

# AKADEMİK ÇALIŞMA ALANI OLARAK KAMU İHALE HUKUKU: Kavram ve Kapsam Üzerine İnceleme PUBLIC PROCUREMENT LAW AS AN ACADEMIC FIELD: An Analysis on the Concept and the Scope

Eren TOPRAK\*

**Özet:** Bu çalışmada kamu ihale hukukunun bir akademik çalışma alanı olması savından hareketle bu alanın kavramsal tanımlaması ve kapsamı değerlendirilmiştir. Öncelikli olarak Türk hukukunda ihale işlemlerinin ne anlama geldiği değerlendirilmiş; ardından kamu ihale hukukunun kamu kaynağı kullanılan harcama işlemlerine ilişkin olduğu tespit edilmiştir. Bu durumun kamu hizmeti algısındaki değişimle koşut olduğu; dolayısıyla alanın yeni dönem idare hukukunun bir alt başlığı olduğu tespit edilmiştir. İdare hukukunun iktisadi ve yönetsel kavramlarla yakın ilişkisi nedeniyle de kamu ihale hukukunun başta borçlar hukuku olmak üzere anayasa, ceza, ticaret, iş hukuku gibi alanlarla ilişkisi de ortaya konulmuştur. Son olarak mevcut çalışmalar içinde içerik analizi yapılmış ve alanın ağırlıklı 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun hukuki alanına sıkıştığı gözlenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** İhale, Kamu İhale Hukuku, Yeni İdare Hukuku, Kamu İhale Sözleşmeleri

**Abstract:** In this study, the conceptual definition and the scope of public procurement law are evaluated by considering the fact that this is an academic field of study. Firstly, the definition of procurement procedures in Turkish law is evaluated; then its relation with the public expenditure transactions is mentioned. This term is parallel to the change in public service perception; therefore, it was determined that the field is a sub-title of the new administrative law. Due to the close relationship between administrative law and with economic and administrative sciences, the relationship between public procurement law and the law of obligations, constitution, criminal, trade and labour law has been put forward. Finally, content analysis was conducted within the existing studies and it has been observed that the area was became narrowed to the legal area of the Public Procurement Law No: 4734.

**Keywords:** Tender, Public Procurement Law, the New Administrative Law, Public Procurement Contracts

\* Dr., Kamu İhale Kurumu Kamu İhale Uzmanı, erentoprak@kik.gov.tr, ORCID: 0000-0002-6024-1506, Makalenin Gönderim Tarihi: 26.4.2019, Kabul Tarihi: 30.04.2019

## Giriş

Sosyal bilimlerde uzmanlaşma daha çok son iki yüzyılın ürünü olarak değerlendirilebilir. Özellikle 19. yüzyılın ilk yarısındaki bilimsel etkinliklerle karşılaştırıldığında günümüzde çok çeşitli akademik çalışma alanları gözlemlenmektedir. Bu durumun hukuk çalışmaları özelinde de ortaya çıktığını savlamak da mümkündür. Gerçekten de Hukuk Fakültelerinde okutulan seçmeli derslerde son 30 yıllık süreçte ortaya çıkan değişiklikler bile büyük anlatısı olan borçlar hukuku, ticaret hukuku, ceza hukuku gibi alanların alt başlıklar altında şekillendiğini ortaya koymaktadır.

Sıklıkla ve isabetle tekrarlandığı üzere hukuki ilişkileri sosyal ilişkilerden bağımsız düşünmek mümkün değildir. M.Ö. 753 yılına tarihlenen Roma kentinin kurulmasından itibaren mülkiyet ve mübadele ilişkilerinin ortaya çıkması, bunun bir siyasal yapı doğurması Romanist nitelik taşıyan hukuk yapısını ortaya çıkarmıştır.<sup>1</sup> Bunun sonucunda da en temelde kamu hukuku ve özel hukuka dayanan ayırımın ortaya çıkması söz konusu olmuştur. Batı toplumlarında özel hukukun tarihi modern kamu hukukuna göre daha eskidir. Doğu toplumlarında ise -modern anlamda olmasa bile- siyasal erki kullanan yöneticinin oluşturduğu ve yönettiği hukuk kurallarından söz edilebilir.<sup>2</sup> Ancak gerek kamu hukukunda gerekse özel hukukta alt başlıkların oluşması bu alana ilişkin kural koyma ve düzenleme ihtiyacının oluşmasına koşuttur. Örneğin günümüzde kullanıldığı anlamda nesnel-modern ticaret hukuku algısı 19. yüzyıldan sonra ortaya çıkmıştır.<sup>3</sup>

Kamu hukuku alanındaki alt çalışma başlıklarının oluşması ise modern devletin ortaya çıkmasıyla koşuttur. Her ne kadar ceza hukukunun tarihi daha eski olsa da Anayasacılık hareketlerinin başlaması, hukuk devleti algısı ve kanuni idare ilkeleri bugün kullanılan anlamıyla anayasa ve idare hukuku disiplinlerine yön vermiştir. Kanun sayılarındaki artış ve bu metinlerin anayasaya uygunluğu anayasa yargısı gibi alt başlıklara yön vermiştir.

<sup>1</sup> Özcan Karadeniz Çelebican, Roma Hukuku, 17. Basım, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014, s. 36

<sup>2</sup> Coşkun Üçok - Ahmet Mumcu - Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, 8. Basım, Savaş Yayınları, Ankara, 1996, s. 12.

<sup>3</sup> Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 24. Basım, BTHAE Yayınları, 2018, s. 2

20. yüzyıl tarihi, bir modern olgu olarak devlet kavramının anlamının derinleşmesi ve yüzyıl boyunca farklılaşması süreçlerini gösterir. Özellikle kapitalist yığın üretimin yaygınlaşması, klasik liberalizmin bir iktisadi ve siyasal kavram olarak yaygınlaşması ancak 1929 krizi ve toplam talep eksikliğinin sorun olmasının anlaşılması yüzyıl başındaki önemli gelişmelerdendir. Bu süreç Keynesyen refah devleti kavramını ortaya çıkarmış, kamu harcamalarının eksik olan makro iktisadi toplam talebi kapatması beklenmiştir. Bu kamu politikası belirli düzeyde başarılı olsa da 1980'lere gelinirken ortaya çıkan arz şokları, klasik liberalizm ve onun üretim biçimlerinin yeni liberalizm adı altında tekrar ortaya çıkmıştır. 21. yüzyıla girilirken de yeni liberalizm belirli ölçüde devlet müdahalesiyle sağlıklı piyasa işleyişini amaçlar hale gelmiştir.

Yukarıdaki paragrafta kısaca özetlenen gelişmeler de devletin bir aktör olarak etkilediği hukuki alanlarda sonuçlar doğurmuştur. Bu sonuçlar özellikle idare hukuku alanında kendisini göstermiş, devletin piyasadaki etkin aktör rolünden düzenleyici ve denetleyici role geçiş yapması idarenin hukuki yapısında da değişiklikler ortaya çıkarmıştır. Değişikliklerin konuyla ilgili önemli olan tarafı kamu hizmeti sunumu ve kolluk yapılanmasında kendisini göstermiştir.<sup>4</sup> Kamu hizmetinin kural olarak doğrudan kamu yönetimi eliyle yürütülmesi uygulamaları değişmiş; ayrıca iktisadi kolluk faaliyetleri idare hukukunun ilgi alanına girmiştir. Bu durum da hukuka ilişkin akademik çalışma alanlarında başkaca alt başlıkları oluşturmuştur. Örneğin iktisadi kolluk faaliyetlerinin para ve sermaye piyasalarının düzenlenmesi, yabancı sermaye hareketlerinin incelenmesi, piyasa gözetimi, destekleme işlemleri gibi unsurları içermesi; bankacılık hukuku, sermaye piyasası hukuku, rekabet hukuku gibi başlıkları ortaya çıkarmıştır.<sup>5</sup>

İdare hukukunun çalışma alanlarındaki değişikliklerden bir tanesi de kamu hizmetiyle ilgilidir. Yukarıda da değinildiği üzere kamu hizmeti yürütüm yöntemleri emanet usulünden sözleşme usulüne doğru bir değişim göstermiştir. Böyle olunca da idarenin taraf olduğu sözleşmelerin incelenmesi idare hukuku açısından daha önemli bir başlık

<sup>4</sup> Müslüm Akıncı, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu", *Rekabet Dergisi*, Sayı:5, Ankara, 2001, s.4

<sup>5</sup> Turgut Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, 1. Basım, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2010, s. 258 vd.

olarak belirlemiştir. Bu sözleşmelerin kendisi ve akdedilme usulü de ihale olarak adlandırıldığı için kamu yönetiminin bir idari işlem olarak tesis ettiği ihale işlemleri ve bunun hukuki sonuçlarını araştırmak üzere kamu ihale hukuku bir akademik çalışma alanı olarak ortaya çıkmıştır.

Yukarıda kısaca betimlenen genel çerçeve içinde bu çalışmada kamu ihale hukukunun kavramsal analizi ve bir akademik çalışma alanı olarak kapsamına ilişkin değerlendirme yapılacaktır. Bu amaçla öncelikli olarak Türk hukukunda uluslararası alanda ihale işlemleri tespit edilecek; ardından kamu ihale hukukuna yönelik konumlandırma yapılacaktır; son olarak da bu alana yönelik yapılan çalışmalar özet olarak değerlendirilecektir.

### **Türk Hukukunda ve Uluslararası Yazında İhale İşlemleri**

İhale sözcüğü, Büyük Türkçe Sözlük'te "*İş, mal ve bu gibileri birçok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene verme, eksiltme veya artırma*" olarak tanımlanmıştır.<sup>6</sup> Dikkat edileceği üzere bu tanımda iki farklı öznenin söz edilmektedir. Birincisi herhangi bir edim konusunda yükümlü olanıdır. İkincisi ise ilk öznenin bu işi yaptırmayı tasarladığı isteklidir. Bu nedenle bir edimin asıl sorumlusu yerine ikinci bir kişi tarafından yapılmasına veya sorumluluğun havalesine *ihale* işlemi denebilir. Bir hukuk işlemi olarak *ihale*'nin hangi alanlarda kullanıldığını tespit etmek üzere asli düzenleme yetkisine sahip olan kanun koyucunun terimi nasıl kullandığı incelenebilir. Bunun için de Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan Mevzuat Bilgi Sisteminde arama yapılabilir

Mevzuat Bilgi Sistemi, arama ölçütü olarak seçilen herhangi bir sözcüğü gerek başlık gerekse metin olarak içeren bütün kanunları taramaktadır. Bu yöntem kullanılarak "ihale" sözcüğüne ilişkin tarama yapıldığında 6 kanunun bulunduğu görülmektedir. Öte yandan sadece başlık değil de kanun metninde de arama yapıldığında 250'den fazla sonuca ulaşılmaktadır.

İhale işlemini düzenleyen 250'den fazla kanunun düzenleme başlıkları incelendiğinde kavramın dört farklı kamusal veya özel hukuk

<sup>6</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5c52e50f07ff97.87817707](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5c52e50f07ff97.87817707) (Erişim Tarihi: 31.1.2019)

işlem başlığını adlandırmak için kullanıldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bunlar kamu harcama usullerine ilişkin ihale işlemleri, gelir getirici ihale işlemleri, devlet borçlanmasına ilişkin ihale işlemleri ve özel hukuk kişilerinin ihale işlemleri olarak adlandırılabilir. Aşağıda bu alanları düzenleyen kanunlara ilişkin kısa açıklamalar yapılmıştır.

*Kamu harcama usullerine ilişkin ihale işlemleri*, ihale sözcüğünün ilk ve en yaygın kullanım alanı devletin kendisine ait kamu kaynağını kullanarak yine kendi sorumluluğunda bulunan bir kamu hizmetini sözleşme kullanarak çeşitli yüklenicilere yaptırmasını ifade etmektedir. Devlet örgütü hizmetin yürütümü konusunda kendi öz kaynaklarını kullanmak yerine sözleşme ilişkisindeki karşı tarafın hizmeti yürütmesini satın almaktadır. Açıklanan bu ölçüt çerçevesinde yürürlükte bulunan kanunlara bakıldığında aşağıdaki düzenlemelerin bu alanın yasal dayanağını oluşturduğu söylenebilir.

- 1910 tarihli Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun
- 16.8.1961 tarih ve 351 sayılı Yükseköğrenim Kredi Yurtlar Kurumu Kanunu
- 4.12.1984 tarih ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun
- 28.5.1988 tarih ve 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun
- 8.6.1994 tarih ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap İşlet Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun
- 16.7.1997 tarih ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun
- 22.1.2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu
- 21.2.2013 tarih ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

Yukarıdaki kanunların birçoğu ihale işlemlerini düzenlemekle birlikte 3096, 3465 ve 3996 sayılı Kanun metinlerinde açıkça ihale işleminden söz edilmemektedir. Ancak düzenlemenin içeriği ve bu maddelere dayanılarak çıkarılan uygulama yönetmelikleri açıkça ihale işlemlerini düzenlemektedirler.

*Gelir getirici ihale işlemleri* ise nakdi kamu kaynaklarında bir artışı ifade etmektedir. Esasında bu türden işlemlerde de bir kamu kaynağı harcaması söz konusu olabilir. Örneğin bir devlet birimi elinde atıl durumda bulunan bir taşıtı satmaya karar verdiğinde bütçesine nakit girişi olmakla birlikte taşınır varlıklardan eksilme olmaktadır. Dolaşısıyla elindeki bir kaynağı harcamaktadır. Ancak burada amaç satış işleminden gelir elde etmek olduğu için sınıflandırmanın başlığı bu şekilde belirlenebilir.

Aşağıda gelir getirici ihale işlemlerini düzenleyen kanunla bulunmaktadır.

- 26.6.1939 tarih ve 3653 sayılı Yalova Termal Kaplıcalarının İdaresi ve İşletilmesi Hakkında Kanun
- 8.9.1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu
- 24.11.1994 tarih ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun
- 27.10.1999 tarih ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu (Md. 178 vd.)
- 27.4.2005 tarih ve 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Md. 33)
- 27.2.2008 tarih ve 5738 sayılı Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilere Yaptırılması Hakkında Kanun

*Devlet borçlanmasına ilişkin ihale işlemleri*, 28.3.2002 tarih ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 6. maddesi ve devamında Hazine'nin iç borçlanma yöntemi olarak senet ve tahvil ihaleleri düzenlenmektedir. Esas olarak burada doğrudan bir kamu hizmeti sunma sorumluluğu veya düzenlenmesi söz konusu olmamakla birlikte kamu yönetimi ve yatırımların finansmanı için yapılan bir idari işlem düzenlenmektedir.

*Özel hukuk kişilerinin ihale işlemleri, ilk üç başlıkta taraflarından birisinin organik anlamda idare olduğu ihale işlemleri sınıflandırılmıştır. Ancak bazı kanunlarda özel hukuk kişilerinin kendi aralarında yaptığı veya devletin cebri icra gücüyle özel hukuk kişileri lehine yaptığı ihale işlemleri düzenlenmektedir. Bu düzenlemelerden ilki Türk Borçlar Kanunu'nun 274. maddesi ve devamında açık arttırma başlıklı özel bir satış türü olarak düzenlenmiştir. İkincisi ise İcra ve İflas Kanunu'nun 114. maddesi ve devamında düzenlenen ihale işlemleridir.*

Yukarıda yapılan dörtlü ayırım çerçevesinde kamu ihalesi tamlamasının ilk üç başlıkta idarelerin birer idari işlem olarak tesis ettiği ihale işlemlerine ilişkin tanımlama yaptığı tespit edilebilir. Dolayısıyla bu durum sözlük tanımında olduğu gibi bir kamu idaresinin birden fazla istekliyle hukuki ilişkiye girmesini ifade etmektedir.

Kamu ihale hukuku üzerine uluslararası yazındaki durum ise daha tektip bir görüntüdedir. Özellikle Avrupa'da konuya ilişkin çalışmalar incelendiğinde İngilizcede "*public procurement law*" kullanımı dikkat çekmektedir. Ancak içerik olarak bakıldığında Türkçedeki kamu ihale işlemlerinden farklı olarak sadece kamunun harcama işlemleri çerçevesinde mal, hizmet veya yapım işlerini satın alması öne çıkmaktadır.<sup>7</sup> Ayrıca yine aynı çalışmalarda kamu hukukuna tabi kuruluşların piyasadan satın alma işlemi yapabilmesinin kamu ihale hukukunun inceleme alanını oluşturduğu da belirtilmektedir.<sup>8</sup>

Kamu ihale işlemlerinin küresel anlamda gelişimi 20. yüzyılın ortalarına karşılık gelmektedir. Özellikle 1960'lı yıllardan itibaren gelişen piyasa mekanizması ve ortak pazar düşüncesi Avrupa Birliği hukukunda kamu ihalelerinin önemli birer başlık olarak belirmesi sonucunu doğurmuştur.<sup>9</sup> Bu amaçla da Avrupa Birliği hukukunda kamu ihalelerinin konumu uluslararası düzeyde kamu ihale hukukunun çalışma alanının tespiti açısından önemlidir.

Avrupa Birliği'nin kamu alımları konusunda düzenleme yapma çabaları 1970'li yıllara kadar uzanmaktadır. Ana amaç Avrupa Birliği tek

<sup>7</sup> Christopher Bovis, *Public Procurement in European Union*, Palgrave Mc Millan, New York, 2005, s. 17

<sup>8</sup> Bovis, 2005, s. 82

<sup>9</sup> Sue Arrowsmith, "Public Procurement: An Appraisal of the UNCITRAL Model Law as a Global Standart", *International and Comperative Law Quarterly*, 2004, Cilt: 53, Sayı: 1, s. 17-18.

pazarını oluştururken kamu harcamaları konusunda bütün üye ülkelerin bilgisine açık, rekabetçi, şeffaf ve ayrımcı olmayan bir ihale sistemi hayata geçirmektedir. Dolayısıyla bu durumun direktifler yardımıyla düzenlenmesi o yıllarda ortaya çıkmıştır. Bu anlamda kamu ihalelerini düzenleyen ilk direktif 1971 yılında çıkan 71/305 sayılı Yapım İşleri Konsey Direktifidir. Ardından 1976 yılında 77/62 sayılı Mal Alımları Konsey Direktifi yürürlüğe girmiştir. Bu iki direktif günümüzdeki düzenlemelere nispeten daha az kapsamlı olsa da 1980 yıllara girerken daha nitelikli kamu alımları mevzuatı oluşturulması amacını içermektedir. Bu direktifler topluluğun GATT Kamu Alımları anlaşmasına taraf olması sürecine kadar yürürlükte kalmıştır. Daha sonraki süreçte GATT etkisi ve Avrupa'da yaygınlaşmaya başlayan yeni liberal politikalar kamu alımları konusunda değişiklikler yapılmasını da zorunlu kılmıştır. Bu anlamda 1985 yılında hazırlanan Beyaz Kitap'da 1990'lı yıllara kadar kamu alımları konusunda ortak kavramlar geliştirilmesi ve buna ilişkin çalışmalar yapılması gereği belirtilmektedir. Buna göre 1987 mal alımları 1988 yılında yapım işleri direktifleri değiştirilmiştir.

Bütün bu çalışmaların sonucunda 1992 ve 1993 yıllarında o güne kadar yapılmış direktifler bir araya getirilip konsolide edilerek ortak kamu alımları mevzuatı oluşturulmuş ve 92/50/EEC sayılı hizmet alımları, 93/37/EEC sayılı mal alımları ve 93/38/EEC sayılı yapım işleri direktifleri yürürlüğe girmiştir.

92/50/EEC sayılı hizmet alımları, 93/37/EEC sayılı mal alımları ve 93/38/EEC sayılı yapım işleri direktifleri uzun süre yürürlükte kalmıştır. Ancak 2000'li yıllarla birlikte değişen konjonktür ve direktiflerin bazı konularda yetersiz kalmasıyla yeni çalışmalar yapılmıştır. Bu amaçla 2004 yılında iki yeni direktif yayımlanmıştır. Bunlardan ilki 2004/17/EC sayılı sektörler direktifi ve ikincisi de 2004/18/EC sayılı klasik direktiftir. Bu direktiflerde kamu alımlarına ilişkin çok çeşitli öneriler getirilmiştir. Bunların genel çizgisi, şeffaf, rekabetçi, hızlı ve istekliler arasında ayırım gözetmeyen bir kamu alımları sisteminin kurulmasını amaçlamaktadır. Anılan amaç çerçevesinde, elektronik ihalenin hayata geçirilmesi, belli istekliler arasında ihale ileri teknoloji gerektiren alımların yapılması, hızlı alım yapmak amacıyla çerçeve sözleşmelerin uygulanması, ortak kamu alımları terimlerinin yaygınlaştırılması, eşik değerlerin rekabete imkân verecek biçimde düzenlenmesi direktiflerde yer alan ana konulardır.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Avrupa Birliği'nde kamu ihalelerinin tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için

Kamu ihale işlemlerindeki niceliksel artış ve kamu hizmetinin yürütümündeki değişimler bu alanda yeni düzenlemeleri ortaya çıkarmıştır. Bu amaçla 2014 yılında klasik direktif ve sektörler direktifi tamamen değişikliğe uğramıştır. Özellikle idare tanımındaki genişleme, yeni ihale usulleri, eşik değerler, istisnalar ve güncel satın alma teknikleri gibi konular 2014/24/EC ve 2014/25 EC direktiflerinde düzenlenmiştir.<sup>11</sup> Bu değişiklikler uluslararası alanda UNCITRAL Model Kanunu ve Dünya Ticaret Örgütü gibi düzenleyici örgütlerin çalışmalarını da etkilemiştir.

Uluslararası alandaki çalışmaların kapsamı ayrı bir tartışma konusu olsa da bu metnin araştırma alanı açısından ihale işlemlerinin sadece harcama boyutunu ilgilendirdiği sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla bir idari işlem olarak ihale sözcüğü özellikle batı yazınında Türkçe yazına kıyasla daha dar bir anlama karşılık gelmektedir.

### **Konumlandırma: Hukukta Akademik Çalışma Alanları İçinde Kamu İhale Hukuku**

Bir hukuki işlem olarak ihalenin dört farklı anlamda kullanıldığı; ancak taraflarından bir tanesinin idare olduğu durumlarda kamu ihalesi kavramının öne çıktığı daha önce de ifade edilmiştir. Anılan tespitin ardından kamu ihale hukuku tamlamasının hangi hukuki alanda çalıştığı değerlendirilebilir. Öncelikli olarak harcama işlemi, gelir getirici işlemler veya devlet borçlanmasına ilişkin işlemlerinin tamamı bu başlığı içine alınarak bir açıklama yapılabilir. Ancak devlet borçlanmasının daha çok iktisadi ve mali karakteri olan bir işlem olması (ve bu nedenle çok fazla hukuki tartışmaya neden olmaması); gelir getirici işlemlerin de niceliksel olarak çok büyük boyutta olmaması gerek akademik gerekse gündelik yazında ihale işlemlerinden kamu harcamalarına dayanak olan işlemlerin anlaşılması sonucunu doğurmaktadır. Bu durumda kamu ihale hukukunun bir harcama işlemi olarak ihaleleri incelediği söylenebilir. Nitekim bu tespit uluslararası yazınla da uyumludur.

Konuya yukarıdaki açıdan bakıldığında iki tespitin daha yapılması gerekmektedir. Birincisi ihalenin özü itibarıyla idari işlem olmasıdır.

---

bkz. Servet Alyanak, Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 25-37.

<sup>11</sup> Alyanak, 2015, s. 139.

Gerçekten de gerek tek yanlılığı gerekse icrai niteliği düşünüldüğünde bu durum daha açıktır. İkincisi de ihalenin çok önemli bir idare hukuku terimi olan kamu hizmetiyle yakından ilgili olmasıdır.

İhalenin özünde bir idari işlem olması yeni ortaya çıkan bir sonuç değildir. Ancak kamu hizmeti algısında özellikle son 30 yıllık süreçte meydana gelen değişim ihale kavramını (ve doğal olarak ihale sözleşmelerini) çok daha önemli ve ilgiye değer bir hale getirmiştir. Bu nedenle de anılan değişimin bir idari işlem olarak ihale ve idarenin taraf olduğu bir özel hukuk sözleşmesi olan kamu ihale sözleşmeleriyle ilişkisinin değerlendirilmesi gerekir.

İdare hukuku yazınında kamu hizmetinin ne anlama geldiği üzerine az çok birbirine benzeyen çeşitli hukuki açıklamalar yapılmıştır. Bu açıklamaların birçoğu –diğer benzerlerinde de olduğu üzere- Fransız idare hukuku kaynaklı olmakla birlikte kavrama yönelik tartışma ve açıklamaların çoğunluğu Türkçe yazına da taşınmıştır. Fransız hukukunda kavrama yönelik önemli değerlendirmeler Gaston Jeze ve Leon Duguit tarafından yapılmıştır. Jeze, idare hukuku alanındaki çalışmalarında kamu hizmeti, yöneticilerin sunmayı tasarladıkları ve yurttaşlara ulaştırdıkları hizmetler olarak tanımlamıştır.<sup>12</sup> Aslında kısa gibi görünen bu tanım hukuksal durum ile siyasal tercihlerin birlikteliğini ifade etmesi bakımından önemlidir. Çünkü kamu hizmetini, *kamusal-siyasal* niteliğiyle ve devlet faaliyetleri çerçevesinde tanımlamaktadır. Öte yandan Duguit ise kamu hizmetini devletten doğru değil devlete doğru yapmaktadır. Yani kamu hizmetini ortaya çıkaran devlet değil; devleti ortaya çıkaran kamu hizmetidir. Buradan hareketle de, kamu hizmeti yönetenlerin yönetilenlere karşı uyguladıkları hizmetlerdir.<sup>13</sup> Dolayısıyla kamu hizmeti iktidarın kullanılmasıyla yakından ilgilidir ve bir anlamda devletin varlık nedenini ortaya çıkarmaktadır. İfade edilen bu yorumlar kamu hizmetinin idare hukukunun temeli olarak gören düşünceye de kaynaklık etmektedir.

<sup>12</sup> Bu tanım yazarın İdare Hukukun Genel Kuralları başlıklı çalışmasında geçmekte olup Onur Karahanoğulları'nın çalışmasında aktarılmıştır. Bkz. Gaston Jeze, *Les Principes Generaux de Droit Administratif*, Paris, 1930 ve Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti: Kavram ve Hukuksal Rejim*, Turhan Yayınevi Ankara, 2002, s. 39 vd.

<sup>13</sup> Süheyl Derbil, "Kamu Hizmeti Nedir?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1950, Cilt: 7, Sayı: 3-4, s. 29

Yukarıda aktarılan tanımlamalar uzun yıllar boyunca kabul görmüş ve Türk hukuk öğretisinde kullanılmıştır. Örneğin Cumhuriyet döneminin ilk idare hukukçularından Mustafa Şeref Özkan'ın dönemin devlet yapılanmasının korporatist-müdahaleci yapısıyla uyum içinde bir kamu hizmeti tanımı yaptığı görülmektedir.<sup>14</sup> Daha sonraki dönemde Sıddık Sami Onar ise kavram üzerine daha objektivist biçimde eğilmekte ve kamu hizmetini içinde dört farklı unsuru taşıyan bir kavram olarak tanımlamaktadır.<sup>15</sup> Bunlardan ilki hizmetin devlet tarafından ya da devletin denetimi altında yapılmasıdır. Burada bireylerin yapamayacağı işlerin kastedilmesi asıl olsa da iktisadi kamu hizmetleri adı verilen kategorinin önemli olduğu belirtilmektedir. Ancak vurgulanan kamusal yürütüm esaslarının uygulanmasıdır (*gestion publique*). İkinci olarak kamu hizmetinin genel ve ortak amaçlar için kamu yararını sağlamak üzere kurulmasıdır. Bu unsur hizmetin ilk ve asli özelliğidir. Üçüncü olarak, kamu hizmetinin bütün topluma yayılması ve kamusal çıkarın hedeflenmesinden söz edilmektedir. Burada özel hukuk kişilerinin hizmetin muhatabını seçerken öznel olma şansları varken devletin kamu hizmetini sunarken böyle bir takdir yetkisinin bulunmadığı ifade edilmektedir. Son olarak da kamu hizmetinin sürekli ve düzenli faaliyetleri içerdiği belirtilmektedir.

Kamu hizmetine yönelik aktarılan geleneksel tanımlamalar son 30 yıllık süreçte farklılaşmaya başlamıştır. Özellikle konunun sadece hukuki boyutunun değil iktisadi boyutunun da çalışmaya başlanması bu gelişimin önemli ayaklarından.<sup>16</sup> Gerçekten de 1980'li yıllarda kamu politikalarında ortaya çıkan değişim kamu hizmeti alanını da yakından etkilemiş ve bu kavramın algılanmasındaki değişiklik ihale ve ihale sözleşmelerini önemli birer gündem konusu yapmıştır.

Kamu hizmetindeki değişim esas olarak iktisatçıların Keynesyen refah devleti olarak tanımladıkları anlayıştan kopuşla başlamıştır. Çünkü kamu hizmetinin geleneksel tanımında yer alan, devlet tarafın-

<sup>14</sup> Mustafa Şeref Özkan, İdare Hukuku Ders Notları, Ankara Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Neşriyatı No: 5, 1935, s. 11 ve 17-189.

<sup>15</sup> Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Basım, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, Cilt: 1, 1966, s. 12-27.

<sup>16</sup> Kamu hizmeti tartışmalarında hukuki ve iktisadi boyut farklılaşmasıyla ilgili bkz. Cüneyt Ozansoy, "Türkiye'de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1997, Sayı: 46, Cilt: 1, s. 85, 86.

dan görülmesi, faydasının toplumun tamamına (ya da büyük kısmına) yayılması, eşitlikçi, sürekli ve düzenli faaliyetler olması refah devletinin kullandığı sosyal ve siyasal kavramlara koşuttur. Bu yüzden kamu hizmeti kavramının 1980'li yıllardan itibaren bir değişime girdiğini ifade etmek ve bunu değerlendirmek, ilk elde Keynesyen refah devletinden kopuşu açıklamayı zorunlu kılmaktadır.

Keynesyen devlet, esas olarak 1929 krizi sonrası ortaya çıkmıştır. Bu krizde piyasanın kendi kendine işleyebileceğine yönelik inanç sarsılmış, özel sermaye birikimi yerine kamusal sermaye birikiminin gerekli olduğu ifade edilmiş, bunun için de devletin ekonomiye etkin biçimde müdahale etmesi gerektiği savunulmuştur. Tarihsel süreç bir yana, Bob Jessop tarafından bu devlet yapılanmasının dört önemli ayırt edici özelliği olduğu değerlendirilmiştir.<sup>17</sup> Buna göre Keynesyen devlette, iktisat politikaları, tam istihdam, talep yönetimi ve yığın üretim ve tüketime yönelik alt yapı oluşturulması; sosyal politikalar, toplu pazarlık, toplu tüketimin yaygınlaşması için devlet yardımları ve sosyal refah harcamalarının artması gibi kavramları içermektedir. Bu anlamda sistemin birincil ölçeği, üretimin ulusal temelde ve merkezden planlanarak yapılmasıdır. Karma iktisadi sistemde, piyasa başarısızlıklarını devletin aşması beklenmektedir. Jessop'un özellikle bu son tespitinden hareketle Keynesyen devlette, kamu hizmetinin piyasa risklerini taşımayan bir üretim alanı olduğu yorumu yapılabilir. Bu da kavramı devlet toplum ilişkilerinde önemli bir konuma getirmektedir.

1929 krizi ile ortaya çıkan bu yapılanma, 1971 petrol krizi ile birlikte değişim eğilimine geçmiştir. Devletin talep yönlü politikaları enflasyon sorununu ortaya çıkarmış, bu durum arz şoklarından kaynaklanan durgunlukla birleşince refah devleti uygulamaları sorgulanmaya başlanmıştır. Anılan sorgulama yeni sağ politikalar aracılığıyla yapılmış ve 1980'den sonra hız kazanmıştır. Bu dönemde etkin bir devletten, savunma gibi birkaç özgül alana sıkışmış iktisadi ve sosyal herhangi nitelikli eyleme girmeyen bunun sonucu olarak da özelleştirmeler, yetki ve görev devirleri, devletten ziyade hükümetin güçlenmesi gibi kavramlar öne çıkmıştır. Sonuçta, Keynesyen refah devleti uygulamaları terk edilmeye başlanmış ve devlet örgütlenmesi yüzyıl

<sup>17</sup> Bob Jessop, *The Future of The Capitalist State*, Polity Press, Cambridge, 2002, s. 58-71

başındaki klasik ödevlerine dönme yolunda değişimlere uğramıştır.<sup>18</sup> Bu dönemin asıl getirmek istediği, kaybolduğu düşünülen serbest rekabeti yeniden inşa etmek ve ekonomik-sosyal bir yeniden üretim ön-görmektedir. Bunun için arz yönlü bir ekonomik sisteme adapte olmak için talep dalgalanmalarını kontrol etmekten ziyade iktisadi büyümeyi gerçekleştirmek hedef olmakta ve bunun için de üretimi arttırmak, pazarları serbestleştirmek, ulusal ekonomilerin ulus ötesi rekabetçiliğe adapte olmasını sağlamak hedefleri öne çıkmaktadır.

Kamu hizmeti ise bu dönemde yukarıda belirtilen değişime koşut değişimler göstermektedir. Öncelikli olarak devletin etkin bir piyasa aktörü olması artık gerekmediği için iktisadi kamu hizmetleri büyük ölçüde özelleştirilmiştir. İkinci olarak piyasa risklerinin olmadığı ve ikincil olarak nitelenebilen kimi kamu hizmetleri, imtiyaz, yap işlet devret, kamu özel işbirliği gibi ihale sözleşmeleri yoluyla özel sektöre açılmıştır. Kolluk hizmeti büyük ölçüde devlet tekelinde kalmış ancak idari kamu hizmetlerinin bazı bölümleri özel hukuk sözleşmeleri yoluyla özel sektöre ihale edilmiştir. Bu durum kamu hizmetini kamu personeli sıfatıyla gören kişi sayısının da önemli ölçüde azaltmıştır.<sup>19</sup>

Bu noktada vurgulanması gereken en önemli durum, önceki dönemde kamu hizmeti olarak görülen alanların hiçbirisinin yok olmasıdır. Değişim, kamu hizmetini gören özne çerçevesinde olmuş ve bunun da bazı sonuçları ortaya çıkmıştır. Bu öznenin artık devlet olmadığı, kamu hizmetinin tamamen özelleştiği, devletin edilginleştiği abartılı bir yorumdur. Her ne kadar elde önemli niceliksel veriler bulunmasa da kamu hizmetlerinin özel sektöre tarafından görülmesi, hizmetin süresiz olarak özel kişilere bırakılması anlamına gelen özelleştirme yoluyla değil devletin asıl yürütücü olmadığı ancak denetleyici konumunda bulunduğu imtiyaz, ihale gibi yollarla yapılmaktadır. Bu da aslında, devletin tamamen küçülüp klasik liberalizm dönemindeki halini almadığına işaret eder.

<sup>18</sup> Söz konusu değişimlerin önemli görülen bir çözümlemesi için bkz. Jessop, 2002, s. 95-140

<sup>19</sup> Aslında burada ifade edilen kamu istihdamının toplam istihdama göre büyüklük oranıdır. Devletin birçok alandan çekilmesi asli ve sürekli görevi kamu hizmeti görmek olan kişilerin sayısında azalma doğurmuştur. Bu durumun sistemli ve amaçlanan bir kamu politikası çıktısı olduğu vurgulanmalıdır. Ayrıntı için bkz. Paul C. Light, *The New Public Service*, Brookings Institution Press, Washington, 1999, s. 1-19

Yapılan açıklamalar bir arada değerlendirildiğinde kamu hizmetinin değişimi için bazı önemli sonuçları saptamak mümkündür. İlk olarak, birincil kamu hizmetleri olarak nitelendirilen savunma ve adalet gibi alanlar bir yana bırakılırsa kamu hizmetinin yürütüm esası kural olarak imtiyaz-ihale yöntemi haline gelmiştir. Bunun temel amacı devletin aynı hizmetleri daha ucuza sunma olanaklarının araştırılmasıdır. İkinci olarak, bu süreçte kamu hizmeti piyasaya açılmıştır. Böylelikle geleneksel olarak genel ve ortak ihtiyaçları karşılamak için kullanılan kamusal ayrıcalıklar yerini rekabet alanlarına bırakmıştır. Bunun sonucunda da kullanıcıların hizmet bedeli ödediği kamu hizmeti konularında artışlar meydana gelmiş; bu da anayasal eşitlik ilkesi için bir tartışma başlığı olmuştur. Üçüncü olarak, kamu hizmetindeki değişim devletin küçültülmesine aracılık etmiştir. Yeni sağ politikaların en önemli amacı, devlet örgütlenmesinin fazla hantal olduğu, bu nedenle ekonominin bütünü için fazlalık oluşturduğudur. Onun için devletin olabildiğince küçülüp, elinde alanları piyasaya bırakması kamu hizmetinin özelleşmesiyle mümkün olacaktır.

Yukarıda kamu hizmeti kavramı çerçevesinde değerlendirilen bütün bu süreç idarenin örgütlenmesi ve hukuki yapısında dikkate değer etkiler doğurmuştur. Kamu hizmeti görmek için kamu personeli istihdam etmek yerine bir yüklenici ile özel hukuk sözleşmesi imzalanması giderek artan bir hizmet yürütüm yöntemi olmuştur. Konunun devlet tarafındaki değişimi bu yönde olmakla birlikte kamu hizmeti gördürmek için daha fazla sözleşme imzalanacak olması piyasa tarafında da karşılık bulmuştur. Diğer iktisadi ilişkilere göre önemli ölçüde risksiz bir alan olarak görülen kamu hizmeti yürütümü için birçok yerli veya yabancı girişimci yüklenici adayı haline gelmiştir. Bunun sonucunda da ihale sözcüğü basit idari işlem olmaktan çıkmış; kuralları küresel ölçekte belirlenen ve küresel bir dille kurulan; iktisadi etkileri açısından da ülkelerin milli gelirlerinin yüzde 15'ine yaklaşan büyüklüklere ulaşan bir işlemler bütünü olmuştur.<sup>20</sup>

Yapılan açıklamalar sonucunda kamu ihale hukukunu konumlandırma çabasının ilk sonucuna ilişkin tespit yapılabilir: bu konu yine de temelinde bir idare hukuku alanıdır ancak ekonomik kamu hukuku,

<sup>20</sup> İktisadi etkiler konusunda rakamlar için bkz. OECD, Government at a Glance, OECD Publishing, 2017, s. 148

ekonomik idare hukuku veya tek başına ekonomi hukukunun içinde de yer alır. Daha açık bir ifadeyle, kamu ihale hukukunun idarenin piyasaya etkileşime girdiği ve bunun hukuki sonuçlarını inceleyen *yeni idare hukuku* kavramı olarak oluşmuştur.<sup>21</sup>

İdarelerin kamu kaynağı kullanarak yaptıkları harcama işlemleri temel olarak iki aşamadan oluşur. Bunların ilkinde ihale ikincisinde de sözleşme aşamaları bulunmaktadır. Her iki işlemde de idarelerin kamu hizmeti görme sorunlulukları çerçevesinde bir piyasa aktörüne işi yaptırmak için bu aktörlerle hukuki ilişki kurmaları söz konusu olmaktadır. Öte yandan yine son 30 yıllık süreçte kamu ihalelerine ilişkin hukuki kurallar küresel ölçekte tektipleştirmiştir. Örneğin Türkiye’de 1980 sonrası kamu ihale düzenlemelerinin genel mantığını *yerel* uygulamanın *küresel* olana uyumlaştırılması olarak tanımlamak mümkündür.<sup>22</sup>

Kamu ihalelerinin *yeni idare hukuku* terimi olmasına dayanak olabilecek bir diğer gerekçe ise –yine Cassese’nin ölçütlerinden hareketle– idari yargının denetim sınırlarına ilişkin değişikliklerdir. Önce Uyuşmazlık Mahkemesi içtihadıyla başlayan daha sonra da 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’ndaki sözleşme taraflarının eşitliği ilkesinden hareketle kamu ihale sözleşmeleri, idarenin özel hukuk sözleşmeleri olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamanın temel sonucu, her ne kadar ihale aşaması idari yargının görev alanında kalsa da sözleşme uyuşmazlıklarında adli yargının görevli hale gelmesidir. Konusu doğrudan kamu hizmeti dahi olsa bu tür sözleşmeler, idari sözleşme kabul edilmediklerinden uyuşmazlıklar idari yargının görev alanına girmektedir.

<sup>21</sup> Yeni idare hukuku tamlamasını kullanmak için Avrupa’nın önemli idare hukukçularından Sabino Cassese’ye atıf yapılabilir. Cassese, Türkçe’ye de çevrilen bir makalesinde idare hukukunun; küreselleşme, tek yanlı üstünlüklere dayalı işlem iradesinde farklılaşma, common law sistemine yakınsama ve idari yargının görev alanında değişim gibi başlıklarda farklılığa uğradığını bunun da yeni bir idare hukukunu tanımlama gereksinimi ortaya çıkardığını belirtmektedir. Ayrıntı için bkz. Sabino Cassese, “19. Yüzyıldan 21. Yüzyıla İdare Hukukunun Dönüşümleri”, Çev: Eren Kalanyuva, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 2014, Sayı: 15/2, s. 159-165.

<sup>22</sup> Bu konuyla ilgili daha ayrıntılı değerlendirme için bkz. Eren Toprak, *Kamu İhaleleri: Kamu Alımlarının Hukuki, Yönetmelik ve Siyasal Boyutu*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2016, s. 150-155.

Kamu ihale hukukunun konumlandırılmasında idare hukuku ilişkisinden sonraki ikinci adım, alanın etkileşimde olduğu diğer hukuk başlıklarının tespitidir. Bu tespitte ilk sözü edilmesi gereken başlık da borçlar hukukudur. Yukarıda da ifade edildiği üzere kamu ihale hukukunun inceleme alanına giren ve *ihale*'den sonraki ikinci aşama olarak görülen *sözleşme*'nin bir özel hukuk sözleşmesi olduğu öğretide kabul görmektedir.

Türkiye'de 2002 yılından önce bu alandaki sözleşmelerin niteliğini tespit için ağırlıklı olarak yargı içtihatları kullanılmıştır. Örneğin Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 1990'lı yılların ikinci yarısında verdiği şu karar bu açıdan incelenebilir;

*"(...) Dolayısıyla, görevli yargı yerinin belirlenebilmesi için, uyuşmazlık konusu sözleşmenin hukuki niteliğinin incelenmesi gerekmektedir.*

İdare, tıpkı özel hukuk kişileri gibi özel hukuk sözleşmeleri yapabildiği gibi; kamusal yetkisinin verdiği üstünlük ve ayrıcalıklara dayanarak, konusu, hüküm ve koşulları bakımından özel hukuk sözleşmelerinden farklı olan sözleşmeler de yapar ki, *idare hukuku esaslarına tabi bulunan bu sözleşmeler "idari sözleşme" olarak adlandırılırlar.* İdarenin, genel ehliyetini kullanarak, sözleşme serbestisi ve tarafların eşitliği gözetilerek gerçekleştirdiği sözleşmelerinin tamamen özel hukuk hükümlerine tabi olması ve dolayısıyla bunların yargısal denetiminin adli yargı yerlerince yapılmasına karşılık; 2577 sayılı Kanun'un idari dava türlerinin sayıldığı 2/1-c. maddesinde ifade edildiği üzere *"genel hizmetlerden birinin yürütülmesi" amacıyla ve kamusal nitelikte üstün hak ve yetkilere dayanarak yaptığı idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözümünde ise, idari yargı yerleri görevli bulunmaktadır.*

*(...) Buna göre, idarenin sözleşme yapabilmesi için: bu Kanun kapsamına giren bir işin veya ihtiyacın belirlenmesi, ihale yönteminin tespiti, ihale ilanı ve ihale kararı alınması sürecinden geçilmesi gerekmektedir. Tümüyle idarenin kamu gücüne dayanan, re'sen ve tek yanlı olarak tesis ettiği idari nitelik taşıyan ihale işlemleri hakkındaki yargısal denetimin, idare hukuku kurallarına göre idari yargı yerlerince yapılacağı tartışmasız ise de; sonuçta gerçekleştirilen sözleşmenin hangi hukuki rejime tabi olacağının tespiti, bu sözleşmenin konusu ile içerdiği hüküm ve koşullar yönünden yapılacak incelemeyle mümkündür.*

*Olayda, Şişli Belediyesi'nce, 2886 sayılı Kanun'un 45. maddesinde öngörülen yönetime göre yapılan ihale sonucunda, belediye nikâh salonunda fotoğraf ve video çekimi işine ilişkin davacı ile akdedilen sözleşmenin, 1580 sayılı Belediye Kanunu'nda sayılan belediyenin görevleri arasında yer almayan konusu itibarıyla, genel hizmetlerden birinin yürütülmesi amacını taşınamaması ve belediyeye kamusal nitelikte üstün hak ve yetkiler tanıyan hüküm ve koşullar içermemesi nedeniyle, idari sözleşme olmadığı; ancak, sözleşme serbestisi ve tarafların eşitliğine dayanan bir özel hukuk sözleşmesi olduğu anlaşılmaktadır.*

*Bu durum karşısında, idarenin özel hukuk sözleşmesinden doğan davanın görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevli bulunmaktadır.”<sup>23</sup>*

Dikkat edileceği üzere kararda idarenin tarafı olduğu sözleşmelerin idari sözleşmeler ve idarenin özel hukuk sözleşmeleri olarak iki başlıkta incelenebileceği; buradaki temel ayrım ölçütünün kamu hizmeti yürütülmesi amacıyla kamusal yetki ve ayrıcalıklarından yararlanma veya sözleşme serbestisi çerçevesinde tarafların eşitliğine dayanıp dayanmama olarak belirlendiği anlaşılmaktadır. Tanımdaki ölçüt sözleşmenin niteliğinin tespiti konusunda taraflara yüklenen edim yükümlülüklerine bakmayı önermektedir. Bu yükümlülüklerde tarafların eşitliği söz konusu ve idare de bir özel hukuk kişisi/piyasa aktörü olarak davranmışsa sözleşmenin özel hukuka tabi olduğu söylenmektedir.

İdari sözleşmelerdeki ölçüt sorunu hakkında alan bazında da çeşitli tartışmalar yürütülmüştür. Bu anlamda kamu hizmeti yürütümüne ilişkin olan ve idareye özel hukuku aşan yetkiler tanıyan sözleşmelerin özel hukuka dahil olduğu genel olarak kabul görmüştür.<sup>24</sup> Geleneksel olarak -özellikle de Fransız idare hukuku geleneğinin etkisiyle oluşturulan- bu ölçütlerin yanında konuya ekonomi hukuku çerçevesinden bakılması gerektiği ve rekabet odaklı irdelenmesi gerektiği de savunulmaktadır (Çal, 2010).<sup>25</sup> Bu bakış açısı sadece idarenin organik konumuna değil aynı zamanda sözleşme konusunun etkilediği iktisadi ilişkileri de dikkate almaktadır.

<sup>23</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E: 1999/8, K: 1999/17; 21.6.1999. (vurgular benim. E.T.)

<sup>24</sup> Ayhan Tekinsoy, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, Cilt: 55, Sayı: 2, s. 229-248.

<sup>25</sup> Sedat Çal, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, Cilt: 14, Sayı: 1, s. 223-274.

İdare hukuku yazınında bu konu ilgi çekici olmasına rağmen yasama yetkisinin aslilığı ve genelliğinden hareketle Kanun koyucunun iradesinin bu alanda önemli bir ölçüt olduğu söylenmelidir.<sup>26</sup> Gerçekten de yasama organının –özellikle de Anayasa’nın 47. maddesinin son fıkrasındaki yetkiden hareketle- idarenin tarafı olduğu bazı sözleşmelerin özel hukuka tabi olduğu tespitini yapması durumunda bu tartışmalar son bulacaktır. Türkiye’de 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 4. maddesinde yer alan *“Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur”* hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm çok açık biçimde kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuka tabi olduğunu söylememektedir. Ancak özellikle aynı Kanun’un 36. maddesindeki Türk Borçlar Kanunu’nun tamamlayıcılığına yönelik hükümle birlikte düşünüldüğünde yasa koyucunun iradesinin bu türden sözleşmeleri idari sözleşme saymamak yönünde olduğu söylenebilir. Nitekim gerek konuyla ilgili yargı içtihatları bu konuda tamamen istikrar kazanmış olup kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuka tabi olduğunu tespit etmektedirler.<sup>27</sup>

Özel hukuk ilişkisi ve sözleşmeler söz konusu olduğunda borçlar hukukunun ilgi alanında bulunduğu tartışmasızdır. Bu konuyla ilgili olarak Türk Borçlar Kanununda düzenlenen özel sözleşme tiplerinden bağımsız yeni bir sözleşmeden söz edilebileceğin iddiası mümkün olsa da Yargıtay’ın kamu ihale sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları, sözleşmelerin konusuna göre Türk Borçlar Kanunu’ndaki özel hükümlere göre değerlendirdiği görülmektedir.<sup>28</sup> Bu durumda kamu ihale hukuku alanındaki çalışmaların idare hukukundan sonraki ikinci konumlanma noktası borçlar hukukudur.

Yukarıdaki değerlendirmeler çerçevesinde kamu ihale hukukunun idare hukuku ve borçlar hukukunun kesişim alanında konumlan-

<sup>26</sup> Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt: 2, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2002, Cilt: 2, s. 11

<sup>27</sup> Vedat Buz, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlik Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 101-114.

<sup>28</sup> Yargıtay’ın şu kararlarında kamu ihale sözleşmeleriyle ilgili uyuşmazlıkların eser sözleşmelerinden kaynaklandığı tespiti yapılmıştır: Yargıtay 15. HD, E: 2010/3026, K: 2010/4179, 19.7.2010. Yargıtay 15. HD, E: 2014/6559, K: 2015/5004, 14.10.2015. Yargıtay 15. HD, E: 2015/5695, K: 2016/2561, 4.5.2016

dığı iddia edilebilir. İdarelerin kamusal yetki ve ayrıcalıklara dayanarak kamu ihale sözleşmesinin tarafını seçmek adına yürüttüğü işlemler idare hukuku kavramlarına; sözleşmenin yürütülmesi aşamasındaki işlemler ise borçlar hukuku kavramlarına atıf yapmaktadır.

Kamu ihale hukukunun konumlandırılması açısından bu başlığın ikincil düzeyde ilişkide olduğu diğer konulara da kısaca değinilmesi gerekir. Bu başlıklardan ilki anayasa hukukudur. Yukarıda da belirtildiği üzere bir kamu ihalesinden söz edilmesi kamu hizmeti yürütümüyle birebir ilişkilidir. Bu nedenle de her kamu hizmetinin yürütülmesi için ihale yapıp yapılamayacağı sorusu Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 47 ve 128. maddeleriyle yakından ilgilidir. Ayrıca ihale işlemlerine ilişkin düzenlemelerin piyasa yapılarını etkilediği düşünüldüğünde bu ilişkinin yine Anayasa'nın 167. maddesiyle yakın ilgisi vardır.

Kamu ihale hukuku ve ceza hukuku ilişkisi de önemlidir. Özellikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235 ve 236. maddelerinde düzenlenen ihaleye veya edimin ifasına fesat karıştırma suçlarının tanımlanması, suçun maddi ve manevi unsurunun değerlendirilmesi kamu ihale hukuku kavramlarıyla yakından ilgilidir. Nitekim bu alanda yapılan çalışmalar da kamu ihale hukukunun inceleme alanına sıklıkla atıf yapmaktadır.<sup>29</sup> Ceza hukukunun yanında ihaleye teklif veren isteklilerin hukuki konumları açısından ticaret hukuku ilişkisi ve ihale sözleşmelerine dayanılarak çalışan işçilerle idare arasındaki ilişkiyi betimlemek açısından ise iş hukuku da ilişkide olunan alanlara örnek olarak verilebilir.

Kamu ihale hukukunun konumlandırılmasının ardından Türkçe yazında yapılan çalışmaların hangi konulara yöneldiği tespit edilerek buna ilişkin bir değerlendirme yapılmalıdır.

### **İçerik: Kamu İhale Hukuku Çalışmalarının Değerlendirilmesi**

Öncelikle tespit etmek gerekir ki, bu alana ilişkin akademik ilgi geçtiğimiz on yıllık süreçte önemli ölçüde artış göstermiştir. İhale iş-

<sup>29</sup> Bu açıdan verilecek iki örnek için bkz. Çetin Arslan, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, 4. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017 ve Didar Özdemir, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017

lemlerine ilişkin değerlendirme yapılırken atıfta bulunulan sayısal veriler de bu tespiti desteklemektedir. Bu başlıkta kamu ihale hukuku alanının çalışma kapsamına giren harcama/kamu kaynağı kullanma yöntemi olarak ihale konusunu irdeleyen Türkçe çalışmaların hangi konulara odaklandığı değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Konuyla ilgili olarak sıklıkla atıf gören idare hukuku temel metinlerine bakıldığında ilk olarak Kemal Gözler'in *traite* olarak nitelendirdiği geniş çaplı çalışması incelenebilir.<sup>30</sup> Gözler, kamu ihale sözleşmesini esas olarak bir idari sözleşme tipi olarak nitelendirmiş ve bu sözleşmenin akdedilmesini ele almıştır. Bu kapsamda bir kamu kaynağı harcama yöntemi olarak ihale işlemini konu edinen bütün yasal kurallar Gözler'in çalışmasında yer bulmuştur. Bu anlamda özellikle ihale usulleri konusunda sadece 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun çizdiği çerçevenin dışına çıkmıştır. Gerçekten de aşağıda atıf yapılacak çalışmaların hemen tamamında Türkiye'de ihale işlemleri için genel usul mevzuatı olarak 4734 sayılı Kanun'a gönderme yapılmışken Gözler Türkiye'de genel bir ihale usul kanununun olmadığını, ihale kanunlarının özel olarak bazı alanları düzenlediğini tespit etmektedir.<sup>31</sup>

Gözübüyük-Tan çalışmasında ise idari sözleşmeler ile idarenin özel hukuk sözleşmeleri arasındaki ayrım tanımlandıktan sonra kamu ihale sözleşmelerinin ikinci başlık altında sınıflandırılacağı belirtilmiştir. Ayrıca kamu ihale süreci başlığında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda düzenlenen ihale süreci tanımlamaları hakkında değerlendirmeler yapılmıştır.<sup>32</sup>

Günday'ın İdare Hukuku kitabında da kamu ihaleleri idarenin özel hukuk sözleşmeleri olarak başlıklandırılmış ve değerlendirilmiştir. Diğer çalışmalarda olduğu üzere ihale işlemi sadece 2886 sayılı ve 4734 sayılı Kanunlar çerçevesinde ele alınmış ve buradaki ilkeler ve satın alma süreçleri değerlendirilmiştir.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Gözler, 2002, s. 100-143.

<sup>31</sup> Gözler, 2002, s. 104.

<sup>32</sup> A. Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2004, Cilt: 1, s. 563 vd.

<sup>33</sup> Metin Günday, İdare Hukuku, 10. Basım, İmaj Yayınları, Ankara, 2015, s. 196

İl Han Özey'in *Günüşiğinde Yönetim* kitabında doğrudan "Kamu İhale Hukuku" başlıklı bir bölüm bulunmaktadır. Burak Oder tarafından kaleme alınan bölümde ihale işleminin anayasal temelleri açıklandıktan sonra Türkiye'de bu işlemler için genel bir usul mevzuatı olan 4734 sayılı Kanun ve bu Kanun'un düzenlediği hukuki alan açıklamıştır.<sup>34</sup>

Genel idare hukuku metinleri çerçevesinde son olarak Akyılmaz, Sezginer ve Kaya'nın çalışmasına bakılabilir. Bu metinde ihale işlemleri idarenin taraf olduğu sözleşmeler başlığında incelenmiş ve kamu ihaleleri idarenin özel hukuk sözleşmesi olarak sınıflandırılmıştır. Harcama işlemleri ise sadece 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çerçevesinde incelenmiştir.<sup>35</sup>

Yukarıda atıf yapılan kitapların çoğunda, harcama işlemleri çerçevesinde biçimlenen kamu ihale hukuku için 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun genel bir usul mevzuatı olarak kabul gördüğü, ihaleye ilişkin temel ilke ve süreçlerin adı geçen Kanunun çizdiği genel çerçeve ile oluşturulduğu görülmektedir.

Türkçe yazında doğrudan "kamu ihale hukuku" başlığını kullanan çalışmalar da yapılmıştır. 2017 yılında yayımlanan Sezer, Kalkan ve Şahin tarafından hazırlanan çalışma tamamen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun hukuki çerçevesi üzerine kurulmuştur.<sup>36</sup> 2018 yılında yayımlanan ve Ozan Can'ın yazarı olduğu çalışmada ise harcama ve gelir getirici ihale işlemlerine ilişkin ayırım yapıldıktan sonra yine Kamu İhale Kanunu'na göre ihale işlemleri değerlendirilmiştir.<sup>37</sup>

İhale işlemlerini konu edinen ve kitap olarak basılan çalışmalara bakıldığında bu metinlerin önemli bir çoğunluğunun akademik kaygıdan çok mesleki nitelikte veya uygulama rehberi boyutunda olduğu görülmektedir. Akademik temelde yapılan çalışmalarda ise yukarıda-

<sup>34</sup> Burak Oder, "Kamu İhale Hukuku", *Günüşiğinde Yönetim*, (der. İl Han Özey.), Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 547-600

<sup>35</sup> Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer - Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 8. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 531-558.

<sup>36</sup> Yasin Sezer - Recep Emre Kalkan - Mustafa Emre Şahin, *Kamu İhale Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017

<sup>37</sup> Ozan Can, *Kamu İhale Hukuku Dersleri*, Turhan Kitabevi Yayınevi, Ankara, 2018

ki genel eğilimin sürdüğü söylenebilir. Örneğin Gürsel Özkan'ın kamu ihalelerinde temel ilkeleri incelediği çalışması Devlet İhale Kanunu ayırımına değindikten sonra uluslararası kurallara da atıf yaparak Kamu İhale Kanununda düzenlenen ilkeleri incelemektedir (2015).<sup>38</sup> Benzer bir örnek olarak doğrudan "Kamu İhale Hukuku" başlığında düzenlenen bir kongre kitabı incelenebilir. Üçışık, Arslan ve Hakkakul'un editörlüğünü yaptığı kitap derlemesine giren kongre sunumların 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve buradan kaynaklanan hukuki ilişkileri üzerine çalışılmıştır.<sup>39</sup>

Kamu ihale hukukuna ilişkin akademik ilginin yoğunlaştığı başlıkları tespit etmek için Ulusal Akademik Dergiler veri tabanı (dergipark) ve Ulusal Tez Merkezi üzerinde de tarama yapılmıştır.

Öncelikli olarak Dergipark üzerindeki sonuçlar incelendiğinde tarama kapsamına giren 85 akademik makale tespit edilmiştir.<sup>40</sup> Bu makalelerden 32 tanesi hukuk, 15 tanesi kamu yönetimi, 20 tanesi işletme, 14 tanesi mühendislik, 4 tanesi de kamu maliyesi başlıklarına aittir. Kamu yönetimi çalışmaları ağırlıklı olarak doğrudan hizmet sunumu ve ihale tercihi arasındaki farklara yoğunlaşmışken işletme çalışmaları satın alma teorisi, muhasebe, fiyatlama güdüsü gibi konularda olmuştur. İhale işlemleri projelendirme, maliyet tespit yöntemleri gibi konularda mühendislik çalışmalarının da ilgi alanına girmiştir. Bütçe ve mali planlama konularında da kamu maliyesi ilgisi bulunmaktadır.

Hukuk çalışmalarına daha özelde bakıldığında 32 çalışmanın 24'ünün kamu harcama usullerine yöneldiği, 3'ünün gelir getirici veya özelleştirme işlemlerini içerdiği, 5'inin de icra hukuku, Roma hukuku ve hukuk tarihi gibi diğer alanlarda yazıldığı görülmüştür. Daha da öze inildiğinde 24 olarak tespit edilen harcama usulü makalelerinin

<sup>38</sup> Gürsel Özkan, Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

<sup>39</sup> Fehim Üçışık - Çetin Arslan - Ahmet Hakkakul (ed.), Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler, Aristo Yayınları, İstanbul, 2016

<sup>40</sup> Tarama "<http://dergipark.gov.tr/>" alan adı üzerinde yapılmıştır. Dergipark taramasının ihale işlemini konu edinen bütün çalışmaları içermediği vurgulanmalıdır. Konuyla ilgili bütün dergiler taranmadığı gibi taramanın da bütün dönemleri içermediği anlaşılmaktadır. Ancak veri tabanının ihale işlemleriyle ilgili bir örneklem olabileceği düşüncesinden hareketle ortaya koyduğu sonuçların anlamlı olacağı değerlendirilmiştir.

21'inin kamu hukuku dallarına 3'ünün de özel hukuka ilişkin olduğu; kamu hukuku çalışmalarında 2 makalenin anayasa hukuku temelinde değerlendirme yaptığı diğerlerinin de tamamen idare hukuku konularından oluştuğu görülmüştür. Son olarak şu tespitin de belirtilmesi önemlidir: idare hukuku çalışmalarının 2'si hariç diğerleri 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun düzenlendiği hukuki çerçeve ile ilgilenmektedir.

Akademik bir ilgi alanı olarak kamu ihale hukuku üzerine değerlendirme yapılırken veri kaynaklarından birisi de Ulusal Tez Merkezi kayıtları olabilir. Bu amaçla anılan sisteme kayıtlı olan tezler üzerinde "ihale" veya "kamu alımları" kavramlarını dizinlerinde içeren tez metinleri taranmış ve 130 sonuç elde edilmiştir.<sup>41</sup> Bu sonuçlar 1988-2019 yılları arasındaki yaklaşık 30 yıllık süreci içermektedir. Bu süreç onar yıllık dilimleri bölünse çalışmaların 21'inin 1990'lı yıllar; 34'ünün 2000'li yıllar ve 75'inin 2010'lu yıllarda üretildiği görülmektedir. Her ne kadar üretilen toplam tez sayısında da artış olsa da kamu ihalelerinin giderek artan bir ilgi konusu olduğu sonucuna ulaşılabilir. Ayrıca tezlerin ağırlıkla yüksek lisans düzeyinde olduğu (100 adet) ve doktora tezlerinin daha az sayıda olduğu (30 adet) görülmüştür.

Akademik alanlar açısından sınıflandırma yapıldığında en çok çalışmanın 38 teze hukuk başlığında; daha sonra mühendislik (34), kamu yönetimi (22), kamu maliyesi ve iktisat (20) ve işletme alanları (16) olarak biçimlendiği görülmektedir. Bu dağılım çalışma nesnesinin çok farklı disiplinlerin ilgi alanına girebilecek nitelikte olduğunu da ortaya koymaktadır.

Hukuk çalışmaları özeline inildiğinde 38 tezin 32'sinin kamu hukukuyla ilgili olduğu; kamu hukuku tezlerinden 4'ünün ihaleye ve edimin ifasına fesatla ilgilendiği kalan 28 tezin bir idare hukuku kavramı olarak ihale konusunda olduğu görülmektedir. Yukarıda yapılan ihale işlemlerine yönelik sınıflandırma çerçevesinde bakıldığında ise tezlerin 35'inin bir harcama işlemi olarak ihale ile ilgilendiği, 2'sinin gelir getirici işlemlere yöneldiği, 1 tanesinin de İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlendiği haliyle ihale konusuna eğildiği görülmektedir.

<sup>41</sup> Tarama alanı: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp> ve Tarama tarihi: 3.2.2019

Kamu İhale Hukuku'nun akademik çalışma alanı değerlendirilmesinde bir diğer ölçüt de üniversitelerde okutulan dersler olabilir. Konuyla ilgili olarak hukuk fakültelerindeki ders programları incelendiğinde, Ankara, Dokuz Eylül, İstanbul Kültür, MEF, TOBB, Yalova, İnönü, Başkent, Kırıkkale ve Ankara Yıldırım Beyazıt üniversitelerinin lisans programlarında; Gazi, Hacettepe, Galatasaray, Kocaeli, Erzin-can, Akdeniz, Bilkent, Medipol, Antalya Bilim üniversitelerinin lisansüstü programlarında kamu ihale hukukunun bulunduğu görülmektedir. Bu derslerin sorumlu akademisyenlerinin ağırlıklı olarak idare hukukçularından oluştuğu da belirtilmelidir.

Gerek akademik dergiler, gerek çalışılan tezler gerekse yükseköğretim dersleri incelendiğinde elde edilen sonuçlarla ilgili bir ara değerlendirme yapılmalıdır. Öncelikle konuya ilişkin akademik ilginin giderek arttığı tespit edilmelidir. Örneğin bir önceki paragraftaki kısa araştırma 5 yıl önce yapılırsa kamu ihale hukuku derslerinin sayısının çok daha az bulunacağı yüksek olasılıktır. İkinci ve en önemli sonuç, kamu ihale hukukunun büyük oranda idare hukukuyla bağlantılı çalışılmasıdır. Her ne kadar kamu ihale hukuku dersleri seçmeli olsa da zorunlu idare hukuku derslerinde ihale işlemleri önemli bir yer tutmaktadır.

Yapılan incelemeden çıkan üçüncü sonuç, alandaki hukuki çalışmaların ağırlıklı olarak bir harcama işlemi olarak ihale konusunun incelenmesi; daha da özelde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun çalışılmasıdır. Bu anlamda gelir getirici ihaleler ve özelleştirme işlemleri üzerine yapılan çalışmaları çok daha azdır. Ayrıca kamu özel işbirlikleri gibi ihale işlemlerine yönelik akademik ilgi son birkaç yılda biraz artış göstermiştir. Özellikle ulusal tez merkezinden elde edilen sonuçları bu tespiti desteklemektedir: 38 hukuk tezinden 3 tanesi bu konuya eğilmiştir.

Son olarak çalışmaların yöntemsel ve epistemolojik boyutuna baktığında, akademik etkinliklerin hukuki çalışmaların bütününe koşut biçimde betimsel ve pozitivist çizgide ilerlediği görülmektedir. Daha açık bir ifadeyle, çalışmalar birer idare hukuku terimi olarak ihaleye veya idarenin taraf olduğu sözleşmeleri açıklamakta, betimlemekte ancak bunun eleştirel veya yorumsamacı analizini yapmamaktadırlar.

## Sonuç

Kamu ihalesi tamlaması gerek akademik metinlerde gerekse gündelik yazılarda giderek daha fazla artan biçimde kendine yer bulan bir kavramdır. Bu durum ihale işleminin kapsadığı iktisadi büyüklüklerin çok yüksek miktarlara ulaşması kadar ihale işlemlerine yönelik kamuoyu denetiminin de artmasıyla ilgilidir. Konuya ilişkin ilginin artışı özünde bir hukuki işlem olan ihaleye yönelik hukuk biliminden kaynaklı akademik çalışmaları da arttırmıştır. Bu durum da özel bir çalışma alanı olarak kamu ihale hukukunu doğurmuştur.

Bu çalışmada kamu ihale hukukunun bir akademik çalışma alanı olması savından hareketle bu alanının kavramsal tanımlaması ve kapsamı değerlendirilmiştir. Öncelikli olarak Türk hukukunda ihale işlemlerinin ne anlama geldiği değerlendirilmiş; ardından kamu ihale hukukunun kamu kaynağı kullanılan harcama işlemlerine ilişkin olduğu tespit edilmiştir. Bu durumun kamu hizmeti algısındaki değişimle koşut olduğu; dolayısıyla alanın yeni dönem idare hukukunun bir alt başlığı olduğu tespit edilmiştir. İdare hukukunun iktisadi ve yönetsel kavramlarla yakın ilişkisi nedeniyle de kamu ihale hukukunun başta borçlar hukuku olmak üzere anayasa, ceza, ticaret, iş hukuku gibi alanlarla ilişkisi de ortaya konulmuştur. Son olarak mevcut çalışmalar içinde içerik analizi yapılmış ve alanın ağırlıklı 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun hukuki alanına sıkıştığı gözlenmiştir.

Yukarıdaki değerlendirmeler çerçevesinde yakın zamanda bu alana ilişkin ilginin artacağı öngörülebilir. Ancak kamu kaynağı harcanmasına dayanan ihale işlemlerinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun yanı sıra kamu özel işbirliği modellerinin yaygınlık kazanması alandaki çalışmaların bu işlemleri de kapsayacak şekilde genişlemesine yol açabilir. Hatta bu durum bir olasılıktan ziyade zorunluluk olarak da belirtilmelidir. En temelde bir modern devlet kavramı olan bütçe hakkı ile yakın ilgisi bulunan kamu ihale hukukunun kamu kaynağının kullanıldığı her alanla yakın ilişki kurması genelde entelektüel özelden akademik bir zorunluluk olarak belirlemektedir.

## Kaynakça

### Basılı Kaynaklar

- Akyılmaz Bahtiyar, Sezginer Murat-Kaya Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 8. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017
- Akıncı Müslüm, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu", *Rekabet Dergisi*, Sayı:5, Ankara, 2001, s.4

- Alyanak Servet, Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015
- Arkan Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 24. Basım, BTHAE Yayınları, 2018
- Arrowsmith Sue, "Public Procurement: An Appraisal of the UNCITRAL Model Law as a Global Standart", *International and Comperative Law Quarterly*, 2004, Cilt: 53, Sayı: 1, s. 17-46
- Arslan Çetin, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, 4. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017
- Bovis Christopher, Public Procurement in European Union, Palgrave Mc Millan, New York, 2005
- Buz Vedat, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlik Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007
- Can Ozan, Kamu İhale Hukuku Dersleri, Turhan Kitabevi Yayınevi, Ankara, 2018
- Cassese Sabino, "19. Yüzyıldan 21. Yüzyıla İdare Hukukunun Dönüşümleri", Çev: Eren Kalanyuva, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 2014, Sayı: 15/2, s. 159-165.
- Çal Sedat, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, Cilt: 14, Sayı: 1, s. 223-274.
- Derbil Süheyl, "Kamu Hizmeti Nedir?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1950, Cilt: 7, Sayı: 3-4, s. 28-36.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku, Cilt: 2, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2002
- Gözübüyük A. Şeref-Tan Turgut, İdare Hukuku, Cilt: 1, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2004, Cilt: 1
- Günday Metin, İdare Hukuku, 10. Basım, İmaj Yayınları, Ankara, 2015
- Jessop Bob, The Future of The Capitalist State, Polity Press, Cambridge, 2002
- Karadeniz Çelebican, Özcan, Roma Hukuku, 17. Basım, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014
- Karahanoğulları Onur, Kamu Hizmeti: Kavram ve Hukuksal Rejim, Turhan Yayınevi Ankara, 2002
- Light Paul C., The New Public Service, Brookings Institution Press, Washington, 1999
- Oder Burak, "Kamu İhale Hukuku", *Günışığında Yönetim*, (der. İl Han Özey), Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2004
- OECD, Government at a Glance, OECD Publishing, 2017
- Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Basım, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, Cilt: 1, 1966
- Ozansoy Cüneyt, "Türkiye'de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1997, Sayı: 46, Cilt: 1, s. 85-100
- Özdemir Didar, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017
- Özkan Gürsel, Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015
- Özkan Mustafa Şeref, İdare Hukuku Ders Notları, Ankara Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Neşriyatı No: 5, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Neşriyatı No: 5, 1935
- Sezer Yasin-Kalkan Recep Emre-Şahin Mustafa Emre, Kamu İhale Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017

Tan, Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, 1. Basım, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2010

Tekinsoy Ayhan, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, Cilt: 55, Sayı: 2, s. 229-248

Toprak Eren, Kamu İhaleleri: Kamu Alımlarının Hukuki, Yönetmel ve Siyasal Boyutu, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2016

Üçışık Fehim- Arslan Çetin-Hakkakul Ahmet (ed.), Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler, Aristo Yayınları, İstanbul, 2016

Üçok Coşkun-Mumcu Ahmet-Bozkurt Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, 8. Basım, Savaş Yayınları, Ankara, 1996

Elektronik Kaynaklar

<http://dergipark.gov.tr/>

[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5c52e50f07ff97.87817707](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5c52e50f07ff97.87817707) (Erişim Tarihi: 31/1/2019)

<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp>

### **Yargı Kararları**

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E: 1999/8, K: 1999/17; 21.6.1999

Yargıtay 15. HD, E: 2010/3026, K: 2010/4179, 19.7.2010

Yargıtay 15. HD, E: 2014/6559, K: 2015/5004, 14.10.2015

Yargıtay 15. HD, E: 2015/5695, K: 2016/2561, 4.5.2016

