

ANAYASA MAHKEMESİNİN KAMU İHALE KANUNUNUN İSTİSNA MADDELERİNE YAKLAŞIMI

*The Approach of Constitutional Court
to the Exceptions of Public Procurement Law*

Harun KILIÇ*

Özet

İstisnalar, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunun en temel meselelerinden birisidir. Gittikçe büyümüş, çetrefilleşmiş ve belli noktadan sonra da yönetilebilir olmaktan çıkmıştır. Günümüzde istisnalar, tepki göstermekten vazgeçilen, kanıksanan bir mesele halini almış durumdadır. Anayasa Mahkemesinin bu meselenin çözümüne katkısı ise hem olumsuz hem de olumludur. Mahkeme uzun süre istisnalar konusunda daha temkinli bir yaklaşımı benimsemiş iken 2023 yılında bu yaklaşımını terk etmiş ve daha etkin bir rol üstlenmeye başlamıştır. Gerek temkinli olunan 2023 yılı öncesi gerekse de daha etkin olunan 2023 yılı ve sonrası dönem eleştirilebilir yönleri sahiptir. Buna karşın kanıksanmış bir meseleyi tartışmaya açması bile Mahkemenin yaklaşımındaki değişime önem atfetmek için yeterli sebebi sunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, İstisna Maddeleri

Abstract

The area of exceptions is one of the main issues of Public Procurement Law with ref. nr. 4734. In time, the exceptions have become enormously big, complicated and after a certain point they are way out of control. Nowadays, the exclusions have reached a point where people has already given up reacting and begun to accept the current situation instead. As to the contribution of Constitutional Court to the solution of this issue is both positive and negative. Even though the Court remained prudent for a long time, it left its approach in 2023 and has begun to have an active role towards this issue. Either its approach before 2023 or the one after 2023 can be criticized. However, the fact that the Court has opened this issue to debate offers an important reason on its own, which deserves much appreciation.

Key words: Turkish Constitutional Court, Public Procurement Law with ref. nr. 4734, Exception Clauses

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 17.12.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Kamu İhale Uzmanı, Kamu İhale Kurumu, law.harun@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-7524-235X>

GİRİŞ

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu için istisnaların taşıdığı anlam ve önem nedir sorusu, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte önemsenmeyecek bir soru iken kısa süre içerisinde ciddiyle ele alınması gereken bir soru haline gelmiştir. Bunun sebebi tahmin de edileceği üzere istisnaların, göz ardı edilemeyecek denli sistemli ve ölçsüz şekilde artmasıdır. Kanunun 3. maddesinde bentler halinde düzenlenmiş olan istisnalar başlangıçta yalnızca 6 bentten (a ila f) ibaretti. Günümüzde ise alfabe-deki tüm harfler tüketilmiş, harflerin tekrar edildiği bir sisteme geçilmiş ve en son (bb) bendinde bir istisna hükmüne yer verilmiş durumdadır. Bu bentlerin birçoğu da kendi içerisinde birden fazla istisnai hal barındıracak şekilde düzenlenmiştir.

Ne var ki 4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı alan bunlarla sınırlı değildir. Bu alanı belirleyebilmek için biraz daha çaba gösterilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda Kamu İhale Kanunun Ek madde 9, 10, 12 ve Geçici madde 4'ünde düzenlenmiş istisna düzenlemeleri ile kendi özel kanunlarında düzenlemiş ve hiç de azımsanmayacak boyutlara ulaşmış olan istisna hükümleri de dikkate alınmalıdır. Bir de bunların üzerine Köylere Hizmet Götürme Birliklerinin alımları gibi fiili istisna hallerini¹ eklemek gerekmektedir.

¹ Köylerin, 4734 sayılı Kanun kapsamında yer almamasından hareketle Kamu İhale Kurumu tarafından sadece köyler tarafından oluşturulan mahalli idare birliklerinin (köylere hizmet götürme birliklerinin) Kanun kapsamında bulunmadığı; köylerin, belediyeler ve/veya il özel idarelerinin katılımı ile oluşturdukları mahalli idare birlikleri ile il özel idarelerinin veya belediyelerin kendi aralarında veya diğer belediyeler veya il özel idareleriyle birlikte oluşturdukları mahalli idare birliklerinin ise 4734 sayılı Kanun kapsamında olduğu kabul edilmektedir.(01.04.2003 tarihli ve 2003/DK.D-97 sayılı Kurul Kararı)

Oysa 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanununun 18. maddesinin son fıkrasına ilişkin Anayasa Mahkemesince alınan karar, Kurumun bu kabulü ile bağdaşmamaktadır. Bu fıkra, köylere hizmet götürme birliklerinin yapacakları ihalelere ilişkin esas ve usullerin, Maliye Bakanlığının görüşü alınarak İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği hükmüne bağlanmıştır. Fıkra ile ilişkin değerlendirmesinde Mahkeme, 4734 sayılı Kanunun kapsamını ortaya koyduktan sonra, “Dava konusu kural uyarınca birliklerin yapacakları ihalelere ilişkin esas ve usullerin 4734 sayılı Yasaya uygun olarak çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği açık olduğundan” yasama yetkisinin devrinden söz edilemeyeceğini ifade etmiştir. (AYM, E.2005/90, K.2008/146, 24/9/2008 (RG 26.02.2009/27153) Mahkemeye göre köylere hizmet götürme birliklerinin ihalelerine ilişkin yayımlanacak yönetmelik, 4734 sayılı Kanuna uygun olmak durumundadır. Mahkeme bu sonuca, bir ön kabulden hareketle ulaşmaktadır. Mahkemenin kabulüne göre birlikler 4734 sayılı Kanuna tabidir ve bu nedenle bunların ihalelerine ilişkin çıkarılacak Yönetmelik de haliyle 4734 sayılı Kanuna uygun olacaktır.

Buna karşın köylerden oluşan mahalli idare birlikleri, Kurum tarafından 4734 sayılı Kanuna tabi bir idare olarak değerlendirilmekte ve bu birliklerin ihalelerine yönelik yapılan itirazın şikayet başvuru, görev alanında olmadığından bahisle reddedilmektedir. (07.09.2022 tarihli ve 2022/UY.IV-1058 sayılı Kurul Kararı, 23.12.2013 tarihli ve 2013/UY.IV-4926 sayılı Kurul Kararı) Ayrıca İçişleri Bakanlığı tarafından yayımlanan Köylere Hizmet Götürme Birliği İhale Yönetmeliği, Anayasa Mahkemesi Kararına rağmen 4734 sayılı Kanunla bağdaşmayan (fatura karşılığı alım usulü, yazılı teklif istenmesi gibi) çok sayıda hüküm ihtiva etmeye devam etmektedir. Bu tespitler ise fiili bir istisnai alan ile karşı karşıya olduğumuzu göstermektedir.

Temel Kanundan istisna olma sayısında yaşanan böyle bir artışı ve oluşan dağınık yapıyı rasyonel kabul edebilmek elbette mümkün değildir. Her şeyden önce belli bir düzenden söz etmek imkansızdır. Kanun yapma tekniği açısından eleştiriye açıktır. Daha da önemlisi bu artış ve dağınık yapı, istisnaların sınırlarını belirleyebilmeyi oldukça güçleştirmektedir. Bu belirsizlik ise doğrudan Kamu İhale Kanunu etkilemekte, Kanuna karşı toplum nezdinde bir ön yargı ve tepkinin oluşmasına, Kanunun, temel kanun niteliğini hak edip etmediği tartışmalarına neden olmaktadır. Özetle istisnalar konusunda içinde bulunulan durum, birçok açıdan izahı zor ve kaygı verici bir durumdur.

Peki bu durumun oluşumunda Anayasa Mahkemesinin sorumluluğundan söz edebilmek mümkün müdür? Kuşkusuz Mahkeme, asli sorumlu değildir. Ancak bu, herhangi bir sorumluluğu bulunmadığı anlamı da taşımamaktadır. Mahkeme uzun süre bu konuda pasif bir tutumu tercih etmiştir. İstisnaları genellikle yasama organının takdiri ve kamu yararı meselesi olarak ele almış ve bu anlayış doğrultusunda istisna maddelerinin Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir. Bu süre zarfında Mahkeme, istisna maddelerine uygulanabilecek kamu yararı amacı dışındaki diğer anayasal ilkelerle pek ilgilenmemiştir. Bu durum, haliyle istisnalar konusunda yasama organının daha rahat hareket etmesine neden olmuştur.

Ancak istisnalar konusunda 2023 yılını bir kırılma noktası olarak değerlendirmek gerekir. Mahkeme uzun yıllar sürdürdüğü pasif tutumunu bu yıl itibarıyla terk etmiş, daha sert ve müdahaleci bir anlayışı benimsemiştir. Hatta Mahkeme sıra dışı şekilde istisnalar ile demokratik devlet arasında ilgi kurmaya, temel ilkeleri, anayasal ilkeler ve anayasal zorunluluk olarak değerlendirmeye başlamıştır. Ayrıca Mahkemenin yaklaşımındaki bu değişim, ölçü normun değişimine bağlı gerçekleşmemiştir. Gerek 2023 yılı öncesi gerekse de sonrası dönemde Mahkeme tarafından istisna maddeleri esas itibarıyla hukuk devleti ilkesi (Anayasa'nın 2. maddesi) çerçevesinde ele alınarak karara bağlanmıştır. Ölçü norm aynı kalmasına rağmen 2023 yılı itibarıyla değişen husus, ölçü normun uygulanma şekli ve bu anlamda dayanan hukuk devleti ilkesi unsuru olmuştur. Bu şekilde bir değişimin neticesinde ise istisna maddelerinin de Anayasaya aykırı olabileceği anlaşılmıştır.

Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren istisnaların kurallaştırılmasında hemen hemen aynı yöntem izlenmiştir. Hükümler benzer şekilde kaleme alınmıştır. İzlenen yöntemde bir farklılık olmamasına ve metinler birbirinin benzeri olmasına karşın Mahkeme'yi uzun süre sonra istisnalar konusunda görüş değişikliğine sevk eden sebepleri bilebilmek mümkün olmasa da kesin olan husus, bu değişimin daha sistemli bir istisnai alan öngördüğü ve 4734 sayılı Kanun lehine bir durum oluşturduğudur. Ancak bunu istisnalar konusunda kesin ve kalıcı bir çözüm olarak değerlendirmek de hatalı olur. Gerek hassas bir meseleye ilişkin olması gerekse de (olası) sonuçları nedeniyle bu değişim, ilgiyi ve ayrıntılı incelemeyi hak etmektedir. Ama değişimin neler getirdiğini anlayabilmek için öncelikle Mahkemenin uzunca süre sürdürmeyi tercih ettiği önceki yaklaşımına değinilmelidir.

I. ÖNCEKİ YAKLAŞIM (2003 - 2022)

A. İstisnalar, Esas İtibarıyla Kamu Yararı ve Takdir Meselesidir.

Mahkeme, istisna maddelerini değerlendirirken genellikle temel bir mesele üzerinden konuya giriş yapmaktadır. Bu, temel ihale kanunlarının uygulanmasının zorunlu olup olmadığı meselesidir. Mahkemeye göre kamu ihalelerinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kanunun uygulanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmamaktadır. Bu nedenle yasa koyucunun kamu ihaleleri yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal açıdan bir engel yoktur. Bu, anlaşılabilir ve yerinde bir değerlendirmedir. Ancak bu durum yasa koyucunun bu konuda serbestçe tasarrufta bulunabileceği anlamı da taşımamaktadır. Bir alımın temel ihale kanunu kapsamı dışına çıkarılması ve farklı usullere tabi kılınması, birtakım anayasal ölçüt ve sınırlamalar çerçevesinde mümkün olabilecektir. Bu dönem açısından bu ölçüt “kamu yararı amacı”dır. Mahkemeye göre bir kamu ihalesi gerek 2886 sayılı Kanun gerekse de 4734 sayılı Kanun’da belirlenen usullerin dışına çıkarılırken özellikle hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kamu yararı amacı gözetilmelidir.

Mahkeme tarafından bu dönem zarfında esas alınan tek ölçüt kamu yararı amacı olmamıştır. Yasama yetkisinin devri, eşitlik ilkesi, belirlilik ilkesi ile devletin mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı, düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma yükümlülüğü açısından istisna maddelerinin incelendiği kararlar da bulunmaktadır.² Ancak salt bu ölçütlerin esas alındığı ve belirleyici olduğu karar sayısı oldukça azdır. İstisna maddeleri Mahkeme tarafından ekseriyetle ya sadece ya da esas itibarıyla kamu yararı amacı taşıyıp taşımadığı bağlamında ele alınarak incelenmiştir. Bu bakımdan 2023 yılı öncesinde istisnaların Anayasaya uygunluğu meselesinde esas alınan tek ölçüt olmasa da daha ön planda ve belirleyici olan ölçütün, kamu yararı amacı ölçütü olduğunu söylemek mümkündür. Aslında bu, Mahkemenin yapmış olduğu tercihin bir sonucudur. Mahkeme bu dönem zarfında istisna maddelerinin hukuk devleti ilkesine (Anayasa’nın 2. maddesine) aykırılık iddialarını, -daha geniş kapsamlı inceleme imkanına rağmen- kamu yararı ölçütüne özgülemeyi ve bu ölçütle sınırlı şekilde incelemeyi tercih etmiştir.³ Bu tercih de haliyle kamu yararı ölçütünü ön plana çıkarmış ve belirleyici ölçüt olmasına yol açmıştır.

² AYM, E. 2011/63, K.2013/28, 14/2/2013 (RG 31.12.2013/28868); AYM, E. 2019/32, K. 2021/54, 14/7/2021, § 47, 61, 62, 66, 68, 69, 70. (RG 22.12.2021/31697)

³ Örneğin 13.1.2016 tarihli ve E:2015/60, K:2016/2 sayılı Kararında Mahkeme, dava dilekçesinde ileri sürülen Türkiye Radyo – Televizyon Genel Müdürlüğü’nün piyasadan saydam, rekabetçi, kamuoyu denetimine açık, güvenilir ihale usulleriyle temin etmesi gerekirken 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunmayan ve kamu denetiminden bağışık tutulan Anadolu Ajansı aracılığıyla birtakım ihtiyaçlarını karşılamasının, Müdürlüğe çok geniş ve kural dışı takdir yetkisi verdiği, istisna tutulan faaliyet alanında hizmet veren firmalar yönünden hukuki güvenliği ve öngörülebilirliği sağlamadığı, adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütleriyle bağdaşmadığı, sektörün sağlıklı ve düzenli işlemlerini sekteye uğratacak sonuçlara yol açacağı (Anayasanın 2 ve 167. maddelerine aykırı olduğu) iddialarını, sadece kamu yararı ölçütü ile sınırlı incelemiştir. Buna benzer diğer kararları

Kamu yararı, kanunların ve idari işlemlerin denetiminde belirleyici bir işleve sahiptir. Buna karşın göreceli, soyut bir kavramdır ve kesin sınırlar çizilememekle birlikte güçlüdür.⁴ Bu özellikleri, bu kavram temelinde farklı görüşler ileri sürülebilmemesine ve her görüşün kendi içinde görece haklılık payı içermesine neden olur. Bu nedenle kamu yararı gibi soyut kavramlar üzerinden bir sonuca ulaşılmak istenirken ileri sürülen görüşlerden hangisine üstünlük tanınması gerektiği, çözülmesi gereken bir sorun olarak karşımıza çıkar. Bu da daha makul, daha somut, daha nesnel ve daha hukuken kabul edilebilir gerekçelere sahip görüşün ortaya konulabilmesine bağlı bir sorundur.

Acaba Mahkemenin bu dönem zarfında istisna maddelerini incelerken ortaya koyduğu gerekçeler, bu nitelikte gerekçeler midir? Buna cevap verebilmek için Mahkeme'nin vermiş olduğu kararlar ile dayandığı gerekçelere ayrı ayrı bakmak gerekmektedir. Bunlara tablo şeklinde aşağıda yer verilmiştir.

İptali İstenen Hüküm	Gerekçe	Karar
<i>...Büyükşehir belediyesi, mülkiyeti veya tasarrufundaki hafriyat sahalarını, toplu ulaşım hizmetlerini, sosyal tesisler; büfe, otopark ve çay bahçelerini işletebilir; ya da bu yerlerin belediye veya bağlı kuruluşlarının % 50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketler ile bu şirketlerin % 50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketlere, 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın belediye meclisince belirlenecek süre ve bedelle işletilmesini devredebilir.</i> (5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 26. maddesi)	...Kuralda sayılan yerlerin bu alanda temel kanun olan 2886 sayılı Kanun'a istisna oluşturacak bir şekilde belediye meclislerince alınacak kararlar doğrultusunda belediye şirketlerince işletilebilmelerinin öngörülmesi, hizmetlerin ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasına imkân sağladığı ve kamunun yararına uygun olduğu değerlendirilmesinde bulunan kanun koyucunun takdir yetkisi içerisinde. (Kararda hüküm, ayrıca yasama yetkisinin devri ve eşitlik ilkesi yönünden de incelenmiştir.)	İptal İsteminin Reddi ⁵

İçin bkz. AYM, E.2012/18, K.2013/80, 18/6/2013 (RG 28.12.2013/28865); AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 154, 160 (RG 15.2.2018/30333)

⁴ Doktrinde kamu yararının muğlak bir kavram olduğu konusunda hemen hemen herkes hemfikir. GÖZLER, kamu yararı kavramının tanımlanması fevkalade güç ve tartışmalı bir kavram olduğunu belirtmekte, kavramın tanımı konusunda başlıca üç görüşe değindikten sonra kamu yararını tanımlama yetkisini, devletin yetkili organlarına (yasama ve idari makamlara) bırakmaktan başka çare olmadığını ifade etmektedir. (Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt II (Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 2. bs, Ekin Basım Yayım Dağıtım Ekim 2009) 255-261); AKILLIOĞLU'na göre de yaygın kapsamına karşın kamu yararı kavramının içeriği, konusu ya da maddesi belli değildir. Kamu yararı kavramı, özü ya da içeriği önceden belli olmayan buna karşılık biçimi aracılığıyla tanınan bir kavram olarak ifade edilebilir. Biçimsel tanım ise yasaların, kamu yararına yönelik olduğu varsayımına dayanır. Bu varsayımdan yönetim de yararlanır. Buna göre yönetimin her faaliyeti aksi kanıtlanmadıkça kamu yararındır. Ayrıca bilimsel içerikten yoksun olan kamu yararı, devletin kutsanması yoluyla iktidar pekiştirme aracı olarak işe yaradığı için varlığını sürdürebilmektedir. (Tekin Akıllıoğlu, 'Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler' (1998) 9 [1-3] İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 11) Kavrama ilişkin diğer açıklama ve tanımlar için bkz. N. Münici Çakmak, İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı, (Seçkin Yayıncılık Mayıs-2013) 78-97

⁵ AYM, E.2011/63, K.2013/28, 14/2/2013 (RG 31.12.2013/28868)

İptali İstenen Hüküm	Gerekeçe	Karar
...8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı <i>Devlet İhale Kanunu</i>, ...4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı <i>Kamu İhale Kanunu</i>, 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı <i>Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu</i>...<i>Üniversite ve Üniversite tarafından kurulan şirketler ile doğrudan veya dolaylı olarak pay sahipliği nedeniyle bunlara tabi hâle gelen bağlı ortaklıkları ve iştiyakları hakkında uygulanmaz.</i>" (7034 sayılı Türk-Japon Bilim ve Teknoloji Üniversitesinin Kuruluşu Hakkında Kanun'un 6. maddesi)	... Devletin üniversiteler üzerinde gözetim ve denetim yetkisini kullanırken dava konusu kuralda sayılan kanunların uygulanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmamaktadır. ... Üniversitenin belirtilen niteliği de göz önünde bulundurulduğunda Kanun'un dava konusu 6. maddesinde sayılan kanunlardan muaf tutulması kanun koyucunun takdir yetkisinde olup kuralda Anayasa'ya aykırı bir husus görülmemiştir...	İptal İsteminin Reddi⁶
...çay ve çay ürünleri için <i>Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğünden, faaliyet alanındaki mal ve hizmetler için Uluslararası Sağlık Hizmetleri Anonim Şirketinden</i>,... yapacakları alımlar (4734 sayılı Kanunun 3. maddesinin (e) bendi) <i>Türkiye Cumhuriyeti tarafından ter- tiplenecek uluslararası organizasyon- lar ve toplantılardan Cumhurbaşkan- ı tarafından belirlenenler için bu orga- nizasyonların ve toplantıların yürütül- mesine yönelik olarak sorumlu idare tarafından yapılacak mal ve hizmet alımları,</i> (4734 sayılı Kanunun 3. maddesinin (z) bendi)	...ÇAY-KUR'un faaliyet alanı, çay ürünlerini üretmek ve ticaretini yapmak ile sınırlı olmayıp Ana Statü gereğince çay tarımını geliştirmeye, çay ürününün kalite ve verimliliğini artırmaya yönelik çalışmalarda bulunma ve belirli ölçüde özel sektöre idari ve teknik alanlarda rehberlik yapma görevi de bulunmaktadır. Belirtilen hususlar gözetildiğinde Kanun kapsamına giren kuruluşların kamu iktisadi teşebbüsü niteliğindeki ÇAY-KUR'dan yapacakları çay alımlarının Kanun kapsamı dışına çıkarılmasında kamu yararı amacı dışında bir amaç güdüldüğü belirlenemediği... Bu kapsamda kuralla sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi için ihtiyaç duyulan ilaç, tıbbi malzeme gibi mal veya hizmetlerin, bu mal ve hizmetlerin tedarikinin kamunun kendi bünyesindeki bir kuruluştan alınmasının öngörülmesi suretiyle hem daha kısa hem de daha verimli bir süreçte temin edilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Belirtilen nedenlerle Kanun kapsamına giren kuruluşların, Sağlık Bakanlığının ilgili kuruluşu olan USHAŞ'ın faaliyet alanındaki mal ve hizmet alımlarının Kanun kapsamı dışına çıkarılmasında kamu yararı amacı dışında bir amaç güdüldüğü saptanamadığı... Dava konusu kuralla kamu kurumlarının ihtiyaç duyduğu belirli mal ve hizmet alımlarının yine doğrudan kamudaki ihtisas sahibi kuruluşlardan gerçekleştirilmek suretiyle alımların daha kısa ve verimli bir süreç içinde gerçekleştirilmesinin ve bu suretle kamunun kendi bünyesinde ihtiyaçlarını karşılamasının amaçlandığı anlaşıldığı... (4734 sayılı Kanunun 3. maddesinin (z) bendi ise yasama yetkisinin devri ve belirlilik ilkesi bağlamında incelenmiş ve bendin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir.)	İptal İsteminin Reddi⁷

⁶ AYM, E.2017/144, K.2018/76, 5/7/2018, § 16, 19. (RG 24.10.2018/30575)

⁷ AYM, E.2019/32, K.2021/54, 14/7/2021, § 55, 60, 62, 70. (RG 22.12.2021/31697)

İptali İstenen Hüküm	Gerekeçe	Karar
<i>...8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, ... yapım ihaleleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu,... hükümleri uygulanmaz.</i> (3332 sayılı Sermaye Piyasasının Teşviki, Sermayenin Tabana Yaygınlaştırılması ve Ekonomiyi Düzenlemede Alınacak Tedbirler ile 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu ve 3182 Sayılı Bankalar Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 4. maddesi)	... Bankanın rekabet gücünün yüksek olması ve çoğunlukla özel sektör firmalarının faaliyet gösterdiği bu alanda hızlı hareket edebilmesi gerekliliği açıktır. Bu çerçevede Bankanın dış ticaret işlemlerine yönelik olarak ulusal ve uluslararası alanda faaliyet gösteren firmalardan mal ve hizmet alımlarının gecikmeden yapılması önem arz etmektedir. Buna göre Türkiye'de ihracatı finansman yolu ile destekleyen tek resmi kuruluş olan Bankanın, dış piyasada rekabet gücünü artırmak ve uluslararası piyasada kısıtlı zaman diliminde ivedilikle hareket edilmesi gerektiği göz önünde bulundurularak ihtiyaçlarının uygun kalitede ve zamanında karşılanmasını sağlamak amacıyla 4734 sayılı Kanun'dan istisna tutulmasını öngören dava konusu kuralın belirtilen amaçlara hizmet etmediği söylenemez. ...2886 sayılı Kanun hükümlerinin Banka hakkında uygulanmayacağını öngören kuralın da özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirket olan Bankanın özel sektörle rekabet etme amaçları doğrultusunda sayılan iş ve işlemlerinin daha kısa ve verimli bir süreç içinde gerçekleştirilmesi amacıyla hizmet ettiği anlaşılmaktadır. ... Belirtilen hususlar gözetildiğinde, Bankanın faaliyet ve görev alanı kapsamında ...2886 sayılı Kanun hükümlerinin,...4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin dava konusu kurallarda kamu yararı amacı dışında bir amaç güdüldüğü saptanamadığı...	İptal İsteminin Reddi ⁸
<i>TBMM Başkanlığının sorumluluğundaki tarihi bina ve objelerin onarımı ve restorasyonları ile çevre düzenlemesine ilişkin mal ve hizmet alımları ile münhasıran özel ihtisas gerektiren konularda TBMM Başkanınca mütalaa ve hukuki hizmet satın alma işleri 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın Başkanlık Divanınca belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde gerçekleştirilir.</i> (6253 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Kanunu'nun 36. maddesi)	... İptali istenen kuralla verilen yetki, TBMM'nin sorumluluğundaki tarihi bina ve objelerin onarım ve restorasyonları ile çevre düzenlemesine ilişkin mal ve hizmet alımlarına ve özel ihtisas gerektiren konularda mütalaa ve hukuki hizmet satın alma işlerine yönelik uzmanlık gerektiren bir yetkidir. ...Madde ile verilen yetkinin amacı, yine belirlenecek bazı kriterler çerçevesinde çok kısa bir zaman içerisinde aslına uygun onarım ve restorasyon faaliyetlerinin gerçekleştirilmesidir. Yapılacak ihalelerde Başkanlık Divanınca belirlenen usul ve esaslara uygun hareket edileceği de tabiidir. Bu bağlamda, kuralın, belli bir kişiyi veya kişileri göz önünde tutmaksızın genel hükümler içerdigi ve hukuki durumu soyut olarak düzenlediği anlaşıldığından ve anılan işlerin Kamu İhale Kanunu kapsamı dışına çıkarılmasında kamu yararı amacı dışında bir amaç güdüldüğü saptanamadığı...	İptal İsteminin Reddi ⁹

⁸ AYM, E.2021/132, K.2022/69, 1/6/2022, § 17, 18, 20. (RG 10.8.2022/31919)

⁹ AYM, E.2012/18, K.2013/80, 18/6/2013 (RG 28.12.2013/28865)



İptali İstenen Hüküm	Gerekeçe	Karar
<i>Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğünün her türlü program, haber, yapım ve yayınlarla ilgili olarak Anadolu Ajansı Türk Anonim Şirketinden yapacağı mal ve hizmet alımları</i> (4734 sayılı Kanunun 3. maddesinin (n) bendi)	...Dava konusu düzenlemeyle, Anadolu Ajansından Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunun ihtiyacı olan arşiv, yapım, yayın ve programları içeren mal ve hizmet paketlerinin kısa sürede ve düşük maliyetle elde edilmesinin hedeflendiği anlaşılmaktadır. Kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapmak ve halkın çıkarlarını en iyi şekilde belirleyebilecek organ konumuyla, hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği konusunda takdir yetkisine sahiptir. Belirtilen hususlar gözetildiğinde, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunun her türlü program, yapım ve yayınlarla ilgili olarak Anadolu Ajansı Türk Anonim Şirketinden yapacağı mal alımlarının Kamu İhale Kanunu kapsamı dışına çıkarılmasında kamu yararı amacı dışında bir amaç güdüldüğü saptanamadığı...	İptal İsteminin Reddi¹⁰
<i>...TETAŞ tarafından tedarik amaçlı yapılacak elektrik enerjisi alımları...</i> (4734 sayılı Kanunun 3. maddesinin (o) bendi)	...Elektrik enerjisinin üretim ve tüketimi saat, gün ve mevsim bazında hatta anlık olarak değişebilmektedir. Ayrıca elektrik enerjisi ihtiyacı sürekli olup elektrik enerjisinin hızlı bir şekilde temin edilmesi ve tüketiciye kesintisiz olarak sunulması gerekmektedir. Bu nedenlerle elektrik piyasasında faaliyet gösteren TETAŞ'ın enerji ihtiyacının temininde piyasa koşulları gözetilerek acil kararlar alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Kuralla...4734 sayılı Kanun'un kapsamına giren TETAŞ'ın mevcut portföyünün dışında, acil tedarik amaçlı elektrik enerjisi alımları Kamu İhale Kanunu kapsamı dışına çıkartılmaktadır. Kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapmak ve halkın çıkarlarını en iyi şekilde belirleyebilecek organ konumuyla, hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği konusunda takdir yetkisine sahiptir. TETAŞ'ın tedarik amaçlı yapacağı elektrik enerjisi alımlarının Kamu İhale Kanunu kapsamı dışına çıkarılmasında kamu yararı amacı dışında bir amaç güdüldüğü saptanamadığı...	İptal İsteminin Reddi¹¹

¹⁰ AYM, E.2015/60, K.2016/2, 13/1/2016, § 9, 10. (RG 27.1.2016/29606)

¹¹ AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 159, 160. (RG 15.2.2018/30333)

İptali İstenen Hüküm	Gerekeçe	Karar
... Eğitimde Fırsatları Artırma ve Teknolojiyi İyileştirme Hareketi (FATİH) Projesi kapsamında, Millî Eğitim Bakanlığı tarafından yapılacak mal ve hizmet alımları ile yapım işleri, ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç, bu Kanun hükümlerine tabi değildir. Bu madde uyarınca yapılacak alımlara ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığı ve Kamu İhale Kurumunun görüşü alınarak Millî Eğitim Bakanlığı tarafından hazırlanan yönetmelikle rekabete açık olacak şekilde düzenlenir. (4734 sayılı Kanunun Ek Madde 10)	...Dava konusu kuralın gerekçesinde eğitimde FATİH Projesi kapsamında okullara ve öğrencilere sağlanacak mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin gerçekleştirilmesi, belirlenen sürede tamamlanabilmesi, proje hizmetlerinin kesintisiz olarak öğrencilere eş zamanlı sunulabilmesi, ülkemizde bulunmayan teknolojilerin transferinin sağlanması ve proje konusu ürün ve hizmetlerin azami düzeyde katma değerle yurtiçi üretiminin temini amacıyla 2015 yılı sonuna kadar projenin 4734 sayılı Kanun kapsamı dışında tutulduğu; ancak ortaya çıkan ihtiyaçlar ile projenin içerik alımları dâhil eğitimde bir dönüşüm projesi olması ve kısıtlı bir süre içinde proje hedeflerinin gerçekleştirilmesinin sağlıklı sonuçlar vermeyeceği gözönüne alınarak FATİH Projesi kapsamındaki alımların ilgili Bakanlıklarca belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde temin edilebilmesinin düzenlendiği belirtilmiştir. ...Sonuç olarak FATİH Projesi kapsamında kalan mal ve hizmet alımlarının 4734 sayılı Kanun kapsamı dışına çıkarılmasında kamu yararı amacı dışında bir amaç güldüğü belirlenmediği...	İptal İsteminin Reddi¹²

Tabloda yer alan bilgilerden 2023 yılı öncesinde Mahkemenin istisnalara yaklaşımı konusunda bir yargıya varmak mümkün olmaktadır. Mahkeme bu konuda nispeten istikrarlıdır. Bu dönem zarfında Mahkeme, istisna maddelerinin genellikle kamu yararı amacı taşıdığı ve maddelerin Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediği düşüncesindedir. Mahkemeye göre alımın “uzmanlık gerektirmesi”, “ivedi şekilde” “düşük maliyetle”, “kısa ve verimli bir süreç içinde” gerçekleştirilmesi gibi gerekçeler, kamu yararı amacının gerçekleştiğinin kabulü için yeterli olan gerekçelerdir.

Gerekçeler somutlaştığına göre artık bunların makul, somut ve nesnel gerekçeler olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusuna da bir cevap verebiliriz. Ancak bu soruya ikna edici bir cevap verebilmek için öncelikle şu soruların da cevaplanması gerekmektedir. İstisna edilen ve kamu yararı amacı taşıdığı belirtilen bu alımların, ivedi, kısa süre içerisinde veya verimli şekilde gerçekleştirilebilmesine 4734 sayılı Kanun nasıl engel olmaktadır? 4734 sayılı Kanunda düzenlenen doğrudan temin, pazarlık usulü ya da başka bir istisna maddesi ile de bu alımların, ivedi, kısa süre içerisinde veya verimli şekilde gerçekleştirilebilmesi mümkün müdür? Şayet mümkünse istisna maddesinin kamu yararı yerine “özel çıkar” saikiyle yürürlüğe konulan ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırılık teşkil eden bir madde olarak kabulü gerekmemekte midir?

Bu dönemde alınan Mahkeme kararlarında bu sorulara bir cevap bulabilmek mümkün değildir. Aslında Mahkeme için bu sorular pek anlam da ifade etmemek-

¹² AYM, E.2017/33, K.2019/20, 10/4/2019, § 103, 106. (RG 17.7.2019/30834)



tedir. Zira kamu yararı ölçütüne yaklaşımı, bu tür sorulara alan bırakmamaktadır. Ancak şunu da kabul etmek gerekir ki kamu yararı ölçütünü, kanunlar özelinde uygulayabilmek ve bu konuda bir denge sağlayabilmek kolaylıkla üstesinden gelinebilecek bir mesele değildir. Kavram, belirsiz olmasının yanı sıra siyasi ve ideolojik bir niteliğe de sahiptir. Mahkemeye, yasama organının tercihlerine müdahale etme imkanı sağlamaktadır. TEZİÇ'in de belirttiği gibi bu durum nihayetinde "yargıçlar hükümeti"ne yol açma tehlikesi barındırmaktadır.¹³ Mahkeme birçok kararında kamu yararı kavramından ne anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre kamu yararı, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı belirtmekte olup, kamu yararı düşüncesine dayanmaksızın yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına yasa kuralı konulamaz. Ancak sorun, Mahkemenin kamu yararı tanımında değildir. Kamu yararını pratiğe aktarma şeklindedir. Mahkeme uygulamada kamu yararını -beklenildiği üzere- daha çok siyasi tercihe, kanun koyucunun takdirine indirgemektedir. Buna göre, "*kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapmak ve halkın çıkarlarını en iyi şekilde belirleyebilecek organ konumuyla, hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği konusunda takdir yetkisine sahiptir.*¹⁴ ...*bir yasa kuralının ülke ihtiyaçlarına uygunluğu bir siyasi tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirindedir ve salt bu nedenle kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz.*"¹⁵ "*Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığının incelenebileceği açıktır.*"¹⁶

Bu anlayış, haliyle bu dönemde istisna maddelerine karşı temkinli bir yaklaşımı beraberinde getirmiştir. Mahkeme istisnaları esas itibarıyla bir takdir meselesi olarak değerlendirmiştir. Bu takdir yetkisine ancak sınırlı ve uç hallerde (açık biçimde ve kesin olarak özel çıkar ya da belli kişiler yararına olduğunun tespiti halinde) müdahalede bulunulabileceğini kabul etmektedir. Mahkemenin bu şekilde çekingen davranmasının altında yatan neden, yasa koyucunun takdirine dair bir incelemenin, hukukilik değil yerindelik denetimi anlamı taşıyacağı ve Mahkemenin bu denetimi yapmasının hukuken mümkün olmadığı düşüncesidir.¹⁷ Bu düşüncenin bir sonucu

¹³ Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku (12. bs Beta Basım) 191

¹⁴ AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 160. (RG 15.2.2018/30333)

¹⁵ AYM, E.2015/60, K.2016/2, 13/1/2016, § 5. (RG 27.1.2016/29606)

¹⁶ AYM, E.2011/63, K.2013/28, 14/2/2013 (RG 31.12.2013/28868)

¹⁷ Anayasa hukuku ve kamu yararı ilişkisine dair AKILLIOĞLU, kamu yararını belirleme gücü yasama organına ait olduğuna göre Anayasa Mahkemesi yasanın kamu yararına olmadığı sonucuna vardığı takdirde yasama organının yerine geçmiş olmaz mı sorusunu sormakta ve bu soruların cevapları olmakla birlikte bu soruya doyurucu bir yanıt verilemediğini ifade etmektedir. (Akıllıoğlu (n 4) 17) TEZİÇ de kamu yararını belirleme konusunda kanun koyucunun takdir yetkisi bulunduğunu, bu hususun Anayasa Mahkemesinin denetimine girmeyeceğini kabul etmekte, ancak kanun koyucunun kişisel, siyasi ya da saklı bir amaç güttüğü durumların amaç unsuru yönünden kanunun sakatlığına

olarak Mahkeme, istisna maddelerine kamu yararı ölçütü üzerinden bir müdahaleyi uygun görmemiştir. Bunu, Mahkemenin bu dönemde verdiği kararlarının sonunda genellikle kullandığı cümle ile ifade edecek olursak, istisna maddelerinde kamu yararı amacı dışında bir amaç güldüğünü saptayamamıştır/belirleyememiştir. Bu çekingenlik ise neticede karşımıza yukarıda aktarılan tablonun çıkmasına neden olmuştur.

Bu dönem zarfında Mahkemenin istisnalar özelinde kamu yararı ölçütüne baskınlık tanınması ve bu ölçütü uygulama şekli pek çok yönden eleştiriye açıktır. Bu şekilde bir kamu yararı anlayışı ile bir istisna hükmünün iptal edilebilme olasılığı yok denecek kadar azdır. İstisna edilen hususun, aynı ya da benzer şekilde Kamu İhale Kanunu hükümleri çerçevesinde de temin edilebilme ihtimali, Mahkemece kamu yararı tespitinde göz ardı edilmiştir. Oysa şüphesiz kamu harcaması gerektiren alımların kanun düzeyinde kurallaştırılmış ayrıntılı usul ve esaslara tabi olması, -idareler tarafından belirlenecek usul ve esaslara tabi olunmasına ya da herhangi bir usul ve esas belirlenmemesine kıyasla- hem hukuken daha savunulabilir hem de kamunun daha yararınadır. Kaldı ki Mahkemenin bu yaklaşımı nihayetinde, bir temel kanun kapsamının devamlı daraltılmasında kamu yararı bulunduğu şeklinde bir çıkarıma da imkan sağlamaktadır. Ayrıca Mahkemenin istisna maddesinin hukuk devleti ilkesine aykırılığı iddiasını genellikle kamu yararına özgülemesi akabinde yapılacak bir kamu yararı incelemesini yerindelik denetimi kabul ederek etkili incelemeden kaçınması, bilinçli bir tercihe benzemekte ve sonucu bilinen bir incelemeye girişilmesi anlamı taşımaktadır. Mahkemenin, bakış açısının hatalı olduğu ve bu hususta kamu yararı ölçütünden daha belirleyici ölçütlerin bulunduğu kanaatine ulaşabilmesi için 2023 yılını beklemek gerekmektedir.

II. MEVCUT YAKLAŞIM (2023 - ...)

A. İstisnalar, Demokratik Devlet, Eşitlik Ve Esas İtibarıyla Belirlilik Sorunudur.

İstisnalar konusunda Mahkemenin bakış açısındaki değişime anlam yüklememiz ve bunu bir kırılma noktası olarak nitelendirmemiz için yeterli koşullar oluşmuş durumdadır. Zira Mahkeme tarafından bu hususta istikrar kazandığını iddia edebileceğimiz sayıda uyuşmazlık karara bağlanmıştır. Bu kararlarda eskiye na-

yol açacağını belirtmektedir. Bununla birlikte kamu yararı - kamuya yararlı ayrımına dayalı olarak, Anayasa Mahkemesinin denetiminin, kanunun gerçekten kamu yararı amacı güdülerek yapıp yapılmadığına ilişkin olacağını, kanunun kamuya yararlı olup olmadığının bu denetimin kapsamında yer almayacağını, kanunun kamuya yararlı olup olmadığına ilişkin bir denetimin siyasi tercih ve yerindelik alanında görüleceğini ve bunun Anayasa Mahkemesinin denetimi dışında kalan konular olduğunu ifade etmektedir. (Teziç, (n 13) 190, 191) Buna karşın YILDIRIM, yasaların Anayasa'ya uygunluğunu denetleme yetkisinin, yasa koyucunun takdir yetkisini Anayasa'ya uygun kullanıp kullanmadığının denetlenmesini de içerdiği, bu nedenle Anayasa'yı yorumlamakla yetkili olan Anayasa Mahkemesinin kamu yararı kavramını yorumlayabileceği düşüncesindedir. (Turan Yıldırım, 'Kamu Yararı Ve Disiplin Cezalarının Affı' (2001) 18 Anayasa Yargısı Dergisi 442)



zaran ciddi bir gelişme göze çarpmaktadır. Kararlar daha didaktiktir. İstisna maddeleri daha sıkı, daha etkili bir incelemeye tabi tutulmaya başlanmıştır. Mahkeme tarafından bu incelemeler kapsamında dile getirilen düşüncelerin bir kısmı, ihale hukukuna dair ilk kez dile getirilen düşüncelerdir. Kamu yararı ölçütü, bu süreçle birlikte belirleyiciliğini kaybetmiş ve kendine daha çok karşı oylarda yer bulan bir ölçüt halini almıştır. Artık birden çok ölçüt esas alınmaya başlanmıştır. İstisnaların Anayasaya uygunluğu meselesinde kamu yararı amacı yerine esas alınmaya başlanan bu ölçütler, “demokratik devlet ilkesi”, “eşitlik ilkesi” ve “belirlilik ilkesi”dir.

Böylesi bir değişim, beklenildiği üzere etkili sonuçları da beraberinde getirmiştir. Üstelik bunlar, sadece istisna maddeleri ile sınırlı değildir. Daha genel nitelik taşıyan, 4734 sayılı Kanun üzerinde daha geniş etkileri olan sonuçlardır. Bu etkiler, kuşkusuz değişimin önemini artırmaktadır. Değişimin ve etkilerinin daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla bu dönem üzerinde biraz daha ayrıntılı durulacaktır. Bu kapsamda öncelikle Mahkemenin bu ölçütler ile ihaleyi (istisnayı) nasıl ilişkilendirdiğine bakılacak, sonrasında farklılık arz eden hallere değinilecek ve son olarak Mahkeme kararlarının eleştirisine yer verilecektir.

a. Demokratik Devlet İlkesi - İhale (İstisna) İlişkisi

Mahkemenin yeni bakış açısı ile birlikte esas almaya başladığı ölçütler arasında en dikkat çekici olanı, demokratik devlet ilkesidir. Dikkat çekici olması, ihale (istisna) ile ilişkilendirilmesi diğerlerine nazaran daha güç ve beklenmeyen bir ölçüt olmasından kaynaklanmaktadır. Bu kapsamda ilk akla gelen soru, demokrasi gibi bir siyasi rejimi temel alan bir ilke¹⁸ ile ihalenin (istisnanın) nasıl ilişkilendirilebileceği olmaktadır. Mahkeme bu ilişkiyi, hesap verme yükümlülüğü ve saydamlık üzerinden kurmaktadır.¹⁹

Mahkemeye göre,

“Demokratik devlette kamu kaynakları ve bu kaynakların kullanılmasına ilişkin yetki esas itibarıyla egemenliğin sahibi olan millete ait olduğundan idare, kurum ya da kuruluşların kamu kaynaklarını kullanırken tabi olacağı hükümlerin hesap verme yükümlülüğüne uygun şekilde düzenlenmesi gerekir.

Öte yandan kamu kaynağı kullanan idare, kurum ve kuruluşların mali işlemlerinin denetlenmesi anılan kaynağın kamu yararına uygun kullanılması ve esas sahibi

¹⁸ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri (Güncellenmiş 24. bs Ekin Basım Yayın Dağıtım Haziran 2019) 60-63; Mustafa Erdoğan, Anayasa Hukuku (Genişletilmiş 4. bs Orion Yayınevi) 222-234; Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku (Gözden Geçirilmiş 11. bs Yetkin Yayınları 2010) 87-107

¹⁹ Aslında Mahkeme bu ilişkiyi ilk kez ihaleler özelinde kurmamıştır. Daha önce de hesap verme yükümlülüğü ile demokratik devlet ilkesini ilişkilendirerek sonuca ulaştığı kararları bulunmaktadır. Örneğin, Mahkeme Sayıştay denetimini, demokratik devlet ilkesinin bir gereği olarak yürütmenin halka ve yasama organına hesap verme sorumluluğunun işlevselleştirilmesinin en önemli araçlarından biri olarak değerlendirmektedir. (Bkz. AYM, E.2013/114, K.2014/184, 04/12/2014, § 213. (RG 16.07.2015/29418)

olan topluma hesap verilmesini sağlamak bakımından demokratik devlet ilkesinin gereğidir. Başka bir ifadeyle demokratik devlet denetime açık ve şeffaf bir mali düzen kurmak, kişilerden kamu gücü kullanılarak toplanan vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerle yaratılan kaynağın kamu yararına uygun şekilde harcanmasını güvence altına alan yöntemleri geliştirmekle yükümlüdür.”²⁰

Mahkemenin konuya yaklaşımı gayet basittir. Demokratik bir devlette kamu kaynakları millete aittir. Kamu kaynaklarını kullananlardan, bu kaynakların asli sahibi olan toplumun hesap sorması, kullananların da topluma hesap vermek zorunda olması olağandır ve demokratik devlet olmanın bir gereğidir. Bunu gerçekleştirebilmek için de hesap verme yükümlülüğüne uygun koşullar oluşturulmalı, bu anlamda denetime açık, şeffaf (saydam) bir düzen kurulmalı, kamu kaynaklarının kamu yararına uygun şekilde harcanmasını güvence altına alan yöntemler geliştirilmelidir.

Bu değerlendirmeler yalnızca yol açtığı değil yol açabileceği sonuçlar açısından da önemlidir. Mahkemenin bu değerlendirmeleri istisna maddelerine ilişkindir. Bu doğrultuda demokratik devlet ilkesinin gereği olarak kamu kaynaklarının uygun şekilde harcanmasını güvence altına alan yöntemlerin istisnai alımlar için geliştirilmesi gerektiği açıktır. Ancak bu değerlendirmelerin sadece istisna maddelerine özgülenebilmesi mümkün değildir. Bunlar, demokratik devlet olmakla ilişkili ve tüm kamu harcamaları için geçerli olan genel nitelikte değerlendirmelerdir. Evle- viyetle de 4734 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilen alımlar için geçerlidir. Bu durumu ayrıca belirtmemizin bir sebebi bulunmaktadır. Nitekim Mahkemenin bu değerlendirmeleri, bizzat 4734 sayılı Kanunda düzenlenen yöntemlerin de -üstelik eskiye nazaran daha güçlü şekilde- sorgulanabilmesi imkanını doğurmuştur.

Bu bağlamda 4734 sayılı Kanunda hükme bağlanan tüm yöntemler, kamu kaynaklarının şeffaf bir düzen dahilinde ve kamu yararına uygun şekilde harcanmasını güvence altına almakta mıdır sorusu, artık daha anlamlı bir soru haline gelmiştir. Esasen bu sorunun bizi götüreceği noktayı tahmin etmek güç değildir. Biraz daha somutlaştırarak soracak olursak, pazarlık usulü kapsamında ilansız ve en az üç isteklinin daveti ile gerçekleştirilen alımlar²¹ yahut doğrudan temin usulü ile gerçek-

²⁰ AYM, E.2020/11, K.2023/98, 18/05/2023, § 119, 120. (RG 12.09.2023/32307); AYM, E.2021/27, K.2023/26, 16/02/2023, § 65, 66. (RG 21.07.2023/32255)

²¹ Bu alımlar, 4734 sayılı Kanunun 21. maddesinin birinci fıkrasının (b), (c) ve (f) bentlerine göre gerçekleştirilmektedir. Bu kapsamda, Kanununun 21. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde; “Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hallerde veyahut idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması”, (c) bendinde; “Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması”, (f) bendinde; “İdarelerin yaklaşık maliyeti ellimilyar Türk Lirasına (İkimilyonyetmişaltıbin yüzsekiz Türk Lirasına) kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları” pazarlık usulü ile gerçekleştirilebilecek alımlar arasında sayılmış ve anılan maddenin ikinci fıkrasında; “(b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması



leştirilen alımlarda²² bu tür güvencelerden söz etmek mümkün müdür? Ya da ne ölçüde mümkündür? Mahkemenin görüş değişikliğinin en dikkat çekici sonuçlarından birisi kuşkusuz bu husustur. İstisnalara ek olarak bizzat 4734 sayılı Kanunda düzenlenmiş olan, hesap verme ve şeffaflık açısından tartışmalı yöntemler üzerinde de bir baskı unsuru teşkil edecek olmasıdır.

b. Eşitlik İlkesi - İhale (İstisna) İlişkisi

Bu dönemde esas alınmaya başlanan bir diğer ölçüt, eşitlik ilkesidir.²³ Mahkeme, bu ilke ile ihaleyi (istisnayı) adil yarış ortamının sağlanması gerekliliği üzerinden ilişkilendirmektedir. Bu, teşebbüsler arasında Anayasa'nın 10. maddesi gereğince tesis edilmesi gereken bir eşitliktir ve bunu tesis etmesi gereken idarelerdir. Mahkemeye göre Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan eşitlik ilkesi, teşebbüslerin devlete mal ve hizmet satımında fırsat eşitliği içinde yarışabilmesini zorunlu kılmaktadır.

Bununla birlikte Mahkeme bunun mutlak bir zorunluluk olmadığını, belli koşullarda bu zorunluluğa uyulmayabileceğini de kabul etmektedir. Bu bağlamda nesnel ve meşru sebeplerin varlığı halinde teşebbüsler arasında gerekli ölçüde farklılıkların oluşturulabilmesi mümkündür. Ancak Mahkeme bu ayrıkı durumun da bir sınırı olduğunu belirtmektedir. Mahkemeye göre teşebbüsler arasında farklılık oluşturulabilmesi imkanı, idarelere bu konuda serbestçe tasarrufta bulunulabilme imkanı tanımaz. Farklılıkların oluşturulduğu durumlarda dahi belirlenecek şartlar, objektif olmalı ve teşebbüsler arası fırsat eşitliğini ortadan kaldırmamalıdır. Özetle Mahkeme istisna olsun ya da olmasın fırsat eşitliğine dayalı bir ihale sürecinin elzem olduğunu ve buna olanak sağlayan ortamın idarelerce sağlanması ve korunması gerektiğini ifade etmekte ve bunu Anayasa'nın 10. maddesinin bir gereği olarak görmektedir.

Eşitlik ilkesinin 4734 sayılı Kanun ve istisnalar üzerindeki muhtemel etkisi ile demokratik devlet ilkesinin muhtemel etkisi eşdeğerdir. Demokratik devlet ilkesinin istisnaların yanı sıra bazı açılardan 4734 sayılı Kanun üzerinde de anayasal baskı oluşturabileceği tespiti, eşitlik ilkesi için de geçerli olan bir tespittir. İlansız ve en az üç isteklinin daveti ile gerçekleştirilen alımların yahut doğrudan temin usulü ile gerçekleştirilen alımların tamamında, demokratik devlet ilkesine uygun hareket edilmekte olduğu iddiası pek inandırıcı olmayacağı gibi fırsat eşitliğinin sağlanılmakta olduğu iddiası da aynı şekilde inandırıcı olmayacaktır.

zorunlu değildir. İlan yapılmayan hallerde en az üç istekli davet edilerek, yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenir.” hükmüne yer verilmiştir.

²² Doğrudan temin usulü, 4734 sayılı Kanunun 22. maddesinde belirtilen hallerde ilân yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın başvurulabilen, ihale komisyonu kurma ve yeterlik kuralları arama zorunluluğu bulunmaksızın, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçların temin edilebildiği usuldür.

²³ Eşitlik ilkesi için bkz. Gözler (n 18) 97-101; Özbudun (n 18) 150-153; Erdoğan (n 18) 173-177

Öte yandan Mahkeme bu iki ilkeye dair yapmış olduğu değerlendirmeler ile bilinçli ya da bilinçsiz bir bütünün parçalarını bir araya getirmiştir. Anımsanacağı üzere Mahkemenin demokratik devlet ilkesine ilişkin değerlendirmelerinden karşımıza “hesap verme yükümlülüğü” ve “saydamlık” ilkeleri çıkmaktadır. Eşitlik ilkesine (fırsat eşitliği içinde yarışılabilmesine) ilişkin yapmış olduğu değerlendirmelerden ise karşımıza “eşit muamele” ilkesi ve dolayısıyla “rekabet” ilkesi çıkmaktadır. Bunlar, ihalenin temel ilkeleridir. Böylece Mahkeme idarelerin ihalelerde sağlamakta sorumlu olduğu temel ilkeleri, bu iki anayasal ilke altında sistemleştirmekte, temel ilkelere, anayasal statü ve güvence kazandırmış olmaktadır. Bunu da kararlarında şu şekilde ifade etmektedir. *“Bu itibarla saydamlık, hesap verilebilirlik ve fırsat eşitliği ilkelerinin Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerinden kaynaklanan ve kamunun mal ve hizmet alımlarında dikkate alınması gereken anayasal ilkeler olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla kamu kaynağı kullanan kamu kurumlarının mal ve hizmet alımlarının saydamlık, hesap verilebilirlik ve fırsat eşitliği ilkelerine dayalı olarak gerçekleştirilmesi anayasal bir zorunluluktur.”*²⁴ Temel ilkeler ile Anayasa arasında kurulan bu bağ ve neticede temel ilkelere yüklenen “anayasal zorunluluk” niteliği, ihale hukuku açısından bir ilktir ve oldukça kayda değer bir gelişmedir. Şüphesiz bu gelişme, 4734 sayılı Kanuna dair birçok sorunun çözümünde temel ve belirleyici bir rol üstlenecektir.

c. Belirlilik İlkesi - İhale (İstisna) İlişkisi

Bu kapsamda esas alınmaya başlanan son ve en önemli ölçüt, hukuk devleti ilkesinin bir unsuru kabul edilen belirlilik ilkesidir.²⁵ Dar anlamda belirlilik ilkesi, kanun maddelerine belli bir nitelik ve standart kazandıran ilkedir. Kabaca kanun maddesinin, içeriği itibarıyla anlaşılabilir ve sınırları itibarıyla öngörülebilir olmasını ifade eder.²⁶ Mahkeme kararlarında bu ilke, kanunların, hem kişiler hem de

²⁴ AYM, E.2020/11, K.2023/98, 18/05/2023, § 122. (RG 12.09.2023/32307); AYM, E.2021/27, K.2023/26, 16.02.2023, § 68. (RG 21.07.2023/ 32255)

²⁵ Metin Günday, İdare Hukuku (9. bs İmaj Yayınevi 2004) 44-45; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 7. bs Seçkin Yayıncılık) 140-143;

²⁶ Belirlilik ilkesine ilişkin açıklamalar ve diğer ilkelerle ilişkisi için bkz. Osman Can, ‘Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış’ (2005) IX [1-2] Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 92-100

Mahkemenin istisna maddelerine ilişkin bu dönemde vermiş olduğu kararlarda, belirlilik ilkesi ile öngörülebilirlik ilkesini aynı kavramlar olarak kullandığı görülmektedir. Mahkeme, kararlarının başlangıcında esas itibarıyla belirlilik ilkesini açıklamakta ancak uyumsuzluğu öngörülebilirlik ilkesine dayanarak karara bağlamaktadır. Bu hususa ilişkin olarak ÖZPOLAT, Mahkemenin pek çok kararında belirlilik ve öngörülebilirlik kavramlarını farklı iki ilke olarak kullanıyor olsa da bunların sınırlarını kesin olarak çizebilmenin pek mümkün olmadığını belirtmektedir. Yazara göre birbiriyle ilişkili bu kavramların içeriklerinin bu belirsizliğe neden olması kadar Mahkemenin özenli olmayan tavır da bu belirsizliği beslemekte, hatta Mahkemenin bazı kararlarında bunları aynı kavramlar gibi kullanması bu iki kavramın birbirinden mutlak anlamda tefrik edilmesini istemediği şeklinde bir sonucuna ulaşılabilmesine imkan sağlamaktadır. (Haşim Özpolat, ‘Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında Maddi Anlamda Kanun Kriteri’ (2018) 9 [33] Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 613)



idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlemler içermesi olarak tanımlanmaktadır. Yine Mahkemeye göre, “Belirlilik ilkesi; düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesini değil bunların kanun metninde kurallaştırılmasını gerekli kılar. Kurallaştırma ise düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder.”²⁷

İlansız ve en az üç isteklinin daveti gibi tartışmalı yöntemler bile 4734 sayılı Kanunda nispeten ayrıntılı şekilde düzenlenmiş iken bu yöntemlerin sahip olduğu ölçüde bir ayrıntıyı istisna maddelerinde görebilmek mümkün değildir. Bu durum ise istisna maddelerinin öncelikli sorunlarından birisinin belirlilik olduğunu göstermektedir. Mahkeme 2023 yılı öncesinde bu düşüncede değil iken 2023 yılı itibarıyla bu düşünceye iştirak etmeye, istisna maddelerinin hukuk devleti ilkesine aykırılığı iddialarını esas itibarıyla belirlilik ilkesi bağlamında ele almaya başlamıştır. Demokratik devlet ilkesi ile eşitlik ilkesine ise daha çok tamamlayıcı bir işlev yüklemiştir.

Mahkemeye göre temel ilkelerin esas alındığı güvenceli bir istisnai alım süreci, öncelikle tabi olunacak usul ve esasların belirli olmasına bağlıdır. Ancak 4734 sayılı Kanunda yer alan istisna maddeleri, bu niteliğe sahip değildir. Bir istisnai alımın hangi usul ve esaslar çerçevesinde gerçekleştirileceği belirsizdir. Bu belirsizlik -usul ve esasların bulunmaması- nedeniyle de istisnai alımlarda saydamlık, fırsat eşitliği gibi temel ilkelerin güvence altında olduğunu iddia edebilmek imkanı bulunmamaktadır. Mahkeme bu düşüncelerini kararlarının sonunda yer verdiği standart cümleler ile şöyle ifade etmektedir. “Bununla birlikte kuralın anayasallık denetiminde değerlendirilmesi gereken asıl mesele, ... hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağının, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağının ve öngörülen usullerin saydamlık, hesap verilebilirlik ve fırsat eşitliği ilkelerini esas aldığının belirli olup olmadığıdır. İncelenen kuralda söz konusu mal ve hizmetler 4734 sayılı Kanun’dan istisna tutulmakla birlikte buna ilişkin herhangi başka bir usul de düzenlenmemiştir. ... söz konusu mal ve hizmet alımlarında hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağı, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağı belirli değildir. Bu durumda istisna getirilen alana ilişkin ihalelerde saydamlık, hesap verilebilirlik, fırsat eşitliği ve öngörülebilirlik ilkelerinin güvenceye alındığı söylenemez.” Mahkeme bu hüküm cümleleri ile 2023 yılında birçok istisna maddesinin iptaline karar vermiştir. Şu ana kadar iptaline karar verdiği istisna maddelerini ve gerekçelerini aşağıdaki tabloda görebilmek mümkündür.

²⁷ AYM, E.2020/11, K.2023/98, 18/05/2023, § 125. (RG 12.09.2023/32307); AYM, E.2021/27, K.2023/26, 16/02/2023, § 70. (RG 21.07.2023/32255) (Mahkeme ilk kararında, hukuki belirlilikten (geniş anlamda belirlilik ilkesinden) de söz etmiş olmasına karşın istisna maddesinin Anayasa’ya aykırılık incelemesini -diğer kararlarında olduğu gibi- yasal belirliliği (dar anlamda belirlilik ilkesini) esas alarak yapmıştır.)

İptali İstenen Hüküm	Gerekçe	Karar
... depozito yönetim sisteminin kurulması ve işletilmesi faaliyetlerine ilişkin olarak Türkiye Çevre Ajansının yapacağı mal ve hizmet alımları,... (4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (j) bendine eklenen ibare)	... Kamu tüzel kişiliği niteliğine sahip, anılan Kanun'da belirtilen hususlar dışında özel hukuk hükümlerine tabi Ajansın Kanun'un 4. maddesinde belirlenen faaliyetleri dikkate alındığında rekabet gücünün yüksek olması, hızlı hareket edebilmesi ve bu anlamda ihalelerin süratle yapılması amacıyla farklı usullerin benimsenmesi anlaşılabilir bir durumdur. Bununla birlikte kuralın anayasallık denetiminde değerlendirilmesi gereken asıl mesele, Ajansın hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağını, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağını ve öngörülen usullerin saydamlık, hesap verilebilirlik ve fırsat eşitliği ilkelerini esas aldığıın belirli olup olmadığıdır. İncelenen kuralda söz konusu mal ve hizmetler 4734 sayılı Kanun'dan istisna tutulmakla birlikte buna ilişkin herhangi başka bir usul de düzenlenmemiştir. Ajansın söz konusu mal ve hizmet alımlarında hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağı, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağı belirli değildir. Bu durumda istisna getirilen alana ilişkin ihalelerde saydamlık, hesap verilebilirlik, fırsat eşitliği ve öngörülebilirlik ilkelerinin güvenceye alındığı söylenemez...	İptal²⁸
Ajans, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa ... tabi değildir. (7183 sayılı Türkiye Turizm Tanıtım ve Geliştirme Ajansı Hakkında Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrası)	...Kuralda yer alan "...4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa..." ibaresiyle Ajansın mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde 4734 sayılı Kanun hükümlerine tabi olmayacağı öngörülmek suretiyle turizm sektörünün dinamik yapısıyla uyum sağlayabilecek kararların alınarak en kısa sürede uygulanabilmesi amaçlanmaktadır. Bu itibarla Ajansın anılan Kanun'a tabi olmamasını öngören kısım yönünden kuralın kamu yararı dışında bir amaca yönelik olduğu söylenemez. Bununla birlikte kuralın anayasallık denetiminde değerlendirilmesi gereken asıl mesele, Ajansın hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağını, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağını ve öngörülen usullerin saydamlık, hesap verilebilirlik ve fırsat eşitliği ilkelerini temin ettiğinin belirli olup olmadığıdır. İncelenen kuralda söz konusu mal ve hizmetler 4734 sayılı Kanun'dan istisna tutulmakla birlikte buna ilişkin herhangi başka bir usul de düzenlenmemiştir. Ajansın söz konusu mal ve hizmet alımlarında hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağı, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağı belirli değildir. Bu durumda istisna getirilen alana ilişkin ihalelerde saydamlık, hesap verilebilirlik, fırsat eşitliği ve öngörülebilirlik ilkelerinin güvenceye alındığı söylenemez...	İptal²⁹

²⁸ AYM, E.2021/27, K.2023/26, 16/02/2023, § 73, 74. (RG 21.07.2023/32255)

²⁹ AYM, E.2019/93, K.2023/87, 04/05/2023, § 102, 103. (RG 28.07.2023/32262)



Faaliyet ve görev alanı kapsamında yer alan tarımsal ürünlerle ilgili olmak üzere, üretimin yetersiz olması nedeniyle ürün fiyatlarında meydana gelebilecek olağanüstü dalgalanmaların önlenmesi veya ürünlerde fiyat istikrarının sağlanması amacıyla ilgili bakanın onayı ve Toprak Mahsulleri Ofisi Yönetim Kurulunun görevlendirmesi ile Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğünün ithalat yoluyla yapacağı tarımsal ürün alımları ve buna ilişkin hizmet alımları, (4734 sayılı Kanunun 3. maddesinin (aa) bendi)	...Buna göre TMO'nun faaliyet ve görev alanı kapsamında yer alan tarımsal ürünlerle ilgili olmak üzere, üretimin yetersiz olması nedeniyle ürün fiyatlarında meydana gelebilecek olağanüstü dalgalanmaların önlenmesi veya ürünlerde fiyat istikrarının sağlanması ve bu anlamda ihalelerin süratle yapılması amacıyla farklı usullerin benimsenmesi anlaşılabılır bir durumdur. Bununla birlikte kuralın anayasallık denetiminde değerlendirilmesi gereken asıl mesele, TMO'nun hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağını, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağını ve öngörülen usullerin saydamlık, hesap verilebilirlik ve fırsat eşitliği ilkelerini temin ettiğinin belirli olup olmadığıdır. İncelenen kuralda söz konusu mal ve hizmetler 4734 sayılı Kanun'dan istisna tutulmakla birlikte buna ilişkin herhangi başka bir usul de düzenlenmemiştir. TMO'nun söz konusu mal ve hizmet alımlarında hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağı, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağı belirli değildir. Bu durumda istisna getirilen alana ilişkin ihalelerde saydamlık, hesap verilebilirlik, fırsat eşitliği ve öngörülebilirlik ilkelerinin güvenceye alındığı söylenemez...	İptal^{30 31}
--	--	------------------------------

³⁰ AYM, E.2020/11, K.2023/98, 18/05/2023, § 128, 129. (RG 12.09.2023/32307)

³¹ TMO'nun bu alımları, 26.07.2024 tarihli ve 32613 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan değişiklikle tekrar Kanundan istisna edilmiştir. Ancak bu kez istisna hükmü, Kanunun 3. maddesine değil Geçici 4. maddesine eklenmiştir. Bu kapsamda *"Bu Kanunun 3 üncü maddesinin (g) bendinde yer alan parasal limit, ... ve Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğünün faaliyet ve görev alanı kapsamında yer alan tarımsal ürünlerle ilgili olmak üzere, ilgili bakanın onayı ve Toprak Mahsulleri Ofisi Yönetim Kurulunun görevlendirmesi ile ithalat yoluyla yapacağı tarımsal ürün alımlarında ve buna ilişkin hizmet alımlarında uygulanmaz"* hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca Mahkemenin iptal gerekçesinde belirtilen hususların yerine getirilmesini teminen, aynı maddeye bir fıkra daha eklenmiştir. Bu fıkra, *"Beşinci fıkra kapsamında ... Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğü tarafından yapılacak alımlarda Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasında belirlenen temel ilkeler doğrultusunda uygulanacak satın alma yöntemleri, ilan ve davet süreleri ile kuralları, doküman hazırlanması, tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve alımların sonuçlandırılması dahil ihale süreci ve çerçeve anlaşmalara ilişkin iş ve işlemler ile ilgili esas ve usuller Kurum görüşü üzerine ... Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir ve ihale sürecindeki işlemler kısmen veya tamamen Kurum tarafından kurulan ve işletilen EKAP üzerinden gerçekleştirilebilir."* şeklindedir. Bu usul ve esasların ikincil mevzuatla düzenlenmesi zaten hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğu düşünüldüğünde Mahkeme kararının uygulanmasını teminen eklenen fıkranın bu şekliyle Mahkemenin gerekçelerini ve istediği belirlilik düzeyini ne ölçüde karşılamakta olduğu tartışmalıdır.

1) Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş.(BOTAŞ) tarafından yapılacak her türlü doğal gaz alımları, (4734 sayılı Kanunun 3. maddesinin (m) bendinde değiştirilen ibare) 2) Bu Kanunun 3 üncü maddesinin (g) bendinde yer alan parasal limit, (...) Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığının ve Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketinin ve bu şirketlerin bağlı ortaklıkları (...) petrol ve doğalgaz arama, sondaj, üretim, taşıma, depolama ve gazlaştırma faaliyetleri ile ilgili olarak yapılacak her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde;...uygulanmaz. (4734 sayılı Kanunun geçici 4. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesine eklenen ibare)	1) ...BOTAŞ'ın enerji ihtiyacının temininde doğal gaz enerjisinin diğer mallara göre daha kısıtlı depolanma imkânına sahip olduğu hususu ve doğal gaz piyasasının kendine özgü şartları gözetilerek hızlı hareket etme ve acil kararlar alma zorunluluğu nedeniyle her türlü doğal gaz alımlarına ilişkin ihalelerin süratle yapılması amacıyla farklı usullerin benimsenmesi anlaşılabilir bir durumdur. Bununla birlikte kuralın anayasallık denetiminde değerlendirilmesi gereken asıl mesele, BOTAŞ'ın hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağı, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağının ve öngörülen usullerin saydamlık, hesap verilebilirlik ve fırsat eşitliği ilkelerini temin ettiğinin belirli olup olmadığıdır. Kuralda söz konusu mal ve hizmetler 4734 sayılı Kanun'dan istisna tutulmakla birlikte buna ilişkin herhangi başka bir usul de düzenlenmemiştir. BOTAŞ'ın söz konusu mal ve hizmet alımlarında hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağı, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağı belirli değildir. Bu durumda istisna getirilen alana ilişkin ihalelerde saydamlık, hesap verilebilirlik, fırsat eşitliği ve öngörülebilirlik ilkelerinin güvenceye alındığı söylenemez... 2) ...Kural uyarınca anılan parasal limit, BOTAŞ ile BOTAŞ ve TPAO'nun bağlı ortaklıklarının petrol ve doğal gaz arama, sondaj, üretim, taşıma, depolama ve gazlaştırma faaliyetleri ile ilgili olarak yapılacakları her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde uygulanmayacak olması nedeniyle parasal miktarı ne olursa olsun bu kapsamdaki alım ve yapım işlerinde ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç olmak üzere 4734 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacaktır. Kuralda söz konusu mal ve hizmetler anılan Kanun'dan istisna tutulmakla birlikte buna ilişkin herhangi başka bir usul düzenlenmemiştir. BOTAŞ ile BOTAŞ ve TPAO'nun bağlı ortaklıklarının söz konusu mal ve hizmet alımlarında hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağı, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağı belirli değildir. Bu durumda istisna getirilen alana ilişkin ihalelerde saydamlık, hesap verilebilirlik, fırsat eşitliği ve öngörülebilirlik ilkelerinin güvenceye alındığı söylenemez...	İptal^{32 33}
---	--	------------------------------

³² AYM, E.2021/14, K.2023/173, 11/10/2023, § 93, 94, 99, 100. (RG 13.12.2023/32398)

³³ Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen BOTAŞ'ın alımlarına ilişkin bu istisna hükümleri, 26.07.2024 tarihli ve 32613 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan değişiklikle tekrar yürürlüğe konulmuştur. Bu kapsamda Kanunun 3. maddesinin (m) bendi, “*Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketi (BOTAŞ) tarafından yapılacak her türlü doğal gaz alımları*” şeklinde değiştirilmiş ve Mahkemenin iptal gerekçesinde belirtilen hususların yerine getirilmesini teminen Kanunun Ek 11. maddesine “*Bu Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (m) bendi kapsamında yapılacak alımlara yönelik olarak satın alma yöntemleri dâhil alım sürecinin yürütülmesi ve esaslar piyasası koşulları, gizlilik, güvenilirlik, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkeleri doğrultusunda Cumhurbaşkanınca belirlenir.*” fıkrası eklenmiştir.

Benzer şekilde Kanunun Geçici 4 üncü maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “ve Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketinin ve bu şirketlerin bağlı ortaklıkları ile” ibaresi “ve



Bu kararlardan Mahkemenin kısa süre içerisinde yeni bakış açısında belli bir standardı yakaladığı, belirlilik ilkesi temelinde savunulabilir bir argümana dayalı olarak istisna maddelerinin iptaline karar verdiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte yukarıdaki tabloda yer almayan ancak ayrıca ele alınmayı hak eden iki özellikli hal bulunmaktadır. Bunlardan biri Devlet Malzeme Ofisi (DMO)’ne, diğeri ise kamu sermayeli şirketlere ilişkindir.

i) DMO’ya İlişkin İstisna Maddesi

4734 sayılı Kanunun Geçici 4. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesine 2019 yılında DMO’yu ilgilendiren bir ibare eklenmiştir. Bu ibare ile Kanunun 3. maddesinin (g) bendinde yer alan parasal limitin, DMO’nun idareler adına gerçekleştirileceği taşıt alımı, taşıt kiralama, akaryakıt alımı ile ilaç, tıbbi malzeme ve tıbbi cihaz alımlarında uygulanmayacağı düzenlenmiştir. İbarenin Anayasa’ya aykırılığı iddiası Mahkeme tarafından incelenmiş ve belirlilik ilkesi eksenli standart değerlendirmeler bu kapsamda da aynı şekilde yapılmıştır.³⁴

Ancak Mahkeme bu kez diğer kararlardan farklı olarak salt bu değerlendirmelerle yetinmemiştir. Standart değerlendirmelerinin dışına çıkarak ek tespit ve değerlendirmelerde bulunmuştur. Bunlar yerindelik denetimi niteliği taşıdığı iddia edilebilecek olan ve 2023 yılı öncesinde Mahkemenin yapmaktan imtina ettiği değerlendirmelerdir. Kaldı ki yukarıdaki tablonun son satırından da görülebileceği üzere Mahkeme aynı konuyu BOTAŞ ve bağlı ortaklıkları özelinde de ele almış olmasına rağmen böylesi ek değerlendirmeleri ve denetimi, bu kuruluşlar için yapmamıştır. Bu durum ise sebebini anlamak güç olmakla birlikte Mahkemenin, DMO ve söz konusu istisna maddesine özgü olarak daha farklı ve müdahaleci bir yaklaşımı, daha ayrıntılı bir incelemeyi tercih ettiğini göstermektedir.

Bu bağlamda Mahkeme vermiş olduğu kararda, madde gerekçesinin pratik karışılığının bulunup bulunmadığını incelemiş ve nihayetinde ulaşılmak istenen amaç bakımından maddeye eklenen ibarenin elverişli ve gerekli (ölçülü) olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre,

BOTAŞ’ın ve bu şirketlerin bağlı ortaklıkları ile” şeklinde, “yapılacak” ibaresi “yapacakları” şeklinde değiştirilmiş ve Mahkemenin iptal gerekçesinde belirtilen hususların yerine getirilmesini teminen eklenen fıkra, “Beşinci fıkra kapsamında BOTAŞ ... tarafından yapılacak alımlarda Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasında belirlenen temel ilkeler doğrultusunda uygulanacak satın alma yöntemleri, ilan ve davet süreleri ile kuralları, doküman hazırlanması, tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve alımların sonuçlandırılması dahil ihale süreci ve çerçeve anlaşmalara ilişkin iş ve işlemler ile ilgili esas ve usuller Kurum görüşü üzerine BOTAŞ ... tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir ve ihale sürecindeki işlemler kısmen veya tamamen Kurum tarafından kurulan ve işletilen EKAP üzerinden gerçekleştirilebilir.” hükmüne yer verilmiştir.

Bu usul ve esasların ikincil mevzuatla düzenlenmesi zaten hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğu düşünüldüğünde Kanunun gerek Ek 11. maddesine gerekse de Geçici 4. maddesine Mahkeme kararının uygulanmasını teminen eklenen fıkraların bu şekliyle Mahkemenin gerekçelerini ve istediği belirlilik düzeyini ne ölçüde karşılamakta olduğu tartışmalıdır.

³⁴ AYM, E.2020/11, K.2023/98, 18/05/2023, § 137. (RG: 12.09.2023- 32307)

“Öte yandan kuralın gerekçesinde, DMO’nun idareler adına gerçekleştireceği taşıt alımı, taşıt kiralama, akaryakıt alımı ile ilaç, tıbbi malzeme ve tıbbi cihaz alımlarında ortak kamu ihtiyaçlarının toplulaştırılmasının amaçlandığı, bu suretle azami ölçüde fiyat avantajının sağlanmasına çalışıldığı belirtilmekte ise de birden fazla idarenin alım ihtiyaçlarının bir araya getirilmesi ve ortak kamu ihtiyaçlarının toplulaştırılması suretiyle yapılacak bir ihalenin 4734 sayılı Kanun’dan istisna tutulmasının bu alım ve kiralamalarda fiyat avantajı sağlanması amacına hizmet etmediği açıktır. Zira 4734 sayılı Kanun’da öngörülen usul ve esasların uygulanması yoluyla da söz konusu alım ve kiralamaların daha uygun fiyata tedarik edilmesi ve fiyat avantajının sağlanması mümkündür.

Anılan hususlar gözetildiğinde DMO’nun idareler adına gerçekleştireceği taşıt alımı, taşıt kiralama, akaryakıt alımı ile ilaç, tıbbi malzeme ve tıbbi cihaz alımlarının 4734 sayılı Kanun kapsamı dışına çıkarılmasını öngören kuralın söz konusu ihalelerde fiyat avantajı sağlanması amacına ulaşmak bakımından elverişli ve gerekli olmadığı sonucuna varılmaktadır.”³⁵

Karar, genel nitelik taşımaya da Mahkemenin istisnalara yaklaşımındaki değişim açısından önemlidir. Zira bu değişimin ulaşabileceği noktayı görmemizi sağlamıştır. Bu anlamda yasa koyucunun takdirine müdahaleden kaçınılan bir noktadan maddenin gerekçesinin yerindeliliğinin tartışıldığı ve 4734 sayılı Kanunda öngörülen usul ve esaslar uygulanmak suretiyle de aynı amaca ulaşılabilceği tespitinde bulunulduğu bir noktaya gelinmiştir. Mahkemenin bu kararı, tartışmaya açık ancak 4734 sayılı Kanun kapsamının korunması adına şu ana dek alınmış en dikkat çekici ve etkili karardır.

Ayrıca Karar farklı bir tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Buna göre Karar bu haliyle yalnızca 4734 sayılı Kanuna eklenen ibareyi mi iptal etmektedir? Yoksa aynı zamanda aynı idarenin aynı alımlarını kapsayan bir istisna maddesinin tekrar yürürlüğe konulabilme olanağını da ortadan kaldırmakta mıdır? Ne var ki uygulamada bu, uzunca tartışılması gereken bir mesele olarak görülmemiştir. Karar yalnızca standart tespit ve değerlendirmelerden (belirlilik ilkesi ile demokratik devlet, eşitlik ilkeleri açısından Anayasaya aykırılık tespitlerinden) ibaretmiş gibi hareket edilmiştir. “...4734 sayılı Kanun’dan istisna tutulmasının bu alım ve kiralamalarda fiyat avantajı sağlanması amacına hizmet etmediği açıktır. Zira 4734 sayılı Kanun’da öngörülen usul ve esasların uygulanması yoluyla da söz konusu alım ve kiralamaların daha uygun fiyata tedarik edilmesi ve fiyat avantajının sağlanması mümkündür.” şeklinde, kapsam dışına çıkarılmayı gerektiren bir durumun bulunmadığına dair Mahkemece yapılan tespit, dikkate değer bulunmamıştır. Neticede iptal kararının yayımı tarihinden yaklaşık 3 ay sonra 4734 sayılı Kanuna eklenen EK Madde 12 ile aynı idarenin aynı alımları yine Kanundan istisna edilmiştir. Eklenen bu madde;

³⁵ Ibid, § 138, 139.



“Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü tarafından, idareler adına yapılacak taşıt alımı, taşıt kiralama, akaryakıt alımı ile ilaç, tıbbi malzeme ve tıbbi cihaz alımları; saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenilirliğin, gizliliğin, kamu-oyu denetiminin, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasının ve kaynakların verimli kullanılmasının sağlanması kaydıyla, bütün isteklilerin teklif verebildiği açık veya kapalı teklif usulü, isteklilere davet göndermek suretiyle açık veya kapalı teklif istenmesi yöntemiyle yapılan belli istekliler arasında ihale usulü veya davet edilen istekli ile fiyat müzakeresi yapılan pazarlık usulüne ilişkin satın alma yöntemleri ile yapılabilir.

Bu madde kapsamında yapılacak alımlarda,

a) Birinci fıkrada belirlenen satın alma yöntemleri uygulanmak kaydıyla çer-çeve anlaşmalar yapılabilir.

b) Ceza, ihalelerden yasaklama ve sonuç bildirimine ilişkin hükümler hariç olmak üzere bu Kanun hükümleri uygulanmaz.

c) Uygulanacak satın alma yöntemleri, ilan ve davet süreleri ile kuralları, doküman hazırlanması, tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve alımların sonuçlandırılması dahil ihale süreci ve çerçeve anlaşmalara ilişkin iş ve işlemler ile ilgili esas ve usuller Kurumun görüşü alınarak Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü tarafından yönetmelikle belirlenir.” şeklindedir.³⁶ Yürürlüğe konulması tartışmalı olsa da bu haliyle madde, Mahkemenin görüş değişikliği sonrasında istisna maddelerinin nasıl kaleme alınmaya başlanacağı konusunda fikir vermesi ve örnek teşkil etmesi bakımından önemlidir.

ii) Kamu Sermayeli Şirketlere İlişkin İstisna Maddeleri

Mahkeme bu dönemde incelediği tüm istisna maddelerinin iptaline karar vermemiştir. Sahip olduğu niteliklerden dolayı bazı kuruluşların farklı muameleye tabi tutulabileceğini ve bunların doğrudan 4734 sayılı Kanundan istisna edilebileceğini kabul etmiştir. Bu kuruluşları diğerlerinden farklı kılan husus, kamu sermayeli şirketler olmalarıdır. Ancak bu, her kamu sermayeli şirketin doğrudan 4734 sayılı Kanundan istisna edilebileceği anlamı taşımamaktadır. Mahkemeye göre bu şekilde istisna edilebilecek ve farklı muameleye tabi tutulabilecek olanlar, daha sınırlı ve belli özelliklere sahip olan kamu sermayeli şirketlerdir.

Mahkeme, bu şirketlerin tespitinde belirli bir yöntem izlemekte ve belirli kıstaslara başvurmaktadır. Bu şekilde Mahkeme hem yasa koyucuya bir yol göstermekte hem de kamu sermayeli şirketlerin, 4734 sayılı Kanundan istisna edilmesine ve bunun sınırlarına dair güncelliğini koruyan bir problemin³⁷ çözümüne katkı sunmaktadır.

³⁶ RG 28.12.2023/32413

³⁷ Kamu sermayeli şirketler (sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan her türlü teşebbüs, kuruluş, işletme, şirket, müessese, birlik) kural olarak, Kamu İhale Kanununun 2. maddesinin (b) ve (d) bentleri uyarınca Kanun kapsamında yer almaktadır. Ancak bu şirketlerin sahip olduğu

Bu, uzunca açıklanması gereken, çok sayıda teknik kavram ve değerlendirme içeren bir yöntemdir. Mahkeme tarafından bu kapsamda izlenilen yöntemi ve belirlenen kıstasları ana hatlarıyla şu şekilde aktarmak mümkündür.³⁸

- Kamu sermayesi kullanılarak idareler tarafından kurulan şirketlerin, idarelere özgü ihale usullerini uygulamalarının zorunlu olup olmadığı hususunda belirleyici olan şirketin *kamu tüzel kişiliği* vasfını taşıyıp taşımadığıdır. Ancak söz konusu kamu tüzel kişiliği, Anayasa Mahkemesinin belirlediği kriterlere göre kazanılan kamu tüzel kişiliği olmalıdır.
- Bu bakımdan kamu tüzel kişiliği olarak tanımlanamayacak özel hukuk tüzel kişilerinin mal ve hizmet alımlarında kamu kurumlarına özgü ihale usullerini uygulamaları zorunlu değildir. Bu tüzel kişiler söz konusu alımlarını özel hukuk hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilebilecektir.
- Kamu tüzel kişiliği, *kamu gücünün parçası* olmakla ilişkilidir.
- Anayasa’da ve Anayasa’yla yetkili kılınan organlarca çıkarılan düzenlemelerde açıkça kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilen kuruluşların kamu gücünün parçası olduğu tartışmasızdır.
- Anayasa’da ve Anayasa’yla yetkili kılınan organlarca çıkarılan düzenlemelerde kamu tüzel kişisi olduğu açıkça belirtilmeyen hatta özel hukuk tüzel kişisi olarak tanımlanan ancak *kamuyla bağlantılı bulunan* tüzel kişiler de kamu gücünün bir parçası kabul edilmelidir.
- Bir tüzel kişiliğin kamuyla bağlantılı olup olmadığı değerlendirilirken sadece ilgili kanundaki tanımlamaya bakılmamalıdır. Ayrıca a) yürüttüğü hizmetin

farklılıklar (piyasa şartlarında ve ticari esaslara göre faaliyet gösterebilmeleri, daha hızlı karar almaları gerekliliği gibi), alımlarını Kanun kapsamındaki diğer idarelerin tabi olduğu geleneksel usul ve esaslar yerine daha esnek usul ve esaslar çerçevesinde gerçekleştirebilmeleri ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Bu ihtiyacın karşılanabilmesi amacıyla Kanunun 3. maddesinin (g) bendinde bir hükme yer verilmiş ve bu şirketlerin belli alımları belli şartlara bağlı olarak Kanunundan istisna edilmiştir. Bu bent, kamu sermayeli şirketlerin Kanundan istisnası açısından temel hüküm niteliğindedir. Bentte, “*2 nci maddenin birinci fıkrasının (b) ve (d) bentlerinde sayılan kuruluşların, ticari ve sınai faaliyetleri çerçevesinde; doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları, Hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler dışındaki yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli Yüzirmikimilyonyediyüzkırksekbinyüzüymidokuz Türk Lirası aşmayan mal veya hizmet alımları*”nın ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç Kanuna tabi olmadığı hükme bağlanmıştır. Ayrıca Kanunun Geçici 4. maddesinde, bu bent kapsamındaki mal ve hizmetlerin, ilgili kuruluşların talebi üzerine Kamu İhale Kurumu tarafından belirleneceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte bu temel hükme rağmen örnekleri yukarıdaki tablolarda da görülebilecek olan, oldukça fazla sayıda kamu sermayeli şirket için Kanunda ayrıca özel istisna hükümlerine de yer verilmiş durumdadır. Böylece özel hükümle de istisna edilmiş olan kamu sermayeli şirketler, alımlarını Kanunun 3. maddesinin (g) bendi ile Geçici 4. maddesinde öngörülen kısıtlamalara da tabi olmaksızın gerçekleştirilebilme imkanına kavuşmuştur. Bu şekilde temel hükme rağmen çok sayıda özel istisna hükmüne yer verilmiş olması ise hem karmaşaya neden olmakta hem de Kanun kapsamı ve kanun yapma tekniği açısından problem teşkil etmektedir.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. AYM, E.2021/14, K.2023/173, 11/10/2023, § 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71. (RG 13.12.2023/32398)



niteliği, b) kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılıp donatılmadığı, c) idari ve fiili yönden kamu otoritelerinden bağımsızlığının derecesi de göz önünde bulundurulmalıdır. Mahkeme bu koşulları ise şu şekilde somutlaştırmaktadır.

(a) Yürütülen hizmetin niteliği: Bu kapsamda hizmetin kamusal yönünün bulunup bulunmadığı ve tekel biçiminde rekabete kapalı olarak icra edilip edilmediği önemlidir. Ayrıca tüzel kişiliğin kazanç gütmeye amacı taşıyıp taşımadığı da irdelenmelidir.

(b) Tüzel kişiliğin kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılıp donatılmadığı: Bu koşul bağlamında, tek yanlı işlemler yapma yetkisi, resen icra yetkisi, işlemlerinin hukuka uygunluk karinesinden yararlanıp yararlanmadığı, mallarının statüsü ve haczedilebilirliği, alacakları için özel statü öngörülüp öngörülmediği, personelinin statüsü, zorunlu üyelik ve zorunlu aidat uygulamasının bulunup bulunmadığı, işlem ve eylemlerinin kamu hukuku kuralları çerçevesinde idari yargı kolunda denetlenip denetlenmediği gibi hususlar dikkate alınmalıdır.

(c) İdari ve fiili yönden kamu otoritelerinden bağımsızlığının derecesi: Bir tüzel kişilik kamu otoritelerine bağımlı olarak faaliyet yürütüyorsa tüzel kişiliğin kamuyla bağlantılı olduğu sonucuna ulaşılabilir. Tüzel kişiliğin kamu otoritelerinden yeterli ölçüde bağımsız olup olmadığının değerlendirilmesinde ise kuruluş senedi veya ana sözleşmesinin kamusal işlemlerle onaylanıp onaylanmadığı, kamusal kararlara dayalı tasfiye edilip edilmediği, faaliyetlerinin finansmanı için büyük ölçüde kamu kaynaklarını kullanıp kullanmadığı, faaliyetlerini nasıl yürüteceğinin kamu makamlarınca belirlenip belirlenmediği, faaliyetlerinde kamu mülklerini kullanıp kullanmadığı, malvarlığı üzerinde devletin uygun gördüğü şekilde tasarrufta bulunup bulunmadığı, sermayesinin devlete ait olup olmadığı, yönetiminde siyasi otoritenin ağırlığının bulunup bulunmadığı gibi hususlar göz önünde bulundurulmalıdır.³⁹

Tüm bu açıklamalardan bir kamu sermayeli şirketin 4734 sayılı Kanundan doğrudan istisna edilmesinin Anayasa uygunluğu meselesinde Mahkemenin birbiriyle ilişkili ve yer yer iç içe geçmiş üç kıstası esas aldığı anlaşılmaktadır. Bunlar, “kamu tüzel kişiliğine sahip olmak”, “kamu gücünün parçası olmak” ve “kamuyla bağlantılı olmak”tır. Bu kıstaslar ile Anayasaya uygunluk arasındaki ilişkiyi ise şu şekilde özetleyebiliriz. Mahkemenin belirlediği çerçevede kamu tüzel kişiliği vasfı

³⁹ Mahkemenin bu yaklaşımının, Kamu Alımlarına İlişkin 2014/24/AB sayılı Direktifi ile Enerji, Su, Ulaştırma ve Posta Hizmetleri Sektörlerinde Faaliyet Gösteren Kuruluşlar Tarafından Yapılan Alımlara İlişkin 2014/25/AB sayılı Direktifinde yer alan “kamu hukukuna tabi kuruluş” tanımı ve bu tanımın belirleyici unsuru olan “sınai ve ticari nitelik taşımama” koşulunu açıklığa kavuşturan Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları ile büyük ölçüde uyumlu olduğu göze çarpmaktadır. “Rekabetin olmadığı bir piyasada faaliyette bulunup bulunmadığı”, “münhasır yetkiye sahip olup olmadığı”, “kar amacı güdüp gütmeyi”, “piyasada etkin bir rekabete tabi olup olmadığı”, “kamu tarafından finanse edilip edilmediği”, “zarara katlanıp katlanmadığı”, “iflas riskinin bulunup bulunmadığı” gibi ölçütler, ticari ve sınai niteliğin, dolayısıyla da kamu hukukuna tabi kuruluş niteliğinin tespitinde Adalet Divanı tarafından dikkate alınmakta olan ölçütlerdir. (Bunun için bkz. Case C-44/96 Mannesmann v Strohalm GmbH [1998] ECR-I-73; Case C-373/00 Adolf Truley; Case C-283/00 Commission of the European Communities v Kingdom of Spain (SIEPSA) [2003] ECR-I-11697; Case C-360/96 Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden v BFI Holding BV [1998] ECR-I-6821)

taşımayan ve kamuyla bağlantılı olmayan dolayısıyla kamu gücünün bir parçası kabul edilmeyen bir kamu sermayeli şirket, temel ihale kanunundan doğrudan istisna edilmesinde anayasal açıdan sakınca bulunmayan şirkettir.

Ülkemizde daha sorunlu kabul edilen kamu sermayeli şirketlerin idari/hukuki yapılanmaları düşünüldüğünde bu hususta “kamuyla bağlantılı olma” kıstasının daha ön planda ve belirleyici olacağını öngörebilmek mümkündür. Kamuyla bağlantıdan ne anlaşılması gerektiği ve hangi unsurların varlığı halinde kamuyla bağlantıdan söz edilebileceği Mahkeme tarafından ayrıntılı şekilde belirlenmiştir. Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken husus bir kamu sermayeli şirketin, 4734 sayılı Kanundan doğrudan istisna edilebilmesinin bu unsurları bütünüyle taşımasına bağlı olmadığıdır. Bir şirket tabiatıyla bu unsurların bir kısmını taşıyorken bir kısmını taşımayabilir. Bu anlamda tek yanlı işlemler tesis etme yetkisine sahip bir kamu sermayeli şirketin çalışanları kamu personeli statüsünde, malları da kamu malı statüsünde olmayabilir. Ya da faaliyetlerinin finansmanında kamu kaynağı kullanmamasına karşın faaliyetlerini nasıl yürüteceğine kamu makamlarınca karar veriliyor olabilir.

Bu şekilde unsurların kısmen sağlandığı haller, kamu sermayeli şirketin nerede konumlandırılacağı, kamuyla bağlantılı kabul edilip edilemeyeceği sorunu ortaya çıkarmaktadır. Bu sorunun çözümü için her bir kamu sermayeli şirket ayrı ayrı ele alınmalı ve sahip olduğu unsurlar ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Nihayetinde nitelik olarak daha ağır basan unsurlar doğrultusunda şirketin, kamuyla bağlantılı ve kamu gücünün bir parçası kabul edilip edilemeyeceğine karar verilmelidir. Elbette bu şekilde tesis edilen bir kararın, belli ölçüde yoruma dayalı olacağı ve subjektif nitelik taşıyacağı da göz ardı edilmemelidir.

Mahkeme kararları incelendiğinde ise “Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile kamu iktisadi teşebbüsleri ve bunların bağlı ortaklıkları tarafından yurt dışında kurulan şirketlerin aktif ve pasifleriyle devralınabilmesi amacıyla Türkiye’deki şubelerinin bulunduğu yerlerde söz konusu şirket ortaklarınca kurulacak şirketlerin⁴⁰”, “BOTAŞ ve TPAO’nun yurt dışında kurdukları şirketlerin⁴¹”, “Türkiye Vakıflar Bankası’nın gayrimenkul yatırım ortaklıkları⁴²”nın, kamuyla bağlantılı/kamu gücünün bir parçası kabul edilmediği ve 4734 sayılı Kanundan istisna edilmelerinin Anayasa’ya aykırılık teşkil etmediği sonucuna ulaşıldığı görülmektedir.

Bu kararlardan Mahkemenin konuya yaklaşımına dair genel bir kanaate ulaşabilmek mümkündür. Bu bağlamda özetle Mahkemenin, idareler ile daha dolaylı, daha zayıf ilişkiye sahip olan şirketlerin, kamuyla bağlantılı kabul edilmemesi yönünde bir düşünceye sahip olduğu söylenebilir. Bununla birlikte Mahkemece belirlenen

⁴⁰ AYM, E.2021/14, K.2023/173, 11/10/2023, § 75, 76, 77, 79, 80. (RG 13.12.2023/32398)

⁴¹ Ibid, § 104, 105.

⁴² AYM, E.2020/68, K.2023/230, 28/12/2023, § 18, 19, 24, 27, 28, 29, 30, 31, 32. (RG 19.03.2024/32494)



kıstaslar göz önüne getirildiğinde kararların kimi yönleriyle tatmin edicilikten uzak olduğunu da belirtmek gerekir. Bu durum özellikle Türkiye Vakıflar Bankasının gayrimenkul yatırım ortaklıklarına ilişkin kararda göze çarpmaktadır. Kararda kıstaslara yüzeysel olarak değinilmektedir. Sağlanan ve sağlanmayan kıstaslar ayrıntılı şekilde karşılaştırılmamaktadır. Kıstaslardan ziyade ortaklığın faaliyetlerinin niteliği/piyasa şartları/ticaret hukuku ilkeleri gibi unsurların sonuç üzerinde daha etkin bir rol oynadığı anlaşılmaktadır.⁴³ Bu şekilde bir yaklaşım ise kıstasları anlamsızlaştırmakta ve Mahkemeye konjonktürel bir değerlendirme imkanı sağlamaktadır.

Ayrıca bu açıklamaların, esas itibarıyla kamuyla bağlantılı olmayan kamu sermayeli şirketleri için geçerli olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Kamuyla bağlantılı olmayan bir şirketin temel ihale kanunundan istisna edilebilmesi için kamu yararı dışında ayrıca bir kıstası karşılaması gerekmemektedir. Oysa kamuyla bağlantılı olan kamu sermayeli şirketler için bu kabul geçerli değildir. Bu nitelikteki şirketler, genel kural çerçevesinde istisna edilebilecektir. Bu doğrultuda kamuyla bağlantılı bir kamu sermayeli şirketin Anayasa'ya uygun şekilde istisna edilebilmesi, kamu yararına ek olarak belirlilik, eşitlik ve demokratik devlet ilkelerini karşılaması halinde mümkün olabilecektir. Dolayısıyla kamuyla bağlantılı olma ya da olmama, farklı sonuçlara sahip, hem şirketin istisna edilmesi hem de istisna edilme yöntemi üzerinde belirleyici niteliklerdir. Bu sebeple de nitelikler üzerinde bir standardın sağlanması önemlidir. Bu kapsamda ele alınacak ve tartışılacak şirketler arasında belediye şirketleri gibi siyasi etkiye açık şirketlerin de bulunduğu düşünüldüğünde, bu önemi anlamak daha da kolaylaşmaktadır.

SONUÇ

4734 sayılı Kanun kapsamı ile istisna maddeleri arasında başlangıçta makul bir dengeden söz edebilmek mümkünse de bu dengenin varlığını makul şekilde sürdürdüğünden söz edebilmek mümkün değildir. Nitekim başlangıçta kurulan bu denge tedricen 4734 sayılı Kanun kapsamı aleyhine bozulmuş ve nihayetinde Kanunun sorgulanmasına neden olan bir boyut kazanmıştır. Böylesi bir süreç karşısında ilk akla gelen soru, bu sürece niçin göz yumulduğu ve herhangi bir müdahalede bulunulmadığı olmaktadır. Sürece neden göz yumulduğu sorusuna bütünüyle haklı ve ikna edici bir cevap bulabilmek hala güç olsa da neden müdahalede bulunulmadığı sorusuna artık bir cevap verebilmek mümkündür. Zira belli bir süre beklemek gerekmişse de Anayasa Mahkemesi tarafından bu sürece bir müdahalede bulunulmuştur. Ancak bu, olumlu yönlerine karşın birçok açıdan da eleştiriyi hak eden bir müdahale olmuştur.

Bu kapsamda yöneltilebilecek ilk eleştiri, bu müdahale için oldukça geç kalındır. Bu süreç zarfında istisnalar zaten ölçüsüzce artmış, 4734 sayılı Kanun açısından ciddi bir sorun halini almıştır. Belki de azami büyüklüğüne ulaşmış durumdadır.

⁴³ Ibid, § 29, 30, 31.

Artık bu noktadan sonra yapılan bir müdahalenin 4734 sayılı Kanun kapsamı ve istisnalar üzerinde beklenen etkiyi doğurma olasılığı oldukça düşüktür.

Öte yandan Mahkeme bu müdahale için nispeten istikrarlı görüşünü değiştirmiştir. Temel ölçüt olarak kamu yararı amacı yerine belirlilik ilkesini esas almaya başlamıştır. Bu değişim ise dönemler arası farklılığa ve çelişkili bir durumun ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Ortaya çıkan bu çelişki, müdahaleye yöneltilebilecek bir diğer eleştiridir. Bu çelişkiyi görmemizi sağlayan en iyi örnek, uluslararası organizasyon ve toplantılara ilişkin gerçekleştirilecek mal ve hizmet alımlarında 4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasını Cumhurbaşkanı'nın takdirine bırakan istisna maddesidir. (4734 sayılı Kanunun 3. maddesinin (z) bendi) Mahkeme 2021 yılında belirlilik ilkesini de göz önünde bulundurarak ayrıntılı şekilde bu hükmü değerlendirmiştir. Neticede temel ilkelerin belirlenmiş ve çerçevesinin çizilmiş olduğu düşüncesiyle hükmün, Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir.⁴⁴ Oysa görüş değişikliğinin yaşanıldığı 2023 yılında Mahkeme önüne gelen benzer nitelikteki istisna maddelerini tam aksi düşünceyle, belirlilik ilkesini sağlamadıkları gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Bu durum ise 4734 sayılı Kanunun 3. maddesinin (z) bendine dair bir kafa karışıklığına sebep olmuştur. Acaba bu bent, diğer bentlerin sağlayamadığı belirliliği nasıl sağlamaktadır? Gelişen aşamada bu bendi nasıl değerlendirmek gerekecektir? Belirlilik ilkesine aykırı bir bent olarak mı yoksa aykırılık teşkil etmeyen bir bent olarak mı?

Mahkemenin mevcut yaklaşımı doğrultusunda, pozitif hukukumuzda birkaç örnek dışında Anayasa'ya uygun kabul edilebilecek istisna maddesi bulabilmek mümkün değildir. Zira gerek 4734 sayılı Kanunda gerekse de özel kanunlarda istisna maddeleri bir ya da birkaç cümleden oluşmakta, alımların ne şekilde, hangi usul ve esaslar çerçevesinde gerçekleştirileceğine dair ayrıntılı kurallar içermemektedir. Bu nedenle bu maddeler, Mahkeme tarafından 2023 yılı öncesinde incelenmesi halinde Anayasa'ya aykırı bulunmayacak iken günümüzde incelenmesi halinde belirlilik ilkesine aykırılık nedeniyle iptal edilecek olan maddelerdir. Başka deyişle istisna maddeleri, Anayasa Mahkemesince ya yukarıda aktarılan örnekte olduğu gibi 2023 yılı öncesinde incelenmiş olması ya da hiç incelenmemiş olması sebebiyle hala yürürlükte olan maddelerdir.

Peki Mahkemenin bu yaklaşımı ne derece doğrudur? Gerçekten istisna maddelerinin bütünüyle belirsiz ve Anayasa'ya aykırılık teşkil eden maddeler olduğunu söylemek mümkün müdür? Elbette belirsiz yönleri bulunmaktadır. Ama durum, Mahkemenin iddia ettiği boyutta değildir. Gerek 4734 sayılı Kanunda gerekse de özel kanunlarda istisna maddeleri, genellikle standart bir ifadeye yer verilerek düzenlenmektedir. Bu ifade, alımın ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç Kamu İhale Kanununa tabi olmayacağı belirtilmektedir. Bu bakımdan istisna maddelerinin 4734 sayılı Kanun ile olan bağı tümüyle kopmamakta, maddeler, ceza

⁴⁴ AYM, E.2019/32, K.2021/54, 14/7/2021, § 70, 71. (RG 22.12.2021/31697)

ve yasaklama hükümleri ile sınırlı olarak Kanuna tabi olmaya devam etmektedir. Kanunun 4. Kısımında (m. 58-61) yer alan ve tabi olunmaya devam olunan bu hükümlerde ise ihalelere katılmaktan yasaklama, isteklilerin ve görevlilerin ceza sorumluluğu gibi hususlar düzenlenmektedir.

İstisna maddelerini sınırlayan bir diğer unsur ise temel ilkelerdir. İstisna kapsamında gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinden bağımsız olarak temel ilkelerin, ihalelerin dokunulmaz, idari tasarrufa kapalı alanları olduğu hem yargı kararlarında hem de öğretide kabul edilegelen bir husustur.⁴⁵ Mahkemenin de bu yönde bir kabulde bulunabilmesi ve kanunla düzenlenmemiş olsa da temel ilkelere, doğal ve genel bir nitelik atfedebilmesi mümkündür. Zaten Mahkeme başlangıçta olmasa da 2023 sonrası dönemde bu düşüncede olduğunu ortaya koymuş, hatta bunu bir adım daha

⁴⁵ “...idare hukukunun kodifiye edilmemiş olmasından kaynaklanan ve gelişen ihtiyaçlara cevap vermesi açısından idari yargı yerlerince geliştirilen bir takım ilkelerin yargı denetiminde dikkate alınması kaçınılmazdır. Bu ilkeler tüm demokratik ülkelerde kabul edilen gerçek, soyut ve evrensel ilkelere; ihale hukuku açısından bu ilkeler; ihalenin herkese açık olarak yapılması, rekabet kurallarına aykırı olmaması, ihale aşamasında gizliliğe uyulmasıdır.” (D 10 D, E.1996/4274, K.1998/5478, 28/10/1998) “...2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun uygulanmayacağına ilişkin istisna hükümleri, ...ihale usullerinin 2886 sayılı Yasa dışında ayrıca düzenlenmesi amacı taşımakta, davalı idarelere, ihale usulüne ilişkin genel ilkeleri göz ardı etme yetkisi tanımamaktadır. Dolayısıyla davalı idarelerce yapılacak düzenlemelerde; hukuk devleti, yönetimin yasallığı...gibi idare hukuku ilkeleri yanında, ihalelerde uygulanması gereken açıklık, rekabet ve tarafsızlık, eşitlik, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi ve verimlilik ilkelerine de uyulması zorunludur.” (D 13. D, E.2007/1724, K.2010/1168, 10/02/2010)

İlkelerin ihaleler açısından sahip olduğu önem, Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalara da yansımış durumdadır. [Kamu kurum ve idareleri, 2886 sayılı Kanun hükümleri dışında yaptıkları ihalelerde de ihtiyaçları en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılamak, ihalede açıklık ve rekabeti sağlamak, saydamlık, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi ve kaynakların verimli kullanılması gibi temel ilkeleri gözetmek zorundadırlar. Aksi uygulama, takdir hakkının keyfi uygulanması anlamına gelecektir.” “Bir ihale hangi usul ve esas ile yapılırsa yapılsın ihalede rekabet ve açıklığın sağlanması temel ilkedir.” [AYM, E.2004/5, K.2006/2, 26/5/2006 (Yüce Divan - Yaşar Topçu Kararı)]

ÖZAY'a göre “...Devlet İhale Kanununa tabi olmamak hiçbir şeyi ifade etmez...alenilik, rekabet ve akidin serbestçe seçilememesi gibi, somut anlatımını Devlet İhale Kanunu'nda bulan İdare Hukuku ilke ve kurallarına uymak zorundadırlar: (İl Han Özay, ‘Kamu İhaleleri: Bir Örnek Olayın Düşündürdükleri’ Prof. Dr. Nihal ULUOCAK’a Armağan içinde (1999) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı 252)

Benzer şekilde DURAN'a göre; “...YİD konusunda, Devlet İhale Kanunu dışında yasa ile özel bir ihale usulü kabul edilmiş olsa bile, bu prosedürün tatbikinde de İdare Hukukunun genel ilke ve kuralları uyarınca işlem yapılmalıdır. Bu çerçevede, ... açıklık, objektiflik rekabet ve kamu yararına en uygun koşulları sağlayacak şekilde hareket etmek durumundadır...” (Lütfi Duran, ‘Yap-İşlet-Devret’ (1991) 46 [1] Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 166)

KUTLU tarafından temel ilkelerin önemi, “Bu ilkeler sadece DİK'nun uygulanması ile sınırlı olmayıp, kamu ihaleleri sektöründe geçerli genel ilkeler kabul edilmelidir. Çünkü aynı ilkeler anayasal kural olarak Anayasa'da da yer almaktadır.” “İhalelerde açıklık kavramını bir ilke olarak belirtsek de ihale sürecine ilişkin uygulanacak bir yasa kuralı olarak değerlendirmek gerekir.” “... rekabetin sağlanması, kamu ihalelerinde bir ilke olmayıp, uyulması zorunlu bir hukuk kuralıdır.” şeklinde, daha dikkat çekici ifadelerle ortaya konulmuştur. (Meltem Kutlu, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:75 İzmir/1997) 172, 191, 196)

öteye taşımıştır. Demokratik devlet ve eşitlik ilkesi altında temel ilkelere anayasal bir statü kazandırmış ve alımların, kamu idare ve kurumlarınca bu ilkelere dayalı olarak gerçekleştirilmesini anayasal zorunluluk olarak nitelendirmiştir. Böylelikle temel ilkelerin, ihalelerin kanunla da müdahale edilmemesi gereken alanları olduğunu ortaya koymuştur.⁴⁶

Öte yandan bazı istisna maddeleri, biraz daha ayrıntılı ve bizzat kendi sınırlamalarını içerecek şekilde kurallaştırılmıştır. Bu iç sınırlamalar maddelere belli ölçüde öngörülebilirlik kazandıran bir diğer unsurdur. Daha önce de değinilen Kanunun 3. maddesinin (g) bendini buna örnek olarak verebiliriz. Madde kural olarak kamu sermayeli şirketlerin mal ve hizmet alımlarının Kanundan istisnası düzenlemekte ancak bunun tamamıyla serbest şekilde gerçekleştirilmesine izin vermemektedir. İstisnai alımı, “parasal limit”, “ana faaliyetlerinin ihtiyaçlarının temini”, “mal ve hizmetlerin Kurum tarafından belirlenmesi” gibi sınırlamalara tabi tutmaktadır. Benzer tespitleri, Mahkemenin belirlilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle iptaline karar verdiği 4734 sayılı Kanunun 3. maddesinin (aa) bendi için de yapmak mümkündür.⁴⁷ Bent gereğince TMO’nun tarımsal ürün alımları ile buna ilişkin hizmet alımları, bir amaç doğrultusunda ve “bakanın onayı”, “yönetim kurulunun görevlendirilmesi”, “ithalat yoluyla yapılan ürünler” gibi sınırlamalara bağlı olarak gerçekleştirilebilecektir.

Şu halde istisnalar söz konusu olduğunda hem temel ilkeler olabildiğince ve uygun düştüğü ölçüde uygulanacak hem alım, kendi iç sınırlamalarına tabi olabilecek hem de ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri uygulanmaya devam olunacaktır. Bu durumun, süreci bütünüyle belirli kılmasa da asgari unsurlara bir belirlilik kazandıracağı açıktır. Nitekim ihale yöntemleri, ilan, süreler gibi usuli işlemlerin temel ilkelere, maddede öngörülen sınırlara ve istisna edilen alımın niteliğine uygun şekilde belirlenmesi gerekecektir. Aksi takdirde bu tür işlemlerin idari yargı yerlerinde

⁴⁶ Mahkemenin bu değerlendirmelerini, temel ilkelerin her tür ihalede mutlaka sağlanması gereken ilkeler olduğu şeklinde yorumlamamak gerekir. Bu ilkelerin, her ihalede aynı anda ve aynı etkiye bütünüyle sağlanacağı beklentisi, iyi niyetli fakat gerçekleşmesi güç bir beklentidir. Örneğin, ivedi olarak yapılması zorunlu olan veya dezavantajlı grupları (yaşlılar, engelliler gibi) istihdam eden firmaların katılabildiği ya da korumacı nitelikte (KOBİ’lere, yerli istekliye, yerli malına avantaj gibi) şartların yer aldığı ihaleler, temel ilkelerin tam anlamıyla sağlandığından söz edilemeyecek olan ve bu durumun büyük ölçüde makul karşılanacağı ihalelerdir. Bu durum elbette ki bu tür ihalelerde temel ilkelerin tamamıyla göz ardı edilebileceği anlamı taşımaz. Bu tür ihalelerde de temel ilkeler, daha sınırlı da olsa olabildiğince uygulanmak durumundadır. Bu nedenle temel ilkeleri, daha çok birer kural ve amaç olarak görmek gerekir. Bunlar alımın niteliğine, konusuna veya amacına uygun düştüğü ölçüde ve olabildiğince uygulanması gereken, ancak her durumda ihaleler üzerinde toplumsal ya da hukuksal baskı oluşturan unsurlardır.

⁴⁷ Mahkemece iptaline karar verilen bu bent, “Faaliyet ve görev alanı kapsamında yer alan tarımsal ürünlerle ilgili olmak üzere, üretimin yetersiz olması nedeniyle ürün fiyatlarında meydana gelebilecek olağanüstü dalgalanmaların önlenmesi veya ürünlerde fiyat istikrarının sağlanması amacıyla ilgili bakanın onayı ve Toprak Mahsulleri Ofisi Yönetim Kurulunun görevlendirmesi ile Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğü’nün ithalat yoluyla yapacağı tarımsal ürün alımları ve buna ilişkin hizmet alımları” şeklindedir.



iptali söz konusu olacaktır. Anayasa Mahkemesinin bu sürece katkısı ise bu asgari unsurların kanunla belirlenmesini zorunlu kılması, bu şekilde daha güvenceli ve etkili bir yöntemin hayata geçmesini sağlaması olmuştur. Ancak bunu, bütünüyle belirsiz olan bir alana belirlilik kazandırılması şeklinde yorumlamak doğru değildir.

Ayrıca kararların sonuçlarının pratik olmaması, eleştiriyi hak eden bir diğer husustur. Artık her istisna maddesi -DMO, TMO ve BOTAŞ örneklerinden de görülebileceği üzere- belirliliği sağlama adına artık daha fazla cümle içeren daha uzun metinler şeklinde kaleme alınmaya başlanacaktır. Üstelik de bunlar büyük ihtimalle birkaç cümle dışında birbirinin benzeri cümleler olacaktır. Şu anda bile sayfalarca yer tutan istisna maddeleri artık çok daha fazla alan kaplar hale gelecektir. Bu durum kanun yapma tekniğine uygun olmadığı gibi neticede oluşacak görüntüyü izah edebilmek de mümkün olmayacaktır. Bu bağlamda 4734 sayılı Kanun içerisinde tüm istisna maddelerine uygulanabilir nitelikte ortak hükümlerin yer aldığı çerçeve bir metnin oluşturulması, bu soruna çözüm olarak düşünülebilir.

Bu kapsamda yöneltilebilecek son ve en önemli eleştiri ise belirlilik ilkesinin tek başına 4734 sayılı Kanun ve istisnalar özelinde arzulan ideal çözümü sunabilmesinin mümkün olmamasıdır. Geline aşamada kural olarak belirlilik ilkesini sağlayan, dolayısıyla asgari unsurları kanunla belirlenmiş olan tüm istisna maddelerinin Anayasa'ya uygun kabul edilmesi gerekmektedir. Bu, uygulamada yasa koyucu tarafından kolaylıkla karşılanabilecek bir ölçüttür. Bu noktada esasen etkin kullanılan bir kamu yararı amacı ya da ölçülülük ilkesi daha işlevseldir. Usul ve esas belirlemenin aksine ölçülülük ya da kamu yararı amacı ölçütünde istisna maddesinin etkinliğine ve gerekliliğine dair bir değerlendirme yapılması ihtimal dahilindedir. DMO örneği, bu açıdan iyi bir örnektir. Ancak böylesi bir değerlendirmenin, yerindelik denetimi tartışmalarını da beraberinde getireceği açıktır. Dolayısıyla istisna maddelerinin belirlilik ilkesi ile birlikte ölçülülük/kamu yararı amacı çerçevesinde ele alınmasının ve bu ölçütlerin etkin şekilde kullanılarak maddelerin değerlendirilmesinin, tartışmalı ancak kesinlikle daha gerçekçi ve etkili bir çözüm olacağını söylemek mümkündür.

Elbette yöneltilen tüm bu eleştiriler, Mahkemenin istisnalar konusundaki görüş değişikliğinin ve bu çerçevede yapmış olduğu değerlendirmelerin önemsiz olduğu anlamı taşımamaktadır. Aksine bunlar, ihale hukukuna dair birçok ilki barındıran değerlendirmelerdir. İlk kez ihale hukuku ile Anayasa arasında bu denli yoğun bir ilişki kurulmuştur. Demokratik devlet ilkesi, eşitlik ilkesi ve belirlilik ilkesi bağlamında 4734 sayılı Kanun kapsamının belli ölçüde de olsa korunması sağlanmış ve temel ilkeler, anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. İstisna maddeleri daha ayrıntılı ve özenli düzenlenmeye başlanmıştır. Dahası Mahkeme, kamu sermayeli şirketlerin istisna edilmesi gibi tartışmalı bir sorunun çözümünde izlenebilecek bir yöntem olduğunu bize göstermiştir. Bunlar şüphesiz ki hem uyarı hem de yol gösterici mahiyet taşıyan, geliştirilmeye açık, ihale hukuku açısından önemi gelecekte daha iyi anlaşılacak olan değerlendirmelerdir.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu T, ‘Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler’ (1998) 9 [1-3] İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 11
- Akyılmaz B, Sezginer M, Kaya C, İdare Hukuku (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 7. bs Seçkin Yayıncılık)
- Can O, ‘Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış’ (2005) IX [1-2] Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 92-100
- Çakmak N. M, İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı (Seçkin Yayıncılık Mayıs-2013)
- Duran L, ‘Yap-İşlet-Devret’ (1991) 46 [1] Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 166
- Erdoğan M, Anayasa Hukuku (Genişletilmiş 4. bs Orion Yayınevi)
- Gözler K, İdare Hukuku Cilt II (Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 2. bs, Ekin Basım Yayın Dağıtım Ekim 2009)
- Gözler K, Türk Anayasa Hukuku Dersleri (Güncellenmiş 24. bs Ekin Basım Yayın Dağıtım Haziran 2019)
- Günday M, İdare Hukuku (9. bs İmaj Yayınevi 2004)
- Kutlu M, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:75 İzmir/1997)
- Özay İl H, ‘Kamu İhaleleri: Bir Örnek Olayın Düşündürdükleri’ Prof. Dr. Nihal ULUOCAK’ a Armağan içinde (1999) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı 252
- Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku (Gözden Geçirilmiş 11. bs Yetkin Yayınları 2010)
- Özpolat H, ‘Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında Maddi Anlamda Kanun Kriteri’ (2018) 9 [33] Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 613
- Teziç E, Anayasa Hukuku (12. bs Beta Basım)
- Yıldırım T, ‘Kamu Yararı Ve Disiplin Cezalarının Affı’ (2001) 18 Anayasa Yargısı Dergisi 442

Mahkeme Kararları

- AYM, E.2005/90, K.2008/146, 24/9/2008
- AYM, E.2011/63, K.2013/28, 14/2/2013
- AYM, E.2012/18, K.2013/80, 18/6/2013
- AYM, E.2013/114, K.2014/184, 04/12/2014

AYM, E.2015/60, K.2016/2, 13/1/2016
AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017
AYM, E.2017/33, K.2019/20, 10/4/2019
AYM, E.2017/144, K.2018/76, 5/7/2018
AYM, E.2019/32, K.2021/54, 14/7/2021
AYM, E.2019/93, K.2023/87, 04/05/2023
AYM, E.2020/11, K.2023/98, 18/05/2023
AYM, E.2020/68, K.2023/230, 28/12/2023
AYM, E.2021/14, K.2023/173, 11/10/2023
AYM, E.2021/27, K.2023/26, 16/02/2023
AYM, E.2021/132, K.2022/69, 1/6/2022