

DAVACILAR VE YÜRÜTMENİN

DURDURULMASINI İSTEYENLER : 1- [REDACTED]
2- [REDACTED]
3- [REDACTED]
4- [REDACTED]
5- [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

DAVALI : [REDACTED] Genel Müdürlüğü
[REDACTED] UETS

VEKİLİ : Hukuk Müşaviri [REDACTED]

İSTEMİN KONUSU : Davalı idare emrinde avukat kadrosunda görev yapmakta olan davacılar tarafından; [REDACTED] Bölge Müdürlüğünün 13/07/2021 günlü, 90038 sayılı Makam Olur'una konu ihalede, ihale komisyonunda avukat görevlendirilmesine dair işlem ile bu işleme dayanak olarak gösterilen Vakıf Taşınmazlarının Kiraya Verilmesinde Uygulanacak Usul ve Esaslar'ın 9. maddesinde yer alan "ihale komisyonlarında avukat görevlendirilmesine" dair düzenlemenin iptali ve yürütmenin durdurulması istenilmektedir.

DAVACILARIN İDDİALARI : Davacılar tarafından; avukatların görevlerinin ve niteliklerinin 1136 sayılı Kanun ile belirlendiği, kamuda çalışan avukatların ise 657 sayılı Kanun ile 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname çerçevesinde görevlerini ifa ettikleri, gerek anılan mevzuat gerekse 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda avukatların, ihale yapılması, taşınmazların kiraya verilmesi veya devri işlemleri için oluşturulan çalışma ve tespit komisyonlarında görevlendirileceğine dair herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığı,

2886 ve 4734 sayılı Kanunlarda komisyonların uzman kişilerden ve idari elemanlardan oluşacağına hüküm altına alındığı; 657 sayılı Kanun ile konuyla ilgili diğer mevzuatta avukatların, görev ve nitelik itibarıyla idari personel olarak düzenlenmediği,

Davalı idare tarafından oluşturulan ihale komisyonlarında avukat görevlendirilmesi işlemlerinin daha öncede dava konusu edildiği ve söz konusu işlemlerin hukuka uygun olmadığına kesinleşen mahkeme kararlarıyla sabit olduğu,

Üst hukuk normlarına aykırı olan dava konusu işlemlerin iptalinin, keza 10/08/2021 tarihinde yapılacak olan ihalenin akamete uğramamasını ve kamusal zarara yol açılmamasını teminen, söz konusu ihale komisyonunun teşekkülü için yapılan avukat görevlendirme işleminin yürütmesinin durdurulmasının gerektiği ileri sürülmektedir.

DAVALININ SAVUNMASI : Davalı idare tarafından; 657 ve 1136 sayılı Kanunlar ile 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de avukatların ihale komisyonlarında görevlendirilemeyeceğine

dair yasaklayıcı bir düzenlemenin bulunmadığı,

Buna karşın, 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 717. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde söz konusu görevlendirme için yasal dayanağın mevcut bulunduğu, keza, aynı Kararname'nin 719. maddesinin 3. fıkrası hükmüne dayanılarak yürürlüğe konulan Vakıflar Genel Müdürlüğü Merkez ve Taşra Teşkilatı Görev, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 28. ve 29. maddelerine istinaden de taşra teşkilatında görev yapan personelin ihale komisyonlarında görevlendirilebileceğinin açık olduğu,

Öte yandan, avukat olarak görev yapan personelin, mesleki uzmanlıklarından yararlanılmak üzere ihale komisyonlarında görevlendirilmelerinin 2886 sayılı Kanun'un 13. ve 4734 sayılı Kanun'un 6. maddelerinin amacına da uygun olduğu,

Olayda, 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesinde belirtilen ve bir idari işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gereken koşullarının gerçekleşmediği, buna göre, yürütmenin durdurulması talebinin ve usul ve yasaya uygun olan dava konusu işlemlere karşı açılmış olan davanın reddine karar verilmesi gerektiği savunulmaktadır.

DANIŞTAY TETKİK HAKİMİ :

DÜŞÜNCESİ :

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen koşullar gerçekleşmiş olduğundan, dava konusu işlemlerin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay İkinci Dairesince, davacıların yürütmenin durdurulması talebine ilişkin olarak, 24/11/2021 günlü karar ile davalı idarenin savunmasının alınmasından veya savunma için verilen sürenin geçmesinden sonra incelenmesine karar verilen dosyada; davalı idarenin savunmasının geldiği görülmekle davacıların istemi incelendi, gereği görüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE :

MADDİ OLAY :

Davalı idarede avukat kadrosunda görev yapmakta olan davacılar tarafından; Ankara Vakıflar Bölge Müdürlüğü'nün 13/07/2021 günlü, 90038 sayılı Makam Olur'una konu ihalede, ihale komisyonunda davacılardan Cengiz Albayrak'ın asil, Esra Ulus'un yedek üye olarak görevlendirilmesi üzerine, anılan görevlendirme işlemi ile bu işleme dayanak olarak gösterilen Vakıf Taşınmazlarının Kiraya Verilmesinde Uygulanacak Usul ve Esaslar'ın 9. maddesinde yer alan "ihale komisyonlarında avukat görevlendirilmesine" dair düzenlemenin öncelikle yürütülmesinin durdurulması ve akabinde iptali istenilmektedir.

İLGİLİ MEVZUAT :

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin 2. fıkrasında; idari

işlemin uygulanması hâlinde giderilmesi güç veya olanaksız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda yürütmenin durdurulmasına karar verileceği kuralı yer almıştır.

657 sayılı **Devlet Memurları Kanunu'nun** "Tesis edilen sınıflar" başlıklı **36. maddesinin (V) numaralı bendinde**; hukuk hizmetlerini yürüten avukatlık yetkisine sahip olan kurum personelinin, genel idare hizmetleri sınıfı ve diğer sınıflar dışında tutularak avukatlık hizmetleri sınıfı içinde olduğu belirlenmiş; avukatlık hizmetleri sınıfının özel kanunlarına göre avukatlık ruhsatına sahip, baroya kayıtlı ve kurumlarını yargı mercilerinde temsil yetkisini haiz olan memurları kapsayacağı hükme bağlanmıştır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun "İhale komisyonları" başlıklı **13. maddesinde**; ita amirlerinin, ilgili idarenin memurlarından birinin başkanlığında idareden, yapım işlerinde işin ehli veya uzmanı olmak şartıyla en az bir kişi ve maliye memurunun katılımıyla kurulacak komisyonları görevlendirecekleri yolunda düzenleme yapılmıştır.

15/07/2018 günlü, 30479 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan **4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin** Vakıflar Genel Müdürlüğü Hukuk Müşavirliğinin düzenlendiği **717. maddesinde**; "(1) Hukuk Müşavirliğinin görevleri şunlardır:

a) 26/9/2011 tarihli ve 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre hukuk birimlerine verilen görevleri yapmak.

b) Genel Müdür tarafından verilecek diğer görevleri yapmak." hükmü yer almaktadır.

Kamu idareleri ile özel bütçeli idareler bünyesinde hukuk hizmetlerinin gördürülmesi amacıyla çıkarılan ve 02/11/2011 günlü, 28103 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren **659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin** "Amaç ve kapsam" başlıklı **1. maddesinde**, bu Kanun Hükmünde Kararname'nin amacının; genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ve özel bütçeli idarelerin hukuk hizmetlerinin etkili, verimli ve usul ekonomisine uygun şekilde yerine getirilmesine ve bu hizmetlerin yürütülmesinde uygulama birliğinin sağlanmasına yönelik usul ve esasların belirlenmesi olduğu belirtilmiş,

"Tanımlar" başlıklı **2. maddesinde**; "a) Hukuk birimi: İdarelerde hukuk hizmetlerini yürüten birimi, b) Hukuk hizmetleri: Muhakemat hizmetleri ile hukuk danışmanlığına ilişkin her türlü iş ve işlemleri... e) Üst yönetici: Milli Savunma Bakanlığında Bakanı, diğer bakanlıklarda müsteşarı ve kamu idarelerinde en üst yöneticiyi" ifade edecek şekilde tanımlanmış olup,

"Hukuk birimlerinin görevleri" başlıklı **4. maddesinde**; hukuk birimlerinin, idarelerde muhakemat hizmetleri ile hukuk danışmanlığına ilişkin iş ve işlemleri yürütmekle görevli ve sorumlu olduğu yolunda düzenleme yapılmış,

"Yürürlükten kaldırılan ve uygulanmayacak hükümler ile atıflar" başlıklı **18. maddesinin 4. fıkrasında**; "İdarelerin hukuk hizmetlerine, uyuşmazlıkların sulh yoluyla halline, avukatlık hizmeti satın alınmasına ve davalarda ilgili vazgeçme yetkilerine dair diğer kanunlarda yer alan hükümlerden bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine aykırı olanlar uygulanmaz." hükmü getirilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME :

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinde; hukuk hizmetlerini yürüten, avukatlık yetkisine sahip olan personel, genel idare hizmetleri sınıfı dışında, avukatlık hizmetleri sınıfında düzenlenmiştir.

Diğer taraftan, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ve özel bütçeli idarelerin hukuk hizmetlerinin etkili, verimli ve usul ekonomisine uygun şekilde yerine getirilmesine ve bu hizmetlerin yürütülmesinde uygulama birliğinin sağlanmasına yönelik usul ve esasların belirlenmesi amacıyla yürürlüğe konulan 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 4. maddesinde; *hukuk birimlerinin, idarelerde muhakemat hizmetleri ile hukuk danışmanlığına ilişkin iş ve işlemleri yürütmekle görevli ve sorumlu olduğu*, 18. maddesinin 4. fıkrasında; *idarelerin hukuk hizmetlerine dair diğer kanunlarda yer alan hükümlerden bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine aykırı olanların uygulanmayacağı* yolunda düzenleme yapılmıştır.

Buna göre; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca genel idare hizmetleri sınıfından ayrı tutulan ve 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca görev ve sorumlulukları belirtilen avukatlık hizmetleri sınıfında görev yapan personelin, ancak anılan mevzuatta açıkça belirtilmiş iş ve işlemleri yapmakla yükümlü oldukları, gerekli görülmesi halinde, ihale komisyonlarına hukuki konularla sınırlı, istişari görüş vermek üzere katılabilecekleri tabii olmakla birlikte, bu komisyonlarda üye olarak görevlendirilmelerinin mümkün bulunmadığı, 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 717. maddesi uyarınca genel müdür tarafından verilecek görevlerin de benzer nitelikte olması gerektiği dikkate alındığında, dava konusu ihale komisyonunda avukat görevlendirilmesine dair işlem ile bu işleme dayanak olarak gösterilen Vakıf Taşınmazlarının Kiraya Verilmesinde Uygulanacak Usul ve Esaslar'ın 9. maddesinde yer alan "ihale komisyonlarında avukat görevlendirilmesine" dair düzenlemede hukuka uygunluk görülmemiştir.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 6352 sayılı Kanun ile değişik 27. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen şartların birlikte gerçekleştiği anlaşıldığından; Ankara Vakıflar Bölge Müdürlüğü'nün 13/07/2021 günlü, 90038 sayılı Makam Olur'una konu ihalede, ihale komisyonunda avukat görevlendirilmesine dair işlem ile Vakıf Taşınmazlarının Kiraya Verilmesinde Uygulanacak Usul ve Esaslar'ın 9. maddesinde yer alan "ihale komisyonlarında avukat görevlendirilmesine" dair düzenlemenin **YÜRÜTÜLMESİNİN DURDURULMASINA**,

2. Bu kararın tebliğini izleyen günden itibaren **7 (yedi) gün** içerisinde **Danıştay İdari Dava Daireleri Kuruluna itiraz yolu** açık olmak üzere, **23/02/2022** tarihinde **oyçokluğuyla** karar verildi.

Başkan



Üye



(X)

Üye



Üye



Üye



KARŞI OY

Davada, davalı idare emrinde avukat kadrosunda görev yapmakta olan davacılar tarafından; Ankara Vakıflar Bölge Müdürlüğünün 13/07/2021 günlü, 90038 sayılı Makam Olur'una konu ihalede, ihale komisyonunda avukat görevlendirilmesine dair işlem ile bu işleme dayanak olarak gösterilen Vakıf Taşınmazlarının Kiraya Verilmesinde Uygulanacak Usul ve Esaslar'ın 9. maddesinde yer alan "ihale komisyonlarında avukat görevlendirilmesine" dair düzenlemenin iptali ve yürütmenin durdurulması istenilmektedir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 13. maddesiyle, ita amirlerinin, ilgili idarenin memurlarından birinin başkanlığında idareden, yapım işlerinde işin ehli veya uzmanı olmak şartıyla en az bir kişi ve maliye memurunun katılımıyla kurulacak komisyonları ihalelerde görevlendirecekleri yolunda düzenleme yapılmıştır.

Kanun maddesine göre; ita amirlerinin ihale komisyonlarında görevlendireceği kamu görevlilerine ilişkin olarak; yapım işleri için "ehil veya uzmanlık" şartının arandığı, bunun dışında, görevlendirilecek kişi yönünden bir belirleme yapılmadığı, bu görevlendirmenin yasal dayanağının ve ihale komisyonunda görev alacak personeli belirleme hususunda idarenin takdir yetkisinin bulunduğu görülmektedir.

Bu aşamada, uyumsuzluğa konu düzenlemede kullanılan takdir yetkisinin, hukuka uygun olup olmadığı incelenmelidir.

İhaleye ilişkin mevzuatla yapılan düzenlemelerle; ihale dokümanlarının ve süreçlerinin şekli belirlenmekte ve kuralların katı bir şekilde uygulanması öngörülmektedir. İhaleye çıkılması, sözleşme yapılması ve uygulanması süreci, idarelerin en çok hukuki ihtilafla karşılaştığı konulardan biri olmaktadır. Hukuk eğitimi almış, staj yapmak suretiyle avukatlık unvanını almış ve bu görevi yürüten kamu görevlisine, ihale komisyonunda yer verilmesinde, kamu yararına ve hizmet gereklerine aykırı bir yön olmadığı gibi, bu görevin avukat olan kamu görevlisine verilmesini engelleyen bir kural da bulunmamaktadır.

Öte yandan; idareler ihale yapmak durumunda bulunmakta, ihale komisyonunda yapılan iş; idari işleyişten kaynaklanmakta, bu komisyona yapılan görevlendirme de idarede görevli olmanın sonucu olmakta, avukat veya diğer kamu görevlileri yönünden bu durum geçerli bulunmaktadır.

Yukarıda açıklanan gerekçeyle, yürütmenin durdurulması isteminin reddi gerektiği oyu ile Daire kararına katılmıyorum.

Üye