6. Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Kongresi

(1 – 3 Kasım 2019 / Şanlıurfa)
(UBAK)

6th International Scientific Research Congress

(1 – 13 November 2019 / Şanlıurfa)
(UBAK)

Sosyal Bilimler

Social Sciences

Bildiri Tam Metin Kitabı

Proceeding Book

-2-

Tarih-Edebiyat-Coğrafya-Uluslararası Politika-Kamu Yönetimi
İktisat-İşletme-İletişim-Felsefe-Psikoloji-Sosyoloji

Editör/Editor
Dr. Zehra DOĞAN

Ankara 2019

Yayın Koordinatörü/ Broadcaste Coordinator•
Muhammet ÖZCAN

Yayın Yönetmeni / General Publishing Director •
Dr. Zehra DOĞAN

Editörs / Edited by •
Dr. Zehra DOĞAN

Kapak Tasarım / Cover Design
Yasemin ULUTÜRK

İç Tasarım / Interior
Yasemin ULUTÜRK

Birinci Basım / First Edition• ©
Aralık 2019 // December 2019-Ankara

ISBN: 978-605-7736-32-1

ASOS YAYINEVİ
1st Edition / 1.baskı: December/Aralık 2019
Address / Adres: Çaydaçıra Mah. Hacı Ömer Bilginoğlu Cad. No: 67/2-4
MERKEZ/ELAZIĞ

Mail: asos@asosyayinlari.com
Web: www.asosyayinlari.com
İnstagram: https://www.instagram.com/asosyayinevi/
Facebook: https://www.facebook.com/asosyayinevi/
Twitter: https://twitter.com/Asosyayinevi

KAMU ALIMLARINDA ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU YOLUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Muhammed ÇELİK
Bursa Uludağ Üniversitesi

Prof. Dr. Mehmet YÜCE
Bursa Uludağ Üniversitesi

ÖZET: Neoliberal politikaların Dünya'da etkinlik kazanmasıyla birlikte devletlerin kamu hizmetlerini gerçekleştirme anlayışları da değişime uğramıştır. Devletler üretici konumundan çekilerek kamu hizmetini piyasa şartlarında üretim yapan kurum ve kuruluşlardan alır konuma gelmişlerdir. Böyle bir değişim ise yeni kamu harcamalarının içerisinde kamu alımlarını oldukça önemli ve rekabete açık, piyasa da belirleyici olan bir görünüme sokmuştur. Özünde mal ve hizmet alımı ile yapım işlerini barındıran kamu alımları, kamu hizmetinin özel bir görünümü olması ve kamu hizmetine girme hakkının da Anayasanın "Hizmete girme" yan başlıklı 70.maddesi hükmü, "Temel hak ve hürriyetlerin niteliği" yan başlıklı 12.maddesi ile "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" yan başlıklı 13.maddelerinde güvence altına alınarak korunması nedeniyle rekabet eşitliğinin güvence altına alınması ve temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından çeşitli hak arama yollarını bünyesinde barındırmaktadır. Bu yollardan birisi olan, idari ve yargı yollarının tüketimi üzerine güncel bir hakkın ihlali ile 1982 Anayasası, İHAS ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerin hepsinde birlikte bulunan temel hak ve özgürlük kaybı için başvurulan, bireysel başvuru yolu; kamu alımları açısından birçok defa başvuruya konu olmasına karşılık sadece makul sürede yargılama hakkına ilişkin ihlal kararı verildiği diğer başvuruların ise tamamına yakınının başvuru şartlarına uyulmadığı için reddedildiği, birisinin ise ihlal olmadığı gerekçesiyle reddedildiği görülmektedir. Öncelikle başvuru sayısının azlığı nedeniyle kamu alımlarındaki sürecin tabiatı gereği yükleniciler ya da isteklilerin uyuşmazlıklarda sulh yolu olan idari yolları genellikle tercih ettikleri, idare ile karşı karşıya gelmemek için yargısal yollar ve dolayısıyla bireysel başvuru yolunun nadiren tercih edildiğini söyleyebiliriz. Genel olarak ise, başvuruya hangi haklarla ilgili başvurulması gerektiği, olağan kanun yollarının tüketilmesi gerekliliği gibi temel ihlallerin varlığı nedeniyle kamu alımlarında bireysel başvuru yoluna ilişkin

şartlara ilişkin yeterince bilinçli olunmadığı ve dolayısıyla bu yolun etkin olarak kullanılamadığı sonucuna varılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Alımları, İhaleler, Temel Hak ve Özgürlükler, İHAS, Anayasal Haklar, Bireysel Başvuru Yolu.

Evaluation of Individual Application to the Constitutional Court in Public Procurement

ABSTRACT: As neoliberal policies became effective in the world, the state's understanding of performing public services has also changed. States have withdrawn from the position of producer to receive public service from institutions and organizations engaged in production under market conditions. Such a change has brought public procurement into a very important and competitive view, which is a determinant in the market among the new public expenditures. Procurement of goods and services as well as public procurement involving construction works; Since the public service has a special view and the right to enter the public service is a constitutional right (the Article 70 of the 1982 Constitution entitled "Entering into service", Article 12 of the subheading "The nature of fundamental rights and freedoms" and Article 13 entitled "Restriction of fundamental rights and freedoms"), it incorporates various ways of seeking rights. Individual application to the Constitutional Court, which may be lodged after the exhaustion of administrative and judicial remedies, due to the loss of fundamental rights and freedoms; Although many applications have been made in relation to public procurement, it is observed that only the decision on violation of the Right to Trial in Reasonable Time has been rejected because almost all other applications have not been complied with and one has been rejected on the grounds that there is no violation. First of all, due to the scarcity of the number of applications, we can say that contractors or bidders generally prefer the administrative remedies in disputes because of the nature of the public procurement process, judicial remedies and therefore individual remedies are rarely preferred to avoid confrontation with the administration. In general, it will be concluded that due to the existence of fundamental deficiencies such as which rights should be applied and the necessity of the usual remedies to be exhausted, the conditions related to the individual application path in public procurement are not sufficiently informed and therefore this path cannot be used effectively.

Keywords: Public Procurement, Public Tender, Fundamental Rights and Freedoms, ECHR, Constitutional Rights, Individual Application Path.

GİRİŞ

Dünya'da Neoliberalizm politikaların artış göstermesi ile birlikte devletlerin yönetim anlayışlarında da bir takım değişiklikler olmuştur. Bu değişikliklerden önemli olanlarından biriside kamu harcama sürecinde yaşanan değişikliklerdir. Değişimle birlikte kamu harcamaları yeni dönemde doğrudan devlet eliyle yapılmaktan çıkarılarak birçok alanda daha çok yerelleşme ve özel sektör eliyle kamu gücü ayrıcalıklarından faydalandırılmak suretiyle piyasadan karşılanması yolu tercih edilmektedir. Son yıllarda piyasa ekonomisi içerisinde yer alan birçok teşebbüsten mal ve hizmet alımı oldukça önemli bir hal almış ve kamu alımları devletler ve müteşebbisler nazarında stratejik bir konuma gelmiştir. Kamu alımlarının önemi nedeniyle, uluslararası kuruluşlar ve devletler tarafından birçok düzenlemeler ihdas edilmiş ve uluslararası uyumlaştırma çalışmaları yapılmışken aynı zamanda müteşebbislerin korunması ve eşit fırsatlar oluşturulması açısından Anayasal hükümler, uluslararası sözleşmeler ve kanunlarla birçok koruyucu düzenlemeler yapılmış ve hak arama yolları oluşturulmuştur.

Kamu alımlarında taraflardan birisinin egemenlik gücünden dolayı kamu gücü ayrıcalıklarını elinde tutan hukuka uygunluk karinesinden faydalanan devlet ve devleti temsil eden organlar olması diğer tarafta ise devletin kontrolü ve iznine tabi piyasa şartlarında çalışan hukuki üstünlüklerle donatılmamış rekabet gücü düşük medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olan gerçek ve tüzel kişilerin yer alması nedeniyle hakları korunma ihtiyacı daha öncelikli olan taraf olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle kamu hizmetinin taraflarından birisi olan istekli ya da yüklenicilerin ya da kamu hizmetinden faydalananların haklarını korumak amacıyla 1982 Anayasa'nın *"Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu"* başlangıç ve *"Devletin temel amaç ve görevleri*" yan başlıklı 5.maddesindeki devletin kişinin temel hak ve hürriyetlerini koruma görevi ile birlikte *"Hizmete girme"* yan başlıklı 70.maddesi hükmü, *"Temel hak ve hürriyetlerin niteliği"* yan başlıklı 12.madde fıkrası gereğince her Türk vatandaşının kamu hizmetine girme hakkı güvence altına alınmıştır. Ayrıca 4734 sayılı Kanunun *"Temel ilkeler"* yan başlıklı 5.maddesi gereğincede eşit rekabet fırsatının sağlanması ile verimli, etkin ve ekonomik sürecin sağlanması hedeflenmiştir. Bu bağlamda kamu alımları sürecinde kamu gücü kullanılarak yaşanabilecek hukuka aykırı işlemlerden ortaya çıkan hak kaybından dolayı; aday, istekli veya istekli olabilecek kişiler; bir hak kaybına veya zarara uğradığını, zarar uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden muhatapların öncelikle idari yolları ardından yargı yolunu tüketmeleri şartıyla, 1982 Anayasası'nda güvence altına alınmış, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve

buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerle ilgili ihlaller çerçevesinde bireysel başvuru yoluna gidebileceklerdir.

Kamu alımları sürecinde kamu gücü tarafından bir eylem ya da işlemin yapılması veya yapılmaması neticelerinde güncel bir hakkı ihlal edilen her medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olan tüm gerçek ve tüzel kişi Türk vatandaşı istekli ya da yüklenici temel hak ve özgürlüklerle ilgili ihlallerin gerçekleştiğini düşünüyorsa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru yoluna da gidebilecektir. Bu çalışmada kamu gücü kullanılarak gerçekleştirilen kamu alımlarında, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuruda bulunamamaları kıstı dikkate alınarak aday, istekli veya istekli olabilecek kişiler, yükümlüler gerek kamu hukukuna tabi olan kamu alım sözleşmesi öncesi süreç gerekse özel hukuka tabi olan sözleşme sonrası süreçte temel hak ve özgürlüklere yönelik uğramış oldukları hak kaybına ilişkin ihlal başvuruları ele alınacak olup hangi haklarla ilgili başvurulduğu sonuçlarının neler olduğu ve giderimin nasıl gerçekleştiği hak arama yollarının etkinliği açısından değerlendirilecektir.

1.KAMU ALIMI VE HAK ARAMA YOLLARI

Neoliberal politikaların etkisi ile birlikte şekil değiştiren kamu hizmeti anlayışı, kamu harcamalarının yapılış yönteminde de önemli değişikliklere neden olmuştur. Bu değişiklik üreten ve hizmet sunan devlet anlayışı yerine denetleyen, kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatan ancak daha etkin hizmet sunan serbest piyasa da yer alan özel girişimden mal ve hizmet alımı yapmak ve yapım işi talep eden bir yapıya dönüşmüştür. Bu dönüşüm ise kamu ihale hukukunu kamu hizmetinin görülmesi ve kamu harcamalarının etkin bir şekilde yapılabilmesi için hem kamu tarafında yer alan açısından hem de kamu hizmetine katılmak isteyenler açısından önemli bir konuma taşımıştır. Nitekim etkin işleyen bir kamu ihale hukuku devlet açısından kamu hizmetinin etkin bir şekilde yürütülmesini sağlayacağı gibi aynı zamanda etkin bir kamu harcaması sürecine de zemin hazırlayacaktır. Diğer taraftan kamu hizmetine katılmak isteyenler açısından ise bir güvence ve nizamname görevi görecektir.

Genel olarak kamu ihale kanunu iki çeşit kamu hizmetini düzenlemektedir. Bunlardan ilki kamu harcaması temelli olan; mal ve hizmet alımları, yapım işleri, kiraya alma ile taşıma işlerinin yer aldığı grup 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabidir. İkinci grupta ise 2886 sayılı kanuna tabi olan kamu geliri temelli; kamu mallarının kiraya verilmesi, satımı, mülkiyetin gayri ayni hak tesisini esas alan ihaleler yer almaktadır. Genel anlamda her iki grupta yer alan süreçler kamu ihalesi kapsamında yer alırken, kamu harcaması yapılmak suretiyle 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan işlemler ise kamu alımları olarak adlandırılmaktadır. Çalışma konumuz kapsamında ele alınacak olan kamu alımları aynı Kanunun 4.maddesinde

"kanundaki yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri" olarak açıklamıştır. Bir başka tanımda ise, idarenin görev alanına giren hizmetlerin yürütülmesi amacıyla, karşılığı kamu kaynakları kullanılmak suretiyle ödenmek üzere gerekli mal veya bir işin yasa da öngörülen usul kurallarına uymak suretiyle oluşturulan rekabet ortamı içerisinde katılan adaylardan en uygun teklifi sunan özel bir kişiye yaptırılmasına yönelik olarak imzalanacak sözleşmelerin oluşum sürecini ifade eden işlemler bütünü kamu alımı olarak açıklanmıştır (Kutlu, 1997: 76). Uluslararası literatüre bakıldığında ise kamu alımları; kamu kurum ve kuruluşları tarafından bütçe kaynakları kullanılarak veya iki ya da çok taraflı yardım programlarından elde edilen kaynaklarla mal ve hizmetlerin satın alınmasını kapsamaktadır (Rege, 2001: 490). Genel olarak ele alınacak olursak kamu alımları 4734 sayılı Kanuna tabi olan mal ve hizmet alımı ile yapım işlerine özgülenmiş kamu kaynağı finansmanı kullanılarak kamu hizmeti çerçevesinde talep edilen ve yüklenicisini kamu gücü ayrıcalıkları ile donatan sürecin bütünüdür.

Piyasa Ekonomisi içerisindeki payı artış eğiliminde olan kamu hizmeti gereği yapılan kamu harcamaları, kamu alımları yönüyle değerlendirildiğinde piyasa içerisinde girişimciler açısından oldukça önemli bir pozisyona sahiptir. Kamu alımlarında eşit ve adil muamele ile şartları uygun olan her bir girişimcinin kamu hizmetinin özel bir görünümü olan kamu alımlarına katılabilmesi rekabetin sağlanmasına öncülük edeceği gibi aynı zamanda birçok isteklinin varlığı nedeniyle süreç içerisinde etkinliğin sağlanmasına zemin hazırlayacaktır (Çiftçi ve Yılmaz, 2019: 117-118). Rekabetin etkin bir şekilde sağlanması ile devlet fiyat, kalite ve sözleşme koşulları açısından en uygun alımı elde etme fırsatı bulurken piyasa açısından ise ekonomi içerisinde önemli bir paya sahip kamu harcamalarından fırsat eşitliği çerçevesinde yararlanma imkanı doğacaktır (Schooner, 2002: 105). Bu maksatla 4734 sayılı Kanunun *"Temel İlkeler"* yan başlık 5.maddesinde kamu alımlarında; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlaması gerektiği hüküm altına alınarak hukuki alt yapısı sağlamlaştırılmıştır. Ayrıca bu Kanunun normlar hiyerarşisi açısından bağlı olduğu 1982 Anayasasına kamu hizmeti açısından baktığımızda da başlangıç metninde *"Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu"* vurgulandıktan sonra kamu hizmetlerine girme hakkı yan başlıklı 70.madde de ise her Türkün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu, hizmete alınmada, görevin

gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca 12 ve 13.maddelerinde ise kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eden hakların temel hak ve özürlük olduğu ve bu hakkın dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez olduğu ancak Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla özlerine dokunulmaksızın sınırlanabileceği açıklanmıştır.

Kamu alımlarının ekonomi içerisindeki stratejik öneminin her iki taraf içinde bu kadar önemli olması ve etkin bir kamu alım süreci çerçevesinde rekabet eşitliğinin sağlanması ve diğer hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla idare ile istekliler ya da yükleniciler arasında çıkacak uyuşmazlıklarda başta barışçıl olmak üzere sulh olma temeline dayanan idareye şikâyet ve Kamu İhale Kurumuna itirazen şikâyet yolları belirlenmişken, idari yollardan istediği sonucu elde edemeyen hak kaybı yaşayanlar içinse idarenin işlem ve eyleminin kaldırılması, değiştirilmesi veya yenilenmesi için ortaya çıkan zararın temini için yargısal yolun yer aldığı görülmektedir. Bu durumda idari işlem ve eylemlerden kaynaklı olarak yaşanabilecek hukuka aykırı işlemlerden dolayı; aday, istekli veya istekli olabilecek kişiler; bir hak kaybına veya zarara uğradığını, zarar uğramasının muhtemel olduğunu iddia etmesi halinde 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda yer alan şekil ve usul kurallarına uygun bir şekilde, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu bir yol olarak şikayet ve itirazen şikayet yolları olan idari çözüm yollarına başvurmaları gerekmektedir (4734 Say. K. 54.md.). Şikayet başvurusu, ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla bu işlem veya eylemlerin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gereken tarihi izleyen günden itibaren 21 inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hallerde ise on gün içinde ve sözleşmenin imzalanmasından önce, ihaleyi yapan idareye yapılır. İdare, şikayet başvurusu üzerine gerekli incelemeyi yaparak on gün içinde gerekçeli bir karar alır. Başvuru sahibi dahil aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından idarece alınan kararın bildirimini izleyen on gün içinde Kuruma itirazen şikayet başvurusunda bulunulabilir. Kurum tarafından nihai karar verilmeden sözleşme imzalanamaz (4734 Say. K. 55.md).

İtirazen şikâyetler ile ilgili Kurum tarafından verilen nihai kararlar Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinde dava konusu edilebilir ve bu davalar öncelikle görülür (4734 Say. K. 57.md). Ancak dava konusu edilebilirlik açısından görevli ve yetkili mahkeme kamu alımlarının hazırlık süreci ve edimin ifası olmak üzere iki temel süreci bünyesinde barındırması nedeniyle farklılıklar arz edecektir. Her iki sürecin ortasında ise 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa tabi olan sözleşme yer almaktadır. Kamu alımlarında sözleşme imzalanana kadar olan süreç kamu hukuku içerisinde kabul edilmektedir. Bu aşamada idare tarafından yapın veya yapılmayan işlemlere karşı kamu hukuku vesayeti nedeniyle idari yargı yetkili olacaktır. Ancak

sözleşmenin imzalanmasından sonraki aşamada ise özel hukuk içerişinde yer almaktadır. Dolayısıyla sözleşmeden kaynaklanan ve sözleşmeye göre yürütülen işlemler neticesinde ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda adli yargının konusu içerisinde yer alacaktır (Sezginer, 2013: 826). Yargısal yolların tüketilmesinin ardından ise idarenin işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler 1982 Anayasasında yer alan ancak İHAS ve Türkiye'nin ek protokollerle taraf olduğu temel hak ve özgürlüklerle ilgili olarak Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluna gidebileceklerdir. Ancak bu yol yargı aşamasının bir üst merciisi olarak hukuka uygunluk denetimi yapılmamakta sadece belirtilen kapsamdaki temel hak ve özgürlüklerin telafisi için bu yola gidebileceklerdir.

2. ANAYASA MAHKEMESİ VE BİREYSEL BAŞVURU YOLU

Anayasa, siyasi iktidarın ve yöneticilerin halka karşı tutum ve davranışlarını, hukuk çerçevesi içerisine alarak bir sınırlama getirmektedir. Bu nedenle, anayasal devlet, esasen bir hukuk devletinin esasını oluşturmaktadır. Hukuk devleti anlayışının yerleşmiş olduğu ülkelerde devlet yalnız hukuk kurallarını koyan değil aynı zamanda koyduğu kurallara da bağlı olan devlettir. Bu bağlamda Devletin hukuk devletinin bir gereği olarak anayasal kurallara uygun bir şekilde yönetilmesi, hem ülke yönetimini objektif bir düzene kavuşturacaktır hem de siyasi açıdan devletin yönetimini eline alan iktidarın ve kurumlarının keyfi uygulamalarının önüne geçilmiş olacaktır (Karatepe, 2013: 4). Normlar hiyerarşisinin mevcut olduğu bir hukuk sisteminde esasen en üstte yer alan normun ne olduğu ile ilgili çeşitli tartışmalar bulunmaktadır. Bunlardan Anayasa Üstü İlkeler tezini savunanlar insan hakları ilkelerinin, adalet anlayışının, milli egemenlik ilkesinin, hukukun genel ilkeleri gibi ilkelerin anayasanın üstünde değerde olduğunu ve gerek ali kurucu iktidarın gerekse tali kurucu iktidarın bu ilkelere uymakla mükellef olduğu ifade edilmişken, Anayasa içi hiyerarşi tezini savunanlar ise, Anayasanın üzerinde bir üst norm olmadığını savunmaktadırlar (Gözler, 2014: 186). Bu tartışmalar bulunmakla birlikte esas olarak literatürde Anayasaların üstünlüğü esasında bir sistemin kurulduğu uluslararası sözleşmelerin, kanunların, tüzük ve yönetmeliklerin anayasaya uygun olması gerektiği kabul edilmektedir (Atar, 2019: 24-25). Normalar hiyerarşisinin en üstünde Anayasa olduğuna göre idarenin takdir yetkisi ile ilgili bir değerlendirme yapacak olursak normlar hiyerarşisinin geçerli olduğu bir hukuk düzeninde normun uygulanması hususu alt kademede daha somut ve özel yeni norm yaratılması yoluyla olacaktır. Bu çerçevede normlar hiyerarşisi ekseninde bakıldığında idari işlem tesis etmek, hiyerarşik olarak üstün olan yasanın uygulanması anlamına gelmektedir. Nitekim hukukumuzda da yasa- idari işlem ilişkisi yasanın hiyerarşik üstünlüğü ilişkisi ile

açıklanmaktadır. Anılan ilişki yasama organı ve yürütme organı açısından farklı yükümlülükleri ortaya çıkaracaktır. Bu hususta öncelikle yasama organı Anayasaya aykırı olmamak kaydıyla istediği konuda düzenleme yapabilirken, yürütme organı sadece kanunu uygulamakla yetinecektir. Dolayısı ile ilke uyarınca yasanın uygulanması hususu idareye sadece hiyerarşik üstün olan yasanın verdiği yetkilerle ve yasanın çizdiği sınırlar içerisinde takdir hakkı tanımaktadır (Canyaş, 2013: 101).

Anayasa Mahkemesi 9 Temmuz 1961 tarihinde kabul edilen 1961 anayasası ile Türk siyasi hayatına girmiştir. Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri 6216 sayılı Kanunun mahkemenin görev ve yetkileri yan başlıklı 3.maddesinde dokuz bent halinde sayılmıştır. Hukuk devletinin gelişiminin en önemli sonucu olarak ifade edebileceğimiz anayasa yargısı, doğrudan doğruya anayasaya uyulmasını sağlamak amacını güden her türlü yargı işlemi veya kanunlar başta olmak üzere bir takım anayasanın hiyerarşik olarak altında yer alan işlemlerin anayasaya uygun olup olmadıklarını çeşitli yollarla denetlenerek anayasaya aykırılığın önlenmesi veya giderilmesi olarak ifade edilebilir (Yazıcı, 2012: 148-149). Anayasa Mahkemesi bu temel görevi, esasen soyut norm denetimi, somut norm denetimi ve anayasa şikâyeti de denen ülkemizde uygulamaya yeni konulan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluyla gerçekleştirmektedir.

2.1. Bireysel Başvuru Yolu (Anayasa Şikâyeti)

Bireysel başvuru yolu, temel hakları ve özgürlükleri yasama, yürütme ve yargı organları tarafından ihlal edilmesi sonucu, bireylerin başvurdukları olağanüstü bir kanun yolu olarak tanımlanmaktadır (Kılınç, 2008: 23). Bireysel başvuru yolu, Anayasa Mahkemesinin yasaların anayasaya uygunluk denetimi yolu olmayıp, mahkeme içtihatlarının hukuka uygunluğunu denetleyen bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle bireysel başvuru yolu istisnai bir hak arama yolu olmakla birlikte, yargı kararlarının her yönden incelemeye tabi tutulacağı ve her konuda başvuru yapılabilecek yargı yolunun devamı niteliğinde bir temyiz mercii değildir (Yüce, 2019: 129). Türkiye'de bireysel başvuru yolunun hukuk sistemine dâhil edilmesine yönelik uzun yıllar süren tartışmalar gerçekleştirilmiştir. Nitekim bu tartışmaların neticesinde, 12 Eylül 2010 tarihinde bu mekanizma halkoylamasına sunulmuştur. Bunun sonucunda kabul edilen bireysel başvuru yolu, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un geçici 1/8. fıkrasında *"Mahkeme, 23.09.2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler."* demek suretiyle Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları kabul etmesi 23.09.2012 tarihinden sonra kesinleşen işlem ve kararları değerlendirmeye alabileceğini ortaya koymaktadır. Bu nedenle belirtilen tarihten önce

kesinleşen nihai işlem ve kararlar hukuk güvenliği ilkesinin bir gereği olarak Mahkeme'nin yetkisinin geriye yürür şekilde uygulanmaması amacıyla bireysel başvuruya konu olamayacaktır ya da başvuruya konu olsa dahi zaman yönünden reddedilmesi gerekecektir (B. No: 2012/51, § 18, 25.12.2012; B. No: 2012/829, § 24, 05.03.2013.).

6216 sayılı Kanun'un "Bireysel başvuru hakkı" kenar başlıklı 45/1 fıkrası, *"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir."* şeklindedir. Bu kanun hükmüne göre bir değerlendirme yapacak olursak bir anayasal hak ihlali iddiasının Anayasa Mahkemesinin konu bakımından yetkisi dâhilinde olabilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi ve ayrıca başvurucunun ihlal iddiasına temel alınan hakkın kapsamına giren korunmaya değer bir menfaatinin bulunması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi imkânı bulunmamaktadır (B. No. 2012/1049, 26.3.2013, § 18; B. No: 2013/3351, § 31, 18.9.2013). Bu durumdan anlaşılası gereken bireysel başvuruya konu işleme ilişkin itirazın gerçekleştiği hususun sadece Anayasa da ya da sadece taraf olduğunuz sözleşme de düzenlenmiş olması yeterli olmayıp ilgili temel hak özgürlüğün hem kanunda hem de sözleşmede düzenlenmiş olması gerekecektir. Kanun, yönetmelik gibi genel düzenleyici ya da Anayasa yargısı denetimi dışında tutulan işlemler başvuruya konu olamayacaktır (Yüce, 2019: 139). Genel olarak bireysel başvuruya konu olabilecek haklar olursak adil yargılama hakkı *(mahkemeye erişim hakkı, makul sürede yargılama hakkı, hakkaniyete uygun yargılama hakkı, çelişmeli yargı ilkesi, silahların eşitliği ilkesi, gerekçeli karar hakkı, Susma ve delil sunmaya zorlanmama hakkı)*, yargı bağımsızlığı ilkesi, mülkiyet hakkı, yaşama hakkı, suç ve cezaların kanuniliği hakkı, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, düşünce-ifade-din ve vicdan hürriyeti, özel ve aile hayatına saygı hakkından oluşmaktadır (Şirin, 2018: 75-113).

Temel hak ve özgürlüklere saygı, devletin tüm organlarının uyması gereken bir ilke olup bu ilkeye uygun davranılmadığı takdirde, ortaya çıkan ihlale karşı öncelikle yetkili idari mercilere ve derece mahkemelerine başvurulmalıdır. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, ikincil nitelikte bir kanun yoludur. Temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle genel yargı mercilerinde, olağan yasa yolları ile çözüme kavuşturulması esastır. Bireysel başvuru yoluna, iddia edilen hak ihlallerinin bu olağan denetim mekanizması içinde giderilememesi durumunda

başvurulabilir. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için öncelikle iç hukukta düzenlenen başvuru yollarının tüketilmesi zorunludur. Bu ilke uyarınca, başvurucunun Anayasa Mahkemesi önüne getirdiği şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve adli mercilere usulüne uygun olarak iletmesi ve bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunması ve aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir. Bireysel başvurunun ikincil niteliğinin bir sonucu olarak olağan kanun yollarında ve genel mahkemeler önünde dayanılmayan iddialar Anayasa Mahkemesi önünde şikâyet konusu edilemeyeceği gibi genel mahkemelere sunulmayan yeni bilgi ve belgeler de Anayasa Mahkemesine sunulamaz (B.No. 2012/946, 26.03.2013, § 17- 20).

Bireysel başvuru yolunun, Anayasa'nın 148. maddesi ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesi uyarınca maddi şartları aşağıda şu şekilde sıralanmaktadır (Ekinci ve Sağlam, 2012: 21-25):

- Bireysel başvuru yolunun kullanılabilmesi için, başvuran kimsenin öncelikle Türk vatandaşı olması ve güncel- kişisel bir hakkının doğrudan etkilenmiş olması gerekmektedir.
- Bireysel başvuru yolunu, medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olan tüm gerçek ve tüzel kişilerin yapabileceği hükme bağlanmıştır. Kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuruda bulunmasına imkân sağlanmamıştır.
- Söz konusu ihlal, kamu gücü tarafından bir eylem ya da işlemin yapılması veya yapılmaması neticelerinde ortaya çıkan olumlu veya olumsuz davranışlar şeklinde görülebilmektedir.
- Bireysel başvuru yolunun kullanılabilmesi adına olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, başvurucunun hakkını ilk olarak diğer yargı organları önünde araması gerekmektedir. Bunlardan sonuç elde edememesi durumunda bu mekanizmayı kullanması mümkündür.

6216 sayılı Kanun'un *"Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar"* kenar başlıklı 46/1. Fıkrasına göre bir kişinin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmesi için üç temel ön koşulun birlikte bulunması gerekmektedir. Bu önkoşullar, başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da ihmalinden dolayı, başvurucunun "güncel bir hakkının ihlal edilmesi", bu ihlalden dolayı kişinin *"kişisel olarak"* ve *"doğrudan"* etkilenmiş olması ve bunların sonucunda başvurucunun kendisinin *"mağdur*" olduğunu ileri sürmesi gerekir (B. No: 2013/1977, 9.1.2014, § 42; B. No: 2014/9053, 7.7.2015, § 15). Doktrinde ve

Yargıtay içtihatlarında, bir haksız eylemin yöneldiği kişinin kimliğinin açıkça belli edilmediği hallerde, eylemin bu kişiyle ilgili olup olmadığına "eylemle kişi arasında irtibat sağlama, bunları ilişkilendirme; eylemin kimi hedeflediğini belirleme" gibi yöntemler esas alınmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 34. maddesinde yer alan *"mağdur"* kelimesi ile ihtilaf konusu eylem ya da ihmalden doğrudan etkilenen kişinin kastedildiği pek çok kararında görülmektedir (Brumarescu/Romanya [BD], B. No: 28342/95, 28.10.1999, § 50; B. No: 2014/9053, 7.7.2015, § 16). 6216 sayılı Kanun'un "Kararlar" kenar başlıklı 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre Anayasa Mahkemesi, kendisine yapılan bireysel başvuru hakkında ihlal kararı vermesi durumunda kamu gücünün yerine geçerek idari işlem ve eylem niteliğinde karar vermeksizin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yönelik yapılması gerekenlere hükmedebilmektedir. Ayrıca ihlal mahkeme kararından kaynaklanmış ise yeniden yargılama yapılarak ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasında hukuki yarar bulunması durumunda yeniden yargılama yapmak için dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verebildiği gibi, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hallerde başvurucu lehine tazminata hükmedebilir veya genel mahkemelerde tazminat davası açılması yolunu da gösterebilir (B. No: 2012/1123, 26.6.2014, § 34).

3.ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI ÇERÇEVESİNDE KAMU ALIMLARINDAKİ TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜK İHLALLERİ

3.1. Kamu Alımlarında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu

3.2. Kamu Alımları ve Anayasadaki Yeri

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruya ilişkin hususun yasalaşmasından sonra yani 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren 30 Eylül 2019 tarihine kadar ki süreci içeren Anayasa Mahkemesi tarafından yayınlanan Bireysel Başvuru İstatistiklerine ilişkin raporda toplam başvuru sayısının 244.783 kişi olduğu bunlardan 197.761 tanesinin karara bağlandığı açıklanmıştır. Bu kararlardan 5.699 adedi ihlal kararıdır. Aynı tarih aralığında kamu alımları ile ilgili ise toplam 6 adet başvuru karara bağlanmış olup bu kararlardan sadece 1 tanesi için ihlal kararı verilmiştir (Anay., 2019).

Tablo 1. Genel Olarak ve Kamu Alımlarında Bireysel Başvuru Sayısı

		2012	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**	**2017**	**2018**	**2019**	**Toplam**
Genel	**Yapılan Başvuru**	1.342	9.897	20.578	20.376	80.756	40.530	38.186	33.118	244.783

	Sonuçlandırılan Başvuru	4	4.924	10.926	15.371	16.059	89.653	35.373	25.415	197.761
	Karşılama Oranı	%0	% 50	% 53	% 75	% 20	% 221	% 93	%77	%80,8
Kamu Alımları	**Sonuçlandırılan Başvurular**	-	-	-	3	1	-	2	-	6

Kaynak: Bireysel Başvuru istatistiklerinden faydalanılarak tarafımca oluşturulmuştur.

Genel olarak ihlal kararları içerisinde en fazla ihlal kararının verildiği hak 4.269 (% 52) ile Adil Yargılama Hakkı olurken 2.480 (% 30) ihlalle Mülkiyet Hakkı ikinci sırada, 548 (% 7) ihlalle de İfade Özgürlüğü üçüncü sırada yer almaktadır. Adil yargılama hakkı içerisinde en büyük pay 2339 (%19) karar ile Makul Sürede Yargılama Hakkına ilişkindir. Adil Yargılama Hakkı içerisinden Makul Sürede Yargılama Hakkı çıkarıldığında Adil Yargılama Hakkı 1930 ihlal (%33) kararı ile 2.480 (%30) ihlal kararı verilen Mülkiyet Hakkının gerisine düşerek ikinci sıraya yerleşmektedir (Anay., 2019). Tablo 2 incelendiğinde ise, 4734 sayılı Kanun çerçevesinde kamu alımları ile ilgili, 30 Eylül 2019 tarihine kadar yapılan başvurular incelendiğinde ise 7 başvuru ile en çok başvurunun Adil Yargılama Hakkına ilişkin olduğu akabinde 2 başvuru ile Mülkiyet Hakkına İlişkin başvurunun yapıldığı akabinde ise Suç Ve Cezaların Kanuniliği İlkesi ile Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına ilişkin başvurular yapıldığı görülmektedir. Bu ilkelerin alt görünümleri açısından dağılıma bakıldığında ise 2'şer mülkiyet hakkı ve mahkemeye erişim hakkı, 1'er Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, makul sürede yargılama hakkı, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı ve gerekçeli karar hakkı başvurusu yapılmış olup ayrıca 2 ayrı başvuru da ise kapsam dışındaki haklar dolayısıyla da başvuru yapılmıştır. Başvurular incelendiğinde sadece makul sürede yargılama hakkına ilişkin ihlal kararı verildiği diğer hak ihlallerine ilişkin hususlarında ise 5 açıkça dayanaktan yoksunluk, 3 başvuru yollarının tüketilmemesi, 2 konu bakımından

yetkisizlik ve 1'er adette zaman bakımından yetkisizlik ve ihlal olmadığı kararı verildiği görülmektedir.

Genel anlamda alınan kararlarla ilgili bir değerlendirme yapıldığında kararların 176.150'sinde kabul edilemezlik kararı verildiği 11.913'ünde idari ret, 8.038'inde en az bir hakkın ihlal edildiği, 1145'inde düşme, dosya kapatma, başvurunun reddi kararı verildiği, 495'inde ise hakkın ihlal edilmediği kararı verilmiştir. Kamu alımları ise, kararların 4'ünde kabul edilemezlik kararı verildiği, 1'inde ihlal olmadığı kararı verilirken sadece 1 kararın ihlal kararı olduğuna karar verilmiştir. Alt görünüm şekilleri açısından açıklanacak olursa 4 kabul edilemezlik kararlarının 2 tanesi Mahkemeye Erişim Hakkına ilişkinken 1'er tanesi ise, Mülkiyet Hakkı, Gerekçeli Karar Hakkı ve kapsam dışı haklara ilişkindir. Ayrıca ihlal olmadığına dair karar Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Hakkı, Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi ve kapsam dışı haklarla ilgili verilmiştir. Son olarak tek ihlal kararı ise Makul Sürede Yargılama Hakkına ilişkin verilmiştir.

Tablo 2. Kamu Alımları Süreciyle İlgili Olarak Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru

Hak	**Müdahale**	**Sonuç**	**Giderim**
Mahkemeye Erişim Hakkı	Mahkemeye erişim hakkına ilişkin özelleştirilmemiş müdahale iddiası *"İdari işlemden doğan zararın tazmini istemiyle açtığı tam yargı davasının, başvurucunun usulsüz idari işlemin kendisine tebliğ ya da haberdar olduğu tarihten itibaren 60 gün içinde dava açma hakkını kullanmadığı için süre aşımından reddedilmesi"*	Açıkça Dayanaktan Yoksunluk	-
Mahkemeye Erişim Hakkı	Mahkemeye erişim hakkına ilişkin özelleştirilmemiş müdahale iddiası *"7201 sayılı K. 21md. Gereği tebligatın hukuka uygun olduğu ve tebliğe bağlı süre aşımı ihlali"*		
Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi	Kanunilik İlkesine İlişkin Müdahale İddiası *"4734 say. K. Yasaklılık Halleri yan başlıklı 11.md. ve ihalelerin feshinde izlenecek yöntemler 21.md hükmü"*		

Adil Yargılama Hakkı	Gerekçesiz karar verilmesi *"Üst derece mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kanunen belirlenen süre içerisinde dava açılmaması gerekçesini aynen kabulü"*		
Mülkiyet Hakkı *(2 Ayrı Başvuru)*	Kamu ihalelerine ilişkin müdahale iddiası *"idari yolların tüketilmesine karşın yargı yolu tüketilmeden bireysel başvuru yoluna gidilmesi"*	Başvuru Yollarının Tüketilmemesi	-
Adil Yargılama Hakkı	Gerekçesiz Karar Verilmesi *"Mahkeme gerekçe olarak kanunen belirlenen süre içerisinde dava açılmamasını kabul etmiştir."*		
Makul Sürede Yargılama Hakkı	Bu hakka ilişkin özelleştirilmemiş müdahale iddiası *"İhaleye fesat karıştırmaya yönelik çeşitli suçlardan yargılanan başvurucunun usul işlemlerinin niteliği başvuruya konu yargılamanın karmaşık olduğunu ortaya koymakla birlikte davaya bütün olarak bakıldığında somut başvuru açısından farklı bir karar verilmesini gerektirecek bir yön bulunmadığı ve söz konusu yargılama sürecinde altı yılı aşkın süredir devam eden makul olmayan bir gecikmenin olduğu"*	İhlal	Manevi tazminat *"Tazminat ödenmesi ve yargılama giderleri iadesi"*
Özel hayatın ve Aile Hayatının Korunması Hakkı	Adli sicil arşiv kaydı esas alınarak ihale süreci sonunda idarenin sözleşmeyi feshedilmesi "*5352.say K. "Adli sicil bilgileri verilebilecek olanlar" yan başlıklı 7.madde; Kamu kurum ve kuruluşlarına, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına, verilebilir."*	İhlal olmadığı	-
Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı	Suç isnadına bağlı- tutukluluk süresinin makul süreyi aşmasına ilişkin müdahale iddiaları *"Mahkemenin vermiş olduğu mahkûmiyet kararı sonrasındaki bu tutma hâli, Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasındaki "mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların yerine getirilmesi" kapsamında*	Zaman Bakımından Yetkisizlik	-

	olması nedeniyle şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olması"		
Kapsam Dışı Haklar	Kanun hükmü (*59.md*) ve yönetmeliğin (*16.md*) Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası *"Norm Denetimi Başvurusu"*	Konu Bakımından Yetkisizlik	-
Kapsam Dışı Haklar	İhale sözleşmesinin haksız yere feshi nedeniyle *"çalışma ve sözleşme hürriyetinin ihlal"* edildiği	Konu Bakımından Yetkisizlik	-

Kaynak: Anayasa Mahkemesi kararlar bilgi bankasından bireysel başvuru kararlarından alınan bilgilerle tarafımızca oluşturulmuştur.

Kamu alımları açısından bireysel başvuru yolunun ele alındığı Tablo 2 incelendiğinde ihlal kararının sadece Makul Sürede Yargılama Hakkına ilişkin verilmiş olması ve diğer hak ihlal başvurularının ise Mahkemeye Erişim Hakkı İhlali ile ilgili olarak iki ihlal başvurusunun ilkinde İdari işlemden doğan zararın tazmini istemiyle açtığı tam yargı davasının, *"başvurucunun usulsüz idari işlemin kendisine tebliğ ya da haberdar olduğu tarihten itibaren 60 gün içinde dava açma hakkının kullanılmaması nedeniyle"*, diğerinde ise "*7201 sayılı K. 21md. gereği tebligatın hukuka uygun olduğu ve tebliğe bağlı süre nedeniyle"* süre aşımı olması nedeniyle açıkça dayanaktan yoksun sayıldığı; Adil Yargılama Hakkına ilişkin iki ayrı başvuru da ilkinde *"Üst derece mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kanunen belirlenen süre içerisinde dava açılmaması gerekçesini aynen kabulü"* nedeniyle gerekçesiz karar verme iddiasının açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar verilirken ikincisinde gerekçesiz karar iddiasına *"mahkemeye kanuni süre içerisinde dava açılmadığı kararının gerekçe olduğu"* kararı verilerek kanuni yolların tüketilmediği kararı verildiği; Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi ihlali başvurusunda ise "*4734 say. K. Yasaklılık Halleri yan başlıklı 11.md. ve ihalelerin feshinde izlenecek yöntemler 21.md hükmü"* gerekçesi ile kanunilik ihlali iddiası açıkça dayanaktan yoksun kabul edilmiştir. Mülkiyet Hakkı başvurusu ile ilgili iki ayrı başvuru da ise *"idari yolların tüketilmesine karşın yargı yolu tüketilmeden bireysel başvuru yoluna gidilmesi"* nedeniyle başvuru yollarının tüketilmediği kararı verildiği; Adli sicil arşiv kaydı esas alınarak ihale süreci sonunda idarenin sözleşmeyi feshedilmesi iddiasıyla Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Hakkı ile ilgili ihlal başvurusunda *"5352.say K. "Adli sicil bilgileri verilebilecek olanlar" yan başlıklı 7.madde; Kamu kurum ve kuruluşlarına, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına, verilebileceği"* kararıyla ihlal olmadığı kararı verilirken ayrıca 4734 sayılı Kanun hükmü (59.md) ve yönetmeliğinin (16.md)

Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile *"Norm Denetimi Başvurusu"* ve İhale sözleşmesinin haksız yere feshi nedeniyle *"çalışma ve sözleşme hürriyetinin ihlal"* başvurusu bireysel başvuruya kapsam dışı hak başvurusu olması nedeniyle konu bakımından yetkisizlik kararı verildiği görülmektedir.

Kamu alımı süreci ile ilgili örnek bireysel başvuru incelendiğinde özellikle ihlal kararının verildiği başvurunun incelenmesi, sürecin ve bireysel başvuru yoluna Anayasa Mahkemesinin yaklaşımının tespiti açısından yerinde olacaktır (B.No. 2013/6796, 15/10/2015); "*Başvurucu yürütülen soruşturma kapsamında 1/7/2009 tarihinde gözaltına alınmış ve 4/7/2009 tarihinde tutuklanmıştır. Başvurucu suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve yönetme ve ihaleye fesat karıştırma suçlarından kamu davası açılmış ve başvurucu 18/02/2010 tarihinde taliye edilmiştir. Başvurucu 26/2/2013 tarihli kararıyla dokuz ayrı ihaleye fesat karıştırmaktan dokuz kez 4 yıl 2 ay hapis cezası ile bir ihale yönünden ise ihalede kamu zararına sebebiyet verildiğinden 6 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, diğer suçlardan beraatına ve hükümle birlikte tutuklanmasına, başvurucu şirketlerin üzerlerine atılı ihaleye fesat karıştırmak suçunu işlediklerinin sabit olması nedeniyle 4734 sayılı Kanunun 58. maddesi uyarınca kamu kurum ve kuruluşlarının ihalesine katılmalarının ikişer yıl süre ile yasaklanmasına karar verilmiştir. Daha sonra başvurucu 17/6/2013 tarihli dilekçesiyle infazın durdurulması ve tutukluluğun kaldırılması istemiyle başvurmuş ancak infaz hakimliğinin karar vermeye yetkili olmadığını belirterek tahliye talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına itiraz yolu açık olmak üzere karar vermiştir. Başvurucunun bu karara itiraz etmesi üzerine talep hakkında karar verilmesine yer olmadığına ve talep hususunda değerlendirme yapmak üzere talep dilekçesinin Yargıtay 5. Ceza Dairesine gönderilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu karar 23/7/2013 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Anılan karar temyiz edilmiş olup temyiz incelemesi hâlen devam ederken başvurucu 23/8/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Başvurucunun iddiası uzun bir süredir tutuklu olduğunu, tutukluluğunun kanuni süreyi aştığını, yargılamasının makul olmayan bir süredir devam ettiğini belirterek adil yargılanma ile kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu şirketler ise haklarında verilen bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmalarının iki yıl süre ile yasaklanması kararının infazının sona ermesine rağmen yasağın hâlen devam ettiğini, bu yasaklama kararının başlangıç ve bitiş tarihlerinin ilk Derece Mahkemesi kararında yer almadığını, bu eksikliklerin ek karar ile giderilmesi taleplerinin dikkate alınmadığını belirterek adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.*

Bu iddialar karşısında öncelikle;

- 1/7/2009 ile 18/2/2010 tarihleri arasındaki tutukluluk hâli yönünden; 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama

Usulleri Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinin (8) numaralı fıkrası şöyledir: "Mahkeme, 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler." hükmü nedeniyle zaman bakımında yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verildiği,

- 26/2/2013 tarihinden sonraki tutukluluk hâli yönünden ise, Anayasa'nın 19. maddenin birinci fıkrasında herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu, ikinci ve üçüncü fıkralarında ise bireylerin bu haktan şekil ve şartları kanunda gösterilen bazı istisnai durumlarda mahrum edilebileceği kuralı yer almaktadır (B. No: 2012/338, 2/7/2013, § 38). Buna göre hürriyetten yoksun bırakılma ancak Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında belirlenen durumlardan birinin varlığı hâlinde söz konusu olabilir (B. No: 2012/348, 4/12/2013, § 39). Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların yerine getirilmesi" amacıyla kişilerin hürriyetinden yoksun bırakılması maddenin ikinci fıkrasında sayılan hâllerden biri olduğundan dolayı şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmemiştir.

- Şirketlerin ihalelere katılma yasağına ilişkin şikâyetleri yönünden, başvurucunun temyiz incelemesi süreci devam ederken bireysel başvuru yoluna gitmesi nedeniyle –"kanunda öngörülmüş yargısal başvuru yollarının tamamı tüketilmeden bireysel başvuru yapıldığı anlaşıldığından"- başvurunun bu kısmının başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.

- Örgüt kurma ve yönetme ve ihaleye fesat karıştırma suçundan hakkında açılan kamu davasında makul sürede yargılama yapılmadığını belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddiası ile ilgili olarak verilen kararda ceza muhakemesinde yargılama süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken sürenin başlangıcı, bir kişiye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirilmesi veya isnattan ilk olarak etkilendiği arama ve gözaltı gibi birtakım tedbirlerin uygulanması anıdır. Somut başvuru açısından bu tarih, başvurucunun göz altına alındığı 1/7/2009 tarihidir. Davanın karmaşıklığı, yargılamanın kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurucunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar, bir davanın süresinin makul olup olmadığının tespitinde göz önünde bulundurulması gereken kriterlerdir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, §§ 41-45). Başvuruya konu davanın mahiyeti nedeniyle icrası gereken usul işlemlerinin niteliği başvuruya konu yargılamanın karmaşık olduğunu ortaya koymakla birlikte davaya bütün olarak bakıldığında somut başvuru açısından farklı bir karar verilmesini gerektirecek bir yön bulunmadığı ve söz konusu yargılama sürecinde altı yılı aşkın süredir devam eden makul olmayan bir gecikmenin olduğu sonucuna varılmıştır."

Konumuz itibariyle 4734 sayılı Kanuna tabi olan idari işlem ve eylemlerden dolayı ortaya çıkan hak ihlallerini ele aldıktan sonra geniş kapsamda 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmesi Kanununa ilişkin olarak ihlal kararlarını da kısaca incelememiş konu bütünlüğü açısından yerinde olacaktır. Devlet İhale Kanunu açısından 6 adet bireysel başvuru kararı olduğu bu kararlar içerisinde hak ihlali başvurularının 5 tanesinin açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle, 2 tanesinin başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle, 1'er tanesinin ise konu bakımından yetkisizlik ve ihlal olmadığı nedeniyle reddedildiği görülürken ayrıca 3 adette ihlal kararı verilmiştir. İhlal kararlarının 2'si Mülkiyet Hakkına ilişkin olup her birinde giderim kararı olarak yeniden yargılama kararı verilen başvurulardan ilki "*mal müdürlüğünce yapılan açık artırmada satın atılan tescilli taşınmaza ilişkin tapu kaydının hiçbir yere uymaması iddiası"*na ilişkinken ikincisi *"tapuda Maliye Hazinesi adına kayıtlı taşınmaz üzerinde başvurucu tarafından yetiştirildiği belirtilen kayısı ağaçları ile üzüm asmasının Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünce- DSİ sulama kanalı geçirilmesi sırasında zarar görmesi ve bu zararın tazmini istemiyle açılan tazminat davasının da reddedilmesi nedenleriyle eşitlik ilkesinin ve mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiası"*na ilişkindir. Bir diğer ihlal kararı ise Makul Sürede Yargılama Hakkına İlişkin olup *"yargılamanın uzun sürmesinde, başvurucuya atfedilecek bir kusur bulunmadığı anlaşılmakta olup, söz konusu sekiz yıl bir ayı aşan yargılama sürecinde makul olmayan bir gecikmenin olduğu sonucuna varılarak"* manevi tazminatın hükmedilmesine karar verilmiştir. 4735 sayılı Kanun çerçevesinde bireysel başvuruları incelediğimizde 2 adet kararın yer aldığını görmekteyiz. Yapılan ihlal başvuruları açısından değerlendirdiğimizde ise 3 açıkça dayanaktan yoksunluk, 2 ihlal olmadığı ve 1'er adet de başvuru yollarının tüketilmediği ve konu bakımından yetkisizlik kararı verildiği başvurular içerisinde hiçbir hak için ise ihlal kararı verilmediği görülmektedir. Son olarak 2886 Sayılı Kanun kapsamında en çok ihlal başvuru yapılan hak, 3 başvuru ile Mülkiyet Hakkı (2 ihlal kararı, 1 başvuru yollarının tüketilmemesi kararı) ve Mahkemeye Erişim Hakkı (1 açıkça dayanaktan yoksunluk, 1 ihlal olmadığı, 1 konu bakımından yetkisizlik kararı) olurken 2'şer başvuru ile Adil Yargılama Hakkı (2 açıkça dayanaktan yoksunluk kararı) ve uzantısı Hakkaniyete Uygun Yargılama Hakkı (2 açıkça dayanaktan yoksunluk kararı) yer almakta ayrıca 1 başvuru ile Ayrımcılık Yasağı (açıkça dayanaktan yoksunluk kararı) son sırada yer almaktadır. 4735 sayılı Kanun'da ise, 1'er adet Makul Sürede Yargılama Hakkı (başvuru yollarının tüketilmemesi kararı), Mülkiyet Hakkı (ihlal olmadığı kararı), Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi (açıkça dayanaktan yoksunluk kararı), Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Hakkı (ihlal olmadığı kararı), Gerekçeli Karar Hakkı (açıkça dayanaktan yoksunluk) ve kapsam dışı haklarla (konu bakımından yetkisizlik) ilgili başvuru yapıldığı görülmektedir.

SONUÇ

Devletler, yaşanan neoliberal politik dönüşüme rağmen ekonomi içerisinde temel aktör olmaya devam etmektedir. Neoliberal politikaların etkisi ile devletin politik anlayışının üreten ve hizmeti taşıyan devlet anlayışından üretileni ve hizmeti yöneten ve kamu hizmeti amacına yönelip piyasadan talep eden bir konuma doğru evirildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Devletçi politikaların kabul gördüğü dönemlerde kamu hizmeti götürme amacına yönelik olarak üretim ve hizmeti hemen hemen her alanda üstlenen devlet bugün bazı tekeller hariç neredeyse tüm alanlarda piyasanın profesyonel üreticilerinden faydalanmayı tercih eder konuma gelmiştir. Böyle bir durumda devlet, ekonominin değişmez aktörü olarak piyasanın içinde yer almaya devam ederken aynı zamanda izlediği politikalar ile de serbest piyasanın etkin bir şekilde işlemesi açısından da önemli bir noktada durmaktadır. Politika belirleyicilerden birisi olarak karşımıza çıkan kamu alımları da bu süreç içerisinde oldukça stratejik bir role sahiptir. 4734 sayılı Kanun ile düzenlenmiş olan kamu alımları kamu hizmetinin özel bir görünümü olarak mal ve hizmetin üretimi ve yapımı konusunda yardım talep edilen piyasadaki üreticiler açısından bu hizmete katılmak açısından temel bir hakkı içermektedir. Bu hususta *"Hizmete girme"* yan başlıklı 70.maddesi hükmü, *"Temel hak ve hürriyetlerin niteliği"* yan başlıklı 12.madde fıkrası gereğince her Türk vatandaşının kamu hizmetine girme hakkı güvence altına alınmıştır. Ayrıca 4734 sayılı Kanunun *"Temel ilkeler"* yan başlıklı 5.maddesi gereğincede eşit rekabet fırsatının sağlanması ve verimli, etkin ve ekonomik sürecin sağlanması hedeflenmiştir. Bu bağlamda kamu alımları sürecinde kamu gücü kullanılarak yaşanabilecek hukuka aykırı işlemlerden ortaya çıkan hak kaybından dolayı; aday, istekli veya istekli olabilecek kişiler; temel hak ve özgürlüklere bağlı olarak ortaya çıkabilecek Anayasal haklarını arayabileceklerdir.

Anayasalar devletin kuruluşunu, şeklini, yapısını ve organlarını belirlemekle beraber organlar arasındaki ilişkileri ve devlet ile vatandaş arasındaki ilişkilerin belirlenmesi konusunda da önemli rol oynamaktadırlar. 1982 Anayasası da Türkiye Cumhuriyeti açısından bir nizamname ve temel yürütücü görevi görmekte, vatandaşın korunması içinde içerisinde uluslararası normlara uygun olarak birçok temel hak ve özgürlük barındırmaktadır. Nitekim bu haklar başlangıç metnin de *"Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu"* hükmü ile açıklanmış ayrıca devletin amaç ve görevleri başlıklı 5.madde de ise *"Devletin temel amaç ve görevleri, ... kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette*

sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır." hükmü ile de devleti temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında görevlendirmiştir. Devletin bu yükümlülüğü gereğince uzun yıllar İHAM'da birçok dava ile yüz yüze kalması ve Anayasa Mahkemesini temel hak ve özgürlükler yönüyle denetleyici bir mahkeme haline getirme temennisi nedeniyle 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan referandumla birlikte Türk vatandaşları için ikincil bir yol olarak Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu kabul edilmiştir. Bireysel başvuru yolu, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un geçici 1/8. Fıkrası gereğince *"Mahkeme, 23.09.2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler."* ve aynı Kanun'un "Bireysel başvuru hakkı" kenar başlıklı 45/1 fıkrası gereğince bu yola sadece Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında yer alanlar için başvurulabilmektedir.

Kamu alımları sürecinde kamu gücü kullanılarak yaşanabilecek hukuka aykırı işlemlerden ortaya çıkan hak kaybından dolayı; aday, istekli veya istekli olabilecek kişiler öncelikle idari yolları ardından yargı yolunu tüketmeleri şartıyla, 1982 Anayasası'nda güvence altına alınmış, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerle ilgili ihlaller çerçevesinde bireysel başvuru yoluna gidebileceklerdir. Bu bağlamda yapılan başvurular değerlendirildiğinde kararların 4'ünde kabul edilemezlik kararı verildiği, 1'inde ihlal olmadığı kararı verilirken sadece 1 kararın ihlal kararı olduğuna karar verilmiştir. Alt görünüm şekilleri açısından açıklanacak olursa 4 kabul edilemezlik kararlarının 2 tanesi Mahkemeye Erişim Hakkına ilişkinken 1'er tanesi ise, Mülkiyet Hakkı, Gerekçeli Karar Hakkı ve kapsam dışı haklara ilişkindir. Ayrıca ihlal olmadığına dair karar Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Hakkı, Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi ve kapsam dışı haklarla ilgili verilmiştir. Son olarak tek ihlal kararı ise Makul Sürede Yargılama Hakkına ilişkin verilmiştir. Böyle bir tablo da kamu alımlarında bireysel başvuru sürecinin etkinliği değerlendirildiğinde idari başvuru yollarının etkin kullanıldığı, daha sonraki kamu alımı süreçlerinde idare ile karşı karşıya gelme tedirginliği, göze batma korkusu nedeniyle yargı yolunun çok fazla tercih edilmediği, olağan yolların tüketilmeden başvuru yapılması ve hangi konularla ilgili bireysel başvuru yoluna başvurulacağını bilinmemesi, nedeniyle bireysel başvuru yolunun etkin olarak kullanılmadığı görülmektedir. Sürecin etkin işlemesinin sağlanması adına idare ile ortaya çıkan uyuşmazlıklarda yüklenici ve isteklilerin haklarına ilişkin bir bildiri ihdas edilebilir, uyuşmazlıkların çözümü noktasında yüklenici ve isteklilerin hak kaybının önüne geçmek için yargı yolunu tercih etmelerinin kamu

alım işi başvurularında onlar için olumsuz referans oluşturacağı izleniminin önlenmesi açısından tedbirler alınabileceği gibi, toplumda ve özellikle kamu alım yüklenicileri ve istekliler açısından bireysel başvuru yolunun yeterince öğrenilebilmesi için gerek vekilleri gerekse gerçek kişilere bilinçlendirici eğitici bilgiler paylaşılması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

ATAR, Y. (2019). Türk Anayasa Hukuku, Seçkin Yayınevi, 13.Baskı, Ankara.

CANYAŞ, O. (2013) "Vergi İdaresinin Takdir Yetkisinin Saptanması", Vergi Hukukunda Genç Yaklaşımlar, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No: 2, Ed. Billur Yaltı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.

ÇİFTÇİ, B. Z. Ö. ve YILMAZ, H. H. (2019). "Kamu İhale Sürecinin Uyuşmazlık Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 74, No. 1, 109 – 133.

GÖZLER, K. (2018). Hukuka Giriş, Güncelleştirilmiş 11. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa.

KARATEPE, Ş. (2018). Anayasa Hukuku, Savaş Yayınevi, 1. Baskı, Ankara.

KILINÇ. B. (2008). "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği", Anayasa Yargısı 25.

KUTLU M. (1997). İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını No: 75, İzmir.

REGE V. (2001). "Transparency in Government Procurement Issues of Concem and Interest to Developing Countries", Journal of World Trade, 35(4), 489-515.

SCHOONER, S. L. (2002). "Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law", Public Procurement Law Review, 2: 103-110.

SEZGİNER, M. (2013). İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

ŞİRİN, T. (2018). Bireysel Başvuru Usul Hukuku, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi.

YAZICI, H. (2012). "Anayasa Mahkemelerinin Meşruiyetinin Güçlendirilmesi", Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, Ed. Alparslan Altan, Engin Yıldırım, Erdal Tercan vd., Tayfun Medya, Ankara.

YÜCE, M. (2019). Vergi Davalarında Bireysel Başvuru Rehberi, 1.Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.

B. No: 2012/51, § 18, 25.12.2012; B. No: 2012/829, § 24, 05.03.2013.

B. No. 2012/1049, 26.3.2013, § 18; B. No: 2013/3351, § 31, 18.9.2013.

B. No. 2012/946, 26.03.2013, § 17- 20.

B. No: 2013/1977, 9.1.2014, § 42; B. No: 2014/9053, 7.7.2015, § 15.

Brumarescu/Romanya [BD], B. No: 28342/95, 28.10.1999, § 50; B. No: 2014/9053, 7.7.2015, § 16.

B. No: 2012/1123, 26.6.2014, § 34.

B. No: 2012/13, 2/7/2013, §§ 41-45.

B. No: 2012/348, 4/12/2013, § 39.

B. No: 2012/338, 2/7/2013, § 38

3.4.2011 Tarih ve 27894 Sayılı Resmi Gazetede Yayınlanan 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun.

TC Anayasa Mahkemesi Başkanlığı (ANAY), Bireysel Başvuru İstatistikleri, 23/09/2012- 30/09/2019, https://www.anayasa.gov.tr/tr/bireysel-basvuru/istatistikler/, (ET. 14/10/2019).