

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı : 2012/132

Karar Sayısı : 2012/179

Karar Günü : 22.11.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Ankara 6. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 42. maddesinin işlem tarihinde yürürlükte olan birinci fıkrasında yer alan, "*Mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır.*" biçimindeki ikinci cümlenin, Anayasa'nın 10., 13., 36. ve 125. aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca uhdesinde kalan ihaleye ilişkin sözleşmeyi süresi içerisinde imzalamadığından bahisle 6 ay süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin idari işlemin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı ... ECZA DEPOSU A.Ş. vekili AV. ... tarafından, davacı şirketin 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesi hükümleri uyarınca uhdesinde kalan ihaleye ilişkin sözleşmeyi süresi içerisinde imzalamadığından bahisle 6 ay süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin 18.06.2008 gün ve 26910 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan davalı idare işleminin iptali istemiyle SAĞLIK BAKANLIĞI'na karşı açılan davada, Mahkememizce verilen 22.4.2009 tarih ve E:2008/913, K:2009/760 sayılı kararın Danıştay 13. Dairesinin 19.6.2012 tarih ve E.2011/1872, K.2012/1761 sayılı karar ile bozulması üzerine bozma kararına uyularak işin gereği görüldü.

T.C. Anayasasının 10. maddesinde "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir... Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" hükmüne, 36. maddesinde "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir..." hükmüne, 13. maddesinde "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 lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz..." hükmüne, 125. maddesinde "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. (Ek hüküm: 13/8/1999-4446/2 md.) Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.

Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askerî Şûranın kararları yargı denetimi dışındadır. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/11 md.) Ancak, Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır.

İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar..." hükümlerine yer verilmiştir.

Anayasasının 152/1. maddesinde ise "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır" hükmü yer almıştır.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinde ise "(1) Bir davaya bakmakta olan mahkeme, bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa;

a) İptali istenen kuralların Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslını,

b) Başvuru kararına ilişkin tutanağın onaylı örneğini,

c) Dava dilekçesi, iddianame veya davayı açan belgeler ile dosyanın ilgili bölümlerinin onaylı örneklerini dizi listesine bağlayarak Anayasa Mahkemesine gönderir..." hükmüne yer verilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Sözleşmeye Davet" başlıklı 42. maddesinde (işlem tarihi itibarıyla yürürlükte olan şekilde); "41 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen sürelerin bitimini veya Maliye Bakanlığının vizesi gereken hallerde bu vizenin yapıldığının bildirilmesini izleyen günden itibaren üç gün içinde ihale üzerinde kalan istekliye, tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu imza karşılığı tebliğ edilir veya iadeli taahhütlü mektup ile tebligat adresine postalanmak suretiyle bildirilir. Mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır. (...)" hükmü yer almıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden; 14.03.2008 tarihinde Sağlık Bakanlığı İzmir Eğitim Araştırma Hastanesi Baştabipliği tarafından yapılan "27 Kalem İlaç ve Serum Alımı" ihalesinin davacı şirketin üzerinde kaldığı ve 07.04.2008 gün ve 005366 sayılı sözleşmeye davet mektubu ile ilgilinin sözleşme imzalamak üzere davet edildiği, anılan mektubun 07.04.2008 tarihinde postaya verildiği ve davacı şirkete 26.04.2008 tarihinde tebliğ edildiği, öte yandan, davalı idare tarafından 4734 sayılı Kanun'un 42. maddesi hükmü uyarınca mektubun postaya verildiği 07.04.2008 tarihini takip eden yedinci gün olan 14.04.2008 tarihinin tebliğ tarihi sayılacağı ve bu tarihten itibaren 10 gün içerisinde en geç 24.04.2008 tarihine kadar sözleşmenin davacı şirketçe imzalanmadığı gerekçe gösterilerek davacı şirket hakkında 6 ay süreyle yasaklama işleminin tesis edildiği, bakılmakta olan davanın da söz konusu işlemin iptali istemiyle açıldığı anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık konusu olaya uygulanan ve yukarıda metnine yer verilen yasal düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesinden, ihalelerin şikayet ve itirazın şikayet başvurularıyla kesintiye uğramaması için, bu başvurulara ilişkin olarak hızlı ve etkin bir başvuru ve bildirim yolu öngörülmesinin amaçlandığı, bu amaç doğrultusunda başvuru ve karar alma sürelerine yönelik olarak çeşitli yöntemlerle belirlendiği ve sınırlamalar getirildiği görülmekte ise de;

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 9/5. maddesi uyarınca; başvuruların idare veya Kurum dışındaki idari mercilere ya da yargı mercilerine yapılması ve başvuru dilekçelerinin bu merciler tarafından ilgisine göre ihaleyi yapan idareye veya Kamu İhale Kurumuna gönderilmesi halinde, bu dilekçelerin ihaleyi yapan idare veya Kamu İhale Kurumu kayıtlarına girdiği tarih, başvuru tarihi olarak kabul edilmesi ve aynı maddenin yedinci fıkrası uyarınca posta yoluyla yapıları başvurularda, postadaki gecikmeler dikkate alınmamasına karşın, idareler ve Kamu İhale Kurumu tarafından alınan kararlara ilişkin tebligatın, iadeli taahhütlü mektupla yapılması halinde mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün, kararın istekliye tebliğ tarihi sayılması nedeniyle, ortada, idari işlem tesis ederken sahip olduğu kamu gücü dolayısıyla, aldığı bu kararlara muhatap olan ilgililerine oranla daha güçlü konumda olan idareler lehine eşitliğe aykırı bir düzenleme bulunduğu kanaatine varılmıştır.

Ayrıca, anılan düzenlemeler doğrultusunda, ihalelere yönelik olarak şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunanların, kendilerinden kaynaklanmayan ve kendilerine kusur izafe edilmesi mümkün olmayan sebepler dolayısıyla posta idaresinde yaşanacak herhangi bir gecikme nedeniyle, kendilerine fiilen herhangi bir bildirim ve tebligat yapılmaksızın, haklarında alınan kararların tebliğ edilmiş sayılması nedeniyle, bazı hakların ilgililerince kullanamamasına sebep olunduğu gibi hakkın gerçek manada aranarak kamu düzeninin sağlanmasının zorlaştırıldığı açıktır.

Açıklanan nedenlerle, mahkememizce 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Sözleşmeye Davet" başlıklı 42. maddesinin birinci fıkrasında (işlem tarihi itibarıyla yürürlükte olan şekilde) yer alan "...Mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır..." hükmünün Anayasanın 10. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesine, 36. maddede ifadesini bulan hak arama hürriyetinin hakların sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddede öngörülen ölçülülük ve öze dokunamazlık ilkelerine, yine söz konusu hükmün Anayasa'nın 125. maddesine aykırılık taşıdığı kanısına varıldığından dosyada bulunan belgelerin birer örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine Anayasa Mahkemesi'nce verilecek karara kadar davanın geri bırakılmasına, 13/09/2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralı

4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun itiraz konusu kuralı da içeren 42. maddesi şöyledir:

"Sözleşmeye Davet

Madde 42- 41 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen sürelerin bitimini veya Maliye Bakanlığının vizesi gereken hallerde bu vizenin yapıldığının bildirilmesini izleyen günden itibaren üç gün içinde ihale üzerinde kalan istekliye, tebliğ tarihini izleyen on gün içinde

Hayatımız limitli ama öğrenebileceklerimiz limitsizdir

kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu, iadeli taahhütlü mektup ile tebligat adresine postalanmak suretiyle bildirilir. Mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır. Ancak bu bildirim isteklinin imzası alınmak suretiyle idarede de tebliğ edilebilir.

43 üncü madde hükmü gereğince sözleşmeden önce kesin teminat alınmayan danışmanlık hizmet ihalelerinde sözleşmeye davet ise, kesin teminat istenilmeksizin birinci fıkra hükümlerine göre yapılır.”

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 10., 13., 36. ve 125. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 2. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İhtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılımlarıyla 22.11.2012 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Ömer DURAN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın, ihale işlemlerine karşı yapılacak başvuruların idare veya Kamu İhale Kurumu dışındaki idari mercilere ya da yargı mercilerine yapılması ve başvuru dilekçelerinin bu merciler tarafından ilgisine göre ihaleyi yapan idareye veya Kamu İhale Kurumuna gönderilmesi hâlinde, bu dilekçelerin ihaleyi yapan idare veya Kamu İhale Kurumu kayıtlarına girdiği tarihin başvuru tarihi olarak kabul edilmesi ve posta yoluyla yapılan başvurularda postadaki gecikmeler dikkate alınmamasına karşın, idareler ve Kamu İhale Kurumu tarafından alınan kararlara ilişkin tebligatın, mektupla yapılması hâlinde mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci günün, kararın istekliye tebliğ tarihi sayılmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu, ayrıca ihale işlemlerine karşı şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunanların, postada yaşanacak herhangi bir gecikme nedeniyle kendilerine fiilen herhangi bir bildirim ve tebligat yapılmaksızın, haklarında alınan kararların tebliğ edilmiş sayılmasının da hak arama özgürlüğünü ihlal edici nitelikte olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 10., 13., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

4734 sayılı Kanun'un 65. maddesinde, kamu ihalelerinde aday, istekli ve istekli olabileceklere yapılacak her türlü bildirim ve tebligatlarda uyulması zorunlu hususlar belirlenmiştir. İtiraz konusu kuralda ise mektupla yapılan tebligatlarda mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci günün kararın istekliye tebliğ tarihi sayılacağı hükme bağlanmıştır.

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 olan devlettir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*hukuk güvenliği*" ilkesidir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Maddeyle korunan hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, Anayasa'nın 40. maddesi uyarınca diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan

kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Dava açma hakkının kapsamına ve kullanımına ilişkin düzenlemelerin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar olduğu açıktır. Ancak, bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz.

Anayasa'nın 13. maddesine göre ise temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi, hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz.

Tebliğat, yetkili makamlarca birtakım hukuki işlemlerin, bu işlemin hukuki sonuçlarından etkilenmeleri amaçlanan kişilere kanuna uygun şekilde bildirim ve bu bildirim usulüne uygun olarak yapıldığının belgelendirilmesi işlemidir. Usulüne uygun işlemlerin kendilerine bağlanan hukuki sonuçları doğurabilmesi için muhatabına bildirilmesi gerekir. Usulüne uygun olarak yapılan tebliğat, Anayasa'da güvence altına alınmış olan iddia ve savunma hakkının tam olarak kullanılabilmesinin ve bireylere tanınan hak arama hürriyetinin önemli güvencelerinden biridir.

İtiraz konusu kuralda, kamu idareleri ve Kamu İhale Kurumu tarafından alınan kararlara ilişkin tebliğatin, mektupla yapılması hâlinde mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün, kararın istekliye tebliğ tarihi sayılmaktadır. Kendilerinden kaynaklanmayan ve kendilerine kusur ilave edilmesi mümkün olmayan sebeplerle posta hizmetlerinde yaşanan bir gecikme sonucunda, kendilerine fiilen herhangi bir bildirim ve tebliğat yapılmaksızın, haklarında alınan kararların tebliğ edilmiş sayılmasının, ilgililerin kazandıkları ihaleye ilişkin sözleşme yapmaları, Kanun'un 56. maddesi uyarınca ihaleye karşı itirazın şikayette bulunabilmeleri veya ihaleye karşı adli ya da idari yargı makamları nezdinde dava açabilmeleri gibi bazı hakların kullanılamamasına neden olacağı açıktır. Bir başka ifadeyle, ulaşılmayan bir tebliğat nedeniyle muhatabının Kamu İhale Kurumuna süresinde başvuru yapamaması, başvuru yapmış olsa dahi bu başvurunun süresinde yapılmadığı gerekçesiyle reddedilecek olması ve bu konuda açılacak bir davanın da yargı mercileri tarafından reddedilecek olması sonucunu doğuracaktır. Bu durum tebliğatin muhatabının, kendisine ilave edilemeyen nedenlerle posta hizmetlerinde yaşanan gecikme sonucunda, tebliğatin içeriğini ilgilendiren konuların esasına ilişkin iddialarını adli veya idari yargı makamları önünde hiçbir şekilde ortaya koyamamasına neden olacaktır. Dolayısıyla, itiraz konusu kural, kendilerinden kaynaklanmayan gecikmelere karşı kişilere yeterince koruma sağlamadığı için hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturduğu gibi kişilerin hak arama özgürlüğünün özünü de zedelemektedir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 36. ve 13. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 2., 36. ve 13. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden Anayasa'nın 10. ve 125. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

Bu görüşe Hicabi DURSUN ve Muammer TOPAL katılmamıştır.

V- SONUÇ

4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 42. maddesinin işlem tarihinde yürürlükte olan birinci fıkrasında yer alan, "Mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır" biçimindeki ikinci cümlelerin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Hicabi DURSUN ile Muammer TOPAL'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 22.11.2012 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Başkanvekili
Haşim KILIÇ	Serruh KALELİ	Alparslan ALTAN
Üye	Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Mehmet ERTEN	Serdar ÖZGÜLDÜR



Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Engin YILDIRIM

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Erdal TERCAN

Üye

Muammer TOPAL

Üye

Zühtü ARSLAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtirazın konusu 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 42. maddesinin işlem tarihinde yürürlükte olan birinci fıkrasında yer alan "Mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır." biçimindeki ikinci cümlesinin, Anayasa'nın 10., 13., 36. ve 125. maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptali istemidir.

Anayasa Mahkemesinin 27.9.2012 günlü, E.2012/20, K.2012/132 sayılı kararının "Karşioy Gerekçesi"nde belirtilen nedenlerle itiraz başvurusunun reddi gerekir.

Bu nedenle çoğunluğun iptale ilişkin kararına katılmıyoruz.

Üye Üye

Hicabi DURSUN Muammer TOPAL