

HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ BAĞLAMINDA KAMU İHALE İŞLEMLERİNE KARŞI TEMİNAT ÖDENMESİ ŞARTI İLE TANINAN İTİRAZEN ŞİKÂYET HAKKI

İlhami ÖZTÜRK*

Müjgan KARYAĞDI**

Giriş

Anayasa'nın 2. maddesine göre; Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin temel niteliklerinden biri olan hukuk devleti;¹ insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, toplum hayatında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve bu düzeni sürdürmekle kendini yükümlü sayan, hukuk güvenliğini sağlayan bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine tabi olan devlettir.

Demokratik hukuk devletlerinde tam bir mutabakatla benimsenen hukuka uygun idare ilkesi ve bu konuda sağlanan anayasal güvencele-
re rağmen idari yetkilerin kullanımı sırasında her zaman hukuka aykırı işlemler tesis edilebilmesi olasılığı vardır. Hukuka uygun idare, idarenin de varlığı ve devamlılığı bakımından gerekli olduğundan, sistemin istikrara kavuşturulması ve kurumsallaşmasında özellikle idari yargı, etkili bir kurum olarak ortaya çıkmaktadır.

* Sermaye Piyasası Kurulu üyesi.

** Danıştay Tetkik Hakimi

¹ Hukuk devleti tanımlamasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Anayasa Mahkemesi kararları: 11.10.1963, E.1963/124, K.1963/243, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 1, s. 348, 27.3.1986, E.1985/31, K.1986/11, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, sayı:22, s.115, 21.06.1991, E.1990/20, K.1991/17, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, sayı:28, s.100, 12.11.1991, E.1991/7, K.1991/43, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı: 27, s. 652.

Hukuk devletinin kurumsallaşmasına yönelik çabaların amacına ulaşması, anayasal güvenceye bağlanmış hak arama hürriyetinin temini, öncelikle yargı mercilerine intikal etmiş uyuşmazlıkların *nesnel ve hukuksal anlamda* tam olarak aydınlatılmasını gerektirmekte olup üstlendiği misyon gereği idari yargıda görülecek davalar mümkün olduğunca ön koşullardan arındırılmış olmalıdır.

Günümüzde, mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinden oluşan kamu alımlarının tutarı ile bunların ekonomik ve sosyal etkileri birlikte değerlendirildiğinde kamu ihalelerinin taşıdığı büyük önemin yadsınamayacağı açıktır. Bu önem, kamu ihalelerine ilişkin idari işlem ve eylemlerin hukuk çerçevesinde yürütülmesini zorunlu kıldığından, ihale işlem ve süreçlerinde hem yönetsel hem de yargısal denetim en etkili biçimde işletilmelidir.

Kamu ihalelerinde ihale onayının alınmasından sözleşme imzalanmasına kadarki aşamada gerçekleşen eylem ve işlemlere karşı aday, istekli ve istekli olabilecekler tarafından idari dava yoluna başvurulabilmesi, bir idari denetim yolu olan itirazın şikâyet yolunun tüketilmesini gerektirmektedir. Öte yandan, Kamu İhale Kurulu'na yapılacak itirazın şikâyet başvurusu belli teminatın ödenmesi şartına bağlanmış olup, ödenmemesi ya da ödenmemesi nedeniyle itirazın şikâyet başvurusunun hiç ya da süresi içinde yapılamamış olması, dolaylı olarak dava açma hakkını da etkilemektedir. Bu durum, bir yandan idarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olduğu şeklindeki hukuk devleti ilkesini zedelerken, bir yandan da; Anayasa'nın 36. maddesi ile teminat altına alınan "*hak arama özgürlüğü*"nü sınırlandırmaktadır.

Hak arama özgürlüğünün, yargı organlarına başvuru hakkıyla sınırlanamayacağı ise ortadadır.² Anayasa'nın 36. maddesinin dışında, temel hak ve özgürlüklerin genel olarak korunmasını sağlayan 40. ve hak aramanın dilekçe ile gerçekleştirilmesini sağlayan 74. maddeleriyle getirilen düzenlemelerin de ortaya koyduğu üzere hak arama faaliyetinin yargı mercileri dışında gerçekleştirilebilmesi de olanaklıdır ve

² Faruk Erem, "Savunma Hakkının Kökeni", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1984/5, Yıl: 41, s.689; Muhsin Eren, "Sağlıklı Yaşam ve Hak Arama Özgürlüğü", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, Y. 47 1990-Ağustos, s. 606; Ender Kamil Boyacı, "Anayasalarımızda Hak Arama Özgürlüğü", *Yeni Adalet*, Y: 5, S. 32 Temmuz-Ağustos-Eylül, 1994, s. 8-9.

bu durum kaynağını doğrudan Anayasa'dan almaktadır.³ Bu nedenle itirazın şikâyet başvurusunun teminat şartına bağlanmış olması, hak arama özgürlüğünü sadece yargı mercileri önünde değil idari merciler önünde de kısıtlamaktadır.

Bu inceleme ile Kamu İhale Kurumu'na yapılan itirazın şikâyet başvurusu müessesesi ve bu müessesenin işletilmesini belli teminatın ödenmesi şartına bağlayan düzenlemeler, hukuk devleti, hukuka uygun idare ilkeleri ile hak arama özgürlüğü bağlamında değerlendirilerek analiz edilmeye çalışılmaktadır.

1. Kamu İhale Kurumu ve İtirazen Şikâyet Başvuru Hakkı

Avrupa Topluluğu Bakanlar Konseyi'nin 21 Aralık 1989 tarihli kararında; kamu ihalelerindeki hukuka aykırılıklara karşı başvuru hakkının sağlanması, bu başvurunun gereğine göre ihale veya sözleşmede yürütmenin idari yolla durdurulması, kararın iptali ve hakkı ihlal edilenlerin tazminat talebinde bulunabilmesi hususlarını gözetmek üzere üye ülkelerin bağımsız denetim ve tasdik organları kurmaları tavsiye edilmiştir. Dünya Bankası'nın Haziran 2001 tarihli; *"Ülke İhale Değerlendirme Raporu"*nda da; *"Devlet İhale Kanunu iyileştirilmiş bir şikâyet mekanizmasını içermeli; böylece teklif sahiplerine şikâyet dilekçesi ile ihale makamına başvurabilme hakkı ve gerekli olduğu takdirde bu şikâyetlerin bağımsız ve adli olmayan bir merci tarafından değerlendirilmesinin yapılması hakkı verilmeli"* şeklinde öneride bulunulmuştur. Avrupa Komisyonu Türkiye temsilciliği tarafından hazırlanan *"AB'de Kamu İhaleleri Raporu"*nda ise; *"Maliye Bakanlığı'nın kamu harcamalarının yönetimi ve mali kontrolü düzenlemesinden sorumlu olmasına karşın, kamu ihale usullerine uyulup uyulmadığını kontrol etmekle görevli bir merciin olmaması, bu konuda mahkemelerin yetkili olması, kamu ihalelerine ilişkin uygulamayı yönlendirecek ve şikâyetleri çözüme kavuşturacak eşgüdümü sağlayacak idari değerlendirmelerin yapıldığı, bağımsız nitelikte, bir birim oluşturulması"* önerilmiştir.⁴

Bu çerçevede kamu ihaleleri için şikâyet mekanizması geliştirilmiş ve bu konuda yetkili ve görevli olmak üzere Kamu İhale Kurumu oluş-

³ Onur Çetin, *Hak Arama Hürriyeti*, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilimdalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2007, s. 120-121.

⁴ *Kamu İhale Kurumu 2002 Yılı Faaliyet Raporu ve 2003 Yılı Çalışma Programı*, KİK Yayını, Ankara, Mart 2003, s. 28.

turulmuştur. AB gözden geçirme yönergeleri WTO GPA (m .XX/6) ve UNCITRAL Model Kanunu (m. 52-7) düzenlemelerine paralel olarak; ihalelere ilişkin işlem ve eylemlerin denetlenmesi, ihalelerdeki yolsuzlukların önlenmesi amacıyla bağımsız bir Kamu İhale Kurumu kurulması gerek uluslararası düzenlemeler, gerekse AB ülkeleri başta olmak üzere diğer ülkelerin ulusal düzenlemeleri dikkate alındığında son derece olumlu bir gelişmedir.⁵

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesi ile kurulan Kamu İhale Kurumu; kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kurum olarak oluşturulmuştur. Kurum, uluslararası ihale mevzuatına uyum sağlamak ve ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içinde idarece yapılan işlemlerde mevzuata aykırılık bulunduğu ilişkin şikâyetleri incelemek ve sonuçlandırmak, bütün ihale mevzuatını hazırlamak ve uygulamayı yönlendirmek, kamu ve özel sektöre eğitim vermek, ihalelerle ilgili istatistikler oluşturmak ve yayımlamak, haklarında yasaklama verilenlerin sicillerini tutmak ve kanunla verilen diğer görevleri yapmakla mükelleftir. Kurul ve kurumun oluşumu, atanma ile çalışma usul ve esasları, özlük hakları, gelirleri ile bütçesi gibi gerekli görülen diğer hususlar da anılan madde ile düzenlenmiştir. Kamu İhale Kurumu 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkilidir.⁶

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'ndan farklı olarak bir kısım olumsuzlukların önlenmesi amacıyla daha hızlı ve ihtisaslaşmış bir idari denetim sağlanabilmesi için, sözleşme öncesi aşamadaki idari işlemlerin, öncelikle ihaleyi yapan idare ve sonrasında Kamu İhale Kurumu tarafından yeniden gözden geçirilmesi ve aykırılığın tespiti halinde gereken düzeltmelerin yapılabilmesine olanak sağlayan "şikâyet" adı altında bir başvuru usulü getirilmiştir.⁷

⁵ Abdullah Uz, *Kamu İhale Hukuku Kamu Alımlarının Hukuksal Rejimi ve İhale İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 382.

⁶ Dinçer Gönen, Hikmet Işık, *Açıklamalı Kamu İhale Kanunu*, Yetkin Basım, Ankara, 2006, s. 626.

⁷ Abdullah Erbaş, "İhalelere Karşı Yapılan İdari Başvurular", Belediye Dünyası, Ekim 2003, Cilt: 4, Sayı: 10, s. 37.

İtirazen şikâyet, İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 4/3 maddesinde; şikâyet başvurusu üzerine idare tarafından alınan kararın uygun bulunmaması veya süresi içinde karar alınmaması halinde, şikâyet başvurusu üzerine idare tarafından şikâyet dilekçesinin kayıtlara alındığı tarih veya sonrasında herhangi bir nedenle alınan ihalenin iptali kararına karşı, itirazen şikâyet üzerine Kurul tarafından başvurunun reddine veya düzeltici işlem belirlenmesine karar verildikten sonra idare tarafından verilen ihalenin iptali kararına karşı Kamu İhale Kurumu'na yapılan başvurular olarak tanımlanmıştır.

Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesinin (b) fıkrasının 1. bendinin 1. alt bendine göre; Kamu İhale Kanunu'na göre yapılacak ihalelerin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarelerce yapılan işlemlerin bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırmak Kamu İhale Kurumu'nun görevleri arasında sayılmıştır.

Bu düzenlemelerin de ortaya koyduğu üzere 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen itirazen şikâyet sürecinde en önemli rol Kamu İhale Kurumu'na aittir.

İhaleyi yapan idareye şikâyet başvurusunda bulunan veya idarece alınan kararı uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından Kanun'un 55. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen hal ve sürelerde, sözleşme imzalanmadan önce itirazen şikâyet başvurusunda bulunulabilir. İhalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikâyet ve itirazen şikâyet üzerine alınanlar itirazen şikâyete konu edilebilir ve bu kararlara karşı beş gün içinde doğrudan Kamu İhale Kurumu'na başvuruda bulunulabilir.

Kamu İhale Kurumu'na itirazen inceleme başvurusunda bulunabilmesi için Kanun'un 55. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen sürelerle uyulması ve sözleşmenin imzalanmamış olması gerekmektedir. Ancak, Kanun'un 46. maddesi uyarınca, ihale dokümanı ile sözleşmelerin notere tescil ettirilmesi veya onaylattırılması öngörülmüşse, sözleşme onay veya tescil ile tekemmül edeceğinden⁸ bu gibi hallerde sözleşmenin imzalanmasına değil, onay ve tescilin yapıp yapılmadığına bakılmalıdır.

⁸ Dinçer Gönen, Hikmet Işık, *a. g. e.*, s. 626.

2. İdari Dava Açılabilmesinin İtirazen Şikâyet Yolunun Tüketilmesi Şartına Bağlı Olması

İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler Kamu İhale Kanunu'nda belirlenen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilirler.

İdari yargı yerlerinde dava açılmadan önce idari bir kuruluşa başvurulması öngörülmüş ise bu başvuru koşulu yerine getirilmeden dava açılmasına idari merci tecavüzü denir.⁹ Bazı yasalar ile idari işlemlere karşı dava açılmadan önce, idareye itirazda bulunulması şartı getirilmiştir. İdari dava açılabilmesi için öncelikle bu idari başvuru yolunun tüketilmesi gerekir.

Kanun'un getirdiği sistem içerisinde şikâyet ve itirazın şikâyet de, dava açılması öncesinde kullanılması "zorunlu" bir başvuru yolu olup ilgililerin öncelikle bu süreci işletmesi gerekmekte, ancak itirazın şikâyet üzerine Kamu İhale Kurulu tarafından verilen kararlar ilgililerce dava konusu edilebilmektedir.

İdari davalar, kural olarak idari başvuru yolları tüketildikten sonra açılır. Dava yolu, işlerin çözümünde daha uzun ve pahalı bir yoldur. Bu nedenle uyuşmazlıkların idarenin dinamik yapısı içinde hukuk sınırları içinde kalınarak çözüme kavuşturulması yeğlenen bir yöntemdir. İlk incelemesi yapılan bir davada, dava konusu edilen işlemin nihai (son) işlem olup olmadığı, bir başka deyimle dava açılmadan önce başvurulması zorunlu idare otoritelerinin işlem oluşturup oluşturmadıkları araştırılır. Başvurulması zorunlu idare yetkililerine gidilmeden dava açılmış olması halinde ortada bir idari merci tecavüzü olayı bulunduğundan dava dilekçesinin görevli idari makama gönderilmesine (tevdiiine) karar verilir.¹⁰ Çünkü idarenin yetkili makamının işlemin oluşturulmasında kullanacağı takdir ve öncelikler vardır. Bu tak-

⁹ Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargısı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 350-351; Şeref Gözübüyük, Güven Dinçer, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara, 1996, s. 383; Kazım Yenice / Yüksel Esin, *Açıklamalı-Notlu İdari Yargılama Usulü*, Ankara, 1983, s. 442; Halil Kalabalık, *İdari Yargılama Hukuku*, 2003, s. 335; Ramazan Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, 2. Baskı, Ankara, 2001, s. 63.

¹⁰ Sabri Coşkun, Müjgan Karyağdı, *İdari Yargılama Usulü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s. 186.

dir ve öncelikler ışığında dava yoluna gerek kalmadan uyuşmazlık çözüme kavuşturulabilir. İdari yargı yerleri yaptıkları incelemede; idarenin kullanacağı takdir alanını özenle gözetmekte ve gerek ilk derecede bakılan uyuşmazlıklarda gerekse temyiz incelemesi aşamasında verdikleri kararlarla bu konudaki içtihatların zenginleşmesine katkıda bulunmaktadır.¹¹

İdari yargı yerlerinde, dava açılmadan önce, yönetsel bir kuruluşa başvurulması yasa ile öngörülmüş ise bu koşul yerine getirilmeden dava açılması durumunda, “*idari merci tecavüzü*”nden söz edilir.¹² Bu gibi durumlarda, dava dilekçesinin, görevli yönetsel kuruluşa gönderilmesine karar verilir.¹³ Başka bir deyişle süresi içerisinde şikâyet ve itirazın şikâyet mekanizması işletilmeksizin, ihale sürecindeki idari işlemlerin idari davalara konu edilmesi halinde dilekçe hakkında 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 14/3-b ve 15/1-e maddelerine göre idari merci tecavüzü nedeniyle merciiine tevdi kararı verilmesi gerekmektedir.¹⁴

İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun “*Dilekçeler Üzerine İlk İnceleme*” başlıklı 14-3/b maddesinde dilekçelerde incelenecek hususlar arasında “*idari merci tecavüzü*” de sayılmış ve aynı Kanun’un “*İlk İnceleme Üzerine Verilecek Karar*” başlıklı 15-1/e maddesinde de idari merci tecavüzü halinde dilekçelerin görevli idare merciiine tevdiine karar verileceği, 15-2 maddesinde ise dilekçelerin görevli mercie tevdi halinde, Danıştay’a veya ilgili mahkemeye başvurma tarihinin, merciiine başvurma tarihi olarak kabul edileceği hükme bağlanmıştır.

Bir idari işlemin, idari davaya konu olabilmesi için eğer varsa yasalarda öngörülmüş olan idari başvuru yollarının tüketilmesi ve işlemin idari kesinlik kazanması gerekir. Danıştay’ın bir kararında belirttiği gibi, bir idari işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu (lazimülicra) sayılabilmesi hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için gerekli prosedürün son aşamasını geçirmiş bulunmasına, başka bir idari makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirebilmesine, başka bir anlatımla idare edilenlerin huku-

¹¹ Sabri Coşkun, Müjgan Karyagdı, *a. g. e.*, s. 187.

¹² Şeref Gözübüyük, *Yönetsel Yargı*, s. 475.

¹³ Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1994, s. 379.

¹⁴ Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara, Ekim 2006, s. 559-560.

kunu şu ya da bu yönde etkileyebilmesine bağlıdır.¹⁵ Bu koşula uyulmadan açılan idari davaya ait dosya, “*idari merci tecavüzü*” nedeni ile görevli idari mercie gönderilir. İdari mercie yasa ile gösterilen süre içinde başvurulması gerekir. Bu süre hak düşürücü bir süredir. Yargı yerince kendiliğinden dikkate alınır. İdari başvuru yolu tüketilmeden doğrudan dava açılması durumunda, yargı yerine başvuru tarihi idari mercie başvuru tarihi olarak kabul edilir. İdari başvuru süresi geçirildikten sonra, yargı yerine dava açılması durumunda, dava reddedilir; dosyanın idari mercie gönderilmesine gerek yoktur.¹⁶

Kimi yasalarda, idari başvuru yolları ve başvuru süresi açıkça gösterilmiştir. Örneğin; 1111 sayılı Askerlik Kanunu’nun 103. maddesinde öngörülen askerlikle ilgili işlemlerden dolayı Milli Savunma Bakanlığına başvurulabileceği, Bakanlığın kararından sonra idari dava açılabilmesi kuralı getirilmiştir. Danıştay, uzun süre, idari başvuru yolları tüketilmeden açılan iptal davalarını, “*merci tecavüzü*” noktasından reddetmiştir. Gerek 1959 yılında çıkarılan 7354 sayılı Yasa, gerekse 521 sayılı eski Danıştay Kanunu, idari başvuru yolları tüketilmeden açılan davaların merci tecavüzünden dolayı reddedilmesini önlemiş, bu gibi durumlarda, dosyanın yetkili idari yerlere gönderilmesi ilkesini benimsemiştir. Aynı ilke, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda da korunmuştur. Bu durumda, idari yargı yerleri, idari başvuru yolları tüketilmeden açılan davalarda, idari merci tecavüzü nedeni ile dosyayı ilgili idari yere göndermektedirler (m. 15/1-e). İdari yargı yerine başvurma tarihi, idari yere başvurma tarihi olarak kabul edilmektedir (m.15/2).¹⁷

İdari işlemin kesinleşmesini sağlayan idari başvuru yolu, 2577 sayılı İYUK’nun 11. maddesinde öngörülen “*üst makamlara başvurma*” (hiyerarşik başvuru)¹⁸ ile karıştırılmamalıdır. Zira bu maddede ilgililerin idari dava açmadan önce idari işlemin kaldırılması, geri alınması, de-

¹⁵ Danıştay 3. Dairesi’nin 17.10.1991 gün ve E.1989/4241, K.1991/2649 sayılı Kararı.

¹⁶ Şeref Gözübüyük, Güven Dinçer, *a. g. e.*, s. 571.

¹⁷ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Cilt 2, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 369.

¹⁸ Bülent Tanör, Nemci Yüzbaşıoğlu, 1982 *Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, 2. Baskı, 2001.s.187; Bülent Tanör, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, İstanbul 1994, s. 139; Celal Erkut, Selçuk Soybay, *Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar*, Genişletilmiş İkinci Bası, İstanbul 1990, s. 233-234; Ahmet Taşkın, “Açlık Grevleri ve Hak Arama Hürriyeti”, *AÜEHFD*, C.VII, Sayı: 3-4 Aralık 2003, s. 522.

ğiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasını, varsa üst makamdan, yoksa işlemi yapmış olan makamdan isteyebilecekleri öngörülmektedir. Bu başvuru, idari dava açma süresi içinde ya işlemi tesis etmiş olan idari makama ya da o işlemi yapan idari makamın bir üstü olan makama yapılacaktır.¹⁹ Bu zorunlu bir başvuru yolu olmayıp, ilgililerin isteğine bırakılmıştır. İlgililer, isterlerse bu yola gidebilirler, istemezlerse doğrudan dava açabilirler. Çünkü yapılan işlem kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem niteliğindedir.²⁰

Öte yandan, idari işlemin kesinleşmesini sağlayan idari başvuru yolu, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nda (m. 34), "*mecburi idari müracaat*" başlığı altında özel olarak düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un, 2577 sayılı İYUK'daki (m. 11) "*üst makamlara başvurma*" ile ilgili hükmüne paralel düzenlemesi (m. 35) ise "*ihtiyari müracaat*" başlığını taşımakta ve bu yolun "*kesin işlem yapmaya yetkili makamlarca tesis edilen*" idari işlemler için kullanılacağı öngörülmektedir.²¹

Bu itibarla Kamu İhale Kanunu'nda düzenlenen şikâyet ve itiraz şikâyet başvuruları dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolları olup aksi halde, bu yollar tüketilmeden açılan idari davalarda dava dilekçelerinin yetkili mercie gönderilmesine karar verilecektir. Nitekim Danıştay; "*4734 sayılı Kanun'un yukarıda değinilen maddeleri uyarınca, Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itiraz şikâyet başvurusu, idari dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu başvuru yoludur. İtiraz şikâyet başvurusu hakkında, yetkili makam olan Kamu İhale Kurulu'nca tesis edilmiş bir karar olmadıkça, idari başvuru yollarının tüketildiğinden söz edilemez. Bu durumda, davacının dava dilekçesi içeriğinden ihale komisyonunun ihale yetkilisince 2.9.2004 tarihinde onaylanan 24.8.2004 tarihli ek kararını dava konusu ettiği anlaşıldığından, bu istemi hakkında yetkili idari mercinin henüz bir kararı bulunmaksızın, ihalenin iptali istemiyle açılan davada, 2577 sayılı Kanununun yukarıda anılan 14. ve 15. maddeleri hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Bu nedenle, idari başvuru yolu tüketilmeden açılan davada, idari merci tecavüzü nedeniyle, dosyanın merciine tevdi kararı verilmesi gerekirken, bu aşamada açılan davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.*" şeklinde hüküm tesis etmiştir.²²

¹⁹ Onur Çetin, *a. g. e.*, s. 60.

²⁰ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *a. g. e.*, s. 372.

²¹ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *a. g. e.*, s. 374.

²² Danıştay 13. Dairesi'nin 19.12.2008 tarih ve E.2006/4866, K.2008/8194 s. Kararı.

Danıştay'ın istikrar kazanmış görüşü bu doğrultuda olup; itirazın şikâyet başvurusu idari dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu başvuru yolu olarak kabul edilmekte ve bu idari başvuru yolu tüketilmeden dava açılması durumunda idari merci tecavüzü nedeniyle dosyanın merciine tedvine karar verilmesi gerektiği yönünde²³ hüküm tesis edilmektedir.

Ancak, doktrinde Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesinde yer alan "*bulunabilir*" hükmünden başvurunun ihtiyari nitelikte olduğu, 56. maddesinin 6. fıkrasında ise itirazın şikâyetin dava açılması öncesinde kullanılması zorunlu bir başvuru yolu olduğu, Kamu İhale Kanunu'nun 54 ila 56. maddeleri arasında düzenlenen kamu alımları hakkında işletilecek idari başvurunun niteliğinin, zorunlu olup olmama noktasında birbiriyle çelişen hükümler ihtiva ettiği yönünde²⁴ görüşler de mevcuttur.

Danıştay bir kararında;²⁵ "*ihale süreci ile ilgili olarak idari davaya konu olabilecek işlem, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde ihale makamı tarafından yapılan işlemler değil, bu işlemlere karşı, anılan kanun hükümlerinde öngörülen usullere göre ihaleyi yapan idareye yapılacak şikâyet başvurusundan sonra, Kamu İhale Kurumuna yapılacak itirazın şikâyet başvurusu sonucu Kamu İhale Kurulu tarafından tesis edilecek işlem olduğu, olayda, dava konusu ihalenin bir başka şirkete verildiğinin bildirilmesi işlemine karşı, 4734 sayılı Yasada öngörülen usul izlendikten sonra, idari dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu başvuru yolu olan itirazın şikâyet başvurusu üzerine Kamu İhale Kurulunca verilen kararın iptalinin istenebileceğini*" hüküm altına almış ve bu kararla da itirazın şikâyet başvurusunun dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu başvuru yolu olduğu hususu vurgulanmıştır. Bu hükümden de açıkça anlaşılacağı üzere; ihaleyi yapan bir idare tarafından ihale süreci ile ilgili olarak tesis edilen işlemler doğrudan idari davaya konu olamayacak, ancak bu işlemlere karşı ihaleyi yapan ilgili idareye yapılacak şikâyet başvurusundan sonra Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itira-

²³ Danıştay 13. Dairesi'nin 21.09.2005 tarih ve E.2005/6653, K.2005/4581 ile 24.10.2005 tarih ve E.2005/6846, K.2005/5166 sayılı kararları.

²⁴ Bekir Mustafa Yılmaz, *Kamu Alımlarında İdari Denetim*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 138.

²⁵ Danıştay 13. Dairesi'nin 28.09.2005 tarih ve E.2005/5988, K.2005/4789 sayılı Kararı.

zen şikâyet başvurusu sonucunda Kamu İhale Kurumu'nca tesis olunacak işlem idari davaya konu edilebilecektir.

Kanımızca idari başvuru yolu tüketilmeden dava açılması halinde; sözleşme imzalanmış olsa bile idari merci tecavüzü nedeniyle dosyanın merciine tevdiine karar verilmeli, idarenin itiraz ve itirazın şikâyet başvurusunun değerlendirilmesi konusundaki idari takdiri kısıtlanmamalıdır. Nitekim bir Danıştay kararında da bu husus isabetle vurgulanmış ve sözleşmenin imzalanması nedeniyle merciine tevdi kararı vermenin olanaklı görülmediği gerekçesiyle davayı incelenmeksizin reddeden idare mahkemesi kararı bozulmuştur.²⁶

3. Süresinde Yapılmayan İtirazen Şikâyet Başvurusunun İdari Dava Açma Hakkını Kaldırması

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle itirazın şikâyet başvuru süresi ve bu sürenin hukuki niteliği üzerinde durulmalıdır.

Danıştay Dava Daireleri Kurulu'nun bir kararında, yasalarda öngörülen yönetsel başvuru süreleri hak düşürücü süre olarak nitelendirilmiştir.²⁷ Yasalarda öngörülen idari başvuru sürelerinin "*hak düşürücü süre*" olarak kabul edilmesinin son derece önemli hukuksal sonuçları bulunmakta olup konumuz bakımından bunlardan özellikle ikisine değinilmesinde yarar bulunmaktadır:

- İdari başvuru süresine uyulmaması, hem idari başvuru yolunu, hem de bunu izleyen idari yargı yolunu ortadan kaldırır.
- İdari başvuru süresine uyulup uyulmadığı, hem idarece, hem de idari yargı yerince re'sen (kendiliğinden) dikkate alınır, ayrıca ileri sürülmesine gerek yoktur.²⁸

İdari dava açma sürelerini hak düşürücü veya zamanaşımı süreleri olarak görmeyen ULER'e göre idari başvuru süreleri de hak düşürücü süre olarak değerlendirilemez, söz konusu sürenin geçirilmesi halinde, davanın reddedilmesi kabul edilemez.²⁹ Ancak bu yaklaşım

²⁶ Danıştay 13. Dairesi'nin 21.09.2006 gün ve E.2006/6653, K.2006/4581 sayılı Kararı.

²⁷ Danıştay Dava Daireleri Kurulu'nun 30.04.1971 gün ve E.1969/612, K.1971/475 sayılı Kararı.

²⁸ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *a. g. e.*, s. 375.

²⁹ Yıldırım Uler, "Yönetsel Yargıda Dava Süresi", *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, I.

mın 4734 sayılı Kanun'un konuya ilişkin açık düzenlemeleri karşısında şikâyet başvuruları bakımından benimsenmesine olanak bulunmamaktadır. Nitekim Danıştay 13 üncü Dairesi de ilgililerce tüketilmesi gereken zorunlu idari başvuru yolları için idari aşamaya ilişkin sürelerin kamu düzeniyle ilgili bulunduğunu benimsemiş olup şikâyet süresi geçirildikten sonra açılan davaların bu nedenle reddine ilişkin idare mahkemesi kararlarını onamaktadır.

İlgililerce, idari başvuru süresi içinde itirazın şikâyet yolu tüketilmeden doğrudan doğruya idari yargı yerinde dava açılması durumunda, dilekçe "idari merci tecavüzü" nedeniyle görevli idare mercieine tevdi edilmekte, başka bir deyişle; görevli idari birime gönderilmektedir. Bu nedenle, itirazın şikâyet yolu tüketilmeden idari dava açılması mümkün değildir. İdari başvuru süresi geçirilip görevli idari mercie başvuru yapılmadan doğrudan doğruya dava açılması durumunda, açılan davalar reddedilmektedir. Bu durumda artık dosyanın yetkili idari mercie gönderilmesine gerek bulunmamaktadır. Danıştay'ca da istikrarlı bir şekilde benimsenen bu yaklaşım 1970 yılında alınan bir içtihadı birleştirme kararında şu şekilde dile getirilmiştir: "*Malül aylığı talebi T.C. Emekli Sandığı İdare Kurulu tarafından reddedilmesi üzerine, red kararının ilgiliye tebliğ tarihinden itibaren ... tahsise müteallik olumsuz karara karşı... 30 günlük süre içinde Maliye Bakanlığına itirazda bulunmaksızın Danıştayda açılan davanın reddi*"³⁰ gerekmektedir.

Buna göre; idari başvuru süresi geçirildikten sonra, Kamu İhale Kuruluna yapılacak başvurular süre aşımı nedeniyle reddedilecek olup; Kamu İhale Kurulunun bu ret kararı üzerine dava yoluna gidilmesi halinde ise bu davalar idari başvuru yolu tüketilmediğinden reddedilecektir.

4. İtirazen Şikâyet Başvurusunun Teminat Ödenmesi Şartına Bağlanması

Kamu İhale Kanunu'nun 5811 sayılı Kanun'un 21. maddesi ile 20.11.2008 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere değiştirilen 54. maddesinin 6. fıkrasında; "*İtirazen şikâyette bulunanlardan 53 üncü madde-*

Kitap, Ankara, 1990, s. 233-234.

³⁰ Danıştay İBK, 21.11.1970 gün ve E.1969/11, K.1970/30 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı.

nin (j) bendinin (2) nolu alt bendinde belirtilen bedelin dört katı tutarına kadar başvuru teminatı alınmasına Bakanlar Kurulunca karar verilebilir. Başvuru teminatları Kurum hesaplarına yatırılır. Bu teminatlar Kurum gelirleri ile ilişkilendirilmeksizin ayrı hesaplarda tutulur." hükmü yer almaktadır. Bu hüküm uyarınca itirazen şikâyet başvurusunda bulunulabilmesi, belirtilen teminatın yatırılmış olması şartına bağlanmıştır. Nitekim aynı maddenin 7. fıkrasında da; "İtirazen şikâyet dilekçelerine, başvuruda bulunmaya yetkili olunduğuna dair belgeler ile imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneklerinin, varsa şikâyete idarece verilen cevabın bir örneği ile başvuru bedeli ve teminatının Kurum hesaplarına yatırıldığına dair belgenin eklenmesinin zorunlu" olduğu hükme bağlanmıştır. Bu hükümlerden, itirazen şikâyet başvurusu öncesinde teminat yatırılmasının ve teminatın Kurum hesaplarına yatırıldığına dair belgenin itirazen şikâyet dilekçesine eklenmesinin zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere idari yargı yoluna başvurulabilmesi için itirazen şikâyet yolunun tüketilmesi zorunludur. Bu yol tüketilmeden idari yargıda doğrudan dava açılmamaktadır. Bir dava ön şartı olarak kabul edilen itirazen şikâyet başvurusunun ise belli teminatın yatırılması şartına bağlanmış olması nedeniyle kamu ihale işlemlerine karşı dava açılabilmesi de dolaylı olarak bu teminatın yatırılmış olması şartına bağlanmıştır.

Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesi hükmüne göre kamu ihale işlemlerine karşı dava açılabilmesi ve davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi için itirazen şikâyet yolunun tüketilmiş olması, itirazen şikâyet başvurusu ise belirlenen teminat tutarının önceden Kamu İhale Kurumu hesabına yatırılması şartına bağlıdır. Kamu ihale işlemlerine karşı idari dava açılabilmesi itirazen şikâyet yolunun tüketilmesi şartına bağlı olduğundan söz konusu teminatın yatırılması da dolaylı bir "dava şartı olarak" öngörülmüş olmaktadır. Düzenleme; bu ödemeyi yapacak mali gücü bulunmayan, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler bakımından hak arama hürriyetini kısıtlayıcı bir özellik arz etmektedir.

Anayasa'nın 4709 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile değişik 36. maddesinde; herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır.

Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesinin 10'uncu fıkrasında yer alan; *"Kurumun görev alanında bulunmaması hali hariç, itirazın şikâyet başvurusunun reddedilmesi durumunda, başvuru teminatı yatırılan hallerde teminatın gelir kaydedilmesine de karar verilir."* hükmü uyarınca itirazın şikâyetin reddi durumunda teminatın gelir kaydedilmesi söz konusudur. Bu düzenleme itirazın şikâyet başvurusu ile bu idari başvuruya dayalı olan dava açma hakkının kullanılmasını kısıtlayıcı, engelleyici ve caydırıcı niteliktedir.

Öte yandan itirazın şikâyet başvurusu yapılabilmesi için yatırılması istenilen teminat ihaleyi yapan idareye değil, Kamu İhale Kurumu'na ödenmekte ve itirazın şikâyet başvurusunun reddedilmesi halinde teminat Kamu İhale Kurumu'na gelir kaydedilmektedir. Bu durum teminatın ihale sürecindeki bir gecikme, aksama ya da keyfi olarak itirazın şikâyet başvurusu nedeniyle ihaleyi yapan idarenin uğraması muhtemel zararlara karşı güvence oluşturma özelliğini kaldırmakta ve tartışılır kılmaktadır.

Bu noktada irdelenen konu ile benzer özellikler taşıyan ve belediyeler tarafından alınan katılma paylarına karşı dava açılabilmesini tahakkuk ettirilen tutarın yarısının önceden ilgili belediyelere yatırılması şartına bağlayan düzenlemenin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin 28.3.2002 tarih ve E.2001/5, K.2002/42 sayılı kararına değinilmesinde yarar bulunmaktadır.

Karara konu, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 86. maddesinde yol harcamalarına katılma payı, 87. maddesinde kanalizasyon harcamalarına katılma payı, 88. maddesinde de su tesisleri harcamalarına katılma payı düzenlenmiş olup 89'uncu maddesinin (a) fıkrasının son paragrafında da *"Katılma paylarına karşı dava açılabilmesi için, katılma paylarının yarısının belediyelere ödenmesi gerekir"* hükmü yer almaktaydı. Söz konusu hüküm Anayasa Mahkemesinin 28.3.2002 tarih ve E.2001/5, K.2002/42 sayılı Kararı ile Anayasanın 36. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararında;

"Belediye Gelirleri Kanunu'nun 89. maddesinin (a) bendinin son paragrafında "Katılma paylarına karşı dava açılabilmesi için, katılma paylarının yarısının önceden belediyelere ödenmesi gerekir." denilmektedir.

Yol, kanalizasyon ve su hizmetlerinden yararlanan taşınmaz sahiplerinden alınan harcamalara katılma payı, borçluları bakımından resim benzeri mali bir yükümlülük niteliği taşımaktadır. 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun itiraz konusu 89. maddesinin (a) bendinin son paragrafıyla, harcamalara katılma paylarına karşı dava açabilmek için, tahakkuk ettirilen payın yarısının önceden ilgili belediyelere ödenmesi şartı getirilmiştir.

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralla harcamalara katılma paylarına karşı dava açabilmek için getirilen dava şartının, mali gücü yetersiz olanlar veya katılma payı mükellefi olmadığı halde bu payı ödemek zorunda bırakılanlar bakımından hak arama özgürlüğünü kısıtladığı, iddia ve savunma hakkına sınırlama getiren bu hükmün Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

Anayasa'nın 36. maddesinde; "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davalı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz", denilmektedir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Gerçekten, karşılaştığı bir suçlamaya karşı kişinin, kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanılabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması, adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddesine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da, dava yoksa, adil, aleni ve gecikmesiz bir yargılamadan söz edilemeyeceği (Golder/İngiltere, 21.2.1975, A 18, s.12, paragraf 37 (b)); mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen yahut hukuken geçici de olsa kapatılmasının veya kullanımını imkansız kılan koşullara bağlayarak sınırlandırılmasının adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceği (Airey/İrlanda, 9.10.1979, A 32, s.12) belirtilmiştir.

İtiraz konusu kuralla, kendisine 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu uyarınca harcamalara katılma payı tahakkuk ettirilen bir mükellefin buna karşı dava açabilmesi, söz konusu payın yarısının önceden ilgili belediyeye ödemesi şartına bağlanmıştır. Harcamalara katılma paylarına karşı dava açıla-

bilmesinin böyle bir şarta bağlanarak sınırlandırılmasının, ilgili belediyelerin söz konusu gelirleri öncelikle tahsil ederek projelerini kısa sürede tamamlamaları ve bu konudaki dava sayısının azaltılarak mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesi gibi kamu yararına yönelik nedenlere dayandırıldığı anlaşılmaktadır. Ancak Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasa'nın ilgili maddelerinde özel sınırlandırma nedeni bulunmasına bağlı tutulmuştur. Anayasa'nın dava hakkının düzenlendiği 36. maddesinde bu hakkın sınırlandırılması konusunda özel bir sınırlama nedenine yer verilmemiştir. Bu nedenlerle, dava hakkının sınırlandırılması Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır. İptali gerekir."

şeklinde hüküm tesis edilmiştir.

Bu kararda da açıkça ortaya konulduğu üzere; dava açılabilmesini bir ödeme yapılması şartına bağlayan yasa kuralı hak arama özgürlüğünü kısıtlamakta ve bu nedenle Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin anılan yasayı iptal etmesinde, Anayasa'nın 13. maddesinde 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğin ve AİHM'nin içtihatlarının etkili olduğu görülmektedir. Gerçekten söz konusu düzenlemeyle, kişilerin dava açma haklarının engellenmesi, Anayasa'nın hak arama özgürlüğünü engellemekte ve hak arama özgürlüğünün özünü ortadan kaldırmaktaydı.³¹

Bir başka Anayasa Mahkemesi kararında da; Anayasa'nın 36. maddesi ile güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğünün bir temel hak niteliği taşıdığı ama bunun ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturduğu, karşılaştığı bir suçlamaya karşı kişinin kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolunun dava hakkını kullanabilmesi olduğu, kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınmasının adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturduğu hüküm altına almıştır.³²

³¹ Mesut Aydın, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 61-3, s. 20, http://www.politics.ankara.edu.tr/eski/dergi/pdf/61/3/1_mesut_aydin.pdf.

³² Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 tarih ve E.2003/105, K.2007/98 sayılı Kararı.

Anayasa'nın 4709 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile değişik 13. maddesi uyarınca; temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenine ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesinde düzenlenen teminat şartı Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğünü, yine Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olarak sınırlandırmaktadır. Anayasa Mahkemesi bir kararında; Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının, Anayasa'nın ilgili maddelerinde özel sınırlandırma nedeni bulunmasına bağlı tutulduğunu, Anayasa'nın 36. maddesinde ise hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda özel bir sınırlama nedenine yer verilmediğini hüküm altına almıştır.³³

5. İtirazen Şikâyet Başvurusunun Teminat Ödenmesi Koşuluna Bağlanmasının Yargı Yoluna Etkisi

Elbette, itirazen şikâyet başvurusu yapılabilesinin teminat ödemesi koşuluna bağlanması yargı yolunu bütünüyle kapatmamaktadır. Buna karşılık teminat koşulu dava hakkının kullanılmasının maliyetini artırmakta; hakkın kullanımını güçleştirmektedir.

Anayasa'nın 125. maddesinin ilk fıkrasında; *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."* denilmektedir. İtirazen şikâyet başvurusunun teminat ödemesi şartına bağlanması; bu idari başvuruya bağlanan dava açma olanağını söz konusu teminatı ödeme gücüne sahip olmayan aday istekli ve istekli olabilecekler açısından fiilen ortadan kaldırmaktadır.

Yargı harç ve giderleri ile kıyaslanmayacak büyüklüklerde teminat istenilebilmesine olanak tanıyan bu düzenlemenin, kamu ihalelerinden kaynaklanan idari eylem ve işlemlerin yargı denetimi dışında kalması sonucunu doğuracağı ortadadır. Bu durum Anayasa'nın 125. maddesi hükmünün işlerliğini fiilen ortadan kaldıracak niteliktedir. Anayasa'da kural olarak, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu kabul edilmekle birlikte, Anayasa'nın

³³ Anayasa Mahkemesi'nin 6.11.2008 tarih ve E.2004/95, K.2008/156 sayılı Kararı.

bazı maddelerinde belirli idari işlemlere karşı yargı yolu kapatılmıştır. Doktrinde “*yasama kısıntısı*” olarak adlandırılan bu durum, Anayasa koyucunun bu yöndeki tercihini göstermektedir.³⁴ Ancak itirazın şikâyet başvurusunu teminat ödenmesi şartına bağlayan düzenleme de, dava açılmasını itirazın şikâyet yolunun işletilmiş olması koşuluna bağlayarak dava açılmasını dolaylı bir şekilde teminat şartına bağlayan düzenleme de anayasal değil yasal düzenlemelerdir. Anayasa’da bu konuda bir düzenleme olmadığı gibi bu konunun Yasa ile düzenleneceğine dair bir düzenleme de bulunmamaktadır. Düzenlemenin bu hali ile anayasal dayanağı olmayan fiili bir “*yasama kısıntısı*” yarattığı düşünülmektedir.

Öte yandan, Anayasa’nın 141. maddesinin son fıkrasında; “*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.*” denilmektedir. Bu kural idari yargının yukarıda değinilen hukuk devletini ve hukuka uygun idareyi gerçekleştirmeye yönelik misyonu nedeniyle anılan yargı kolu bakımından çok daha büyük öneme sahiptir. Bu nedenle idari yargının üç temel niteliğinden biri olarak çabukluk ve basitlikle birlikte ucuzluk sayılmaktadır.

Bu noktada kısaca, benzer durumlar düşünülme suretiyle öngörülen adli yardım müessesesine değinilmesinde yarar bulunmaktadır. Adli yardım müessesesi hak arama hürriyetinin kullanımını güçleştiren ekonomik ve sosyal engellerin ortadan kaldırılması için oluşturulmuş önemli bir kurumdur.³⁵ Adli yardımın kaynağı Anayasa’nın 2. maddesindeki; Türkiye Cumhuriyeti’nin sosyal bir hukuk devleti olduğu hususundaki ilke ile 5. maddesindeki; kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak suretle sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak şeklinde ifade edilen devletin temel amaç ve görevleridir. Buna göre, adli yardım, sosyal hukuk devletinin yargı alanındaki boyutunu teşkil etmektedir.³⁶ Türk hukuk sisteminde son derece sınırlı şekilde uygulanan bu müessese sadece yargılama aşaması için kabul

³⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 27.11.2007 tarih ve E.2002/169, K.2007/88 sayılı Kararı.

³⁵ Onur Çetin, *a. g. e.*, s. 104.

³⁶ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Bası, Ankara 2003, s.126; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa 2000, s. 138.

gördüğünden idari aşamada yatırılması istenen teminat adli yardım kapsamında da kalmamaktadır.

Son olarak değinilmesi gereken bir husus da kişilerin haklarını sadece yargı mercileri önünde aramadıkları hakların idari merciler önünde de aranabileceği gerçeğidir. Hukuk devleti ilkesi gereğince, idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunun sağlanması bakımından yargısal denetim yanında idari denetim de önemli bir işleve sahiptir. Yargı denetimi, idarenin hukuk dışı işlem ve eylemleri karşısında yönetilenlerin korunmasında en önemli ve son aşamadır. Ancak idari işlem ve eylemlerden dolayı hak ihlali olanların her halükarda doğrudan yargı yoluna itilmemeleri, imkânlar dairesinde uyumsuzlukların idari aşamada da çözümlenebilmesi gerekir. Yargı denetiminin yanında idari denetimin etkinliği ülkelerin uygarlık ve hukukilik düzeyiyle yakından ilişkilidir.³⁷ Bu nedenle itirazın şikâyet başvurusunun teminat yatırılması şartına bağlanması, sadece dava hakkını değil idari başvuru hakkını da sınırlayıcı bir nitelik taşımaktadır. Kişilerin idari mercilere başvurma yolunu tüketmemesi durumunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvurunun “*kullanılabilir ve yeterli*” olmaması halinde iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulunu aramakta³⁸ ve işin esası hakkında karar vermektedir. Bu konuda da yargı mercilerinin benzer bir yorum yapabilmelerinin mümkün olduğu düşünülmektedir.

Sonuç

Kamu İhale Kanunu; şikâyet ve itirazın şikâyet olmak üzere yeni iki başvuru yolu getirmiştir. Kamu İhale Kanunu ile düzenlenen şikâyet ve itirazın şikâyet başvuruları idari dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu başvuru yolları olup bu yol tüketilmeden dava açılması durumu idari yargı yerlerinin idari merci tecavüzü nedeniyle dava dilekçelerini yetkili idare makamına tevdiine karar vermelerini gerektirmektedir. Başka bir deyişle; idari başvurunun süresinde yapılmaması ya da hiç yapılmaması durumunda dava açma hakkı da bundan etkilenmektedir.

³⁷ Bekir Mustafa Yılmaz, *a. g. e.*, s. 138.

³⁸ Abdurrahman Eren, *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekliliği*, İstanbul, Şubat 2004, s. 157.

Günümüzde kamu ihalelerinin ulaştığı tutarların büyüklüğü; ekonomik ve hukuki etki ve sonuçları dikkate alındığında ihaleye ilişkin eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun önce idari denetime tabi olmasının ve en sonunda yargı yolu ile denetlenmesinin kaçınılmaz bir zorunluluk olduğu, hukuk devleti ilkesinin de bunu gerektirdiği açıktır.

Ancak, Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesi ile itirazın şikâyet başvurusu yapılabilmesi teminat yatırılması ön şartına bağlanmış olup dava açılabilmesi de bu yolun tüketilmesini gerektirdiğinden dolayı olarak dava açılması belli teminatın yatırılması şartına bağlanmış olmaktadır.

Bu durum bir yandan dava hakkının kullanımını sınırlarken bir yandan da idari çözüm sürecini tıkamakta, Anayasal hak arama özgürlüğü hem idari yolun, hem de yargı yolunun kullanımı bakımından zedelenmektedir. İdari çözümün karşılaştığı bu engel toplumu uyumsuzluğun idari yolla çözümünün toplumsal barışa yapabileceği katkıdan yoksun bırakmaktadır. Daha da önemlisi idarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olduğu hukuk devleti ilkesi zarar görmekte, idari yargının bu yolda üstlenmiş olduğu önemli rol de sekteye uğratılmaktadır.

Tüm bu nedenlerle itirazın şikâyet başvurusu için teminat aranılmasının Anayasal zemin kadar uygulama açısından da süreç ve sisteme sağladığı ya da sağlayacağı katkının çok ötesinde önemli sakıncalar taşıdığı değerlendirilmektedir.

KAYNAKLAR

- Abdullah Erbaş, "İhalelere Karşı Yapılan İdari Başvurular", *Belediye Dünyası*, Ekim 2003, Cilt 4, Sayı: 10.
- Abdullah Uz, *Kamu İhale Hukuku Kamu Alımlarının Hukuksal Rejimi ve İhale İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- Abdurrahman Eren, *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere*, İstanbul, Şubat 2004.
- Ahmet Taşkın, *Açlık Grevleri ve Hak Arama Hürriyeti*, AÜEHFD, C.VII, Sayı:3-4 Aralık 2003.

- Bekir Mustafa Yılmaz, *Kamu Alımlarında İdari Denetim*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- Bülent Tanör / Nemci Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, 2. Baskı, 2001.
- Bülent Tanör, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, İstanbul, 1994.
- Celal Erkut / Selçuk Soybay, *Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar*, Genişletilmiş İkinci Bası, İstanbul 1990.
- Dinçer Gönen / Hikmet Işık, *Açıklamalı Kamu İhale Kanunu*, Yetkin Basım, Ankara 2006.
- Ender Kamil Boyacı, "Anayasalarımızda Hak Arama Özgürlüğü", *Yeni Adalet*, Y: 5, S. 32 Temmuz-Ağustos-Eylül, 1994.
- Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Bası, Ankara 2003.
- Faruk Erem, "Savunma Hakkının Kökeni", *Ankara Barosu Dergisi*, S.1984/5, Yıl:41
- Halil Kalabalık, *İdari Yargılama Hukuku*, 2003 http://www.politics.ankara.edu.tr/eski/dergi/pdf/61/3/1_mesut_aydin.pdf.
- Kamu İhale Kurumu 2002 Yılı Faaliyet Raporu ve 2003 Yılı Çalışma Programı*, KİK Yayını, Ankara, Mart 2003.
- Kazım Yenice / Yüksel Esin, *Açıklamalı-Notlu İdari Yargılama Usulü*, Ankara 1983.
- Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa 2000.
- Mesut Aydın, *Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü*, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 61-3.
- Muhsin Eren, "Sağlıklı Yaşam ve Hak Arama Özgürlüğü", *Ankara Barosu Dergisi*, S.4, Y. 47 1990-Ağustos.
- Onur Çetin, *Hak Arama Hürriyeti*, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilimdalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2007.
- Ramazan Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, 2. Baskı, Ankara 2001.
- Sabri Coşkun, *Müjgan Karyağdı, İdari Yargılama Usulü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001.
- Şeref Gözübüyük / Güven Dinçer, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara 1996.
- Şeref Gözübüyük / Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Cilt 2, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 1994.
- Şeref Gözübüyük, *Yönetimsel Yargı*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.

- Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara Ekim 2006.
- Yıldırım Uler, "Yönetmelik Yargıda Dava Süresi", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi I. Kitap, Ankara 1990.
- Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 tarih ve E.2003/105, K.2007/98 sayılı Kararı.
- Anayasa Mahkemesi'nin 6.11.2008 tarih ve E.2004/95, K.2008/156 sayılı Kararı.
- Danıştay 13. Dairesi'nin 21.09.2006 gün ve E.2006/6653, K.2006/4581 sayılı Kararı.
- Danıştay 13. Dairesi'nin 28.09.2005 tarih ve E.2005/5988, K.2005/4789 sayılı Kararı.
- Danıştay 13. Dairesi'nin 19.12.2008 tarih ve E.2006/4866, K.2008/8194 sayılı Kararı.
- Danıştay 13. Dairesi'nin 21.09.2005 tarih ve E.2005/6653, K.2005/4581 sayılı Kararı.
- Danıştay 13. Dairesi'nin 24.10.2005 tarih ve E.2005/6846, K.2005/5166 sayılı Kararı.
- Danıştay 3. Dairesi'nin 17.10.1991 gün ve E.1989/4241, K.1991/2649 sayılı Kararı.
- Danıştay Dava Daireleri Kurulu'nun 30.04.1971 gün ve E.1969/612, K.1971/475 sayılı Kararı.
- Danıştay İBK, 21.11.1970 gün ve E.1969/11, K.1970/30 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı.