

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

**BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR****FARMASOL TIBBİ ÜRÜNLER SAN. VE TİC. A.Ş. BAŞVURUSU (2)**

Başvuru Numarası : 2017/37300
Karar Tarihi : 15/1/2020

Başkan : Hasan Tahsin GÖKCAN

Üyeler : Serdar ÖZGÜLDÜR

Hicabi DURSUN

Kadir ÖZKAYA

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Raportör : Umut FIRTINA

Başvurucu : Farmasol Tıbbi Ürünler San. ve Tic. A.Ş.

Vekili : Av. Suat Murat ÇELİKTEN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, itirazen şikâyet sürecinde alınan başvuru bedelinin lehe karar verilmesine rağmen başvurucuya iade edilmemesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 15/11/2017 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvuruların kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvuruların kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüş bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı beyanlarını Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

A. Uyuşmazlığın Arka Planı

9. Başvurucu tıbbi ürünlerin ticareti ile işigal eden bir şirkettir. Sinop ili Kamu Hastaneleri Birliğı tarafından hemodiyaliz sarf malzemelerinin alımı için ihale düzenlenmiş, başvuru Şirket ise İhale Komisyonunca ihale dışı bırakılmıştır.

10. Başvurucu, ihaleye ait idari şartnamenin 8. maddesine göre %15 oranındaki fiyat avantajının uygulanmadığını belirterek 30/12/2015 tarihinde ihaleyi gerçekleştiren idareye şikâyet başvurusunda bulunmuştur. İdare, başvuruçunun şikâyetini 4/1/2016 tarihinde reddetmiştir.

11. Başvurucu bunun üzerine 12/1/2016 tarihinde Kamu İhale Kurumuna (KİK) itirazen şikâyet başvurusunda bulunmuştur. Başvurucu 6.831 TL tutarında başvuru bedeli ödemiştir. KİK 3/2/2016 tarihinde başvuruçunun şikâyetini kabul etmiştir. Buna göre ihalenin bazı kısımlarında yerli malı teklif eden isteklilere %15 oranında fiyat avantajı sağlanması gerektiğı belirtilerek başvuruçunun haklı olduğı sonucuna varılmıştır.

12. Başvurucu, itirazen şikâyet başvuru bedelinin iade edilmesi için 2/3/2016 tarihinde KİK'ten talepte bulunmuştur. KİK 1/4/2016 tarihinde bu talebi reddetmiştir.

B. İptal Davası Süreci

13. Başvurucu söz konusu idari işlemin iptali istemiyle KİK aleyhine 3/5/2016 tarihinde Ankara 11. İdare Mahkemesinde dava açmıştır.

14. Mahkeme 24/3/2017 tarihinde davanın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, davaya konu başvuru bedellerinin idarenin gelirleri arasında sayıldığına vurgu yapılmıştır. Mahkeme ayrıca başvuru bedeli alınmasına ilişkin kanun hükmünün Anayasa Mahkemesince iptal edilmediğine işaret etmiştir.

15. Başvuruçunun istinaf talebi Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesince (Daire) 21/9/2017 tarihinde reddedilmiştir.

16. Nihai karar 16/10/2017 tarihinde başvuruçuya tebliğ edilmiştir.

17. Başvurucu 15/11/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Mevzuat Hükümleri

18. 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesinin (j) bendinin (2) numaralı alt bendi şöyledir:

"Kurumun gelirleri aşağıda belirtilmiştir:

...

2) (Değişik: 6/2/2014-6518/49 md.) Yaklaşık maliyeti beş yüz bin Türk Lirasına kadar olan ihalelerde üç bin Türk Lirası, beş yüz bin Türk Lirasından iki milyon Türk Lirasına

kadar olanlarda altı bin Türk Lirası, iki milyon Türk Lirasından on beş milyon Türk Lirasına kadar olanlarda dokuz bin Türk Lirası, on beş milyon Türk Lirası ve üzerinde olanlarda on iki bin Türk Lirası tutarındaki itirazın şikâyet başvuru bedeli.

..."

19. 4734 sayılı Kanun'un 54. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığımı veya zarara uğramasınım muhtemel olduğumu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler, bu Kanunda belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilirler.

Şikâyet ve itirazın şikâyet başvuruları, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yollarıdır.

Şikâyet başvuruları idareye, itirazın şikâyet başvuruları Kuruma hitaben yazılmış imzalı dilekçelerle yapılır.

...

İtirazın şikâyetinde bulunanlardan 53 üncü maddenin (f) bendinin (2) nolu alt bendinde belirtilen bedelin dört katı tutarına kadar başvuru teminatı alınmasına Cumhurbaşkanınca karar verilebilir. Başvuru teminatları Kurum hesaplarına yatırılır. Bu teminatlar Kurum gelirleri ile ilişkilendirilmeksizin ayrı hesaplarda tutulur.

İtirazın şikâyet dilekçelerine, başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna 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 eklenmesi zorunludur.

Aynı kişi tarafından birden fazla ihaleye, birden fazla kişi tarafından ise aynı ihaleye tek dilekçe ile başvuruda bulunulamaz.

Belirtilen hususlara aykırılık içeren ve henüz başvuru süresi dolmamış olan başvurulardaki eksiklikler, idare veya Kurumun bildirim yapma zorunluluğu bulunmaksızın, başvuru süresinin sonuna kadar başvuru sahibi tarafından giderilebilir.

(Ek: 6/2/2014-6518/50 md.) Başvuruların ihaleyi yapan idare veya Kurum dışındaki idari mercilere ya da yargı mercilerine yapılması ve başvuru dilekçelerinin bu merciler tarafından ilgisine göre idareye veya Kuruma gönderilmesi hâlinde, dilekçelerin idare veya Kurum kayıtlarına girdiği tarih, başvuru tarihi olarak kabul edilir.

Başvurular üzerine ihaleyi yapan idare veya Kurum tarafından gerekçeli olarak;

a) İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde ihalenin iptaline,

b) İdare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda, düzeltici işlem belirlenmesine,

c) Başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikâyete konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit

edilememesi veya itirazın şikâyet başvurusuna konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması hallerinde başvurunun reddine,

karar verilir. Kurumun görev alanında bulunmaması hali hariç, itirazın şikâyet başvurusunun reddedilmesi durumunda, başvuru teminatı yatırılan hallerde teminatın gelir kaydedilmesine de karar verilir.

..."

B. Anayasa Mahkemesi Kararı

20. 4734 sayılı Kanun'un 20/11/2008 tarihli ve 5812 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle değiştirilen 53. maddesinin (j) fıkrasının değiştirilen ikinci bendinin iptali istemine ilişkin Anayasa Mahkemesince verilen 16/6/2011 tarihli ve E.2009/9, K.2011/103 sayılı kararın ilgili kısımları şöyledir:

"Dava dilekçesinde, iptali istenen kural ile Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazın şikâyet başvurularında getirilen yüksek başvuru ücretlerinin, ihaleye aday ve istekli olmuş gerçek ve tüzel kişilerin başvurularını ölçüsüzce sınırladığı, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 2., 11. ve 13. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kural ile mal, hizmet veya yapım işleri ihalelerine ilişkin olarak Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazın şikâyet başvurusu bedelleri yaklaşık maliyetle ilişkilendirilmiş ve buna göre mal, hizmet, yapım işleri ihalelerinde itirazın şikâyet başvuru bedellerinin, ihalelerin yaklaşık maliyetlerine göre kademeli olarak artırılıp azaltılması esası getirilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin önemli ilkelerinden birisi de ölçülülük ilkesidir. Buna göre, hak ve özgürlüklerin kullanım alanına ilişkin kuralların hakkaniyete uygun, dengeli ve ölçülü bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

İptali istenilen kural ile Kuruma yapılan itirazın şikâyet başvurularından alınmakta olan başvuru bedeli, ihalelerin niteliği ve parasal büyüklükleri göz önünde tutularak yeniden belirlenmiştir. Düzenlemenin amacının; şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunacakları iyi niyetli, esas saiki hak arama amacı olan, özenli biçimde hazırlanmış başvurulara sevk etmek, bununla birlikte şikâyet ve itirazın şikâyet sürecinin hızlı ve etkili biçimde gerçekleşmesini temin etmek olduğu anlaşıldığından, itirazın şikâyet başvurularından bedel alınmasının ve bu bedelin yaklaşık maliyete göre kademeli olarak artmasının amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurduğu ve düzenlemenin amacına ulaşmaya elverişli olduğu görülmekle, kuralın ölçüsüzce düzenlendiği söylenemeyeceğinden söz konusu düzenleme Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

21. Mahkemenin 15/1/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

22. Başvurucu Şirket; Anayasa Mahkemesinin 16/6/2011 tarihli kararına konu olan davada tartışma konusunun itirazın şikâyet bedeli alınmasının hukuka aykırı olup olmadığı

hususlu olduğunu, başvuru konusu olayda ise şikâyetinde haklı çıkmasına rağmen itirazen şikâyet başvuru bedelinin iade edilmemesinin çekişmeye yol açtığını, Dairenin benzer bir uyumsuzlukla ilgili vermiş olduğu 30/6/2017 tarihli kararda itirazen şikâyet bedelinin ihale makamından alınabileceğine hükmettiğini, KİK nezdinde yaptığı itirazen şikâyet başvurusunun hukuka uygun olduğu belirlenmesine rağmen itirazen şikâyet bedelinin iade edilmemesinin ölçülü olmadığını, bu nedenlerle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

23. Başvurucu şirket ayrıca itirazen şikâyet başvurusunun dava açılmadan önce tktilmesi zorunlu bir başvuru yolu olduğunu, doğrudan dava aması durumunda 250 TL yargılama gideri ödeyeceğini, itirazen şikâyet başvuru bedelinin ise 6.381 TL olduğunu, 25 kat daha fazla masrafa katlanarak hukuka aykırılığın tespit ettirilebildiğini, haklı çıkmasına rağmen ödenen bedelin kendisine iade edilmemesinin orantısız bir müdahale teşkil ettiğini, içtihatlara aykırı hüküm tesis edildiğini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu benzer gerekçelerle eşitlik ilkesinin de ihlal edildiğini dile getirmiştir.

24. Bakanlık görüşünde; başvurucu şirketin KİK'e yaptığı itirazen şikâyet başvurusu esnasında ödediği başvuru bedelinin alınmasının dayanağının 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (j) fıkrasının (2) numaralı alt bendinde yer alan hüküm olduğu belirtildikten sonra anılan hükümün iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesinin 16/6/2011 tarihli ve E.2009/9 K.2011/103 sayılı kararı ile anılan düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmadığı ifade edilmiştir. Bakanlık ayrıca Anayasa Mahkemesinin bu kararı verirken düzenlemenin amacını da gözönünde bulundurarak kuralın lszce düzenlenmediği kanaatine vardığını vurgulayarak başvurucunun şikâyetlerinin incelenmesinde bu hususların da dikkate alınması gerektiğini bildirmiştir.

25. Başvurucu vekili cevap dilekçesinde; Bakanlık görüşünün başvuru dilekçesinde ileri sürdükleri iddiaları karşılamadığını, anılan Anayasa Mahkemesi kararının başvuru bakımından emsal teşkil etmediğini vurgulamıştır. Karşı beyanda Bakanlığın 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uygulamasına ilişkin görüş bildirmekten imtina ettiği hususuna da dikkat çekilmiştir.

B. Değerlendirme

26. Anayasa'nın "*Mülkiyet hakkı*" kenar başlıklı 35. maddesi şoyledir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

27. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, ř 16). Başvurucu, mülkiyet hakkının ihlali iddiası yanında aynı gerekçelerle mahkemeye erişim hakkı ile eşitlik ilkesinin de ihlal edildiğini de ileri sürmüştür. Başvurucunun şikâyetinin özünün KİK nezdinde yaptığı itirazen şikâyet başvurusunun hukuka uygun olduğu belirlenmesine rağmen itirazen şikâyet bedelinin iade edilmemesine yönelik olduğu anlaşılmakla ihlal iddialarının mülkiyet hakkı kapsamında incelenmesi uygun görülmüştür.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

28. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Mülkün Varlığı

29. Başvuruya konu itirazın şikâyet başvuru bedelinin başvuru Şirketin mal varlığından tahsil edildiği dikkate alındığında somut olayda Anayasa'nın 35. maddesi anlamında mülkün varlığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

b. Müdahalenin Varlığı ve Türü

30. Anayasa'nın 35. maddesinde bir temel hak olarak güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkı kişiye -başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla- sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma ve ondan tasarruf etme, onun ürünlerinden yararlanma olanağı verir (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 32). Dolayısıyla malikin mülkünü kullanma, mülkün semerelerinden yararlanma ve mülkü üzerinde tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinin sınırlanması mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, § 53).

31. Anayasa'nın 35. maddesi ile mülkiyet hakkına temas eden diğer hükümleri birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'nın mülkiyet hakkına müdahaleyle ilgili üç kural ihtiva ettiği görülmektedir. Buna göre Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtilmek suretiyle *mülkten barışçıl yararlanma hakkına* yer verilmiş; ikinci fıkrasında da mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahalenin çerçevesi belirlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, genel olarak mülkiyet hakkının hangi koşullarda sınırlanabileceği belirlenerek aynı zamanda *mülkten yoksun bırakmanın* şartlarının genel çerçevesi de çizilmiştir. Maddenin son fıkrasında ise mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı kurala bağlanmak suretiyle devletin mülkiyetin kullanımını kontrol etmesine ve düzenlemesine imkân sağlanmıştır. Anayasa'nın diğer bazı maddelerinde de devlet tarafından mülkiyetin kontrolüne imkân tanıyan özel hükümlere yer verilmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki mülkten yoksun bırakma ve mülkiyetin düzenlenmesi, mülkiyet hakkına müdahalenin özel biçimleridir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, §§ 55-58).

32. Başvurucu Şirketten itirazın şikâyet başvuru bedeli alınması mülkiyet hakkına müdahale teşkil etmekle olup bu müdahalenin mülkiyet hakkının kamu yararına kullanımının kontrolü veya düzenlenmesine ilişkin üçüncü kural çerçevesinde incelenmesi gerekir.

c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

33. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

34. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, bu hakkın kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılacağı öngörülmüştür. Mülkiyet hakkına müdahalede bulunulurken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için müdahalenin kanuna dayanması, kamu yararı amacı taşıması ve ayrıca ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, § 62).

i. Kanunilik

35. Mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerde ilk incelenmesi gereken ölçüt, kanuna dayalı olma ölçütüdür. Bu ölçütün sağlanmadığı tespit edildiğinde diğer ölçütler bakımından inceleme yapılmaksızın mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılacaktır. Müdahalenin kanuna dayalı olması, müdahaleye ilişkin yeterince ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir kanun hükümlerinin bulunmasını gerektirmektedir (*Türkiye İş Bankası A.Ş.* [GK], B. No: 2014/6192, 12/11/2014, § 44; *Ford Motor Company*, B. No: 2014/13518, 26/10/2017, § 49; *Necmiye Çiftçi ve diğerleri*, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, § 55).

36. Somut olayda idare ve derece mahkemeleri, başvuruya konu itirazın şikâyet başvuru bedelinin kanuni dayanağı olarak 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (j) bendinin (2) numaralı alt bendini göstermiştir. Gerçekten de bu kanun hükmünde söz konusu başvuru bedeli KİK gelirleri arasında sayılmıştır. Bu itibarla ulaşılabilir, öngörülebilir ve belirli olduğu açık olan söz konusu kanun hükmüne dayanan müdahalenin kanunilik ölçütünü taşıdığı değerlendirilmiştir. Bununla birlikte itirazın şikâyetin haklı görülmesi hâlinde başvuru bedelinin iade edilip edilmeyeceği ile ilgili bir düzenlemeye ise 4734 sayılı Kanun'da yer verilmemiştir. Bu hususun ise müdahalenin ölçülülüğü bağlamında tartışılması gerekmektedir. Bu itibarla ulaşılabilir, öngörülebilir ve belirli olduğu açık olan söz konusu kanun hükmüne dayanan müdahalenin kanunilik ölçütünü taşıdığı değerlendirilmiştir.

ii. Meşru Amaç

37. Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri uyarınca mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir. Kamu yararı kavramı, mülkiyet hakkının kamu yararının gerektirdiği durumlarda sınırlandırılması imkânı vermekle bir sınırlandırma amacı olmasının yanı sıra mülkiyet hakkının kamu yararı amacı dışında sınırlanamayacağını öngörerek ve bu anlamda bir sınırlama sınırı oluşturarak mülkiyet hakkını etkin bir şekilde korumaktadır. Kamu yararı kavramı, devlet organlarının takdir yetkisini de beraberinde getiren bir kavram olup objektif bir tanıma elverişli olmayan bu ölçütün her somut olay temelinde ayrıca değerlendirilmesi gerekir (*Nusrat Külah*, B. No: 2013/6151, 21/4/2016, §§ 53, 56; *Yunis Ağlar*, B. No: 2013/1239, 20/3/2014, §§ 28, 29).

38. Somut olayda KİK tarafından itirazın şikâyet başvuru bedeli alınmasının amacının yersiz başvuruların önüne geçmek ve idari sürecin etkin bir şekilde işlenmesini sağlamak olduğu dikkate alındığında bedel öngörülmesinin kamu yararı amacına dayandığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. AYM, E.2009/9, K.2011/103, 16/6/2011).

iii. Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

39. Son olarak kamu makamlarınca başvurunun mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyle gerçekleştirilmek istenen amaç ile bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin olup olmadığı değerlendirilmelidir.

40. Ölçülülük ilkesi *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015; E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016, § 18; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

41. Orantılılık ilkesi gereği kişilerin mülkiyet hakkının sınırlandırılması hâlinde elde edilmek istenen kamu yararı ile bireyin hakları arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir. Bu adil denge, başvurunun şahsi olarak aşırı bir yüke katlandığının tespit edilmesi durumunda bozulmuş olacaktır. Müdahalenin orantılılığını değerlendirirken Anayasa Mahkemesi; bir taraftan ulaşılmak istenen meşru amacın önemini, diğer taraftan da müdahalenin niteliğini, başvurunun ve kamu otoritelerinin davranışlarını gözönünde bulundurarak başvurucuya yüklenen külfeti dikkate alacaktır (*Arif Güven*, B. No: 2014/13966, 15/2/2017, §§ 58, 60; *Osman Ukav*, B. No: 2014/12501, 6/7/2017, § 71).

42. İdari veya yargısal başvuru yollarında yapılan giderlerin bunlara sebebiyet veren kişiye -haksız bulunan taraf- yükletilmesi ölçülü bir müdahale olarak kabul edilebilir. Ancak bireylerin, ilgili sürecin sonunda haklı çıkmalarına rağmen, söz konusu idari başvuru veya dava sebebiyle yapılan giderleri yüklenmeye mahkum edilmeleri mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyi ölçsüz kılabılır. Son olarak söz konusu idari veya yargısal giderlerin kişilere yükletilmesinin her hâlde, kamu yararı ile karşılaştırıldığında bireyler üzerinde şahsi olarak aşırı bir külfete yol açmaması gerekir.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

43. Somut olayda yersiz başvuruların önüne geçilmesi ve idari sürecin etkin bir şekilde işlemesi amacı çerçevesinde itirazın şikâyet başvurusunda bulunacaklardan bedel alınmasının müdahalenin amacını gerçekleştirmeye *elverişli* olduğu açıktır. Kamu makamlarınca gerçekleştirilen işlemin yalnızca bedel tahsilatı olduğu ve müdahalede kullanılacak en uygun aracın belirlenmesi konusunda kamu makamlarına tanınan takdir yetkisi dikkate alındığında müdahalenin *gerekli* olduğu da söylenebilir. Bu sebeple müdahalenin *orantılılığının* tartışılması gerekmektedir.

44. Başvurucu Şirket kendisinden itirazın şikâyet başvuru bedeli alınmasından değil başvurusunda haklı çıkmasına rağmen itirazın şikâyet bedelinin iade edilmemesinden yakınmaktadır.

45. Başvuru konusu olayda KİK'e yapılan itirazın şikâyet başvurusunda başvuru Şirket haklı bulunmuş ve düzeltici işlem belirlenmesine karar verilmiştir. KİK'in düzeltici işlem belirlenmesine karar vermesinin nedeni ihaleyi gerçekleştiren idarenin hukuka aykırı işlemidir. 4734 sayılı Kanun'a göre isteklilerin şikâyet ve itirazın şikâyet yollarını tüketmeden dava açmaları mümkün değildir. Başvurucu Şirket idarenin hukuka aykırı işleminin tespitini sağlayabilmek adına 6.381 TL itirazın şikâyet başvuru bedeli yatırmak durumunda kalmıştır. Diğer taraftan başvuru Şirket şikâyetinde haklı çıkmasına ve ihaleyi yapan idarenin hukuka aykırı işlemi tespit edilmesine rağmen bu tutar kendisine iade edilmemiştir.

46. Yukarıda da değinildiği üzere ilgili kanuna istinaden itirazın şikâyet yolu için başvuru bedeli alınmasının amacı yersiz başvuruların önüne geçmek ve idari sürecin etkin bir şekilde işlenmesini sağlamaktır. Başvurucu Şirketten itirazın şikâyet başvuru bedeli alınması belirtilen kamu yararı amacına dayanmakla birlikte haklı çıktıktan sonra bedelin iade edilmemesi şeklinde mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin başvuru aleyhine aşırı bir külfet yüklememesi gerekmektedir.

47. Başvurucu, mevzuatta öngörülen idari yolları tüketmeden dava açmamaktadır. Hâlbuki doğrudan dava açılabilseydi başvuru Şirket itirazın şikâyet başvuru bedeli ödemeyecek, davasında haklı çıkması durumunda ise yargılama giderleri karşı tarafa yüklenecektir. Diğer taraftan itirazın şikâyet başvuru bedelinin idari yargıda dava açma masraflarıyla karşılaştırıldığında çok yüksek olduğu görülmektedir. İhaleye katılan isteklilerin hukuka aykırı bir durumla karşılaştıklarında haklı çıksalar dahi itirazın şikâyet başvuru bedelinin kendilerine iade edilmeyeceğini bilmeleri bu yola başvurmalarını engelleyebilmektedir.

48. İhaleyi yapan idarenin hukuka aykırı işlemi nedeniyle idari yollara başvurmak zorunda kalan başvuru Şirkete şikâyetinde haklı çıkmasına rağmen başvuru bedeli iade edilmemiş ve neticede başvuru Şirketin mal varlığında ödenen bedel kadar eksilme meydana gelmiştir. Başvuru konusu olayda başvuru Şirkete haklı çıkmasına rağmen itirazın şikâyet başvuru bedelinin iade edilmemesi suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahale başvuru Şirketin menfaatlerinin dikkate alınmaması nedeniyle ölçüsüzdür.

49. Şikâyetinde haklı çıkan başvuru bedelini doğrudan yatırdığı KİK'ten almak yerine ayrı bir dava açmaya zorlanması başvuru aleyhine aşırı bir külfet yüklemektedir. Zira söz konusu bedel kolaylıkla idari süreç içinde ilgili idareye rücu edilebilir. Bu külfetin başvuru yükletilmesi ise mülkiyet hakkının usul güvencelerine de uygun düşmemektedir.

50. Diğer taraftan derece mahkemesince başvuru bedeli alınmasına ilişkin kanun hükmünün Anayasa Mahkemesinin 16/6/2011 tarihli ve E.2009/9, K.2011/103 sayılı kararı ile iptal edilmediği belirtilerek davanın reddine karar verilmiş ise de anılan karar itirazın şikâyet başvuru bedelinin iadesiyle ilgili değildir. Karardan, itirazın şikâyet bedeli alınmasının hukuka aykırı olup olmadığı hususunun tartışıldığı anlaşılmaktadır.

51. Sonuç olarak itirazın şikâyet başvurusunda alınan başvuru bedelinin lehe karar verilmesine rağmen başvuru Şirkete iade edilmemesi başvuru şahsi olarak aşırı bir külfet yüklemektedir. Dolayısıyla müdahalenin kamu yararı ile başvuru mülkiyet hakkının korunması arasında olması gereken adil dengenin başvuru aleyhine bozulduğu ve müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna varılmıştır.

52. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

53. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir...”

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

54. Başvurucu ihlalin tespit edilmesini istemiş ve tazminat talebinde bulunmuştur.

55. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına işaret etmiştir (*Aliğül Alkaya ve diğerleri* (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

56. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

57. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak, ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülünen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde, usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine

ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 58-59; *Aliğül Alkaya ve diğerleri* (2), §§ 57-59, 66, 67).

58. İncelenen başvuruda mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlalin idarenin işleminden/eyleminden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte derece mahkemeleri de ihlali giderememiştir. Bu açıdan ihlalin aynı zamanda mahkeme kararından da kaynaklandığı söylenebilir.

59. Bu durumda mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya öğü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 11. İdare Mahkemesine (E.2016/1996) gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

60. İhlal tespiti ve yeniden yargılama kararı verilmesinin yeterli bir giderim sağlayacağı anlaşıldığından ayrıca tazminata hükmedilmesine gerek görölmemiştir.

61. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 257,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.257,50 TL tutarındaki yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA**,

B. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının **İHLAL EDİLDİĞİNE**,

C. Kararın bir örneğinin mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 11. İdare Mahkemesine (E.2016/1996) **GÖNDERİLMESİNE**,

D. Başvurucunun tazminat taleplerinin **REDDİNE**,

E. 257,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.257,50 TL yargılama giderinin **BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE**,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurunun Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal **FAİZ UYGULANMASINA**,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 15/1/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ