

# TÜRK VE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKLARINDA İHALE İŞLEMLERİNİN İPTALİNİN KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNE ETKİSİ

## THE EFFECT OF THE ANNULMENT OF THE AWARD DECISION ON THE PUBLIC PROCUREMENT CONTRACTS IN TURKEY AND EU LAW

Dr. Hasan GÜL\*

### ÖZ

Kamusal ihtiyaçların bir an önce giderilmesi zorunluluğu karşısında, ihale işlemlerine ilişkin yargılama süreci beklenmeksizin ihale sözleşmesi imzalanmaktadır. Bu bakımdan, yargısal inceleme sonucunda verilecek iptal kararlarının sözleşme üzerindeki etkisinin belirlenmesi gerekmektedir. İptal kararlarının sözleşme üzerinde herhangi bir etkisinin olmayacağının kabulü, yargılama sisteminin varlığını anlamsız hale getirirken; Türkiye uygulamasında da olduğu gibi, ihale sürecinde tespit edilen hukuka aykırılığın ağırlığına, sözleşme konusu işin niteliğine veya bulunduğu aşamaya ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın sözleşmenin hükümsüz sayılması da, özel sözleşmelere bağlı hakların dokunulmazlığı, kamu alım sisteminin etkinliği ve kamu yararı açısından ölçüsüz bazı sonuçlara yol açabilmektedir. Bu çalışmada, iptal kararlarının sözleşme üzerindeki etkisine ilişkin olarak, öğretilerde ifade edilen görüşler ile yargı kararları aktarıldıktan sonra Türkiye uygulaması belirtilmiş ve nihayetinde AB Hukuku'nda yer alan ve iptal kararlarının uygulanmasında üye ülkelere esneklik sağlayan düzenlemeler üzerinde durulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Kamu Alımı, İhale İşlemlerinin İptali, İhale Sözleşmeleri, AB Kamu Alımları Başvuru Direktifleri, Ayrılabilir İşlem Kuramı

---

Makalenin Geliş Tarihi : 28.04.2021

Makalenin Kabul Tarihi : 01.11.2021

\* Danıştay Üyesi

hasangul.1964@gmail.com ORCID ID: 0000-0002-3084-3813

## ABSTRACT

Since the public needs to be met immediately, the public procurement contract is concluded before the judicial review regarding the award decision. Therefore, it is required to determine the effect of the annulment of the award decision on the contracts. While the acceptance the annulment of the award decision will have no effect on the contracts makes the existence of the judicial system meaningless; as seen in the practice in Turkey, setting aside a concluded contract without any assessment regarding the severity of the infringements in the award decision and the nature and the stage of the work subject to the contract, may lead to unbounded results, regarding the sanctity of private contractual rights, the effectiveness of the public procurement system and in terms of public interest. In this study, regarding the effect of the annulment of the award decision on the contracts, after expressing the views of the doctrine and judicial decisions, the practises of Turkey are explained and finally EU Law, which authorize the member countries to make a more flexible legislation, is examined.

**Keywords:** Public Procurement, Annulment Of The Award Decision, Public Procurement Contracts, EU Public Procurement Remedies Directives, Detachable Act Doctrine

## GİRİŞ

Kamusal ihtiyaçların karşılanmasını amaçlayan kamu alım sürecinin ilk aşaması ihaleye çıkılmayla başlayan ve ihale üzerinde kalan kişi ile idare arasında bir sözleşmenin imzalanmasına kadar devam eden ihale işlemlerini, ikinci aşaması ise karşılıklı edimlerin ifa edildiği sözleşmenin uygulanması safhasını kapsar. Türkiye’de de bu ayrımaya paralel olarak, ihale sürecine ilişkin usul ve esaslar 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda, sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanmasıyla ilgili kurallar ise 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda yer almaktadır.

Kamu alım sisteminin etkinliği; saydamlık, rekabet ve eşit muamele başta olmak üzere temel ihale ilkelerini uygulamaya geçirecek düzenlemelerin yapılması yanında, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanmasına bağlıdır. Ayrıca ihalenin

tarafının bu düzenlemelere uyumunun sağlanması da şart olup, bu amacı gerçekleştirmenin en etkin yollarından birisi ihale işlemlerinde hukuka aykırılık bulunduğunu düşünen ilgililerin kullanabileceği bir başvuru sisteminin<sup>1</sup> kurulmasıdır. Ancak oluşturulacak bu sistemin, belirtilen faydası yanında, kamu alım sürecini ciddi ölçüde sekteye uğratma riski dolayısıyla, ihtiyaçların zamanında karşılanması amacıyla çelişen bir yönü de olacaktır.<sup>2</sup>

Bu itibarla, kaçınılmaz şekilde birbiriyle çelişen, başvuru sisteminin etkinliği ile ihtiyaçların zamanında karşılanması amaçları arasında makul bir dengenin kurulması gerekmektedir. Bu kapsamda, bir taraftan, inceleme organlarına<sup>3</sup> yapılacak başvuruların, ihale sürecini belli bir süre için de olsa kendiliğinden durduracağına ve/veya ihale sözleşmesinin imzalanamayacağına ilişkin kurallar konularak başvuru sisteminin etkinliği artırılmaya çalışılırken; diğer taraftan da, ihale sürecine yönelik hukuka aykırılık iddialarına ilişkin inceleme ve/veya yargılama sürecinin tüm aşamaları tamamlanmadan ihale sözleşmesinin imzalanmasına izin verilmek suretiyle ihtiyaçların bir an önce karşılanması amacı sağlanmaya çalışılmaktadır.

Öte yandan, ihale sözleşmesinin imzalanmasıyla, ihtiyaçların bir an önce karşılanması anlamıyla sınırlı olmak kaydıyla kamu alımında etkinlik amacına ulaşılabilirken, başvuru sahibi adına anlamlı sonuçlar üreten etkin bir başvuru sisteminin varlığı, ihale işlemlerinin iptal edilmesi durumunda, bu iptalin sözleşme üzerindeki etkisine bağlı kalacaktır.

<sup>1</sup> Başvuru sistemi, idari ve yargısal başvuru yolundan veya sadece yargısal başvuru yolundan oluşan, ancak başvuruların incelenmesinde kendisine mahsus kuralları bulunan; inceleme, denetleme ve ihtilaf çözme vasıflarını haiz sistem.

<sup>2</sup> SWAN, Collin D. “Lessons from Across the Pond: Comparable Approaches to Balancing Contractual Efficiency and Accountability in The U.S. Bid Protest and European Procurement Review System”, Public Contract Law Journal, 2013, Vol. 43, No:1, s. 29, 30.

<https://www.jstor.org/stable/24430312?refreqid=excelsior%3A43b0528ee59b10b2ad0fbdd06af0e65b&seq=1> (Erişim Tarihi: 28/03/2021).

<sup>3</sup> İnceleme organları, zorunlu idari başvuru yolu bulunan ülkelerde, idari inceleme organları ile bunların kararlarını denetleyen yargısal organlardan; diğer ülkelerde ise sadece yargısal organlardan oluşur.

Türkiye uygulamasında, ihale işlemlerinin iptali durumunda, tespit edilen hukuka aykırılığın ağırlığına, sözleşme konusu işin niteliğine veya bulunduğu aşamaya ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın imzalanan sözleşmenin feshi yoluna gidilmektedir. Bu uygulamaya bağlı olarak da özellikle idari inceleme süreci ile yargılamanın ilk derece ve temyiz safhalarında verilen farklı kararlar üzerine sözleşmenin tarafının birden fazla kez değiştiği ya da ihalenin iptal edilebildiği, bunun sonucunda da kamu alım sisteminin etkinliğinin önemli ölçüde azaldığı görülmektedir.

Diğer ülke uygulamalarına bakıldığında, Avrupa Birliği (AB) Hukuku'nda, 2007 yılına kadar tamamen ahde vefa ilkesi ön planda tutularak özel sözleşmelerin dokunulmazlığı ilkesi büyük ölçüde korunurken, Amerika Birleşik Devletleri'nde 1960 yılına kadar, hukuka aykırılığı belirlenen ihale işlemlerine dayanarak imzalanan sözleşmelerin bağlayıcı olamayacağı anlayışından hareketle bu sözleşmelerin baştan itibaren yok hükmünde olduğu kabul edilmiştir. Ancak, başlangıç noktaları iki zıt kutbu temsil eden bu iki sistem, zaman içinde aynı amaca doğru yönelerek, sözleşmenin bağlayıcı olması gerektiğini savunan görüş ile hukuka aykırı işlemlere dayalı sözleşmelerin geçerli kılınamayacağını savunan görüş arasında makul bir denge kurulmaya çalışılmıştır<sup>4</sup>.

Bilindiği üzere, Türkiye ile AB arasında tam üyeliğe yönelik yürütülen katılım müzakerelerine esas alınan fasıl başlıklarından birisi de “Kamu Alımları”dır. Bu alan AB’de klasik, sektörel ve savunma alımları ile imtiyazlar temel başlıkları altında düzenlenmiştir. Türkiye’de klasik kamu alımlarına ilişkin düzenlemeler 4734 sayılı Kanun’da, imtiyaz verilmesine ilişkin düzenlemeler dağınık bir şekilde çeşitli kanunlarda yer alırken, sektörel ve savunma alımlarına ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır.

Çalışmada öncelikle ihale işlemlerinin iptalinin kamu ihale sözleşmelerine etkisine ilişkin öğretide ifade eden görüşler ile yargı kararları aktarıldıktan sonra Türkiye uygulaması üzerinde durulmuştur. Akabinde AB Hukuku klasik kamu alımları mevzuatı incelenerek daha

---

<sup>4</sup> SWAN, s. 31, 32.

esnek kurallar içeren bu düzenlemelerin, öğretide ortaya konulan görüşler ile yargısal içtihatlar dikkate alındığında, mevcut anlayış çerçevesinde, Türkiye’de de uygulanabilirliği değerlendirilmiştir.

Makalede AB Hukuku klasik kamu alımları üzerinde durulmakla birlikte, Türkiye uygulaması, öğretide ifade edilen görüşler ve yargı kararlarının aktarılmasında, konumuzla benzerlik taşıdığı ölçüde, özelleştirme ve diğer satış işlemlerinden de bahsedilmiştir.

## 1. İPTAL KARARLARININ HUKUKİ SONUÇLARI VE ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİNE ETKİSİ

### 1.1. İptal Kararlarının Hukuki Sonuçları

Öğretide iptal kararlarının<sup>5</sup> etki ve sonuçlarına ilişkin fazlaca bir ihtilaf bulunmamaktadır. Genel kabul gören yaklaşıma göre iptal kararı; hukuka aykırılığın, bu aykırılığın doğumu anından başlayarak ortadan kaldırılmasını, hukuk düzeninin hukuka aykırılığın bulunmadığı duruma döndürülmesini, doğmuş sonuçların olabildiğince silinmesini, kısaca iptal kararının geriye yürümesini gerektirir. Eski durumun geri gelmesinde fiilî ya da hukuki engeller varsa, idare bu engelleri kaldırmak için gereken tüm eylem ve işlemleri yapmakla yükümlüdür<sup>6</sup>. Geçmişe etkili olmanın tek istisnası ise, kişilerin elde ettikleri kazanılmış hakların korunması ilkesidir.<sup>7</sup>

İptal kararlarının Anayasa’nın 138/4 maddesinde yer alan, “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” kuralı ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 28/1 maddesinde yer alan, “Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde

<sup>5</sup> İptal kararı kavramı, yürütmenin durdurulması kararlarını da kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

<sup>6</sup> ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 550-555.

<sup>7</sup> ULUSOY, Ali D., Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 679, 774.

Dr. Hasan GÜL

bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.” kuralına göre, kararın tebliğinden itibaren 30 günü geçmemek kaydıyla, makul bir süre içinde uygulanması gerekmektedir. Aksi yöndeki uygulamalar Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu gibi, hak arama özgürlüğünün de ortadan kaldırılması anlamına gelecektir<sup>8</sup>. Ayrıca, yargı kararlarının uygulanmaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından adil yargılanma hakkının ihlali kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>9</sup>

Bununla birlikte, iptal kararlarının uygulanıp uygulanmadığı veya gereği gibi uygulanıp uygulanmadığı çokça görülen tartışma konularından birisidir. İhtilaf genellikle iptal kararlarının gereklerinin ne olduğunun yorumlanması ile kararın uygulanmasında hukuki ve/veya fiilî bir imkânsızlık hâli bulunup bulunmadığı noktasında cereyan etmektedir.

Öğretide, iptal kararlarının uygulanmasının hukuken veya fiilen mümkün olamayacağı bazı istisnai durumların varlığı kabul edilmektedir. Hukuki imkânsızlık hâli, iptal edilen işlemin tesisinden sonra ortaya çıkan hukuksal durumun kararın uygulanmasını olanaksız kılması<sup>10</sup> olup, imkânsızlık durumunun varlığının her olayın özelliğine göre kendi içinde değerlendirilmesi gerekir.<sup>11</sup> Fiilî imkânsızlık hâli ise<sup>12</sup> nesnel alandaki engeller nedeniyle yargı kararının uygulanamamasıdır<sup>13</sup>. Davacının mahkeme kararının uygulanmasından feragat etmesi de

---

<sup>8</sup> ALTAY, Evren, “Yargı Kararlarının Uygulanması”, Sempozyum, 139. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü, Danıştay Yayınları, 2008, s. 111.

<sup>9</sup> ERKUT, Celal, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici Mekanizmalar”, Sempozyum,141. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü, Danıştay Yayınları, 2010, s. 29.

<sup>10</sup> Kamu görevlilerince statü hukukuna ilişkin tesis edilen işlemlere karşı açılan davalarda verilen iptal kararlarının ilgilinin yaş haddini doldurması sebebiyle uygulanamaması gibi.

<sup>11</sup> ALTAY, 2008, s. 122.

<sup>12</sup> Radyo ve televizyon kuruluşları hakkında tesis edilen yayın durdurma işleminin, yaptırımın uygulanmasından sonra iptal edilmesi sebebiyle yargı kararının uygulanamaması gibi.

<sup>13</sup> ALTAY, 2008, s. 125.

kararın uygulanmaması bakımından mazur görülebilecek bir durumdur. Öte yandan, hukuki ve/veya fiili imkânsızlık, mahkeme kararlarının uygulanmamasını değil, uyuşmazlığın niteliğine göre, kararın uygulanma şeklinde değişiklik yapılabilmesini mazur gösterir.<sup>14</sup>

Yargı organlarınca verilen kararlar arasında uygulanma zorunluluğu bakımından bir fark bulunmamasına karşın, uygulanmayan yargı kararlarının büyük çoğunluğunun idari yargı yerlerine ait olması idare hukukuna özgü nedenlerden kaynaklanmaktadır<sup>15</sup>. Kıta Avrupası sistemi olarak da adlandırılan, kamu hizmetine, kişilerarası hukuki ilişkilere uygulanan özel hukuk hükümlerinden farklı usul ve esasları bulunan, diğer hukuk dallarından bağımsız idare hukuku hükümlerinin uygulandığı idare ve idare hukuku sistemine idari rejim adı verilmektedir<sup>16</sup>. İdari rejim, idari yargı yerlerinin davada getirdikleri çözüme uygun idari işlem tesisi yetkisini, kamu gücünün temsilcisi olan idareye tanımıştır. Bir başka deyişle, idari yargı kararlarına uygun idari işlem tesisi, davada taraf durumunda bulunan idarenin idari yetkisi içerisindedir. Bu yetkinin, onun yerine bir başkası veya başka bir idare tarafından kullanılması, idari rejimin gereklerine ve bu rejimin idari kuruluşlar için belirlediği yetki kurallarına aykırıdır.<sup>17</sup>

İptal kararlarının etkisi ile ilgili olarak en çok ihtilafa yol açan hususlardan birisi iptal kararlarının geçmişe etkili sonuç doğurması gerektiği yönündeki kabuldür. Konu ile ilgili olarak Atay, geçmişe etkili olmanın iptal davalarında kararın etkinliğini sağlamaya yarayan bu davaya özgü bir nitelik taşıdığını, bununla birlikte, geçmişe yürümenin olumsuz bazı sonuçlara yol açacağı durumlarda, kaldırma işleminde

<sup>14</sup> AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, s. 757, 758.

<sup>15</sup> ALTAY, Evren, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 4.

<sup>16</sup> AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 66.

<sup>17</sup> CANDAN, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, PwC Türkiye, İstanbul 2015, s. 696, 697.

Dr. Hasan GÜL

olduğu gibi, iptal kararının geleceğe etkili şekilde uygulanmasının kabulü gerektiğini belirtmektedir.<sup>18</sup>

Benzer şekilde Kaplan da iptal kararının geçmişe etkili sonuç doğuracağı yolundaki içtihadın, muhtemelen, Conseil d'État'ın aynı kabulü içeren ve yakın zamana kadar hiç şaşmadan uygulanan 26/12/1925 tarihli Rodière kararından esinlendiğini belirttikten sonra, bu kabul ve prensibin beraberinde getirdiği bazı sorunlu alanlar bulunduğunu, ihale sözleşmelerinden ayrılabilir işlemler ve idari sözleşmeler hakkında verilen iptal kararlarının da bunlar arasında yer aldığını vurgulamaktadır.<sup>19</sup>

İdari işlemlerin yasallığı ilkesi ile hukuki istikrar ve güvenlik ilkelerinin nispi uzlaşmazlığının yol açtığı bu sorunları çözebilmek için formül arayışına giren Conseil d'État çözümü geleneksel olarak iptal kararlarına tanınan etki ve bağlanan hukuki sonuçları yumuşatmakta bulunmuştur. Geleneksel kabulden uzaklaşan bu yaklaşımın temelinde, genellikle, iptal kararının kolayca uygulanabilirliğini sağlamak; kararın, tekemmül etmiş ya da etmekte olan hukuksal ilişkileri yıkıma uğratmasına izin vermemek ve kamu yararı ile adaletin etkinliği ilkelerini bağdaştırmak amaçları bulunmaktadır.<sup>20</sup>

İptal kararlarının etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak adına savunulan görüşlerden birisi de yargı kararlarının uygulanma şeklini belirleme ve uygulamayı izleme yönünde yargıca yetki verilmesi gerektiği yönündedir. Bu konuda özellikle Fransa örneği üzerinde durulmaktadır.

Fransa'da 1980 tarih ve 80-539 sayılı Kanunla, idari yargı kararlarının uygulanmaması hâlinde, gecikilen her gün için belli bir miktar para cezasının ödenmesine hükmedilmesi öngörülmüştür. İdari

---

<sup>18</sup> ATAY, Ethem, “İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması”, Sempozyum, 139. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü, Danıştay Yayınları, 2008, s. 61, 62.

<sup>19</sup> KAPLAN, Gürsel, “İptal Kararlarının Etki ve Sonuçlarının Zaman Yönünden Yargıç Tarafından Sınırlandırılması”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, 2013, s. 32. <http://www.idare.gen.tr/kaplan-zaman.pdf> (Erişim Tarihi: 28/03/2021).

<sup>20</sup> KAPLAN, 2013, s. 32, 33.



yargı kararlarının uygulanmasının denetimi ise Danıştay'a verilmiş ve bu amaçla 1985 tarihli Kararname ile "Rapor ve İnceleme Dairesi" adı altında bir daire kurulmuştur. Daire, yargı kararının uygulanmasında güçlüğü düşen idareye yol göstererek yardımcı olduğu gibi, ilgilinin başvurusu üzerine, kararı uygulamayan idare üzerinde yetkili mercilere bildirmek ve para cezası uygulamak gibi yetkileri de kullanabilmektedir. Daha sonra, 95-125 sayılı Kanunla, yargıcın idareye yargısal emir verme yetkisi de kabul edilmiştir. Yargıç bu yetkisini para cezasıyla birlikte de kullanabildiğinden, yargısal emri yerine getirmeyen görevliler hakkında para cezaları da gündeme gelmektedir.<sup>21</sup>

95-125 sayılı Kanun'a göre yargılama yetkisi, hukuku yorumlama yanında, bir yargı kararının hukuk düzenindeki etkilerini izleme ve denetleme yetkisini de içermektedir.<sup>22</sup> İdari yargıcın karar verme yükümlülüğü, kararın hem açıklığını, hem de idareye uygulama kolaylığı sağlamasını kapsadığından, yargısal emir kurumu idari yargıcın kararı somutlaştırma yeteneğiyle sınırlıdır.<sup>23</sup>

Sonuç itibarıyla, iptal kararlarının etki ve sonuçlarına ilişkin klasik görüş ve uygulamaların zaman içinde kısmen de olsa değiştiği, bu alandaki genel gidişatın ise iptal kararlarının uygulanma şeklini belirleme hususunda yargıca daha fazla yetki verilmesi yönünde olduğu anlaşılmaktadır.

## 1.2. İptal Kararlarının Özel Hukuk Sözleşmelerine Etkisi

İdarenin özel hukuk hükümlerine göre akdettiği bir sözleşme de söz konusu olsa, hazırlık aşamalarında yapılan işlemler idari nitelik taşıdığından, hem bunların idare hukuku ilke ve kurallarına uygun olması gerekmekte, hem de bu muamele sırasında yapılan herhangi bir hukuka aykırılık başlı başına bir sonuç doğurması hâlinde "ayrılabilir işlem" kuramı uyarınca idari yargı yerleri önünde görülecek türden bir davaya konu edilebilmektedir.<sup>24</sup> Bu kuram, idari karar alma sürecinde

<sup>21</sup> ÇAĞLAYAN, s. 746, 747.

<sup>22</sup> ERKUT, 2010, s. 25.

<sup>23</sup> YAŞAR, H. Nuri, İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir, XII Levha, İstanbul, 2013, s. 176.

<sup>24</sup> ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 508, 509.

gerçekleştirilen işlemler arasında ancak nihai işlemin iptal davasına konu edilebileceğini öngören zincir işlemler kuramının da terkedilmesini sağlamış; hukuksal prosedür ve statüler içinde yer alan ama doğrudukları hukuksal sonuçlar açısından farklı özelliklere sahip işlemlerin iptal davasına konu olabilecekleri kabul edilmiştir.<sup>25</sup>

Ayrılabilir işlem kuramının bu yüzyılın başında doğduğunu belirten Sezginer, kuramın ortaya çıkışına kadar Conseil d'État'ın iptal davasını, sözleşme ve sözleşmenin oluşumu sırasında ortaya çıkan tek yanlı işlemlere karşı kabul etmediğini aktarmaktadır. Bu işlemlere karşı iptal davası yolunun kapalı tutulması, sözleşmeden kaynaklanan ve taraflar bakımından kazanılmış hak oluşturduğu kabul edilen haklara zarar vereceği düşüncesinden kaynaklanmıştır. Bu engel, ayrılabilir işleme karşı açılan iptal davasının bizzat sözleşmeyi ve sözleşmeden doğan hakları etkilemeyeceğinin ortaya konulmasıyla aşılmıştır.<sup>26</sup>

Bu durumda da sözleşmeden ayrılabilir işlemlere karşı açılan davada verilen iptal kararlarının ne işe yaradığı sorusunun gündeme geldiğini belirten Kaplan, bu sorunun uzunca bir süre tartışma konusu yapıldıktan sonra Conseil d'État'ın 2014 tarihli bir kararı ile çözüldüğünü belirtmektedir. Bu karar ile üçüncü kişilere de sözleşmenin tümü ya da belli bazı hükümlerinin geçerliliğine itiraz ve dava hakkı tanındığı için idari sözleşmelerden ayrılabilir işlemlere karşı iptal davası açmaya artık gerek kalmamıştır.<sup>27</sup>

Sözleşmeden ayrılabilen idari işlemlerin iptalinin sözleşmenin hukuki geçerliliğini etkilemesinin, bir başka deyişle imzalanan sözleşmeyi hükümsüz kılıp kılmayacağı sorununun gerek Türk gerekse yabancı hukuk öğretisi ve yargı kararlarında tam bir çözüme kavuşturulmadığını belirten Gözübüyük ve Tan, bu durumun Fransız

---

<sup>25</sup> ERKUT, Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, No:51, Ankara, 2015, s. 157.

<sup>26</sup> SEZGİNER, Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 34, 137, 143.

<sup>27</sup> KAPLAN, Gürsel, "Fransız İdare Hukukunda İdari Sözleşmelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümü İle İlgili Yeni Gelişmeler", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 35, 2016, s. 24. <https://www.idare.gen.tr/kaplan-sozlesme.pdf> (Erişim Tarihi:14/04/2021).

idare hukukunda “şaşırtıcı bir yargısal boşluk” olarak nitelendirildiğini ifade etmektedir.<sup>28</sup>

Gözler, ayrılabilir işlemlere karşı açılan iptal davasının, ayrılabilir işlem hukuka aykırı ise sözleşmenin değil, ayrılabilir işlemin iptal edilmesi sonucunu doğuracağını, yani sözleşmeden ayrılabilir bir işlemin iptal edilmesinin, sözleşmenin geçerliliği üzerinde bir etkisi olmayacağını belirtmektedir. Ayrıca, iptal davasına bakan hâkimin idari sözleşmeye dokunma gibi bir yetkisinin olmadığını, Fransız Danıştay’ı Rapor ve Etüt Dairesinin de “sözleşmeden ayrılabilir bir işlemin iptali, bizzat sözleşme üzerinde doğrudan hiçbir etkiye sahip değildir. Sözleşme tarafların kanunu olarak kalır” dediğini aktarmaktadır.<sup>29</sup>

Gözübüyük ve Tan da bu konuda genellikle benimsenen görüşün, sözleşmeden ayrılabilen idari işlemin iptalinin otomatik bir şekilde sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açamayacağı yönünde olduğunu belirtmektedir. Fransız idari yargı kararlarında görülen yaklaşıma göre, ayrılabilir işlem sözleşmede yer alan bir hükmün hukuka aykırılığı nedeniyle iptal edilmişse, sözleşmenin de hükümsüzlüğüne yol açarken, kendisindeki bir bozukluk nedeniyle iptal edilmişse, o takdirde bu işlemle sözleşme arasındaki ilişkinin niteliğine bakılacaktır. Bu durumda da iptal edilen ayrılabilir işlem sözleşmenin yapılmasına dayanak oluşturuyor ise aralarında sıkı bir ilişki var demektir ve sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açmaması olanaksızdır.<sup>30</sup>

Benzer bir görüşü aktaran Atay da Fransız Hukuku’nda, iptal kararı üzerine diğer bütün işlemlerin de hukuka aykırı bulunarak ortadan kaldırılmasında dava konusu edilen işlemle bunun üzerine kurulan diğer işlemler arasında sıkı ve zorunlu bir bağın bulunması şartının arandığını belirtmektedir.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, TAN Turgut, İdare Hukuku, Cilt I Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 519.

<sup>29</sup> GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku II, Ekin Kitabevi, Üçüncü Baskı, Bursa, 2019, s. 226.

<sup>30</sup> GÖZÜBÜYÜK, TAN, s. 520.

<sup>31</sup> ATAY, s. 70.

Ayrılabilir işlem kuramının amacının, kamu gücünün ürünü olan sözleşmeyi kurma iradesini idari yargıya denetletmek ve bu suretle kamu gücünün hukuka aykırı kullanımına karşı hukuk sistemini korumak olduğunu belirten Özey, bu denetime izin veren bir hukuk sisteminin, iptal kararının sözleşmeye sirayet etmesini istemediğini varsaymanın tutarsızlık olacağı sonucuna varmaktadır<sup>32</sup>. Karahanoğulları da sözleşme yapma iradesinin hukuka aykırı olduğu mahkeme kararıyla saptanan idarenin, yargı kararını uygulamak için sözleşmeyi feshetmesi gerekeceğini belirtmektedir.<sup>33</sup>

Öte yandan, kamu ihale sözleşmeleri bakımından iki aşama teorisinin geçerli olduğunu belirten Buz, idari işlem aşamasında meydana gelen herhangi bir sakatlığın veya bu aşamaya ilişkin idari işlemlerin bir kısmının ya da tamamının iptal edilmesinin, özel hukuk sözleşmesinin de kendiliğinden geçersiz hale gelmesi sonucunu doğurmayacağını ifade etmektedir. Sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada gerçekleşen hukuka aykırılıklar veya idari yargıda verilen iptal kararlarının özel hukuk sözleşmesinin geçersizliğine yol açabilmesi için bu durumların aynı zamanda Borçlar Kanunu anlamında da bir geçersizlik sebebi sayılması gerekmektedir.<sup>34</sup>

İhale hukukuna ilişkin kuralların, taraflarından birisini idarenin teşkil ettiği sözleşmeler bakımından idarenin irade özerkliğini sınırlandırdığını ifade eden Demirbaş, idarenin kurmak istediği sözleşmenin karşı tarafını belirlerken bu kurallarla bağlı olduğunu, aksi durumda emredici nitelikteki ihale hukuku kurallarına aykırılığın gündeme geleceğini, kanunun emredici hükümlerine aykırılık taşıyan sözleşmelerin ise Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesine göre hükümsüz sayılacağını savunmaktadır. Ancak bazı durumlarda, ihalenin iptal edildiğinden hareketle sözleşmenin de sona erdirilmesi hakkaniyete ve kamu yararına aykırılık teşkil edebileceğinden kesin hükümsüzlük

---

<sup>32</sup> ÖZAY, s. 530, 531.

<sup>33</sup> KARAHANOGULLARI, Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 347-348.

<sup>34</sup> BUZ, Vedat, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 84, 85, 108.

yaptırımının da dürüstlük kuralı denetimine tabi tutulması gerekmektedir.<sup>35</sup>

Bazı kuruluşların özelleştirilmesi yolunda tesis edilen idari işlemlerin iptalinin uygulanabilirliğini değerlendiren Altay, özelleştirme kararından sonra söz konusu kurumun niteliği değişmiş ise bu durumun kararın uygulanmasını imkânsız kılıp kılmayacağını değerlendirilmesi ve bu değerlendirmeden sonra işlem tesis edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.<sup>36</sup>

Yargı kararlarının sözleşmeye etkisi değerlendirilirken, iptal kararının gerekçesinin de önemli olduğunu belirten Toprak, belirli durumlarda iptal kararının kamu düzeni ve hizmeti ile ilişkili bulunmaktan çok sadece isteklilerin ekonomik menfaatlerini ilgilendirebileceğini, örnek olarak şekil eksikliği nedeniyle değerlendirme dışı kalması gereken teklif sahibi ile sözleşme imzalanması durumunda sözleşmenin uygulanmasına devam edilebileceğini ifade etmekle birlikte<sup>37</sup>, bunu davacı durumundaki isteklinin kabulü şartına bağlamaktadır.<sup>38</sup>

Bu değerlendirmeler çerçevesinde, ağırlıklı görüşün, hukuka aykırı bir işleme dayalı sözleşmenin devamından söz edilemeyeceğinden, bu sözleşmenin bir şekilde sonlandırılması gerektiği yönünde olduğu, ancak belli şartların bulunması durumunda sözleşmenin uygulanmasına devam edilebileceğini savunanların da olduğu anlaşılmaktadır.

<sup>35</sup> DEMİRBAŞ, Harun, “Usulüne Uygun Yapılmayan İhalenin İdare Mahkemesi Kararı ile İptalinin Kamu İhale Sözleşmesine Etkisi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, Sayı 4(1), s.119. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1102235> (Erişim Tarihi:28/03/2021).

<sup>36</sup> ALTAY, 2004, s. 218, 219.

<sup>37</sup> TOPRAK, Eren, Kamu İhale Hukuku: Türkiye’de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejim, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 471.

<sup>38</sup> Benzer şekilde, 29/06/2017 tarih ve 30109 sayılı R.G.’de yayımlanan Tebliğ değişikliği ile Kamu İhale Genel Tebliği’ne eklenen “Sözleşmenin uygulanması aşamasındaki idari yargı kararları” başlıklı 25.4 maddede, açtığı dava sonucunda kamu ihale sözleşmesini imzalamaya hak kazanan isteklinin bu hakkından vazgeçmesi durumunda, mevcut sözleşmenin feshedilmeyerek uygulanmasına devam edileceği belirtilmektedir.

Ayrılabilir idari işlemin iptalinin sözleşmenin hukuki geçerliliği üzerindeki etkisinin tayinindeki temel güçlük, özel sözleşmelere bağlı hakların mümkün olduğunca korunması ile hukuk devleti ilkesinin gereğine uygun işlem tesisi arasında makul bir denge sağlanmasının kolay olmamasıdır. Bu hassas dengenin belirlenmesinde, idari işlemin iptaline yol açan hukuka aykırılığın ağırlığı ve kamu yararı başta olmak üzere pek çok husus bir arada değerlendirilmek suretiyle bir karar verilmesi gerekmektedir.

### **1.3. İptal Kararlarının Etkisi ve Uygulanmasına İlişkin Yargı Kararları**

#### **1.3.1. Danıştay Kararları**

Türkiye’de iptal kararlarının, hukuki ve/veya fiili imkânsızlıklar bulunduğu ileri sürülerek uygulanmamasının örneklerine, daha çok, özelleştirme işlemlerinin iptaline ilişkin yargı kararlarının uygulanmasında rastlanmaktadır. İdareler tarafından bu iptal kararlarının uygulanmamasına yönelik Bakanlar Kurulu Prensipten Kararı veya Özelleştirme Yüksek Kurulu (ÖYK) kararları alındığı ya da konuya ilişkin yasal düzenleme yapılması yoluna gidildiği görülmektedir.

Türkiye Çimento ve Toprak Sanayi TAŞ’ye ait 5 çimento şirketi ile Uçak Servisi AŞ’deki kamu hisselerinin yabancı şirketlere satışının iptaline dair yargı kararlarının uygulanması yönünde işlem tesisine hukuken imkân bulunmadığına ilişkin 27/04/1992 tarihli Bakanlar Kurulu Prensipten Kararı da bu kapsamdadır. Kararın gerekçesi, yargı kararlarının uygulamaya konulmasının, Türkiye ile yabancı şirketler ve ülkeler arasında yeni hukuki sorunlar doğuracağı, "ahde vefa" gibi bir devletlerarası kuralın iptal kararı sebebiyle göz ardı edilmesinin Türkiye’nin yararına olamayacağı ve milletlerarası hukukun temel prensipleri ile bağdaşmayacağıdır.

Ancak Bakanlar Kurulu’nun bu kararı Danıştay tarafından, Anayasa ve 2577 sayılı Kanun hükümleri ile ortaya konulan hukuki durum karşısında, yargı yerlerince verilen kararların ilgili mercilerce uygulanmasının asıl olduğu, Bakanlar Kurulu’nca kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanmamasını öngörür nitelikte bir prensipten kararı

alınmasının açıkça hukuka aykırı bulunduğu gerekçesi ile iptal edilmiştir.<sup>39</sup>

Daha sonra, 26/04/2012 tarih ve 6300 sayılı Kanun ile 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a eklenen Ek-5. maddeyle, özelleştirme işlemlerini iptal eden yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak, oluşabilecek fiilî imkânsızlıklar karşısında tesis edilecek iş ve işlemler konusunda karar almaya Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır.

Bu yetki kapsamında Bakanlar Kurulu'nca, özelleştirme uygulamaları sonucunda nihai devir sözleşmesi imzalanarak devir ve teslim işlemleri tamamlanan bazı özelleştirme işlemleri hakkında verilen iptal kararlarıyla ilgili, geriye ve ileriye yönelik herhangi bir işlem tesis edilmemesi yönünde 11/06/2012 tarih ve 2012/3240 sayılı karar alınmıştır. Ancak bu karar da, karara dayanak ibarenin Anayasa'ya aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından iptal edildiği gerekçesi ile iptal edilmiştir.<sup>40</sup>

Yine, ÖYK'nın, özelleştirme kapsam ve programına alınan bir taşınmazın satış ihalesinin Danıştay tarafından iptali<sup>41</sup> üzerine aldığı; "... gelinen aşama itibarıyla hukuki ve fiilî imkânsızlıklar da dikkate alınarak, taşınmazın geri alınmasına yönelik olarak herhangi bir işlem tesis edilmemesine" dair 28/04/2017 tarih ve 2017/14 sayılı kararı da, davalı idare tarafından ileri sürülen fiilî ve hukuki imkânsızlıkların kabul edilebilir nitelik taşımadığı gerekçesi ile Danıştay tarafından iptal edilmiştir.<sup>42</sup>

Danıştay Birinci Dairesinin istişari mahiyetteki görüşünde de 3096 ve 3996 sayılı Kanunlar uyarınca akdedilen imtiyaz ve özel hukuk sözleşmelerinin dayanağı Bakanlar Kurulu kararlarının Danıştay'ca iptal

<sup>39</sup> Danıştay Onuncu Daire'nin 28/05/2004 tarih ve E:2002/4061, K: 2004/5219 sayılı kararı.

<sup>40</sup> Danıştay Onüçüncü Daire'nin 07/06/2016 tarih ve E:2012/2512, K:2016/2237 sayılı kararı.

<sup>41</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 08/12/2016 tarih ve E:2016/4388, K:2016/3337 sayılı kararı.

<sup>42</sup> Danıştay Onüçüncü Daire'nin 07/11/2019 tarih ve E:2018/319, K:2019/3519 sayılı kararı.

Dr. Hasan GÜL

edilmesinin, bu kararlar uyarınca yapılan sözleşmeleri hukuki dayanaktan yoksun bıraktığı, dolayısıyla söz konusu kararların uygulanması niteliğinde olan sözleşmelerin dayanağının kalmadığı sonucuna ulaşılmıştır.<sup>43</sup>

Danıştay kararları arasında, iptal kararlarının etkisi bağlamında farklı bir yorum getirmesi bakımından Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK) tarafından verilen bir karar özel önem taşımaktadır. Bu karara esas alınan dava, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun (BDDK), Kentbank A.Ş.'nin Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna (Fon) devrine ilişkin 09/07/2001 tarih ve 382 sayılı kararının Danıştay Onuncu Dairesi'nce iptali<sup>44</sup> üzerine, ilgililer tarafından iptal kararının uygulanması istemiyle idareye yapılan başvurunun zımnen reddi işlemine karşı açılmıştır.

Danıştay Onüçüncü Dairesi söz konusu davada, Bayındırbank A.Ş. bünyesine katılan Bankanın tüzel kişiliğinin ticaret sicilinden terkin edilerek sona erdiği, banka tüzel kişiliğinin yitirildiği, önceki hukuksal durumun re'sen tesis edilemeyeceği, devir kararının alındığı tarihteki Kentbank'ın hukuki ve mali yapısının tesisi suretiyle davacıya iadesinde hukuki ve maddi (filî) imkânsızlık bulunduğu ve idarenin idari yargı kararını uygulayamadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.<sup>45</sup>

İDDK, bu karara karşı yapılan temyiz başvurusunu reddederek anılan kararı onamış<sup>46</sup>, ancak daha sonra karar düzeltme istemini kabul ederek, "... devir kararının alındığı tarihteki hukuki ve mali yapısının tekrar tesis edilmesi ve bankanın o zamanki durumu ile davacılara iade edilmesinin mümkün olmadığı anlaşılacakla birlikte, iptal kararının bir gereği olarak ve başkaca bir hukuki engel yoksa davalı idarenin, davacılara Bankalar Kanunu hükümleri çerçevesinde tekrar bankacılık faaliyetinde bulunabilecek koşulları sağlaması ve bankacılık işlemleri

---

<sup>43</sup> 27/2/2003 tarih ve E:2003/14; K:2003/25 sayılı karar.

<sup>44</sup> 21/06/2004 tarih ve E:2004/7935, K:2004/5575 sayılı karar.

<sup>45</sup> Danıştay Onüçüncü Daire'nin 29/11/2005 tarih ve E:2005/5546, K:2005/5699 sayılı kararı.

<sup>46</sup> İDDK'nın 21/03/2007 tarih ve E:2006/339, K:2007/384 sayılı kararı.



yapma ve mevduat kabul etme izni tanımak suretiyle banka kurmalarına izin vermeleri gerekir.” gerekçesiyle Daire kararını bozmuştur.<sup>47</sup>

İptal kararının uygulanma şekline ilişkin olarak idareye yol gösteren bu karar, idarenin yerine geçerek idareyi başka bir işlem yapmaya zorladığı, yargının böyle bir karar veremeyeceği gerekçesi ile eleştirilmiştir.<sup>48</sup>

Türkiye’de yürürlükteki yasal düzenlemeler<sup>49</sup> çerçevesinde bu eleştirinin yapılması mümkün ise de diğer ülke uygulamaları ve daha sonra üzerinde durulacak AYM kararları da dikkate alındığında Danıştay’ın bu yaklaşımının ileri bir noktayı temsil ettiği söylenebilir.

### 1.3.2 AYM Kararları

AYM, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nun Geçici 4/1 maddesinin iptali istemli başvuru üzerine verilen kararında, dava konusu kural ile daha önce düzenlenmiş ve tarafların özgür iradeleri sonucunda belli koşullara bağlanmış sözleşmelerin yasayla hükümsüz kılındığını, sözleşmelerin sona erdirilmesi veya diğer koşullarla ilgili uyumsuzlukların sözleşmelerde belirtilen usul ve esaslara ya da bu konuda hüküm bulunmayan hallerde genel hukuk kurallarına göre çözümleneceğini, öte yandan, bir hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sonucu olan ahde vefa ilkesinin de sözleşme özgürlüğünün korunmasını zorunlu kılacağı, açıklanan nedenlerle, mevcut sözleşmelerin yasa ile

<sup>47</sup> İDDK’nın 26/06/2008 tarih ve E:2007/1724, K:2008/1706 sayılı kararı.

<sup>48</sup> ULUSOY, Ali, “İdari Yargı Kararlarının Hukuk Düzenine Etkileri ve Uygulamadaki Sorunlar”, Sempozyum, TBMM Başkanlığı, Ankara, 2012, s. 22. [https://www.academia.edu/3617885/%C4%B0dari\\_Yarg%C4%B1\\_Kararlar%C4%B1n%C4%B1n\\_Hukuk\\_D%C3%BCzenindeki\\_Etkileri\\_Ve\\_Uygulamadaki\\_Sorunlar\\_Sempozyumu](https://www.academia.edu/3617885/%C4%B0dari_Yarg%C4%B1_Kararlar%C4%B1n%C4%B1n_Hukuk_D%C3%BCzenindeki_Etkileri_Ve_Uygulamadaki_Sorunlar_Sempozyumu) (Erişim Tarihi: 28/03/2021).

<sup>49</sup> Anayasa’nın 125. maddesinde, “Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez” hükmü bulunmakta olup aynı kurala 2577 sayılı Kanun’un 2. maddesinde de yer verilmiştir. Bu konuda bakınız: AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, 2021, s. 73-79.

Dr. Hasan GÜL

sona erdirilerek sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesinin Anayasa'nın 2. ve 48. maddelerine aykırılığına karar vermiştir.<sup>50</sup>

Bu kararında, hukuk güvenliğine ve ahde vefa ilkesine vurgu yapan AYM'nin, iptal kararlarının hukuki sonuçlarını ve özel sözleşmeler üzerindeki etkisini yorumladığı, norm denetimi ve bireysel başvuru üzerine verilen çeşitli kararlarındaki yaklaşımının, öğretilerde ortaya konulan görüşlerle paralel ya da biraz daha katı olduğu görülmektedir.

AYM, Fon tarafından gerçekleştirilen bir satış işleminin iptaline ilişkin yargı kararının, yargılamalar sürerken üçüncü bir kişiye satış yapıldığı ve üçüncü kişilerin haklarının korunması gerektiği gerekçesiyle uygulanmaması üzerine, mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuru sonucunda verdiği ihlal kararında, iptal kararlarının etkisi ve uygulanma şekline ilişkin görüşlerini ayrıntılı bir şekilde ortaya koymuştur.<sup>51</sup>

Bu kararda AYM, iptal hükmünün idari işlemi geçmişe etkili bir şekilde hukuk âleminde kaldıracığını, diğer ifadeyle, iptal edilen bir idari işlemin hiç tesis edilmemiş sayılacağını, iptal davasında idari işlemin hukuka aykırılığını tespit eden hâkimin yetkisinin, iptal edilen işlemin yerine geçecek şekilde yeni bir karar vermeden dava konusu işlemi iptal etmekle sınırlı olduğunu, karar verilmekle işlemin tüm etkilerinin kendiliğinden ortadan kalktığı durumlar hariç iptal kararının gereğini yerine getirme, bu doğrultuda gereken her türlü tedbiri alma görev ve sorumluluğunun idarece yerine getirileceğini ifade etmektedir.

İdarenin kararı uygulamak için elinden gelen her gayreti gösterdiğini ve kararı uygulama önündeki engellerin aşılabilirliğini ispatlaması gerektiğini belirten AYM, daha önce üzerinde durulan Danıştay İDDK kararında da belirtildiği üzere, aynen icranın hukuken veya fiilen imkânsızlığı hâllerinde ise ifanın şeklinde değişikliğe gidilebileceğini, bu durumda ilgiliye *eski hale getirme* ilkesine göre en

---

<sup>50</sup> AYM, 13.2.2002 tarih E:2001/293, K:2002/28 sayılı karar.

<sup>51</sup> AYM Genel Kurul Kararı, Erol Aksoy Başvurusu (2), B. No:2016/11026, Karar Tarihi: 12/12/2019.

uygun alternatif çözümün önerilerek söz konusu karara uyma iradesi bulunduğu açıkça ortaya konulması gerektiğini vurgulamaktadır.

Aynı Karar'da, ihaleye karşı açılan böyle bir davada, üçüncü kişiye yapılan bir satışın iptalini sağlamanın amaçlandığı gözetildiğinde, satışın gerçekleşmesinin tek başına bir hukuki veya fiili imkânsızlık sebebi sayılamayacağını belirten AYM, bunun yanında yapılan ihalenin ve dayanağı işlemlerin yargılamaya konu edildiği gözetildiğinde ihale alıcısının davanın sonucuna bağlı olarak ihalenin iptal edilebileceğini öngörebilmesinin bekleneceğini de ifade etmektedir.

Başka bir kararında da AYM, iptal kararlarının, davaya konu idari işlemle *ona bağlı olarak tesis edilen diğer işlemlerin* yapıldıkları tarihten itibaren ortadan kaldırılması ve işlemin tesisinden önceki hukuki durumun geri gelmesi, böylece hukuk düzeninin hiç bozulmamış hale getirilmesi şeklinde iki tür etkisi bulunduğunu vurgulamaktadır.<sup>52</sup>

Bu kararlara göre, Anayasa'nın 138. maddesinde belirtilen yargı kararlarının bağlayıcılığı ilkesi çerçevesinde, mahkeme kararlarının gereğinin yerine getirilmesi idarenin temel bir ödevi olup, bu kural değiştirilemez. Öte yandan, aynen icranın hukuken veya fiilen imkânsız olduğu hâllerde ise ifanın şeklinde değişikliğe gidilerek, ilgiliye *eski hale getirme* ilkesine göre en uygun alternatif çözümün önerilmesi gerekmektedir.

AYM tarafından ortaya konulan, aynen icranın mümkün olmadığı hallerde en uygun alternatif çözümün önerilmesi gerektiği yönündeki belirlemenin, mevcut anlayış ve uygulamalara nazaran daha ideal bir noktayı temsil ettiği değerlendirilmektedir. Ancak bu anlayışın hayata geçirilebilmesi için, idarelerin bu yönde uygulama yapılabilmesini mümkün kılacak yasal düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır.

<sup>52</sup> AYM 02/10/2014 tarih ve E:2014/149, K:2014/151 sayılı karar.

## **2. TÜRKİYE UYGULAMASI**

### **2.1. Kamu İhale Kanunu**

Kanun'un temel amaçlarından birisi, genel gerekçesinde de belirtildiği üzere, AB ve diğer uluslararası uygulamalarla paralellik sağlamaktır. Bu kapsamda, özellikle AB kamu alımları alanını düzenleyen direktiflerin Kanun üzerinde önemli bir etkisinin bulunduğu, ihalelere yönelik başvurulara ilişkin sistemin de Kanun'un kabul edildiği tarih itibarıyla yürürlükteki AB mevzuatına büyük ölçüde uyum gösterdiği görülmektedir.

Kanun'un 53 ila 57. maddelerinde yer alan düzenlemelere göre, ihale sürecine ilişkin hukuka aykırılık iddiaları öncelikle ihaleyi yapan idareye şikâyet başvurusu yoluyla ileri sürülmekte, bu başvurular üzerine verilen kararlara karşı ilgililer tarafından Kamu İhale Kurumu (Kurum) nezdinde itirazın şikâyet yoluna gidilebilmekte, Kurum tarafından verilen nihai kararlara karşı ise idari yargıda dava açılabilmektedir.

Kamu ihalelerine ilişkin bir sözleşmenin usulüne uygun şekilde imzalanmış sayılması için, sözleşmenin imzalanmasından önce Kanun'un 55. maddesinde öngörülen bekleme sürelerinin geçmesi gerekmektedir. İlgililerin, ihale sürecindeki işlemlere karşı ihaleyi yapan idareye ve gerektiğinde Kuruma başvuruda bulunma haklarını kullanabilmeleri için öngörülen bekleme süresi, Kuruma itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmuş olması hâlinde, Kurum tarafından nihai kararın verileceği tarihe kadar uzamaktadır.

### **2.2. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**

4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usuller 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda yer almaktadır. Kanun'un 4. maddesinde, bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin taraflarının, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülükler sahip bulunduğu, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemeyeceği, Kanun'un yorum ve uygulanmasında bu prensibin göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir; 15 ila 24. maddelerinde, kamu alımlarına ilişkin akdedilen sözleşmelerde değişiklik yapılmasına, sözleşmelerin

devri ve feshine ilişkin düzenlemeler yapılmış; 36. maddesinde ise, bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı kurala bağlanmıştır.

### 2.3. İptal Kararlarının Uygulanması

Türk Hukuk düzeninde 4734 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilen ihalelere yönelik yapılacak başvurularda ve uyuşmazlıkların çözümlenmesinde 2577 sayılı Kanun hükümleri yanında bu Kanun'da yer alan özel düzenlemeler de uygulanmaktadır.

Kanun'un 54. maddesinde, şikâyet/itirazın şikâyet başvurusunun incelenmesi sonucunda ihaleyi yapan idare/Kurum tarafından başvurunun reddi, düzeltici işlem belirlenmesi veya ihalenin iptali kararlarından birisinin verileceği; 56. maddesinde, idarelerin, hukuki durumda değişiklik yaratan Kamu İhale Kurulu (Kurul) kararlarının gerektirdiği işlemleri ivedilikle yerine getirmek zorunda oldukları belirtilmiştir.

Bu çerçevede Kurul tarafından; başvurunun reddi yönünde verilen kararlar üzerine idarece ihale sözleşmesi imzalanabilirken, ihalenin iptali kararı üzerine idarece ihale iptal edilerek ihale süreci sonlandırılmakta, düzeltici işlem belirlenmesi kararı üzerine ise idarece ihale kararı iptal edilerek hukuka aykırı bulunan husus giderildikten sonra ihale süreci devam ettirilip yeni bir sözleşme imzalanmaktadır.

4734 sayılı Kanun'da, Kurul kararlarının idari yargı mercileri tarafından iptali hâlinde, yargı kararlarının gereğinin yerine getirilmesinde nasıl bir yol izleneceğiyle ilgili özel bir düzenleme bulunmadığından, 2577 sayılı Kanun'un 28/1 maddesi çerçevesinde işlem tesis edilmektedir.

Uygulamada, Kurul kararının iptaline ilişkin yargı kararlarının gereği iki aşamada yerine getirilmektedir. İlk aşamada Kurul tarafından, davaya konu olan ve iptal edilen Kurul kararı geri alınarak mahkeme kararının gerekçesi doğrultusunda gerekirse yeniden veya ek inceleme de yapılmak suretiyle yeni bir karar alınmakta ve bu karar, gereğinin yerine getirilmesi için ihaleyi gerçekleştiren idareye tebliğ edilmektedir. İkinci aşamada, ihaleyi gerçekleştiren idareler tarafından, kendilerine tebliğ edilen bu yeni Kurul kararı sonucunda ihalede ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi istekli değişmişse veya ihale hukuka aykırı

bulunarak iptal edilmişse, daha önce imzalanan sözleşme feshedilerek, varsa yapılan iş tasfiye edilmektedir. Akabinde Kurul kararlarının gereklerine göre ya ihale yeniden yapılmakta ya da diğer bir istekli ile yeni bir sözleşme imzalanmaktadır.

Dolayısıyla, Kurul kararlarının iptali yönünde verilen yargı kararlarının gereğinin yerine getirilmesinde, hukuka aykırı görülerek iptal edilen Kurul kararında ya da karara konu ihale işlemlerinde görülen hukuka aykırılığın ağırlığına, sözleşme konusu işin niteliğine veya bulunduğu aşamaya ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın imzalanan kamu ihale sözleşmelerinin feshi yoluna gidilmektedir.<sup>53</sup>

### **3. AB'DEKİ UYGULAMA**

#### **3.1. AB Kamu Alımları Mevzuatı**

AB'nin işleyişi, yetkileri, yetkilerinin sınırları ve bunların kullanılmasına ilişkin kurallar Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşmada (ABİHA) düzenlenmiştir. AB Hukuku'nun asli kaynağını teşkil eden ve üye ülkelerin uymakla yükümlü oldukları bu Antlaşma'da kamu alım kurallarına ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Antlaşma'nın temel ilkeleri arasında sayılan, milliyet nedeniyle ayrımcılık yapmama, malların serbest dolaşımı, hizmet sunma ve yerleşme serbestisi ilkelerinin kamu alımları alanında da uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>54</sup>

Bu temel ilkelerin yanı sıra, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) içtihatlarından da bazı genel hukuk ilkeleri türetilmiştir. Bu ilkelerin önemi, ABAD tarafından, mevzuatın boş bıraktığı alanları doldurmak ve

---

<sup>53</sup> Yargıtay, idari yargıda verilen iptal kararları üzerine sözleşmenin idarece feshedildiği durumlarda, hukuki imkânsızlık sebebiyle sözleşmeyi fiilen uygulama imkânı kalmadığından işin durdurulması ve tasfiyeye gidilmesinde iş sahibi idareye kusur yükletilmesinin mümkün bulunmadığı yönünde kararlar vermektedir. Bakınız: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi kararları: 12/06/2014, E:2014/1821, K:2014/4114; 16/06/2016, E:2015/1935, K:2016/3471; 12/06/2017, E:2017/121, K:2017/2508; 25/09/2019, E:2019/688, K:2019/3626.

<sup>54</sup> OECD SIGMA, Dosya 1, Kamu Alımları, AB'de Kamu Alımları: Yasal Çerçeve, Temel Kavramlar ve Kurumlar, Paris, 2016a, s. 2.  
<http://www.sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Brief-1-2016-Turkish.pdf>  
(Erişim Tarihi:28/03/2021).

çoğu zaman karmaşık durumlara çözüm getirmek için kullanılmalarından kaynaklanmaktadır. Direktiflerden bağımsız olan ve direktiflerin kapsamına girmeyen ihalelerde de uygulanan bu hukuk ilkelerinin kamu alımları bağlamında en önemlileri eşit muamele, şeffaflık, karşılıklı tanıma ve orantılılıktır.<sup>55</sup>

AB'de, kamu alımları alanında ortak bir pazarın oluşturulmasını amaçlayan mevzuat uyumlaştırma çalışmalarına 1970'li yıllarda başlanılmıştır. Bu alandaki mevzuat, belirtilen temel ilkeler dışında, AB'nin karar organı Avrupa Birliği Konseyi ve Parlamentosu tarafından çıkarılan direktiflerden<sup>56</sup> oluşmaktadır<sup>57</sup>. Direktiflerin hedefi, belli temel ilkeleri hâkim kılmak suretiyle, AB dâhilinde gerçekleştirilen kamu alımlarının, ulusal engellerin kaldırılarak Birlik bazında rekabete açılmasının sağlanması, herkese fırsat eşitliği tanınması ve bu suretle alıma konu işlerin en uygun koşullarla verilmesidir.

### **3.2. Başvuru Yolları ve İhtilafların Çözümüne İlişkin Direktifler**

AB hukukunda ihale usullerinin koordine edilmesini amaçlayan direktifler yanında, ihale sürecinde tesis edilen işlemlerin bu direktiflere ve bu direktifler esas alınarak düzenlenen ulusal mevzuata aykırı olduğu iddialarına yönelik başvuru ve inceleme yapılması yollarını ve hukuki ihtilafların çözümüne ilişkin kuralları düzenleyen iki ayrı direktif daha bulunmaktadır. Bunlar klasik alımlara ilişkin (2007/66/EC sayılı Direktifle değişik) 89/665/EEC ve sektörel alımlara ilişkin 92/13/EEC sayılı direktiflerdir.

AB Hukukunda usul kurallarının uygulanmasında muhtariyet ilkesi çerçevesinde, ihalelere yönelik başvuruların görüşüleceği

<sup>55</sup> OECD SIGMA, 2016a, s. 2.

<sup>56</sup> Avrupa Birliği Bakanlığı (mülga) tarafından yayımlanan “AB Mevzuatı Çeviri Rehberi” esas alınarak AB mevzuatında yer alan “directive” kavramının Türkçe karşılığı olarak “direktif” kelimesi kullanılmıştır.

<sup>57</sup> Hâlen yürürlükte olan direktifler şunlardır:

1. 2014/24/EU: Klasik Alımlar.
2. 2014/25/EU: Sektörel Alımlar.
3. 2014/23/EU: İmtiyazlar.
4. 2009/81/EC: Savunma Alımları.

organların seçiminde, kimi ülkelerin doğrudan mahkemeleri, kimilerinin ise özellikle ilk başvuru aşamasında kamu alımları konusunda uzmanlaşmış bağımsız bir idari organı tercih ettikleri görülmektedir.

Kurulacak başvuru ve inceleme sistemi, iyi tasarlanmış, kolay erişilebilir, ucuz ve hızlı işleyen düzenlemeler içermelidir. Ayrıca ABİHA ile ihtilafların çözümüne yönelik direktifler yanında ABAD içtihatları, AB Temel Haklar Bildirgesi'nin ihtilafların etkili çözümü ve adil yargılama hakkına riayet edilmesine ilişkin 47. maddesi, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinden kaynaklanan adil yargılamanın garanti edilmesi yükümlülüğü ve ulusal iyi uygulama örnekleri ile de uyumlu olmalıdır.<sup>58</sup>

### 3.2.1. 89/665/EEC sayılı Direktif<sup>59</sup>

Direktif'te, üye ülkeler tarafından kurulacak başvuru ve inceleme sisteminin temel özellikleri ile inceleme görevi verilen idari veya yargısal organların taşınması gereken asgari yetkiler düzenlenmiştir.

Direktifin 2 (1) maddesine göre inceleme organları, hukuka aykırı işlemleri düzeltmek veya ilgililerin daha fazla zarara uğramasını önlemek adına, en kısa sürede, ihale makamları tarafından alınan mevzuata aykırı ihale kararlarının uygulanmasını durdurma veya ihale sürecini askıya almaya yönelik ara tedbirler alma ve dokümandaki hukuka aykırı düzenlemeleri ortadan kaldırmak dâhil hukuka aykırı işlemleri iptal etme hususunda yetkili olacaklardır. Ayrıca üye ülkeler, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlemlerden zarar gören kişilere tazminat ödenmesini sağlayıcı düzenlemeler de yapacaklardır.

Ara tedbirlerin amacı, geri döndürülemeyecek durumların ortaya çıkmasının ve normalde ihaleye teklif verebilseydi kazanması muhtemel müteşebbisler olmaksızın ihale sürecine devam edilmesinin önlenmesidir. İhale kararının iptali yetkisi ise, hukuka aykırı ihale

---

<sup>58</sup> OECD SIGMA, Public Procurement Review and Remedies System in the European Union, GOV/SIGMA (2007)5, No. 41, Paris, 2007, s. 13.

[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=gov/sigma\(2007\)5](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=gov/sigma(2007)5) (Erişim Tarihi:28/03/2021).

<sup>59</sup> AB Resmî Gazetesi, 30/12/1989, L 395, s. 33-35.



işlemlerinin iptali yanında, hukuka aykırı durumların düzeltilmesini, diğer bir ifadeyle ihale dokümanında yer alan ayrımcı şartların ortadan kaldırılmasını, hukuka aykırı ihale kararı veya dokümanın düzeltilerek hukuka aykırı şekilde ihale sürecinin dışında bırakılan müteşebbislerin yeniden ihale sürecine dâhil edilmelerini de içermektedir.<sup>60</sup>

Direktifin ilk hâlinde, imzalanmış bir sözleşmenin sonlandırılmasına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından, inceleme organlarınca başvuru sahiplerinin hak kaybına uğradığına yönelik verilen kararların, yürüyen sözleşmeler üzerinde herhangi bir etkisinin olmayacağı genellikle kabul edildiğinden, 2007/66 sayılı Direktif öncesi dönemde, ihale sözleşmelerinin hükümsüzlüğüne nadiren karar verilmiştir.<sup>61</sup>

Bu yaklaşımın doğal sonucu olarak, inceleme organı kararından önce sözleşmenin imzalandığı durumlarda, hak kaybına uğrayan kişinin elde edebileceği tek şey, zararının belli bir ölçüde tazmini idi. Ayrıca bazı idareler, ilgililere başvuru hakkının kullanılması için makul bir süre tanımadan, ihale sözleşmesini bir an önce imzalamak suretiyle ihale sürecini geri döndürülemez hale getirmişlerdir.

İhaleye yönelik bir başvuru yapıp yapılmayacağı bilinmeden veya yapılan bir başvuruya ilişkin inceleme sonuçlandırılmadan sözleşmenin imzalanmasının başvuru sistemini etkisiz kıldığını gören ABAD, kendisine intikal eden bazı davalarda, ihale kararının verilmesi ile sözleşmenin imzalanması arasında makul bir bekleme süresi öngörülmesi gerektiği yönünde kararlar vermiştir. Ancak bu defa da makul bekleme süresine ilişkin olarak mevcut inceleme sistemlerinde yapılacak değişiklikler noktasında üye ülkeler arasında uygulama birliği sağlanamadığından, inceleme sistemlerinin etkinliği üye ülkeler itibarıyla farklılaşmıştır.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> OECD SIGMA, Dosya 12, Kamu Alımları, İhtilaf Çözümleri, Paris, 2016b, s. 3, 4. <http://www.sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Brief-12-2016-Turkish.pdf> (Erişim Tarihi: 28/03/2021).

<sup>61</sup> OECD SIGMA, 2007, s. 23.

<sup>62</sup> KOMİSYON, AB Commission Staff Working Document, SEC (2006) 557, Brüksel, s.10. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs\\_autres\\_institutions/](https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/)

Ayrıca, yine bu dönemde, ABAD'ın bazı kararlarına da yansıdığı üzere, saydam ve rekabete açık olması gereken bazı alımların ihale yapılmaksızın doğrudan temin edildiği görülmüştür.<sup>63</sup>

### **3.2.2. 2007/66/EC sayılı Direktif<sup>64</sup> ve Sözleşmenin Hükümsüzlüğü Hâli**

89/665/EEC sayılı Direktif'in iki önemli eksikliğinden ilki, sistemde ihale kararının verilmesi ile sözleşmenin imzalanması işlemleri arasında bir bekleme süresi öngörülmemesinin sözleşmenin bir an önce imzalanmasına yol açmasıdır. İkinci eksiklik ise maddi kamu alım kurallarının izin verdiği istisnalar dışında olup, saydam ve rekabete açık bir şekilde ihaleye çıkılmak suretiyle temini gereken alımların ilan edilmeksizin doğrudan yapılmasını önleyememesi olmuştur. Özellikle bu iki sorunun çözümü amacıyla çıkarılan 2007/66/EC sayılı Direktifle 89/665/EEC sayılı Direktif'te kapsamlı değişiklikler yapılmak suretiyle bazı usul kuralları ihdas edilmiş, bu kurallara aykırılık hâlinde ise prensip itibarıyla imzalanan sözleşmelerinin hükümsüz sayılacağı öngörülmüştür.

Hükümsüzlük yaptırımının amacı, idarelerin bekleme süresi yükümlülüklerini ya da temel ihale kurallarını ihlal etmek pahasına ihaleyi sonuçlandırarak sözleşme imzalamalarının önüne geçmektir. Bu yaptırım, ihale yetkililerinin ihale kurallarını uygularken çok daha dikkatli olmalarını sağlamayı amaçlamaktadır<sup>65</sup>. İhale makamları, ihale kararının verilmesinden sonra teklifi kabul edilmeyenler de dâhil müteşebbisleri bilgilendirmek ve ardından da sözleşmeyi imzalamadan önce belirli bir sürenin geçmesini beklemek zorundadırlar. Bekleme süresinin varlığı müteşebbislere ihale kararını inceleyerek hukuki bir süreç başlatmanın uygun olup olmayacağını değerlendirme fırsatı verecektir. Yapılacak bildirimde, ihale kararının gerekçeleri yanında

---

commissioneuropeenne/sec/2006/0557/COM\_SEC(2006)0557\_EN.pdf (Erişim Tarihi: 28/03/2021).

<sup>63</sup> KOMİSYON, 2006, s. 8-10.

<sup>64</sup> AB Resmî Gazetesi, 20/12/2007, L 335, s. 31-46.

<sup>65</sup> OECD SIGMA, 2016b, s. 5, 6.

müteşebbislere karara itiraz etmeleri için ne kadar süreleri bulunduğu da bildirilecektir.<sup>66</sup>

Yeniden düzenlenen 89/665/EEC sayılı Direktif'in bekleme süresine ilişkin ek (2a) maddesine göre, ihale kararına yönelik muhtemel başvurular için, ihale kararının bildirilmesinden itibaren işlemeye başlayacak ve en az 10 gün sürecek bir bekleme süresinin bulunması, fiilen başvuru yapılması durumunda ise buna ilişkin bir karar verilinceye kadar işlemeye devam edecek ilave bir bekleme süresinin daha olması gerekmektedir.

Direktif'in değişik (2/3) maddesinde belirtildiği üzere, yetkili inceleme organı tarafından ara tedbir kararı verilmesi durumunda bekleme süresi devam edecek, aksi durumda ise idarelerce ihale sürecine devam edilerek sözleşme imzalanabilecektir. Direktifin değişik (2/5) maddesine göre inceleme organı, ilgili tarafların muhtemel zararları ile kamu yararını birlikte gözетerek ara tedbire karar verecektir.

Sözleşmelerin inceleme organınca ya da inceleme organı kararına dayanılarak prensip itibarıyla hükümsüz sayılacağı iki durumdan ilki, maddi kamu alım kurallarının izin verdiği istisnalar dışında, ihale ilanı AB Resmî Gazetesi'nde yayımlanmadan doğrudan alım yapılması, ikincisi ise sözleşmenin bekleme süresi yükümlülüklerine uyulmadan usule aykırı şekilde imzalanmasıdır. Ancak ikinci durumun sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açabilmesi için, ihalede maddi hukuk kurallarının da ihlal edilmesi ve bu durumun başvuru sahibinin ihaleyi kazanma şansını da etkilemesi gerekmektedir.<sup>67</sup>

Sözleşmenin usulüne uygun şekilde imzalandığı durumlarda üye ülkelerin, Direktif'in değişik (2/7) maddesine göre, maddi kamu alım kurallarına aykırılığın sözleşmenin sonlandırılmasını gerektirip gerektirmeyeceğini belirleme noktasında takdir yetkileri bulunmaktadır.

<sup>66</sup> OECD SIGMA, 2016b, s. 5.

<sup>67</sup> Direktif'te kural olarak bir bekleme süresi var ise de özellikle acil durumlarda yapılacak ihalelerde, ihale ilanının AB Resmî Gazetesi'nde yayımlanması öngörülmediğinden bu tür alımlar için bir bekleme süresi bulunmamaktadır. Ayrıca çerçeve anlaşma ve dinamik alım sistemi gibi özellik arz eden usuller kullanılarak yapılacak alımlarda da alternatif uygulamalara izin verilmiştir. Ancak çalışmanın amacı ve kapsamı dikkate alınarak bu özel durumlar üzerinde durulmamıştır.

Dr. Hasan GÜL

Bu yetki kapsamında, sözleşmeyi geçerli sayarak inceleme organının yetkisini hukuka aykırı işleminden zarar görenler lehine tazminata hükmedilmesiyle sınırlandıran üye ülkelerin, ihaleyi yapan idareye para cezası uygulanması ya da imzalanan sözleşmenin süresinin kısaltılması şeklinde alternatif bir yaptırım uygulamaları gerekmektedir. Direktif'in ek (2e/2) maddesine göre yaptırımın, ihlalin ağırlığı, idarenin tutumu ve sözleşmenin henüz ifa edilmeyen kısmı gibi faktörler de dikkate alınmak suretiyle etkili, ölçülü ve caydırıcı bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir.

Öte yandan, üye ülkelerce sözleşmenin hükümsüz sayılması gereken durumlarda hükümsüzlük yaptırımının sözleşmeye bağlı yükümlülükleri geçmişe yönelik mi (ex tunc) yoksa henüz yerine getirilmemiş yükümlülükler yönünden mi (ex nunc) ortadan kaldıracağına belirlenmesi gerekmektedir. Hükümsüzlüğün kapsamının yükümlülüklerin henüz ifa edilmemiş kısmı ile sınırlandırılması durumunda, Direktif'in ek (2d/2) maddesine göre ihaleyi yapan idareye Direktif'te belirtilen alternatif yaptırımların uygulanması gerekmektedir.

### 3.2.3. Hükümsüzlük Yaptırımının İstisnaları

Direktif'in ek (2e/1) maddesi, sözleşmenin hükümsüz sayılmasını gerektiren durumlar mevcut olsa bile, uygulanan yaptırımların ölçülü olmasını sağlamak adına, kamu yararına ilişkin belli zorlayıcı nedenlerin bulunduğu istisnai durumlarda üye ülkelere, sözleşmeyi sonlandırmama veya sözleşmenin geçici sonuçlarından bir kısmını veya tamamını tanıma konusunda yetki vermektedir.

İnceleme organları, Dibacenin 22. paragrafında belirtildiği üzere, diğer hususlar yanında ihlalin ağırlığını, idarenin hareket tarzını ve sözleşmenin ifa edilmeyen kısmını da dikkate almak suretiyle gerekli tüm incelemeleri yaparak, kamu yararına ilişkin zorlayıcı nedenlerin sözleşmenin sonuçlarının geçerli kılınmasını gerektirip gerektirmediğine karar vereceklerdir.

Öte yandan, Direktif'in ek (2f) maddesinde, ilan edilmeden yapılan alımlara ilişkin imzalanan sözleşmelerin hukuki kesinliğinin garanti altına alınmasını teminen, bu tür sözleşmelerin hükümsüz sayılması istemiyle inceleme organlarına yapılacak başvurulara süre sınırlaması konulmuştur. Direktif'in ek (2d/4) maddesinde ise idarelerce

belli şartların yerine getirilmesi durumunda, bu tür sözleşmelere hükümsüzlük yaptırımı uygulanmaması yönünde düzenleme yapma konusunda üye ülkelere takdir yetkisi verilmiştir.

### 3.3. Direktif Kapsamı Dışında Kalan Kamu Alımlarındaki Uygulama

AB uygulamasının tam olarak anlaşılabilmesi bakımından, alım tutarının eşik değerin altında kalması nedeniyle ya da işin niteliği itibariyle direktiflerin kapsamı dışında kalan, dolayısıyla sözleşmenin hükümsüzlüğü dâhil yukarıda aktarılan kurallara tabi bulunmayan ihalelerdeki uygulamanın da bilinmesi gerekmektedir.

ABİHA'da yer alan ayrımcılık yapılmaması ve eşit muamele ilkeleri ile bunların doğal uzantısı olan şeffaflık ilkesi, direktiflerin kapsamı dışında kalan kamu alımlarına da uygulanmaktadır. Öte yandan AB hukukunda önemli bir yeri bulunan etkin yargısal koruma prensibinin bir gereği olarak direktiflerin kapsamında kalan ve kalmayan kamu alımlarına uygulanacak kurallar arasında esaslı bir farklılık yaratılmaması zorunludur.<sup>68</sup>

Burada, direktiflerin kapsamı dışında kalan kamu alımlarında, AB hukukunu yorumlama yetkisine sahip bulunan ABAD'ın iki kararı üzerinde durulacaktır. Bu kararlardan ilki, 30 yıl süreli bir hizmet alımı işinin hukuka aykırı şekilde ilan edilmeden doğrudan verilmesine ilişkin C-503/04 sayılı (Komisyon-Almanya) karardır. AB Antlaşması'nın 228. maddesinin verdiği yetki kapsamında, bu alıma ilişkin sözleşmenin sonlandırılması gerektiğine karar veren Komisyon, kararın gereğini yerine getirmeye zorlamak adına gecikilen her gün için Almanya'ya belli bir miktar para cezası uygulanması istemiyle ABAD'a başvurmuştur. ABAD, 18/07/2007 tarihli önemli kararında, somut olaydaki hukuka aykırılığın, kamu alım sözleşmesinin sonlandırılmasını gerektiren ağırlıkta olduğuna hükmetmiştir. Karar gerekçesinde, tespit

<sup>68</sup> CARANTA, Roberto, "Many Different Paths, but Are They All Leading to Effectiveness?", Enforcement of the EU Public Procurement Rules, Editors: Steen Treumer, François Lichère, DJØF Publishing, Copenhagen, 2011, s. 57-59. [https://www.birmingham.ac.uk/Documents/college-artslaw/law/iel/library/EPLS\\_Vol3.Enforcement.pdf](https://www.birmingham.ac.uk/Documents/college-artslaw/law/iel/library/EPLS_Vol3.Enforcement.pdf) (Erişim Tarihi:28/03/2021)

Dr. Hasan GÜL

edilen hukuka aykırılığın ağırlığı ile ilgili fazlaca bir yoruma ve atfa yer vermeyen ABAD, hukuka aykırı işleme dayalı bu sözleşmenin, sonlandırılmadığı takdirde, on yıllar boyunca devam edeceğine vurgu yapmıştır.<sup>69</sup>

Konu ile ilgili diğer karar ABAD'ın C-91/08 (Wall) sayılı ön kararıdır. Ön karar başvurusunda bulunan, hizmet imtiyazı verilmesine ilişkin bir sözleşmede değişiklik yapılması işlemini, bunların esaslı değişiklikler olduğu, böyle bir değişikliğe ihtiyaç varsa bunun ancak yeni bir ihale açılması suretiyle yapılabileceğini değerlendirmek suretiyle hukuka aykırı bulan Alman mahkemesidir. ABAD, bu hukuka aykırılığın sözleşmeyi sonlandırma yükümlülüğü doğurup doğurmayacağı sorusuna karşılık cevaben, eşit muamelede bulunma ve ayrımcılık yapılmaması ilkeleri ile şeffaflık yükümlülüğünün üye ülkelere, ihale işlemlerindeki her hukuka aykırılık durumunda sözleşmenin sonlandırılması görevi yüklenmediğini belirtmiştir.<sup>70</sup>

ABAD'ın bu iki kararı birlikte değerlendirildiğinde, herhangi bir kamu alım sözleşmesinin sonlandırılmasının gerekip gerekmeyeceğine, ihale işlemindeki hukuka aykırılığın ağırlığına bakılarak her somut olay bazında ayrıca karar verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır<sup>71</sup>. Kaldı ki, AB Antlaşması'nın genel prensipleri çerçevesinde yapılan bu değerlendirmeler sonucunda, ihale kurallarına aykırı her işlemin sözleşmenin sonlandırılmasını gerektireceği yönünde bir karar verilmiş olsa idi, 2007/66/EC sayılı Direktif'te yer alan sözleşmenin hükümsüzlüğüne ilişkin kuralların da uygulama alanı kalmazdı.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> TREUMER, Steen, "Enforcement of the EU Public Procurement Rules: The State of Law and Current Issues", Enforcement of the EU Public Procurement Rules, Editors: Steen Treumer, François Lichère, DJØF Publishing Copenhagen, 2011a, s. 22, 23.

<sup>70</sup> CARANTA, 2011, s. 60; TREUMER, 2011a, s. 47.

<sup>71</sup> TREUMER, 2011a, s. 24, 25; ABAD'ın, isteklilerin ihale dışı bırakılması işlemlerinde de aynı yaklaşıma sahip olduğuna ilişkin olarak bakınız: GÜL, Hasan, "Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yer Alan Yapıtlar", 150. Yıl Anısına Danıştay, Ankara, 2019, s. 661-702.

<sup>72</sup> CARANTA, 2011, s. 60.

### 3.4. Yeni Direktifin Ulusal Mevzuata Aktarılmasına İlişkin Uygulamalar

2007/66/EC sayılı Direktif'in, özellikle bazı üye ülkelerde daha katı bir şekilde uygulanan, sözleşmenin dokunulmazlığı prensibine dayalı hukuk geleneğini ortadan kaldırmasıyla birlikte üye ülkeler, hem Direktifi etkin bir şekilde uygulamak hem de kamusal ihtiyaçların temininde ortaya çıkabilecek gecikmeleri önlemek adına, öncelikle yasal düzenlemeler yapılması veya içtihat yoluyla ihale uyuşmazlıklarını bir an önce çözecek mekanizmalar geliştirmeye başlamışlardır.<sup>73</sup>

Üye ülkeler Direktif'in ulusal mevzuata aktarılmasında kendi hukuk geleneklerini gözeterek iki farklı yol izlemiştir. Bu çerçevede bazı üye ülkelerin, ihalelere yönelik başvurular üzerine ara tedbir kararı verilmesi, ihale işlemlerinin iptali ve sözleşmenin geçersizliği kurallarını tam olarak uyguladıktan sonra nihai aşamada hak sahibi bulunan istekli ile sözleşme imzalamayı tercih ederken, bazılarının (Danimarka<sup>74</sup>, İrlanda, Portekiz) sözleşmeyi bir an önce imzalayıp ileride doğabilecek hak kayıplarına karşılık tazminat ödemeyi tercih ettikleri görülmektedir.<sup>75</sup>

Bu tercih çerçevesinde üye ülke mahkemelerinin ara tedbir kararına yaklaşımları da önemli farklılıklar göstermektedir. Örnek olarak Danimarka<sup>76</sup> ve Portekiz mahkemeleri tedbir kararı vermekte çok çekingen davranırken, Finlandiya ve Polonya'da genellikle nihai karar verilinceye kadar ihale süreci durdurulmaktadır. Almanya'da ise, sözleşmenin dokunulmazlığı prensibinin bir sonucu olarak, mahkeme

<sup>73</sup> CARANTA, Roberto, "General Report", Public procurement Law: Limitation, Opportunities and Paradoxes, The XXVI FIDE Congress in Copenhagen, Editors: Ulla Neergaard, Catherine Jacqueson, Grith Skovgaard Ølykke, DJØF Publishing, Copenhagen, 2014, s. 163, 164.  
<https://jura.ku.dk/english/fide2014/pdf/FINAL-Topic-3-on-Public-Procurement.pdf> (Erişim Tarihi: 28/03/2021).

<sup>74</sup> TREUMER, Steen, "Enforcement of the EU Public Procurement Rules: Danish Regulation and Practise", Enforcement of the EU Public Procurement Rules, Editors: Steen Treumer, François Lichère, DJØF Publishing Copenhagen, 2011b, s. 265.

<sup>75</sup> CARANTA, 2014, s. 169.

<sup>76</sup> TREUMER, 2011b, s. 265.

Dr. Hasan GÜL

tarafından uyuşmazlığın esası ile ilgili nihai karar verilinceye kadar ihale sözleşmesinin imzalanmaması yönünde bir eğilim ortaya çıkmıştır.<sup>77</sup>

Kamu alımlarında idari başvuru yolunun bulunmadığı Fransa’da, 89/665/EEC ve 2007/66/EC sayılı Direktiflerin iç hukuka aktarılması sırasında ilk defa 1992 yılında sisteme giren ve daha sonra 2009-515 sayılı Kanunla yeniden düzenlenen kurallara göre, *le référé précontractuel*<sup>78</sup>, ve *le référé contractuel*<sup>79</sup> olarak adlandırılan özel yargılama usulleri uygulanmaktadır.<sup>80</sup>

*Le référé précontractuel* usulünde başvuruyla birlikte sözleşmenin imzalanması kendiliğinden askıya alınırken, *le référé contractuel* usulünde ise hâkim dava süresince sözleşmenin askıya alınmasına karar verebilmektedir. İdare mahkemesi başkanı veya onun yetkili kıldığı bir üye tarafından ilk ve son derece mahkemesi sıfatıyla *le référé précontractuel* usulünde en geç 20 gün, *le référé contractuel* usulünde ise bir ay içerisinde karara bağlanan davalarda verilen kararlara karşı istinaf yolu kapalı olup, kararlar doğrudan Conseil d’État’da temyiz edilebilmektedir<sup>81</sup>. Fransa’da içtihadî gelişmelerin en dikkate değer yönlerinden birisi de idari hâkimin, özellikle sözleşmenin tarafları arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde, idarenin yasallığı ilkesini ihmal etmeden, giderek bir hakem (*référé judge*) gibi hareket etme serbestisine kavuşmasıdır.<sup>82</sup>

Romanya’da başvuru sahipleri, ihaleyi yapan idareye başvurudan sonra, idari inceleme organına ya da doğrudan mahkemeye başvurma hususunda seçimlik hakka sahiptir. Mahkemeye başvurunun tercih edilmesi durumunda, mahkemece verilen kararlar kesin olup, başka bir

---

<sup>77</sup> CARANTA, 2014, s. 165.

<sup>78</sup> İhale sürecine ilişkin olup, sözleşmenin akdedilmesinden önce ortaya çıkan uyuşmazlıklarda işletilen yargılama usulü.

<sup>79</sup> İhale sürecine ilişkin olmakla birlikte, sözleşmenin akdedilmesinden sonra ortaya çıkan uyuşmazlıklarda işletilen yargılama usulü.

<sup>80</sup> LICHERE François, GABAYET Nicolas, “Enforcement of EU Public Procurement Rules in France”, Enforcement of the EU Public Procurement Rules, Editors: Steen Treumer, François Lichère, DJØF Publishing Copenhagen, 2011, s. 299, 300, 303, 316, 317.

<sup>81</sup> KAPLAN, 2016, s. 7-14.

<sup>82</sup> KAPLAN, 2016, s. 34; CARANTA, 2011, s. 63.



kanun yolu bulunmamaktadır. Ayrıca bu kapsamdaki davaların mahkemelerce ivedi yargılama usulü kapsamında 45 gün içinde sonuçlandırılması gerekmektedir.<sup>83</sup>

Bu ülkede başvuru sahiplerinin mahkemeden, ara tedbir kapsamında, ihale süreci yanında, dava hakkında nihai karar verinceye kadar sözleşmenin ifasının durdurulmasını talep etme hakları da bulunmaktadır. Mahkemece bu konuda, sözleşme bedeli esas alınarak tespit edilecek tutarda bir teminatın da davacı tarafından ödenmesi kaydıyla, kamu yararı dâhil tüm muhtemel sonuçlar dikkate alınarak karar verilmektedir.<sup>84</sup>

Sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar verilebilmesi için genellikle başvuru sahiplerinin bu yönde bir taleplerinin olması şartı aranmakla birlikte, İtalya'da hâkim davacı talep etmese bile ihale kararının iptali ile birlikte bu kararı da verebileceği gibi, kamusal ve özel yararı birlikte değerlendirmek suretiyle sözleşmenin devamına da karar verebilmektedir.<sup>85</sup>

Bu ülkede ayrıca, ihale kararının, sözleşmenin hükümsüz sayılmasını gerektiren ağır hukuka aykırılık hâlleri dışındaki sebeplerle iptal edilmesi durumunda, tespit edilen hukuka aykırılık işin yeniden ihaleye çıkarılmasını gerektirmiyorsa ve başvuru sahibi de işin ifasına devam edeceğini bildirmişse; tarafların menfaatleri, davacının ihaleyi kazanma şansı ve sözleşmeyi teknik olarak yürütebilme ihtimali dikkate

<sup>83</sup> SPARIOS, Demis M., “Reshaping the Europeanisation: A New Romanian Transposition of the Old European Directives on Remedies in Public Procurement”, Italian Journal of Public Law, Vol. 10, 2018/I, s. 137, 138. [https://researchgate.net/publication/330485430\\_RESHAPING\\_THE\\_EUROPEANISATION\\_A\\_NEW\\_ROMANIAN\\_TRANSPOSITION\\_OF\\_THE\\_OLD\\_EUROPEAN\\_DIRECTIVES\\_ON\\_REMEDIES\\_IN\\_PUBLIC\\_PROCUREMENT](https://researchgate.net/publication/330485430_RESHAPING_THE_EUROPEANISATION_A_NEW_ROMANIAN_TRANSPOSITION_OF_THE_OLD_EUROPEAN_DIRECTIVES_ON_REMEDIES_IN_PUBLIC_PROCUREMENT) (Erişim Tarihi: 28/03/2017).

<sup>84</sup> SPARIOS, s. 131, 150; DRAGOS Dacian, NEAMTU Bogdana, VELİSCU Raluca, “Remedies in Public Procurement in Romania”, Enforcement of the EU Public Procurement Rules, Editors: Steen Treumer, François Lichère, DJØF Publishing, Copenhagen 2011, s. 190.

<sup>85</sup> COMBA, Mario, “Enforcement of EU Procurement Rules. The Italian System of Remedies”, Enforcement of the EU Public Procurement Rules, Editors: Steen Treumer, François Lichère, DJØF Publishing Copenhagen, 2011, s. 249.

alınarak hâkim tarafından sözleşmenin hükümsüz sayılmasının gerekip gerekmeyeceğine karar verilmektedir. Ancak stratejik alt yapı projelerinde mahkemelerin sözleşmeyi geçersiz sayma yetkileri bulunmamaktadır.<sup>86</sup>

Sözleşmenin hükümsüzlüğü yaptırımı, genellikle sadece ifa edilmemiş yükümlülüklerle sınırlı olmak üzere nadiren uygulanmakla birlikte<sup>87</sup> Fransa, Romanya ve Almanya’da sözleşmeler baştan itibaren (ex tunc) yok hükmünde sayılmaktadır.<sup>88</sup>

Danimarka’da sözleşmelerin prensip itibarıyla ileriye yönelik şekilde hükümsüz sayılacağı belirtilmekle birlikte, bazı özel durumlarda hükümsüzlük halinin geçmişe de etkili sayılabileceği kabul edilmektedir. Kanunun hazırlık çalışmalarında dile getirildiği üzere, geçmişe etkili olma durumunun, yapım ve hizmet işlerinde değil sadece mal alımlarında uygulanması beklenmektedir.<sup>89</sup>

Üye ülkelerce sözleşmenin hükümsüz sayılması yerine alternatif yaptırım olarak ihaleyi gerçekleştiren idareye para cezası uygulanmasına yönelik çeşitli düzenlemeler yapılmaktadır. Ancak bu yaptırımların nadiren uygulandığı<sup>90</sup>, para cezasının hesabında hükümsüz kılınan sözleşme değerinin belli bir yüzdesinin (en yüksek %20) esas alındığı, bu cezanın ise hukuka aykırı işlemi tesis eden idarenin ödeneklerinden kesinti yapılmak suretiyle tahsil edildiği görülmektedir.<sup>91</sup>

---

<sup>86</sup> COMBA, s. 250.

<sup>87</sup> CARANTA, 2014, s. 166.

<sup>88</sup> CARANTA, 2011, s. 79, 80; BURGI, Martin, “EU Procurement Rules-A Report about the German Remedies System”, Enforcement of the EU Public Procurement Rules, Editors: Steen Treumer, François Lichère, DJØF Publishing Copenhagen, 2011, s. 138; LİCHERE, GABAYET, s. 315.

<sup>89</sup> TREUMER, 2011b, s. 279.

<sup>90</sup> KOMİSYON, AB Commission Staff Working Document, SWD (2017) 13 Final, Brüksel, s. 29. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017SC0013>

<sup>91</sup> KOMİSYON, 2017, s. 107.

#### 4. SONUÇ

Mahkeme kararlarının icaplarına göre, ihale sürecinde ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi isteklinin belirlenmesine ilişkin olarak tesis edilen işlemlerin iptali, ihale üzerinde kalan isteklinin ve dolayısıyla sözleşmenin tarafının değişmesi sonucunu doğururken, düzeltici işlemle giderilemeyecek bir hukuka aykırılığın varlığının tespiti ise ihalenin iptalini gerektirmektedir.

Bununla birlikte, ihale işlemlerine yönelik idari başvuru ve akabinde yargısal bir süreç işletilse de çoğu zaman yargılama sürecinden önce sözleşme mevzuata uygun bir şekilde imzalanarak işin ifasına başlanılmaktadır. Dolayısıyla yargılama süreci sonunda verilen iptal kararlarının, öğretide ve yargı içtihatlarında öngörüldüğü şekilde, iptal edilen işlemi ve ona bağlı tesis edilen diğer işlemleri geçmişe yönelik olarak ortadan kaldıracak şekilde uygulanamaması, idarelerin yargı kararlarını uygulamama iradesinden değil, iptal kararının idareye tebliğ edildiği an itibarıyla uyuşmazlığa konu edilen işin tamamen veya kısmen ifa edilmesinden, diğer bir deyişle fiilî imkânsızlıktan kaynaklanabilmektedir.<sup>92</sup>

Sözleşme konusu işin tamamının ifa edilmesi durumunda, iptal kararı sonucunda ihale üzerinde kalan ve sözleşme imzalamaya hak kazanan istekli, işi fiilen ifa etme imkânına sahip bulunmadığından, ihaleyi gerçekleştiren idareye karşı tazminat davası açmak suretiyle kayıplarını gidermeye çalışmaktadır. Benzer fiilî imkânsızlık durumları özelleştirme işlemleri dâhil bazı gelir getirici ihalelerde de söz konusu olabilmektedir.<sup>93</sup>

Sözleşme konusu edimlerin kısmen ifa edildiği durumlarda ise mevcut sözleşme idarece feshedilerek iptal kararının niteliğine göre işlem tesis edilmektedir. Buna göre, mahkemece verilen iptal kararı

<sup>92</sup> İptal kararının idareye tebliğ edildiği an itibarıyla, tıbbi sarf malzemesi alınmasına ilişkin bir ihalede malın idarece teslim alınarak tüketilmesi, taşıt kiralanaşına yönelik bir ihalede kira sözleşmesinin tamamlanması veya yol yapım işine ilişkin bir ihalede işin tamamen bitirilmesi gibi.

<sup>93</sup> İptal kararının idareye tebliğ edildiği an itibarıyla, kiralama ihalesinde sözleşme süresinin dolması ya da özelleştirme ihalesinde, satılan kamu hisselerinin halka arz edilmesindeki gibi.

sonucunda ihale üzerinde kalan istekli değişmişse, işin geri kalan kısmı yeni hak sahibi istekli tarafından ifa edilmektedir. Mahkemece verilen kararın ihalenin iptali sonucunu doğurması hâlinde ise işin ifası mümkün bulunmadığından, idarece istenilirse, mahkeme kararında belirtilen hukuka aykırılıklar giderilmek suretiyle işin kalan kısmı için yeni bir ihaleye çıkılabilmektedir.

Türkiye uygulamasında, temelini hukuk düzeninden alan ve yargı içtihatları ile de desteklenen hâkim görüş çerçevesinde, mahkeme kararında belirtilen hukuka aykırılığın niteliği<sup>94</sup>, işin ivediliği<sup>95</sup> ve bulunduğu aşama<sup>96</sup> dikkate alınmaksızın ihale sözleşmesi sonlandırılmaktadır. Bu itibarla kamusal ihtiyaçların zamanında karşılanması amacı, sözleşmelere bağlı olması gereken makul hukuki güven ve genel kamu yararı açısından bir değerlendirme yapma imkânı bulunmamaktadır.

AB Hukukunda ise ihale sözleşmesinin zorunlu şekilde sonlandırılması, ihale işlemlerinde Direktif'te belirtilen ağır hukuka aykırılık hâllerinin bulunması durumuna münhasır olup, ancak idari veya yargısal inceleme organı kararına dayanılarak uygulanmaktadır. Ayrıca, kamu yararına ilişkin zorlayıcı sebeplerin bulunması hâlinde, yine inceleme organı kararına dayanılarak, ağır hukuka aykırılık durumlarında bile sözleşmenin devamına karar verilebilmektedir.<sup>97</sup>

AB üyesi ülkelerin, iptal kararı üzerine, herhangi bir değerlendirme yapmaksızın sözleşmeyi sonlandırma seçenekleri de bulunmakla birlikte bu yolun tercih edilmediği, her üye ülkenin kendi hukuk geleneği çerçevesinde, kamusal ve özel yarar arasında makul bir

---

<sup>94</sup> İhale işlemlerinde, ihale konusu işin açık ihale usulü yerine ilansız pazarlık usulüyle teminindeki gibi ağır bir hukuka aykırılığın bulunması hâli ile son teklif verme tarihinden en az on gün önce isteklilere tebliğ edilmesi gereken zeyilnamenin dokuz gün önce tebliğ edilmesindeki gibi ihale sonucuna etki etme ihtimali çok düşük şekli bir hukuka aykırılık olması durumları arasında bir ayırım yapılamamaktadır.

<sup>95</sup> Acilen temini gereken bir tıbbi cihaz alımı ihalesindeki gibi.

<sup>96</sup> Feribot yapımına ilişkin bir ihalede, işin yarısının tamamlandığı bir aşamada, benzer işin hatalı belirlenmesi sebebiyle ihalenin iptalindeki gibi.

<sup>97</sup> Salgın hastalık döneminde aşı teminine ilişkin ihalenin hukuka aykırı şekilde yapılmasındaki gibi.

denge kurmaya çalışarak, ABAD kararlarında da belirtildiği üzere, her somut olayı münferiden değerlendirecek yöntemler geliştirmeye çalıştıkları anlaşılmaktadır.

Müteşebbislerin ihaleye katılmak suretiyle elde etmeye çalıştıkları en önemli getiri belirli bir maddi kazanç sağlamaktır. Bu itibarla, ihale konusu işin niteliği ve bulunduğu aşama dikkate alınarak<sup>98</sup>, AB uygulamasındaki gibi, temel ilkelerin korunduğu ihale işlemlerinde, özellikle yorum farklılıklarından kaynaklanan bazı hukuka aykırılıkların bulunması durumunda veya kamu yararı hâlinde, varsa ihale üzerinde kalması gereken kişinin zararının da belli ölçüde tazmini suretiyle, imzalanan sözleşmenin devamına izin veren bir sistemin kurulmasının faydalı olacağı değerlendirilmektedir.

Türkiye’de, idarelerin yargı kararlarını uygulama konusunda gönülsüz oldukları varsayımının da etkisiyle, yargı kararlarının her durumda ve koşulsuz olarak geçmişe de yürütülerek eksiksiz bir şekilde uygulanması dışında bir seçenek olamayacağını savunan hâkim yaklaşım karşısında, AB uygulamasının benimsenmesi zor görünmektedir.

Bununla birlikte İDDK’nın yukarıda aktarılan kararı yanında AYM kararında da ifade edilen, “*aynen icranın hukuken veya fiilen imkânsız olduğu hâllerde ifanın şeklinde değişikliğe gidilebileceği ve ilgiliye eski hale getirme ilkesine göre en uygun alternatif çözümün önerilmesi gerektiği*” görüşü bu alanda yeni bir anlayışı yansıtmaktadır. Yargı kararlarının uygulanma şeklini belirleme hususunda hâkime yetki verilmesi gerektiğini savunan görüş ve uygulamalarla da kısmen paralel olan bu anlayışın, yasal alt yapısı da oluşturulmak suretiyle geliştirilmesi gerekmektedir.

---

<sup>98</sup> 4735 sayılı Kanun’un 21. maddesinde, sözleşmenin feshi gerekmele birlikte, taahhüdün en az %80’inin tamamlanmış olması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydıyla sözleşmenin devamına karar verilebilecek hâller sayılmıştır.

### **KAYNAKÇA**

AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.

AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021.

ALTAY, Evren, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

ALTAY, Evren, “Yargı Kararlarının Uygulanması”, Sempozyum, Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl, Danıştay Yayınları, Ankara, 2008.

ATAY, Ethem, “İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması”, Sempozyum, Danıştay ve idari Yargı Günü 139. Yıl, Danıştay Yayınları, Ankara, 2008.

BURGI, Martin, “EU Procurement Rules-A Report About the German Remedies System”, Enforcement of the EU Public Procurement Rules, Editors: Steen Treumer, François Lichère, DJØF Publishing, Copenhagen, 2011.

<https://www.birmingham.ac.uk/Documents/college-artslaw/law/iel/library/EPLS.Vol3.Enforcement.pdf>

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

CANDAN, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, PwC Türkiye, İstanbul, 2015.

CARANTA, Roberto, “Many Different Paths, but Are They All Leading to Effectiveness?”, Enforcement of the EU Public Procurement Rules, Editors: Steen Treumer ve François Lichère, DJØF Publishing, Copenhagen, 2011.

CARANTA, Roberto, “General Report”, Public Procurement Law: Limitation, Opportunities and Paradoxes, The XXVI FIDE Congress in Copenhagen, Congress Publication Vol. 3, Editors: Ulla Neergaard, Catherine Jacqueson, Grith Skovgaard Ølykke, DJØF Publishing, Copenhagen, 2014.

<https://jura.ku.dk/english/fide2014/pdf/FINAL-Topic-3-on-Public-Procurement.pdf>

COMBA, Mario, “Enforcement of EU Procurement Rules. The Italian System of Remedies”, Enforcement of the EU Public Procurement Rules, Editors: Steen Treumer, François Lichère, DJØF Publishing Copenhagen, 2011.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

DEMİRBAŞ, Harun, “Usulüne Uygun Yapılmayan İhalenin İdare Mahkemesi Kararı ile İptalinin Kamu İhale Sözleşmesine Etkisi”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 4(1), İstanbul, 2017.

<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1102235>

DRAGOS Dacian, NEAMTU Bogdana, VELİSCU Raluca, “Remedies in Public Procurement in Romania”, Enforcement of the EU Public Procurement Rules, Editors: Steen Treumer, François Lichère, DJØF Publishing, Copenhagen, 2011.

ERKUT, Celal, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici Mekanizmalar”, Sempozyum, Danıştay ve idari Yargı Günü 141. Yıl, Danıştay Yayınları, Ankara, 2010.

ERKUT, Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, No:51, Tıpkı Basım, Ankara, 2015.

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku II, Ekin Kitabevi, Üçüncü Baskı, Bursa, 2019.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, TAN Turgut, İdare Hukuku, Cilt I Genel Esaslar, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

GÜL, Hasan, “Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yer Alan Yaptırımlar”, 150. Yıl Anısına Danıştay, Ankara, 2019.

KAPLAN, Gürsel, “İptal Kararlarının Etki ve Sonuçlarının Zaman Yönünden Yargıç Tarafından Sınırlandırılması”, Hacettepe Üniversitesi

Dr. Hasan GÜL

Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, 2013. <http://www.idare.gen.tr/kaplan-zaman.pdf>

KAPLAN, Gürsel, “Fransız İdare Hukukunda İdari Sözleşmelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümü İle İlgili Yeni Gelişmeler”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 35, 2016

<https://www.idare.gen.tr/kaplan-sozlesme.pdf>

KARAHANOĞULLARI, Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

KOMİSYON, AB Commission Staff Working Document, SEC (2006) 557, Brüksel. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs\\_autres\\_institutions/commission\\_europeenne/sec/2006/0557/COM\\_SEC\(2006\)0557\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2006/0557/COM_SEC(2006)0557_EN.pdf)

KOMİSYON, AB Commission Staff Working Document, SWD (2017) 13 Final, Brüksel. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017SC0013>

LICHERE François, GABAYET Nicolas, “Enforcement of EU Public Procurement Rules in France”, Enforcement of the EU Public Procurement Rules, Editors: Steen Treumer, François Lichère, DJØF Publishing, Copenhagen, 2011.

OECD SIGMA, Public Procurement Review and Remedies System in the European Union, GOV/SIGMA (2007)5, No. 41, Paris. [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?docLanguage=en&cote=gov/sigma\(2007\)5](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?docLanguage=en&cote=gov/sigma(2007)5)

OECD SIGMA, Dosya 1, Kamu Alımları, AB’de Kamu Alımları: Yasal Çerçeve, Temel Kavramlar ve Kurumlar, Paris, 2016a.

<http://www.sigmaxweb.org/publications/Public-Procurement-Brief-1-2016-Turkish.pdf>

OECD SIGMA, Dosya 12, Kamu Alımları, İhtilaf Çözümleri, Paris, 2016b. <http://www.sigmaxweb.org/publications/Public-Procurement-Brief-12-2016-Turkish.pdf>



ÖZAY, İL Han, Güneşin Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

SEZGİNER, Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

SPARIOS, Demis M., “Reshaping the Europeanisation: A New Romanian Transposition of the Old European Directives on Remedies in Public Procurement”, Italian Journal of Public Law, Vol.10, 2018/I.

[https://researchgate.net/publication/330485430\\_RESHAPING\\_THE\\_EUROPEANISATION\\_A\\_NEW\\_ROMANIAN\\_TRANSPOSITION\\_OF\\_THE\\_OLD\\_EUROPEAN\\_DIRECTIVES\\_ON\\_REMEDIES\\_IN\\_PUBLIC\\_PROCUREMENT](https://researchgate.net/publication/330485430_RESHAPING_THE_EUROPEANISATION_A_NEW_ROMANIAN_TRANSPOSITION_OF_THE_OLD_EUROPEAN_DIRECTIVES_ON_REMEDIES_IN_PUBLIC_PROCUREMENT)

SWAN, Collin D., “Lessons From Across The Pond: Comparable Approaches To Balancing Contractual Efficiency And Accountability In The U.S. Bid Protest And European Procurement Review System”, American Bar Association, Public Contract Law Journal, Vol. 43, No:1, Fall 2013. <https://www.jstor.org/stable/24430312?refreqid=excelsior%3A43b0528ee59b10b2ad0fbdd06af0e65b&seq=1>

TOPRAK, Eren, Kamu İhale Hukuku Türkiye’de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejim, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

TREUMER, Steen, “Enforcement of the EU Public Procurement Rules: The State of Law and Current Issues”, Enforcement of the EU Public Procurement Rules, Editors: Steen Treumer ve François Lichère, DJØF Publishing, Copenhagen, 2011a.

TREUMER, Steen, “Enforcement of the EU Public Procurement Rules: Danish Regulation and Practise”, Enforcement of the EU Public Procurement Rules, Editors: Steen Treumer, François Lichère, DJØF Publishing Copenhagen, 2011b.

ULUSOY, Ali D., “İdari Yargı Kararlarının Hukuk Düzenine Etkileri ve Uygulamadaki Sorunlar”, Sempozyum, TBMM Başkanlığı, Ankara, 2012. [https://www.academia.edu/3617885/%C4%B0dari\\_Yarg%C4%B1\\_Kararlar%C4%B1n%C4%B1n\\_Hukuk\\_D%C3%BCzeni\\_ndeki\\_Etkileri\\_Ve\\_Uygulamadaki\\_Sorunlar\\_Sempozyumu](https://www.academia.edu/3617885/%C4%B0dari_Yarg%C4%B1_Kararlar%C4%B1n%C4%B1n_Hukuk_D%C3%BCzeni_ndeki_Etkileri_Ve_Uygulamadaki_Sorunlar_Sempozyumu)

Dr. Hasan GÜL

ULUSOY, Ali D., Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları,  
Ankara, 2019.

YAŞAR, H. Nuri, İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi  
Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir, XII Levha, İstanbul,  
2013