

"...

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 def'i 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 Sarioğlu'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

Esas Sayısı : 2005/138

Karar Sayısı : 2008/124

alınması olanaklıdır. Bu yüzden keyfilige 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""