

firmanın, taahhüdünü yerine getirmediği sözleşmenin feshi teminat iratın önlenmesi Dava başvurusu

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı : 2005/138

Karar Sayısı : 2008/124

Karar Günü : 19.6.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 11. Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 34. maddesinin son fıkrasının, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 10., 11., 12., 36., 48., 90. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I – OLAY

Müteahhit firmanın, taahhüdünü ihale dökümanı ve sözleşme kurallarına uygun olarak yerine getirmediği gerekçesiyle idare tarafından sözleşmenin feshedilmesi üzerine, fesih nedeniyle uğradığı zararının giderilmesi ve teminatının irat kaydının önlenmesi için ihtiyati tedbir kararı verilmesi istemiyle açtığı davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II – İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

“Davacı Vekili dava dilekçesinde, müvekkili ile Karayolları Genel Müdürlüğü arasında düzenlenen sözleşmenin, davalı kurum tarafından tek taraflı feshedilmesi sonucunda, müvekkili şirketin teminatının irat kaydının önlenmesi ve telafisi imkansız zarar meydana gelmemesi için, öncelikle teminatın irat kaydına yönelik ihtiyati tedbir konulmasını ve fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile toplam 100.000,00 YTL zararının tazminini istemiştir.

Dava, sözleşmenin tek taraflı feshi nedeniyle uğranılan zararın giderilmesi ve teminatın irat kaydına yönelik ihtiyati tedbir konulması isteğine ilişkindir.

İhtiyati tedbirler, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 101 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup 103. maddesi uyarınca, *“tehirinde tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hallerde tehlike veya zararın defi için hakim icap eden ihtiyati tedbirlerin icrasına karar verebilir.”* 105/2 madde uyarınca, *“acele hallerde derhal ihtiyati tedbire karar verilebilir.”*

Dava dilekçesinde teminat mektubunun paraya çevrilmesinin yakın ve telafisi güç bir zarar doğuracağı iddia edilerek, teminatın irat kaydının ihtiyati tedbir yolu ile durdurulması istenmektedir. Gerçekten de uygulamada teminat mektubunun nakde çevrilmesi durumunda, ilgilinin tüm bankalardan bir daha teminat mektubu alamaması söz konusudur. Bu nedenle davacı HUMK’un 103. maddesi uyarınca dava sonuna kadar teminat mektubunun nakte çevrilmemesi için ihtiyati tedbir isteğinde bulunmaktadır. Ne var ki Kamu İhale Kanunu’nun 34. maddesinin son cümlesi, *“Her ne suretle olursa olsun idarece alınan teminatlar haczedilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz.”* biçiminde olup, Mahkemenin ihtiyati tedbir koyma

yetkisini somut olayda engellemektedir. Oysa Anayasanın başlangıç bölümünün 4. paragrafında; “kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu”; 6. paragrafında, “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, maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme yetkisine doğuştan sahip olduğu” belirtilmektedir.

Anayasanın başlangıç bölümünde vurgulanan bu düzenleme çerçevesinde, Anayasanın 2. maddesi uyarınca, “Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir.” Yine Anayasanın 10. maddesi uyarınca, “kanun önünde herkes eşittir” ve 11. madde uyarınca da “Anayasa hükümleri her kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olup kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.” Demek ki Türkiye Cumhuriyeti kuvvetler ayrılığı ilkesine dayalı bir hukuk Devleti olup Anayasa kuralları üstün hukuk normudur.

Öyleyse hukuk hakimine, HUMK’nun 101 ve devamı maddeleri uyarınca uygulama olanağı verilen ihtiyati tedbir kararının; idarenin taraf olduğu sözleşmelerdeki teminatlar için konulamaması, Anayasanın başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ve eşitlik ilkelerine aykırıdır. Nitekim Anayasanın 125. maddesi, “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” diyerek, kuvvetler ayrımı ilkesini ve yargı denetimini çok daha açık biçimde dile getirmiştir.

Bunun yanında Anayasanın 36. maddesi, “herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak sureti ile yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” biçimindeki düzenlemesiyle haksızlığa uğradığını düşünen herkesin, usulüne uygun biçimde yargı mercileri önünde hakkını arayabilmesini kabul ettiği için,

idarece alınan teminatların üzerine ihtiyati tedbir kararı konulamayacağı biçimindeki düzenleme, Anayasanın 36. maddesine de aykırıdır. İdare lehine ve sebepsiz olarak yargı yerlerinin yetkilerini sınırlayan bu düzenleme, hukuk Devleti, kuvvetler ayrımı, eşitlik ve hak arama özgürlüğüne aykırılığının yanında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin adil yargılanmayı düzenleyen 6. maddesine de aykırı olup, Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş Uluslararası antlaşmalara uymak bir zorunluluktur.

Öte yandan Borçlar Kanunu'nun sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 18. ve devamı maddelerinde, herhangi bir sözleşmede taraflar eşit konumda olup sebepsiz olarak bir tarafın, karşı yana üstünlüğüne olanak tanınmamıştır. Nitekim Anayasanın 48. maddesi, *"Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir."* diyerek, sözleşme özgürlüğünü güvence altına almıştır. Bir özgürlüğün güvence altına alınmasının, o özgürlüğün keyfi uygulamalardan korunması anlamına geleceği kuşkusuzdur. Bu durumda iptal istemine konu olan Kamu İhale Yasasının 34/son cümlesindeki, *"idarece alınan teminatlar üzerine ihtiyati tedbir konulamaz"* şeklindeki düzenlemenin, idare lehine hukukça geçerli bir sebep olmaksızın avantaj sağladığı düşünüldüğünde, sözleşme özgürlüğü kapsamında olması gereken korumaya ve tarafların eşit olması ilkesine aykırı düştüğü kuşkusuzdur.

Buna karşılık iptale konu yasa maddesinin, kamu kurumlarının yaptığı ihalelerde, idareye verilen teminatlar üzerine, karşı tarafın kötü niyetle ve danışıklı olarak üçüncü kişilerle anlaşarak ihtiyati tedbir, ipotek, haciz vb. koymalarının önlenmesi amaçlı olarak düzenlendiği ileri sürülebilir. Ancak maddede öngörülen, *"her ne suretle olursa olsun"* biçimindeki ifadenin keskinliği karşısında bu görüş yerinde değildir. Yasa gerekçesinde, *"teminatlar taahhüdün ihale dokümanında yer alan hükümlere uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak üzere alındığından, bu konuda bir sorun yaşandığında teminatların gelir kaydedilmesi için haczedilemeyeceği ve üzerine ihtiyati*

tedbir konulamayacağı hüküm altına alınmıştır.” denmektedir. Fakat Kamu İhale Kanunu’nun 34/son maddesindeki bu düzenlemenin, Kamu İhale Kanunu yürürlüğe girinceye kadar uygulanan ve olağanüstü dönemde çıkarılan, 08.09.1983 tarihli, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 26/c maddesinden aynen alındığı görülmektedir. Her ne kadar Danışma Meclisi’nin 01.08.1983 günlü 137. Birleşimin Birinci Oturumu’nda söz alan İktisadi İşler Komisyonu sözcüsü Paşa Sarıoğlu’nun sözlerinden, Devlet İhale Kanunu’nun 26/c maddesindeki amacın, “ihalenin sağlığı açısından değerlendirme sırasında ihaleye giren şirketin verdiği teminatın üzerine her hangi bir şekilde ipotek konmasının önlenmesi olduğu” anlaşılmakta ise de yukarıda vurgulandığı üzere, “her ne suretle olursa olsun” biçimindeki düzenlemenin bu amacı aştığı, Devlet İhale Kanunu’nun uygulandığı dönemde dahi tedbirin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin olarak karışıklıklara sebep olduğu, idareye amaçlanandan öte yetki tanıdığı, uygulamadaki bu karışıklığın, hukuki sürecin işleyişi gereği Yargıtay denetiminden de geçmediği, buna karşın Kamu İhale Kanunu’nun düzenlenmesi aşamasında da aynı sakıncaları taşıyarak aktarıldığı görülmüştür. Her iki yasanın gerekçesindeki anlatımların, maddelerdeki hak ve özgürlüklerin ruhuna aykırı düzenlemeyi açıklamakta yetersiz kaldığı ortadadır. Oysa keyfi kullanıma elverişli bu düzenlemenin, yüklenicilerin üçüncü kişilerle danışıklı hareketlerde bulunarak, sözleşmede taraf olan kamu kurumunu zarara uğratamayacak, ihale sürecini aksatmayacak biçimde kaleme alınması olanaklıdır. Bu yüzden keyfiliğe olanak tanıyan mevcut düzenleme Anayasaya aykırı olup iptali gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 4134 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 34/son cümlesi; Anayasanın başlangıç ilkelerinin 4. ve 6. paragrafları ile 2, 10, 11, 12, 36, 48, 125. maddelerine ve 90. maddenin göndermesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesine aykırı olduğundan iptali için konunun ivediliği gereği yürürlüğün durdurulması istemli olarak Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dosyada bulunan belgelerin onaylı

bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine tensiple birlikte karar verildi. 04.10.2005”

III – YASA METİNLERİ

A – İtiraz Konusu Yasa Kuralı

4.1.2002 günlü ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 34. maddesinin itiraz konusu son fıkrası şöyledir:

“Her ne suretle olursa olsun idarece alınan teminatlar haczedilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz.”

B – Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa’nın Başlangıç’ı ile 2., 10., 11., 12., 36., 48., 90. ve 125. maddelerine dayanılmış, 35. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV – İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 8. maddesi gereğince, Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT’ün katılımlarıyla 17.11.2005 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V – YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 34. maddesinin son fıkrasının yürürlüğünün durdurulması isteminin,

koşulları oluşmadığından REDDİNE, 17.11.2005 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI – ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralı, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, Mahkemenin ihtiyati tedbir koyma yetkisinin engellendiği, idare lehine hukukça geçerli bir sebep olmaksızın avantaj sağlandığı, bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 10., 11., 12., 36., 48., 90. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi, yasaların Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelerle bağlı olmadığından, iptali istenilen kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 35. maddesi yönünden de incelenmiştir.

4734 sayılı Yasa'nın 34. maddesinin itiraz konusu son fıkrasında *"Her ne suretle olursa olsun, idarece alınan teminatlar haczedilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz."*; Madde'nin yasama belgelerindeki gerekçesinde de *"Teminat olarak kabul edilebilecek değerler ekonomik ve mali gelişmeler dikkate alınarak belirlenmiş ve maddede teminatların teslim ve iade şartları düzenlenmiştir. Ayrıca, teminatlar taahhüdün ihale dokümanında yer alan hükümlere uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak üzere alındığından, bu konuda bir sorun yaşandığında teminatların gelir kaydedilebilmesi için haczedilemeyeceği ve üzerine ihtiyati tedbir konulamayacağı hüküm altına alınmıştır."* denilmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen yasa önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörölmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörölen eşitlik ilkesi zedelenmez.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 33. maddesinde, *"İhalelerde, teklif edilen bedelin %3'ünden az olmamak üzere, istekli tarafından verilecek tutarda geçici teminat alınır."*, 43. maddesinde, *"Taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşmenin yapılmasından önce ihale üzerinde kalan istekliden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle %6 oranında kesin teminat alınır."*, 44. maddesinde de *"İhale üzerinde kalan istekli 42 ve 43 üncü maddelere göre kesin teminatı vererek sözleşmeyi imzalamak zorundadır. Sözleşme imzalandıktan hemen sonra geçici teminat iade edilir."* denilmektedir.

Anayasa'nın 35. maddesinde *"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla,*

kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz." denilmektedir. Buna göre, mülkiyet hakkı sınırsız olmayıp, kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilen bir haktır. Bu bağlamda, mülkiyet hakkı kapsamında bulunan alacak haklarının da kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilen olduğu açıktır. Kamu hizmetlerinin düzenli olarak aksatılmadan yürütülmesindeki kamu yararı gözetilerek taahhüdün ihale dökümanında yer alan hükümlere uygun olarak yerine getirilmesinin sağlanması amacıyla teminat alınmasında ve bu konuda bir sorun yaşanması olasılığına karşı da teminat üzerine haciz ve ihtiyati tedbir konulması yasaklanarak alacak haklarının sınırlandırılmasında Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

Öte yandan, idarenin taraf olduğu sözleşmelerle diğerleri, aynı hukuksal özellikleri taşımadıklarından bunların aynı hukuksal konumda bulunmayan tarafları arasında eşitlik karşılaştırması yapılamaz.

Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" başlıklı 36. maddesinde, herkesin meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak sav ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. İtiraz konusu kuralla kişilerin davacı veya davalı olarak, yargı mercileri önünde sahip oldukları anayasal haklar engellenmemiş, mahkemeler, açılmış olan davaları inceleyerek gerekli kararları vermekten alıkonulmamış, yargı yolu herhangi bir şekilde kapatılmamıştır.

Belirtilen nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2., 10., 35. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 11., 12., 48., 90. ve 125. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

VII – SONUÇ

4.1.2002 gnl, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 34. maddesinin son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 19.6.2008 gnnde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

BaşkanHaşim KILIÇ	BaşkanvekiliOsman Alifeyyaz PAKST	yeSacit ADALI
-------------------	---------------------------------------	----------------

yeFulya KANTARCI0ĞLU	yeAhmet AKYALÇIN	yeMehmet ERTEN
-----------------------	-------------------	-----------------

yeA. Necmi ÖZLER	yeSerdar ÖZGÜLDÜR	yeŞevket APALAK
-------------------	--------------------	------------------