

**CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİYLE KAMU İHALELERİNİN HUKUKİ
REJİMİ DÜZENLENEBİLİR Mİ?**
**Cumhurbaşkanının Yürütme Yetkisi ve Yasama Organının Bütçe Hakkı Çerçevesinde
Değerlendirme**

Dr. Eren TOPRAK*

Not:

Kamu Hukukçuları Platformu'nun Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile birlikte 18-19 Ekim 2019 tarihlerinde Ataköy, İstanbul'da gerçekleştireceği Cumhurbaşkanının İşlemleri: Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi konulu toplantısında sunulmak üzere hazırlanan bu bildiri nihai metin değildir. Yazar tarafından gözden geçirilmiş nihai metin, toplantı sonrasında Kamu Hukukçuları Platformu web sitesinde ve toplantı kitabında yayımlanacaktır.

Sempozyum Düzenleme Kurulu

Giriş

Genelde devlet bütçesi, özelde ise idarenin mali işlemleri; anayasa hukuku, idare hukuku ve hatta kamu yönetimi alanlarında görece daha az ilgi çeken akademik çalışma konuları olmuştur. Bu önerme ilgili alanlarda yapılan tez çalışmaları ve akademik makaleler arasında yapılan basit bir tarama ile gözlemlenebilir.¹ Yine konuyla ilgili hazırlanan ders kitapları da bu başlığa görece daha az yer vermektedirler. Bu durum alanın ağırlıklı olarak “kamu maliyesi” disipliniyle ilişkili olması düşüncesinden kaynaklanabilir. Gerçekten de bütçe hakkı, kamu gelirleri, kamu harcamaları daha fazla “maliye sorunu” olarak görülmüş konunun hukuki ve yönetsel boyutu az ilgi çekmiştir.

Mevcut durum bu yönde olmakla birlikte devletin iktisadi faaliyetleri önemli bir hukuk ve siyasal bilim sorunudur. Bu faaliyetlerin nasıl örgütlendiği, hukuki yapısının nasıl şekillendirildiği, faaliyetlerin etki ve sonuçları önemli bilimsel sorular olarak belirlemektedir. Böyle olunca da anayasa hukukunun ve idare hukukunun kendi alanlarında bir sorunu incelememesinin önemli olduğu belirtilmelidir.

Devletin mali işlemlerinin hukuki boyutuna ilişkin yukarıda yapılan ön tespitleri 2017 yılındaki Anayasa değişikliklerine ilişkin yapılan çalışma ve değerlendirmeler için genişletmek de mümkündür. En başta anayasa koyucunun dahi, önemli bir siyasal sistem değişikliğinde –Cumhurbaşkanının bütçe işlemleri dışında- mali hükümlerle ilgili çok fazla değişiklik yapmadığı izlenmektedir. Ardından yeni anayasal kurumlar hakkında yapılan tartışmalarda da değişikliklerin devletin iktisadi örgütlenmesiyle ilişkisi fazla akademik ilgi çekmediği görülmektedir.

Yukarıda yapılan değerlendirme çerçevesinde bu çalışmada –her ne kadar daha önce de ismen bulunsa da anlam ve içeriği 2017 yılından itibaren önemli biçimde değişen- Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin (CBK) devletin mali işlemleri arasında değerlendirilen kamu ihaleleri alanına etkisi tartışılacaktır. Bu tartışma özü itibariyle birçok farklı alana etki

* Kamu İhale Kurumu, Dr.

¹ Örneğin bu çalışmanın anahtar sözcüklerinden birisi olan “bütçe hakkı” terimi için Yükseköğretim Kurulu Tez Merkezi üzerinde tarama yapıldığında son beş yılda çalışılmış dört tezinin sadece birinin kamu yönetimi alanına ait olduğu, hukuk alanında hiç çalışma olmadığı görülmektedir.

edebilecek bir konu olduğu için de bir sorunun yanıtının bulunmasına gayret edilecek ve CBK'lar ile kamu ihalelerinin hukuki rejiminin düzenlenip düzenlenemeyeceği sorunu üzerinde durulacaktır.

Sorunun yanıtını ararken öncelikle kamu ihalelerinin hukuki rejimi bir bağımsız değişken olarak incelenecektir. Bu rejimin tarihsel ve güncel yapısına ilişkin özellikler ortaya konulduktan sonra Anayasa'nın 104'üncü maddesinin onyedinci fıkrasında yer alan CBK'ların bu hukuki rejimi düzenleme yetkisi değerlendirilecektir. Bu değerlendirme etkinliği ise yeni düzenlemelerde Cumhurbaşkanı'na verilen düzenleme yetkisi ve yasama organının bütçe hakkı çerçevesinde yürütülecektir.

Kamu İhalelerinin Hukuki Rejimi

Kamu ihalesi en genel anlamıyla bir idari işlemdir. Ancak birden fazla Kanunda birden fazla hukuki konuda icrai etki doğuran bir işlem niteliğindedir. Bu nedenle de alana ilişkin düzenleme içeriği ve yetkisi farklı biçimlerde görünmektedir.

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.² 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. Kamu ihalesi söz konusu olduğunda ise işi yaptırmaya konumunda olan özne kamusal yetki ve usullerle hareket eden idaredir. Dolayısıyla bir kamu idaresinin herhangi bir özel hukuk kişisiyle belirli bir edim yükümlülüğü çerçevesinde hukuki ilişki bulunması ihale işlemi anlamlandırmaktadır.

Türk hukukunda devletin taraf olduğu ihale işlemleri en genel anlamda iki farklı başlıkta görünebilir. Bunlardan ilki kamu harcamalarının ikincisi de kamu gelirlerinin konusunu oluşturur. Kamu harcamalarını içeren ihale sözcüğü, devletin kendisine ait kamu kaynağını kullanarak yine kendi sorumluluğunda bulunan bir kamu hizmetini sözleşme kullanarak çeşitli yüklenicilere yaptırmasını ifade etmektedir. Devlet örgütü hizmetin yürütümünü konusunda kendi öz kaynaklarını kullanmak yerine sözleşme ilişkisindeki karşı tarafın hizmeti yürütmesini satın almaktadır. Bunun için de işi yapan yükleniciye belirli bir bedel ödemektedir. Açıklanan bu ölçüt çerçevesinde bakıldığında, 22/1/2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu başta olmak üzere kamu hizmeti imtiyazı verilmesi, yap işlet devret gibi kamu özel işbirliği modelleri, kamu harcamalarını içeren kamu ihale işlemleri olarak belirebilir.

Kamu gelirlerini içeren 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. Dolayısıyla elindeki bir kaynağı harcamaktadır. Ancak burada amaç satış işleminden gelir elde etmek olduğu için sınıflandırmanın ikinci başlığı bu şekilde belirlenebilir. Kamu geliri amacıyla yürütülen ihale işlemlerine bakıldığında ise 8/9/1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 24/11/1994 tarih ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun, 27/2/2008 tarih ve 5738 sayılı Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis

² http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5c52e50f07ff97.87817707 (Erişim Tarihi: 31/1/2019)

Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yaptırılması Hakkında Kanun gibi yasal düzenlemelerin bu kapsama girdiği söylenebilir.

Konuyla ilgili idare hukuku yazınına bakıldığında kamu ihalelerinin hukuki rejimi konusunda daha dar bir yaklaşımın benimsendiği gözlemlenmektedir. Konuyla ilgili olarak sıklıkla atıf gören idare hukuku temel metinlerine bakıldığında ilk olarak Kemal Gözler'in *traite* olarak nitelendirdiği geniş çaplı çalışması incelenebilir.³ 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. Özellikle ihale usulleri konusunda sadece 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun çizdiği çerçevenin dışına çıkmıştır. Gerçekten de aşağıda atıf yapılacak çalışmaların hemen tamamında Türkiye'de ihale işlemleri için genel usul mevzuatı olarak 4734 sayılı Kanuna gönderme yapılmışken Gözler Türkiye'de genel bir ihale usul kanununun olmadığını, ihale kanunlarının özel olarak bazı alanları düzenlediğini tespit etmektedir.⁴

Gözübüyük ve Tan 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 Kanununda düzenlenen ihale süreci tanımlamaları hakkında değerlendirmeler yapılmıştır.⁵

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 satınalma süreçleri değerlendirilmiştir.⁶

İl Han Özay'ın Günışığında 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 Kanunun düzenlediği hukuki alan açıklamıştır.⁷

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.⁸

Yukarıda da aktarıldığı üzere kamu ihalelerinin hukuki rejimi konusunda ilgili yazın daha ağırlıklı olarak idarenin özel hukuk sözleşmelerine gönderme yapmakta ve 4734 sayılı Kanunun hukuki rejimini aktarmaktadır. Çalışmaların bütününde böyle bir eğilimin olması iki gerekçeyle açıklanabilir. Bunlardan ilki gelir getirici işlemlerden ziyade kamu harcamalarını

³ GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, 3. Baskı Bursa, Ekin Yayınevi, Cilt: 2, 2019, s. 103-110.

⁴ GÖZLER, 2019, s. 107.

⁵ GÖZÜBÜYÜK A. Şeref-TAN Turgut, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2004, Cilt: 1, s. 563 vd.

⁶ GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 10. Basım, İmaj Yayınları, Ankara, 2015, s. 196

⁷ ODER Burak, "Kamu İhale Hukuku", **Günışığında Yönetim**, (der. İl Han Özay.), Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 547-600

⁸ AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat-KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 8. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 531-558.

konu edinen ihale işlemleri harcama büyüklüğü itibariyle çok yüksek düzeylerde olmasıdır.⁹ İkincisi de esas itibariyle birer ihale işlemini içeren imtiyaz veya kamu özel işbirliği modellerinin hukuki düzenlemelerinin dağınık olması ve bunların idari sözleşmelerin hukuki rejimi başlığında incelenmesidir.

Kamu ihalelerinin kapsamı daha farklı bir çalışmanın konusu olabilecek kadar büyüktür. Ancak CBK'ların düzenleme yetkisini incelemeyi amaçlayan bu metinde idare hukuku yazınına koşut biçimde sadece kamu harcama usullerini içeren ihale işlemlerini ele almak daha uygun olacaktır. Böylece kamu kaynağı kullanmak gibi önemli bir işlemin kimin tarafından düzenlenmesi gerektiği sorusu daha açık biçimde tartışılabilir.

Türkiye'de kamu harcama usullerini içeren ihale işlemlerini iki alt başlık altında incelemek mümkündür. Bunlardan ilki ihale konusu işin bedelinin nakden yükleniciye ödendiği işlemler; ikincisi de belirli bir ayın/hizmet veya gelir garantisi gibi yöntemlerle iş bedelinin ödendiği işlemlerdir. İlk türden işlemler kural olarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yürütülmekteyken ikinci türden işlemler alanyazında kamu özel işbirliği olarak adlandırılmaktadır. Bu kapsamda yürütülen işlemlerin hukuki dayanakları oldukça dağınık olmakla birlikte 2015 yılında konuyla ilgili olarak Kalkınma Bakanlığı tarafından bir derleme yapılmıştır.¹⁰

Yapılan açıklamalar çerçevesinde Türkiye'de kamu ihalelerinin hukuki rejiminin yasama organının asli düzenleme yetkisi çerçevesinde kanun düzeyinde düzenlendiği tespiti yapılabilir. Her ne kadar çeşitli uygulama kuralları yönetmeliklerde yer alsada bu yetki de ilgili kanunlardan türemektedir. Dolayısıyla dayanağı yasal düzenlemelerden almayan düzenleyici idari işlemler bulunmamaktadır.

Türkiye'deki durum bu yönde olmakla birlikte örnek olarak seçilen bazı ülkelerdeki duruma da kısaca göz atılabilir.¹¹ Avusturya'da 2006 yılından beri yürürlükte olan Federal İhale Kanunu (*Bundesvergabegesetz*) 2018'de aynı adla yenilenmiştir. Finlandiya'da Kamu İhaleleri ve İmtiyazlar Hakkında Kanun bulunmaktadır ve bu Kanun en son 2017 yılının Ocak ayında değişikliğe uğramıştır. Fransa'da yürürlükte olan Kamu İhale Kanunu (*Code des marchés publics*) en son 2016 yılında değişikliğe uğramıştır. Ayrıca bu alanda çıkarılmış bir genel kararname de bulunmaktadır. (*Ordonnance n° 2015-899*). İtalya'da ise Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu bulunmakta olup Avrupa Birliği direktiflerindeki değişiklikler çerçevesinde güncellenmektedir. Yine İspanya ve Portekiz gibi İber yarımadası ülkelerinde de kamu ihaleleri kanun düzeyinde düzenlenmektedir.

Konuya ilişkin olarak Amerika Birleşik Devletleri'ne bakıldığında ise federal düzeyde kamu ihalelerine ilişkin kanun bulunduğu görülmektedir. 1984 tarihli *The Competition in Contracting Act* adlı kanun federal satın alma kurallarının genel çerçevesini çizmektedir.

⁹ Kamu ihale işlemleri kapsamında yapılan harcamalar OECD ülkelerinde milli gelirin yüzde 19'u, OECD üyesi olmayan ülkelerde ise yüzde 14'ü düzeyindedir. Bkz. https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/gov_glance-2011-46-en.pdf?expires=1563353467&id=id&accname=guest&checksum=9B13A128D7314C15C25C7F4278240DEB (Erişim Tarihi: 17/7/2019)

¹⁰ Kalkınma Bakanlığı, **Kamu Özel İşbirliği Mevzuatı**, 1. Basım, Yatırım Programlama İzleme ve Değerlendirme Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara, 2015

¹¹ Aşağıdaki bilgiler şu kaynaktan derlenmiştir: ESTERMANN Thomas - KUPRIYANOVA Veronika, **A Comparative Analysis of Public Procurement Frameworks and Practices**, EUA Raporu, s. 16-71., 2018 https://eua.eu/downloads/publications/eua%20public%20procurement%20report_final_28.11.2018.pdf (Erişim Tarihi: 16/7/2019)

Bunun dışındaki temel kurallar Federal Satınalma Düzenlemeleri (Federal Acquisition Regulation-FAR) çerçevesinde yürütülmektedir.¹²

Uluslararası kurallara ilişkin yapılan kısa aktarımlar da modern batı demokrasilerinde kamu ihalelerinin hukuki rejimine ilişkin düzenlemelerin kanun düzeyinde yapıldığını ortaya koymaktadır. Bu durum ülkelerin çoğunluğunda (Fransa ve Amerika Birleşik Devletleri hariç) parlamenter sistemin bulunması, yürütmenin türev nitelikte bulunması ve asli düzenleme yetkisinin yasama organında olmasından kaynaklanmaktadır. Her ne kadar Fransa’da yarı başkanlık ve Amerika Birleşik Devletleri’nde başkanlık sistemi bulunsun da bu ülkelerde de düzenlemelerin ilk düzeyi yasa olarak belirlemektedir.

Aynı konuya Güney Amerika ülkeleri özelinde bakıldığında, Brezilya, Kosta Rika, Honduras, Meksika, Panama ve Peru gibi ülkelerde konunun yasa düzeyinde düzenlendiği, hatta anayasal olarak kamu kaynaklarının harcanma usullerine ilişkin kurallar bulunduğu gözlenmektedir. Sadece Brezilya ve Meksika gibi ülkelerde Amerika Birleşik Devletleri’ne benzer biçimde federe devletler ve yerel yönetimler düzeyinde ihale düzenlemeleri bulunmaktadır.¹³

Kamu ihalelerinin hukuki rejimi konusunda yukarıda yapılan değerlendirmeleri kısaca toplamak gerekirse gerek Türkiye’de gerekse belirli harcama büyüklükleri olan çeşitli ülkelerde bu alandaki düzenlemelerin yasa düzeyinde yapıldığı, dolayısıyla konuyla ilgili ilk iradenin yasama organı tarafından konulduğu, hatta bazı ülke anayasalarının bütçe düzenlemeleri çerçevesinde harcama usullerine ilişkin kurallar içerdiği anlaşılmaktadır. Daha farklı bir ifadeyle, dayanağını yasama iradesinden almayan bir düzenleme yetkisi kullanılmamaktadır.

Yapılan bu tespitlerin ardından Türkiye’de 2017 yılında pozitif hukuka giren ve 2018 yılından itibaren uygulanmaya başlanan CBK’ların, daha önceki dönemlerden ve diğer ülke uygulamalarından farklı olarak Cumhurbaşkanı’na bu alanda asli bir düzenleme yetkisi verip vermediği değerlendirilebilir.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kamu İhaleleri Alanındaki Yetkisinin Değerlendirilmesi

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Niteliği

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (CBK) terimi Türk hukukunda yeni değildir. 1982 Anayasasının bugün yürürlükte olmayan 107’nci maddesinde Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları ile personel atama işlemlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Böylece idarenin kanunla kurulacağı kuralına sadece Cumhurbaşkanlığı teşkilatı için bir istisna getirilerek bu kurulumun kararname ile yapılacağı düzenlenmiştir. Anılan düzenleme parlamenter sistemde yürütme yetkisinin türev nitelikte olması konusunda da istisna özelliği taşımaktadır.¹⁴

¹² Ayrıntı için bkz. YUKINS Christopher R., “The U.S. Federal Procurement System: An Introduction”, GWU Law School Public Law Research Paper No. 2017-75; **GWU Legal Studies Research Paper** No. 2017-75., s. 69-93

¹³ Güney Amerika ülkelerindeki kamu ihalelerinin hukuki rejimi için bkz. BENAVIDES José Luis vd., **Public Procurement in Latin America and The Caribbean and in IdB-Financed Projects: A Normative and Comparative Study**, 1. Basım, Inter Amerikan Kalkınma Bankası Yayınları, 2016, s. 2-4.

¹⁴ TAŞDÖĞEN Salih, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 65, Sayı: 3, s. 943

2017 yılındaki Anayasa değişiklikleri ise bu hukuki terimi kapsamını değiştirip genişleterek tekrar kullanmıştır. Yeni durumu değerlendirmek adına Anayasanın 104'üncü maddesinin onyedinci fıkrası incelenebilir;¹⁵

“1- Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.

2- Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.

3- Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.

4- Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır.

5- Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.”

Dikkat edileceği üzere fıkranın kendisi ayrı bir madde olabilecek kadar fazla beş farklı kural içermektedir. İlk olarak yürütme yetkisini kullanacak olan Cumhurbaşkanı'na kaynağını doğrudan Anayasa'dan alan bir düzenleme yetkisi verilmektedir. Buradaki önemli vurgu “yürütme yetkisine ilişkin konular” tanımlamasıdır. Bu konuların neler olduğu konusunda ilgili yazında tartışmalar devam etmekle birlikte idari fonksiyonla ilgili işlemlerin kapsamda olabileceği tespit edilmiştir.¹⁶ Bu tanımın kabul edilmesi durumunda oldukça geniş bir alanda CBK yetkisinin kullanılabilmesi sonucuna ulaşılabilir.

104'üncü maddenin onyedinci maddesinin diğer dört kuralı olumsuz hükümler içermektedir. Bu çerçevede bazı temel hakların, Anayasa'da münhasıran yasama organının yetkisine bırakılan alanların, Kanunla açıkça düzenlenen konuların CBK ile düzenlenemeyeceği; CBK-Kanun çelişkinde kanunların daha üst norm olarak kabul edileceği kurala bağlanmıştır.

Kısa bir uygulama deneyimi olan CBK'lar konusunda alanyazında çeşitli değerlendirmeler yapılmıştır. Bu değerlendirmeler genel olarak CBK'ların hukuki niteliği ve kendilerinin saklı bir düzenleme alanı bulunup bulunmadığı üzerine yoğunlaşmıştır. Konuyla ilgili olarak CBK'ların saklı alanının bulunmadığı, asli düzenleme yetkisinin yasama organında bulunduğu görüşüne karşılık¹⁷; Anayasanın özel olarak CBK düzenlemesine bıraktığı alanlarda yasama organının irade beyan edemeyeceği de savunulmaktadır.¹⁸ Kemal Gözler, CBK'ların eski sistemin Kanun Hükümünde Kararnamelerine benzetilebileceğini, normlar hiyerarşisinde kanun ve yönetmelik arasında yer aldığı tespitini yapmaktadır.¹⁹ Onur Karahanoğulları ise konuyla ilgili en ayrıksı görüşlere sahiptir ve CBK'ların *yasa benzeri-*

¹⁵ İnceleme kolaylığı açısından fıkra tümcelere bölünüp numaralandırılmıştır.

¹⁶ GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, 3. Baskı Bursa, Ekin Yayınevi, Cilt: 1, 2019, s. 1312.

¹⁷ ARDIÇOĞLU M. Artuk, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi". **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 75, 2017, s. 19-51

¹⁸ YILDIRIM Turan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri". **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Sayı: 23, 2017, s. 13-28

¹⁹ Gözler, age, 2019, s. 1337

yasamsı (quasi-statute) olarak nitelendirilebileceğini, Anayasa'da düzenlenen alanlarda kalındığı sürece kanun ve CBK'nın eş kural değerine sahip olduğunu tespit etmektedir.²⁰

Bu çalışmanın konusu içinde CBK'ların saklı alanlarının bulunup bulunmadığı sorusundan ziyade bu düzenleyici işlemlerin Anayasa'da açıkça sayılmayan alanlarda düzenleme yapıp yapamayacağı sorusu daha önemlidir. Daha özele inildiğinde, CBK'ların yürütme yetkisine ilişkin alanlarda düzenleme yapabileceğine ilişkin genel kural, yürütme görev ve yetkisine dahil olan her türlü işlev için genişletilebilir mi, sorusu da önem kazanmaktadır.

Anayasa metnine bakıldığında, idarelerin kurulması ve üst düzey yönetici atanması gibi konularda CBK'nın düzenleme yetkisi açıkça görülmektedir. Ancak kamu ihaleleri gibi açıkça düzenlemeyen başlıkların durumu ayrıca değerlendirilmelidir.

Bir önceki alt başlıkta belirtildiği üzere kamu ihalesi, idarenin bir özel hukuk sözleşmesi yardımıyla herhangi bir kamu hizmetini üçüncü kişiye gördürmesi ve buna karşılık bedel ödeme edimini yükümlenmesini içermektedir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere kamu ihalesi işlemi ile kamu hizmeti sunma yükümü arasında doğrudan ilişki vardır ve bunun da yürütme yetkisiyle ilişkisi görülmektedir. Dolayısıyla CBK'nın kamu ihaleleri alanındaki yetkisinin değerlendirilmesi yürütme yetkisi ve bu yetkinin kullanımını kısıtlayan kurallarla ilişkisi içinde incelenmelidir.

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Kamu İhalelerinin İlişkisi

Yürütme yetkisi ve kamu ihalesi ilişkisine değinmeden önce bu çalışmanın temel sorusunun günümüzdeki hukuki kurallar çerçevesinde basit bir yanıtı olduğu tespit edilmelidir: Anayasa'nın 104'üncü maddesinin onyedinci fıkrasında yer alan "*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz*" kuralındaki yasaklayıcı düzenleme ve şu anda yürürlükte bulunan Kamu İhale Kanunu nedeniyle CBK'ların bu alanı doğrudan veya dolaylı olarak düzenleyen kuralları getirmesi hukuken mümkün değildir. Ancak sorunun önemi şuradadır: yasama organının herhangi bir gerekçeyle Kamu İhale Kanununu ilga etmesi durumunda CBK'ların bu alanda düzenleme yetkisi doğabilir mi?²¹

Anayasa'da kamu ihalelerinin kanun düzeyinde düzenleneceğine ilişkin açık bir kural bulunmaması nedeniyle yasama organının kamu ihalelerini düzenleyen kanunları ilga edebileceği savunulabilir.²² Bu durum da CBK'ların bu alanı düzenleyip düzenlemeyeceği sorusu daha önemli hale gelecektir. Bu soruya farklı gerekçelerle olumlu veya olumsuz yanıt verilebilir. Aşağıda bu yanıtlar değerlendirilmiştir.

²⁰ KARAHANOĞULLARI Onur, "Devletin Kural Koymasında Yeni İşbölümü", <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/cbk.pdf>, 2019

²¹ Bu varsayımın başka bir alanda yürütüldüğünü vurgulamak gerekir. Bakanlıkların kuruluşunun CBK ile yapılacağına yönelik kuralın yürürlüğü gereği 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümleriyle mevcut kuruluş yasalarının hepsi yürürlükten kaldırılmış ve daha sonra CBK'lar ile yeni bakanlıklar ve kamu tüzel kişilikleri kurulmuştur.

²² Bu durum Anayasa Mahkemesi tarafından da tespit edilmiştir. "*Devlet harcamalarında 4734 sayılı Kanun'un uygulanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmadığından...*" Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, E:2015/60, K: 2016/2, 13/1/2016, §. 8

CBK'ların kamu ihalelerinin hukuki rejimini düzenleyebileceği yönündeki görüş dayanağını Anayasa'nın 104'üncü maddesinin onyedinci fıkrasının ilk tümcesinden alır. Buna göre CBK'lar yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılmaktadır; kamu ihaleleri ise kamu hizmetinin yürütülmesi için bir özel hukuk sözleşmesi yoluyla harcama yapma edimini içerdiğinden alanın yürütme yetkisiyle doğrudan ilişkisi vardır. Bu durumda da CBK'ların kamu ihalelerinin hukuki rejimini düzenlemesi mümkündür. Bu görüşün, gerekçesiyle uyumlu olduğu söylenebilir ancak görüşün açık biçimde savunulabilmesi için anılan yetkinin kullanılmasını engelleyen herhangi bir hukuki kurumun olmaması gerekir.

Çalışmanın temel sorusuna olumsuz olarak verilecek yanıt, CBK'ların kamu ihaleleri alanında yürütme yetkisi kullanamayacağını savunacaktır. Ancak bu yanıt dayanağını doğrudan Anayasa'da düzenlenen pozitif hukuk kuralından almayacaktır. Yanıtın gerekçesi önemli bir anayasa hukuku ve hatta siyaset bilimi kavramı olan "bütçe hakkı" üzerinden değerlendirilecektir.

Anılan değerlendirme işlemi için öncelikli olarak bütçe hakkı terimi hakkında açıklama yapmak gerekir. Bütçe hakkı iki sözcükten oluşan bir tamlama olarak kullanılsa da tarihsel olarak bu hak yasama organlarına ait olduğundan terimi "parlamentoların bütçe hakkı" olarak genişletmek de mümkündür.

Modern devletin en önemli kavramlarından olan bütçe hakkının tarihsel geçmişi temsili demokrasiler ve yürütme yetkisi arasındaki gerilimle yakından ilişkilidir. Gerçekten de bütçe hakkının ilk kez *Magna Carta Libertatum*'da ortaya çıktığı söylenebilir. Bu ortaya çıkış ilk olarak yurttaşlar üzerindeki temel mali yükümlülük olan vergi koyma hakkıyla ilgilidir. İngiliz kralının sınırsız vergi koyma hakkının bulunması, bu yükümün altına girenlerin söz hakkı olmaması temsili demokrasinin de önemli tartışmalarından birisi haline gelmiş ve 1215 yılındaki -çoğu görüşe göre ilk yazılı Anayasa kabul edilen- *Magna Carta*'da "*no taxation without representation-temsilsiz vergi olmaz*" ilkesi kabul edilmiştir.²³

Bütçe hakkının çıkış konusu vergilendirme olmakla birlikte zaman içinde vergi yoluyla toplanan kamu kaynağının harcanmasının da yurttaşların temsil hakkıyla ilişkili olduğu savunulmuştur. Bu savununun sonunda 1689'da kabul edilen *Bill of Rights* İngiliz parlamentolarının kamu harcamalarına yönelik karar alma yetkisine sahip olduğunu hüküm altına almıştır.²⁴ 18. Yüzyıla gelindiğinde İngiliz demokrasisi kamu gelirleri ve kamu giderlerinin tespit edilmesi konusunda düzenleme yetkisinin yasama organında olduğunu tarihsel bir ilke olarak kabul etmiştir.

Bütçe hakkına ilişkin benzer gelişmeler yasama organlarının güçlenmesi sürecinde Fransa ve Almanya'da da gözlemlenmiştir. 1789 Fransız Devrimi sonrasında vergi düzenlemeleri ve 1817 değişiklikleri sonrasında da kamu harcamalarının düzenlenmesinin parlamento yetkisinde olduğu Fransa'da kabul görmüştür. Aynı şekilde Almanya tarihinde de 1850'den itibaren Prusya Anayasasında bütçe hakkı kabul edilmiştir.²⁵

Türkiye özelinde bütçe hakkının gelişimine bakıldığında batı demokrasilerine benzer bir gelişim süresi izlenmektedir. Tarihsel olarak ilk kez 1876 tarihli Kanuni Esasi'de bütçe

²³ MUTLUER Kamil vd., **Bütçe Hukuku**, 2. Basım, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 54, 55.

²⁴ WERNER Joachim, **Legislatures and Budget Process The Myth of Fiscal Control**, 1. Baskı, Palgrave Macmillan, New York, 2010, s. 3, 4

²⁵ Kamil Mutluer vd., 2006, s. 59.

hakkının izine rastlansa da bunun disiplinli biçimde uygulanması 1924 Anayasası ve sonrasındaki dönemde olmuştur.²⁶

Günümüzde modern anayasal demokrasilerin temel kavramlarından birisi olan bütçe hakkı, yukarıdaki tarihsel gelişimler de göz önünde bulundurulduğunda, yasama organının kamu gelirlerinin tespiti ve toplanması ile kamu giderlerinin tahsisi ile harcama usullerine ilişkin kural koymada asli ve ilk-el yetkili olmasını ifade etmektedir. Nitekim ilgi yazındaki tanımlar da genel olarak bu öğeleri içermektedir.²⁷

Türk hukukunda bütçe hakkına ilişkin düzenlemelerin dayanağı ise doğal olarak Anayasa'da bulunmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 87'nci maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkileri arasında bütçe ve kesinhesap kanunlarının görüşülmesinin bulunduğu; 160'ncı maddesinde Sayıştay'ın, merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının *bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına* denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama görevinin olduğu; 161'nci maddesinde ise kamu idarelerinin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamaları yıllık bütçelerle yapılacağı, mali yıl başlangıcı ile merkezi yönetim bütçesinin hazırlanması, uygulanması ve kontrolü ile yatırımlar veya bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler için özel süre ve usuller kanunla düzenleneceği, bütçe kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın yukarıda atıf yapılan maddelerinde doğrudan kamu harcamalarına ilişkin usul düzenlemelerinin kanun yoluyla yapılacağına yönelik hüküm bulunmamakla birlikte bütçe tanımları ve önceki paragraflarda aktarılan tespitler gereği bu yetkinin yasama organında bulunduğu kuşku yoktur.

Konuyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi kararlarında da bütçe hakkına vurgu yapılmıştır: 2010 yılındaki bir kararında yüksek mahkeme şu tespitleri yapmıştır. *"Yasama organının, halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırları belirleyerek yetki vermesi ve sonuçlarını denetlemesine bütçe hakkı denilmektedir. Bütçe hakkı, vergi ve benzeri gelirlerle kamu harcamalarının çeşit ve miktarını belirleme ve onaylama hakkıdır. Bu hak, demokratik parlamenter yönetim sistemini benimsemiş olan ülkelerde, halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşan ve en yetkili organ olan yasama organına ait bulunmaktadır. Bütçe, hükümetin Meclis'e karşı temel sorumluluk mekanizmasıdır. Meclis, bütçe ile hükümete gelir toplama ve gider yapma yetkisi vermekte, bu yetkinin uygun kullanılmasını da bütçe sürecinin bir parçası olan kesin hesap faaliyeti ile denetlemektedir. Yani parlamenter sistemin özü ve demokratik hukuk devleti ilkesi halkın kamu yönetimi üzerindeki denetimini temsilcileri vasıtasıyla gerekli kılmaktadır."*²⁸

Dikkat edileceği üzere Anayasa Mahkemesi de bütçe hakkıyla ilgili genelde kamu harcamalarının özelde ise bu harcamalarının yapılma usullerinin anılan hak kapsamında olduğunu tespit etmektedir.

²⁶ Kamil Mutluer vd., 2006, s. 68.

²⁷ Bütçe hakkı tanımları için bkz. BAĞLI Mehmet Selim, **TBMM'nin Bütçe Hakkı Kullanım Durumu: 5018 Sayılı Kanun Sonrası Bütçe Hakkı Kullanımında Etkinlik Düzeyinin Ölçümü**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2014, s. 38.

²⁸ Anayasa Mahkemesi Kararı, E:2008/84, K: 2010/121, 30/12/2010

Yapılan açıklamalar çerçevesinde çalışmanın başlığındaki soru yeniden değerlendirilecek olursa, soruya verilecek yanıtın olumlu yorumunun CBK'ların yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabileceğini ortaya koyduğunu, bu haliyle pozitif hukukunun Cumhurbaşkanına kararname yoluyla kamu ihalelerinin hukuki rejimini düzenleme yetkisi verdiği tespiti ilk elde yapılabilir. Ancak Anayasa kurallarının ve idarenin hukuki yapısının sadece pozitivist metodolojiyle incelenemeyeceğini, konunun tarihsel-yapısal boyutlarıyla ele alınması gerektiğini, bu bakış açısıyla yaklaşıldığında yasama organının bütçe hakkının önemli bir demokratik devlet ögesi olduğunu, bu nedenle de kamu gelirleri ve harcamalarıyla doğrudan hukuki ilişkisi bulunan kamu ihale işlemlerinin hukuki rejiminin ancak yasama organı iradesiyle düzenlenebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu sonuç nedeniyle de yürütme organının düzenleyici işlemi niteliğinde bulunan CBK'lar kullanılarak kamu ihaleleri alanında düzenleme yapmak mümkün bulunmamaktadır.

Aksi yöndeki görüşler, CBK'ların yürütme alanına ilişkin düzenleme yapma yetkisinin Türkiye özelinde yasama organının bütçe hakkına ilişkin istisna getirdiğini ve bu yöntemle kamu ihalelerine yönelik düzenleme yapılabileceğini de iddia edebilir. Ancak "bütçe hakkı" terimi doğrudan hukuki normların içinde bulunan bir hüküm değil tarihsel ve yapısal bir kuraldır. Bu haliyle de Anayasanın devletin temel nitelikleri arasında belirttiği demokratik hukuk devleti olma durumuyla yakından ilişkilidir. Anılan ilişki nedeniyle de yorum yoluyla kamu ihalelerini yürütme yetkisi içinde değerlendirmek ve CBK'lar ile bu alanda düzenleme yapılabileceğini savunmak olanaklı bulunmamaktadır.

Sonuç

Bu çalışma daha önce de hukuk sistemimizde bulunan ancak 2017 yılındaki Anayasa değişiklikleriyle niteliği önemli ölçüde değişen ve genişleyen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleme alanı konusunda, kamu ihaleleri üzerinden bir tartışma yürütmeyi amaçlamıştır. Tartışma metnin başlığındaki soruya yanıt aramaktadır: CBK ile kamu ihalelerinin hukuki rejimi düzenlenebilir mi?

Soruya yanıt bulmak adına, konuyla ilgili savunulabilecek iki farklı görüş incelenmiştir. Görüşlerden ilki çerçevesinde, CBK'ların yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabileceğinin kurala bağlandığı, kamu ihalelerinin yürütme yetkisiyle doğrudan ilişkili bulunduğu, bu nedenle de alanın CBK ile düzenlenebileceğini iddia edebilir. Bu görüş özellikle pozitif hukuk kurallarının incelenmesi yoluyla da savunulabilir.

İkinci görüş ise, CBK'ların bu alanda yetki kullanmasını kısıtlayan tarihsel ve yapısal bir hukuki kurum olan bütçe hakkı'nın bu alanı özel olarak yasama organına bıraktığını iddia etmektedir. Çalışmada ikinci görüş savunulmuştur. Bu amaçla bütçe hakkı kavramı açıklanarak CBK'ların kamu ihalelerinin hukuki rejimini düzenlemeyeceği açıklanmaya çalışılmıştır.

Kaynakça

AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat-KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 8. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017

Anayasa Mahkemesi Kararı, E:2008/84, K: 2010/121, 30/12/2010

Anayasa Mahkemesi Kararı, E:2015/60, K: 2016/2, 13/1/2016

ARDIÇOĞLU M. Artuk, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi". **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 75, 2017

BAĞLI Mehmet Selim, **TBMM'nin Bütçe Hakkı Kullanım Durumu: 5018 Sayılı Kanun Sonrası Bütçe Hakkı Kullanımında Etkinlik Düzeyinin Ölçümü**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2014

BENAVIDES José Luis vd., **Public Procurement in Latin America and The Caribbean and in Idb-Financed Projects: A Normative and Comparative Study**, 1. Basım, Inter Amerikan Kalkınma Bankası Yayınları, 2016

ESTERMANN Thomas - KUPRIYANOVA Veronika, **A Comparative Analysis of Public Procurement Frameworks and Practices**, EUA Raporu, 2018

GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, 3. Baskı Bursa, Ekin Yayınevi, Cilt: 1-2, 2019

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref-TAN Turgut, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2004

GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 10. Basım, İmaj Yayınları, Ankara, 2015

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5c52e50f07ff97.87817707

https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/gov_glance-2011-46-en.pdf?expires=1563353467&id=id&accname=guest&checksum=9B13A128D7314C15C25C7F4278240DEB

https://eua.eu/downloads/publications/eua%20public%20procurement%20report_final_28.11.2018.pdf

KALKINMA BAKANLIĞI, **Kamu Özel İşbirliği Mevzuatı**, 1. Basım, Yatırım Programlama İzleme ve Değerlendirme Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara, 2015

KARAHANOGULLARI Onur, "Devletin Kural Koymasında Yeni İşbölümü", <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/cbk.pdf>, 2019

MUTLUER Kamil vd., **Bütçe Hukuku**, 2. Basım, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006

ODER Burak, "Kamu İhale Hukuku", **Günişğında Yönetim**, (der. İl Han Özey.), Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2004

TAŞDÖĞEN Salih, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 65, Sayı: 3

WERNER Joachim, **Legislatures and Budget Process The Myth of Fiscal Control**, 1. Baskı, Palgrave Macmillan, New York, 2010

YILDIRIM Turan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri". **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Sayı: 23, 2017

YUKINS Christopher R., "The U.S. Federal Procurement System: An Introduction", No. 2017-75; **GWU Legal Studies Research Paper** No. 2017-75