatı da irat kaydolunacaktır denilmektedir.

Bakılan davada davacının yukarıda aktarılan yasa ve şartname hükümlerine göre geçici teminat mektubunun paraya çevrilebilmesi için onanmış bir ihale kararının bulunması ve kesin ihale kararının seçilene bildirilmiş

olması gerektiği ayrıca ihalenin pazarlık usulü ile yapıldığı, pazarlık usulü ile yapılan ihalede şartname düzenleme hatta sözleşme yapma zorunluluğu bulunmadığını iddia ettiği anlaşılmakta ise de, 2886 sayılı D.İ. Kanununun 51 (p) maddesinde kapalı veya açık teklif usulü ile ihalesi mümkün bulunmayan işler için şartname düzenleme, teminat alınma ve sözleşme yapma zorunluluğu olmadığı düzenlenmiş olduğu dikkate alındığında ihalenin kapalı teklif usulü ile yapıldığı, teminat ve şartname ile ilgili hususların da gazete ilanında yer aldığı, davalı idarece istenen geçici teminatın davacı tarafından yaptırıldığı anlaşılmakla ihalenin şekil ve şartlarının taraflarca çekişmesiz olarak kabul edildiği anlaşılmış bulunmaktadır.

Öte yandan davacı onanmış bir ihale kararının olmadığını, kesin ihale kararının seçilene bildirilmediğini iddia etmekte ise de ; İstanbul Büyükşehir Belediye Encümeninin 13.10.1995 tarihli kararı ile Güç temini, cergücü, sinyalizasyon kontrol ve telekomünikasyon tesisleri temin ve montajı (2. paket) işi teknik ve idari şartnamesine uygun olarak ifa edilmek üzere en uygun teklif veren Simko-Ticaret ve San. A.Ş.'ye ihalesine ve ita amirinin onayına sunulmasına karar verildiği ve kararın 1.11.1995 tarihinde onaylandığı anlaşılmış bulunmaktadır.

Bu durumda, davacının onanmış bir ihale kararının bulunmadığı yolundaki iddiasını kabul etmek mümkün değildir.

Ayrıca davacının davalı idare ile sözleşme düzenleme ile ilgili çeşitli yazışmalarının bulunduğu anlaşılmakla davacının kesin ihale kararının kendilerine bildirilmediği iddiasını da kabule imkan bulunmamaktadır.

Dava konusu 7.8.1996 tarihli işlemin incelenmesinden, İstanbul Metrosu 1. Aşama İnşaatı güç temini, cer gücü, sinyalizasyon, kontrol ve telekomünikasyon tesisleri temin ve montajı işinin İstanbul Büyükşehir Belediye Encümeninin 13.10.1995 tarihli kararı ile davacı konsorsiyuma ihale edildiği, yapılan bütün uyarı ve tebligatlara rağmen sözleşme Konsorsiyum tarafından imzalanmadığından idari şartnamenin 18.1. maddesi ve 2886 sayılı Yasanın ilgili maddeleri uyarınca ihale kararının iptal edilerek geçici teminatın irat kaydedilmesine karar verildiği, işlemin hem ihalenin feshi işlemi, hem de geçici teminatın irat kaydedilmesi işlemi olduğu davacının ise işlemin sadece geçici teminatın irat kaydedilmesine ilişkin bölümünün iptalini ve uğradığı zararın tazminini istediği, işlemin ihalenin feshine ilişkin bölümünün iptalini istemediği anlaşılmaktadır.

İhalenin feshi işleminin iptalini istememe gerekçesi olarak da usulüne uygun olarak alınmış ve tebliğ edilmiş bir ihale kararının bulunmadığı hususunun gösterildiği anlaşılmakta ise de, yukarıda da aktarıldığı gibi davacı kuruma işin ihale edildiğine ilişkin ilgili ita amirince onaylanmış ihale ka-

rarı mevcut olup, anılan karar uyarınca sözleşme yapma görüşmelerinin de başladığı dava dosyasından anlaşılmalı davacının usulüne uygun alınmış bir ihale kararı olmadığı ve ihale kararının kendilerine bildirilmediği iddiasını da kabule olanak bulunmamaktadır.

Dava konusu işlemin aynı zamanda ihalenin feshi işlemi olduğu ve işlemin ihalenin feshine ilişkin bölümünün dava konusu edilmediği ve kesinleştiği taraflar arasında tartışmasız bulunmaktadır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 57. maddesinde, madde hükmü ile düzenlenen zorunluluklara uyulmadığı takdirde protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihalenin bozulacağı ve varsa geçici teminatın irat kaydedileceği hüküm altına alınmış olup, ihalenin feshedilmiş olması ve fesih işleminin dava konusu edilmeyerek kesinleşmiş olması karşısında teminatın irat kaydedilmesi işlemi gerek 2886 sayılı yasa hükümlerine ve gerekse şartname hükümlerine aykırılık bulunmamaktadır.

Bu durumda, hukuka uygun olarak alındığı belirlenen dava konusu geçici teminat mektubunun nakde çevrilmesi işlemi nedeniyle idarenin sorumluluğunu gerektirecek bir zarardan söz etmeye imkan bulunmadığından ve tazmini istenen miktarın da yukarıda sözü edilen işlemin uygulanması sonucuna dayandığına göre, davalı idareyi bu işlem nedeniyle tazminle sorumlu tutmak olanaksız bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle davanın reddine (...) 22.5.1997 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

Danıştay 6. Dairesi'nin 27.10.1998 gün ve E. 1997/4743, K. 1998/4885 sayılı kararı

Simko Ticaret ve Sanayi A.Ş. / İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı

Dava, İstanbul Metrosu 4. Levent-Taksim 1. Aşama inşaatı elektromekanik işler güç temini, cer gücü, sinyalizasyon, kontrol ve telekomünikasyon tesisleri temini ve montajı işi ihalesini kazanan davacının geçici teminat mektubunun ihalenin feshedilmesi üzerine nakte çevrilmesine ilişkin 7.8.1996 günlü işlem ile bu işlem nedeniyle uğranılan 102.941.300.000 lira zararın doğduğu tarihten itibaren 3095 sayılı Yasanın 4. maddesinde belirtilen oranda faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmış ; İdare Mahkemesince, belediye encümeninin 13.10.1995 günlü kararı ile işin davacı şirkete ihalesine karar verilmesinden ve bu kararın 1.11.1995 gününde ita amiri tarafından onaylanmasından sonra davacının bütün uyarı ve tebligatlara rağmen sözleşmeyi imzalamaması nedeniyle 2886 sayılı Yasa uyarınca ihalenin feshedilerek geçici teminatın gelir kaydedilmesine karar verildiği, işlemin

ihalenin feshine ilişkin bölümünün dava konusu edilmemesi karşısında bu işlemin kesinleşmesi nedeniyle geçici teminatın gelir kaydedilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı, bu durumda idarenin sorumluluğunu gerektirecek bir zarardan da söz edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu İstanbul 1. İdare Mahkemesinin 22.5.1997 günlü, E: 1996/1406, K: 1997/561 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbiri bulunmadığından bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan mahkeme kararının ONANMASINA, fazla yatırılan 650.000.-lira harcın temyiz isteminde bulunana iadesine, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 27.10.1998 gününde oybirliğiyle karar verildi.