

“ ...

1. 7161 Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesiyle 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 23. maddesinin birinci fıkrasına eklenen 17. bendin “(Cumhurbaşkanı, bu oranı %100’e kadar artırmaya, sıfıra kadar indirmeye yetkilidir.)” şeklindeki cümlesinin Anayasaya aykırılığı

Yasanın 3. maddesiyle 193 sayılı Gelir Vergisi Yasasının gelir vergisinden istisna edilmiş ücretleri düzenleyen 23. maddesinin birinci fıkrasına 17. Bent eklenmiştir. Buna göre, Türk Hava Kurumu ile sivil havacılıkta görevli pilotlar ve sertifikalandırılmış personele yapılan aylık ücret ödemelerinin gerçek safi değerinin %70’i gelir vergisinden istisna edilmektedir. Ayrıca iptali istenen kural ile, Cumhurbaşkanına mevcut istisna oranını %100’e kadar artırma ve sıfıra kadar indirme yetkisi verilmektedir.

Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri hukuki belirliliktir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup bireyin, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu öngörebilmesi gerekir.

Anayasa'nın “vergi ödevi” başlıklı 73. maddesi; “Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir” hükmünü içermektedir.

Anayasa, her çeşit mali yükümlülüğün yasayla konulmasını emrederken, keyfi, takdiri ve sınırsız uygulamaları önleyecek ilkelerin yasada yer alması amacını güttüğünde kuşku yoktur. Bir mali yükümlülük, yasayla yeterince çerçevenlenmemişse, kişilerin sosyal ve ekonomik durumlarını, hatta temel haklarını etkileyecek keyfi uygulamalara yol açması mümkündür. Bu bakımdan mali yükümlülükler, belli başlı öğeleri de açıklanarak ve çerçeveleri kesin çizgilerle belirtilerek yasalarla düzenlenmelidir. Anayasa Mahkemesine göre de “Bu ilke takdire dayalı keyfi uygulamaları önleyecek sınırlamaların yasada yer almasını gerektirmekte ve vergi yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin konulması, değiştirilmesi veya kaldırılmasının yasa ile yapılmasını zorunlu kılmaktadır.” (AYMK, E.2003/33 K.2004/101, 15.7.2004).

Ancak Anayasada vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde yasanın belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapma yetkisinin Cumhurbaşkanına verilebileceği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu hükmü şöyle yorumlamıştır: “8. ...Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük öngören kanunlarda sosyal, ekonomik, mali ve kültürel amaçlı birtakım muaflık, istisna ve indirimler getirilmesi, kanun koyucunun takdirine bağlı bir konudur. 9. Anayasa’da vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde değişiklik yapabilme yetkisinin Bakanlar Kuruluna verilebileceği belirtilmekle birlikte Bakanlar Kuruluna verilen bu yetkinin kullanılabileceği alt

ve üst sınırların da kanunda belirtilmesi zorunludur. Bakanlar Kurulunun bu sınırları aşacak biçimde herhangi bir düzenleme getirebilmesi olanaklı değildir. Bir başka deyişle Bakanlar Kuruluna verilen bu yetki “koşullu ve sınırlı bir yetki”dir. Vergilendirmede esas kural, vergilerin kanunla konulup kaldırılması ve değiştirilmesi olduğundan verginin yasallığı ilkesinin zedelenmesine yol açacak ve yasama yetkisinin yürütme organına devri sonucunu doğuracak şekilde yürütme organına sınırsız bir yetki verilmesi kabul edilemez.” Bu çerçevede “14. Vergiye konu unsurlar arasında birtakım ölçütlerin gözetilerek farklı oran belirlenmesi de mümkün bulunmaktadır...” (AYMK, E.2017/117 K.2018/28, 28.2.2018). Mahkeme bu kararında harca konu gayrimenkullerin birtakım özelliklerine göre farklı oranlar belirleme yetkisinin, alt ve üst sınırlar içinde kalınmak kaydıyla Bakanlar Kuruluna bırakılmasını, “söz konusu yetkinin kullanımına belirli bir ölçüt getirmiş” olduğunu dikkate alarak (p. 13-16) iptali istenen kuralın belirsizliğinden ve öngörülemezliğinden söz edilemeyeceği kanaatine varmış ve anayasaya aykırılık görmemiştir.

Ayrıca Mahkeme vergi yasalarında yer alması gereken hususları şu şekilde belirtmiştir: “Bireylerin sosyal ve ekonomik durumlarını etkileyecek keyfi uygulamalara neden olunmaması için, vergilendirmede, vergiyi doğuran olay, matrah, oran, tarh, tahakkuk, tahsil, yaptırım ve zamanaşımı gibi vergilendirmenin belli başlı temel öğelerinin yasalarla belirlenmesi gerekir...” Mahkemeye göre “Vergi yasalarında sosyal, ekonomik, mali ve kültürel amaçlı kimi muaflık, istisna ve indirimler getirilmesi, yasa koyucunun takdirine bağlı bir konudur. Verginin bir bölümünden (indirim) veya tümünden vazgeçme ya da vergi kapsamındaki kimi konuları (istisna) veya kişileri (muaflık) vergi dışında tutma işlemi de en az vergi koyma ölçüsünde büyük önem taşımaktadır. Vergilendirmede esas kural, vergilerin yasayla konulup, değiştirilmesi veya kaldırılmasıdır. Buna göre, birtakım nedenlerle, kimi kişi veya konuların vergi dışında bırakılması ya da bir kısım vergiden vazgeçilmesi hususlarının da yasalarla belirlenmiş olması gerekmektedir.” Mahkeme aynı kararda daha sonra vergiden indirim yapılması kavramını açıklar “İndirim, vergi matrahından veya doğrudan vergiden belirli tutarda indirim yapılması suretiyle verginin bir bölümünden vazgeçilmesi veya bir bölümünün geri verilmesi sonucunu doğurmaktadır. Anayasa’nın 73. maddesinin son fıkrası vergide indirimi, yasayla belirlenen yukarı ve aşağı sınırlar içinde Bakanlar Kurulu’na yetki verilebilecek konular arasında gösterecek kadar önemli görmüştür.” (AYMK, E.2003/33 K.2004/101, 15.7.2004)

Oysa iptali istenen cümle Cumhurbaşkanına yasada belirtilen kişilerin ücretlerinin gelir vergisinden istisna oranını sınırsız bir şekilde belirleme yetkisi tanımaktadır. Kanunun % 0 ile %100 arasında demesi ile sınırsız olarak belirleyebilir demesi arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Anayasada öngörülen alt ve üst sınırın belirlenmesi koşulunun fiilen sınırsız yetki doğuracak şekilde “% 0 ila %100” arasında şeklinde tespit edilmesi olmadığı açıktır. Böyle bir sınır ile sınır koymamak arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Bu şekilde Cumhurbaşkanına sınırsız yetki tanınması suretiyle bu alanda vergiyi tamamen ortadan kaldırabilmesine veya istisnayı tamamen ortadan kaldırılarak tüm ücretin vergiye tabi tutulmasına karar verme yetkisi tanınmıştır. Başka bir ifadeyle Cumhurbaşkanına öyle bir oran belirleme yetkisi verilmiştir ki Cumhurbaşkanı ücret üzerindeki vergiyi tamamen kaldırabilir veya ücretin tamamını vergilendirebilir. Böyle bir düzenlemenin verginin yasallığı ilkesiyle bağdaşmadığı da açıktır. Bu açıdan iptali istenen cümle dolaylı yoldan Cumhurbaşkanına vergi koyma ve kaldırma yetkisi vermektedir.

Her an kolayca değiştirilebilen bir işlemle, önceden bilinmesi olanaksız bir kuralla yapılan bu yetkilendirmenin, hukuk güvenliği ve hukuki istikrar ilkelerini zedelediği, vergilendirmede keyfi uygulamaların engellenmesi için getirilen verginin yasallığı ilkesiyle

uyumlu olmadığı açıktır. Vergiden istisna oranını “% 0 ila % 100” aralığında değişen oranlara göre belirleme yetkisinin Cumhurbaşkanına verilmesi ilgililerin ücretlerinin ölçsüz ve belirsiz bir müdahaleye açık hale getirilmesidir.

Bu nedenle, iptali istenen cümle Anayasanın 2. ve 73. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

2. 17/1/2019 tarihli ve 7161 Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 11. maddesiyle değiştirilen 5/5/1969 tarihli ve 1173 sayılı Milletlerarası Münasebetlerin Yürütülmesi ve Koordinasyonu Hakkında Kanunun 3. maddesinin üçüncü fıkrasının Anayasaya aykırılığı

7161 sayılı Kanunun 11. maddesiyle değiştirilen 1173 sayılı Kanunun 3. Maddesinin üçüncü fıkrasında Cumhurbaşkanı tarafından, dış ülkelerde veya uluslararası kuruluşlar nezdinde büyükelçi gibi akredite edilmeksizin, büyükelçi unvanı verilerek özel bir misyonla görevlendirilenlerin büyükelçilik unvanı Cumhurbaşkanınca geri alınmadığı müddetçe devam edeceği hükme bağlanmıştır.

Söz konusu maddede daha önce 703 sayılı KHK ile değişiklik yapılarak büyükelçi gibi akredite edilmeksizin bazı kişilerin dış ülkelerde veya uluslararası kuruluşlar nezdinde büyükelçi unvanı verilerek görevlendirilenlerin bu unvanlarının görev süresince devam edeceği hükme bağlanmıştır.

Daha sonra aynı konu 1 sayılı CK’nin 12. maddesinde yeniden düzenlenmiştir. Ancak 27 sayılı CK ile söz konusu hükümde değişiklik yapılarak bu unvanların Cumhurbaşkanınca geri alınmadıkça devam edeceği hükmü getirilmiştir.

Bu kez de aynı yöndeki değişiklik iptali istenen kural ile yasada yapılmıştır. Buna göre kişilerin özel misyonu sona erse dahi, saiki bilinmeyen bir sebeple, unvanının devam edeceği; bu unvanın ancak Cumhurbaşkanı tarafından takdir edilecek bir sebeple ve bilinmeyen bir tarihte geri alınabileceği ya da Cumhurbaşkanının takdirine bağlı olarak hiçbir zaman geri alınmayacağı ve ilgilinin bu unvanın sağladığı tüm hak ve menfaatlardan faydalanmaya devam edeceği hüküm altına alınmıştır.

Anayasa Mahkemesi Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesinin bileşenlerinden biri olan kanunların kamu yararını gözetme unsurunu şöyle açıklamıştır: “56. Kanunların (kuralların) kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun (kural koyan otoritenin), hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. ...57. Kanun (kural) koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır... Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da ölçülülük ilkesi gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur... 80. ...Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinde kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Bir kuralın Anayasa’ya aykırılık sorunu çözümlenirken “kamu yararı” konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı yönündeki değerlendirmeler ise anayasallık denetiminin kapsamı dışında kalmaktadır.” (AYMK, E.2017/178 K.2018/82, 11/7/2018).

Hukuk devleti aynı zamanda yönetenlerin ve siyasal iktidar sahiplerinin keyfi işlem ve eylemlerine karşı yönetilenlere yani yurttaşlara hukuksal güvenceler sağlayan bir devlettir. Bu anlamda hukuk devleti, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerini de içerir. “28. Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin ön koşulları arasında hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri bulunmaktadır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi; hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.” (AYMK E.2018/7 K.2018/80, 5/7/2018).

Öte yandan Anayasanın 10. maddesindeki “15. Kanun önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır...” (AYMK, E.2018/153 K.2018/119, 27/12/2018). “...eşitlik ilkesi yönünden yapılacak anayasallık denetiminde öncelikle Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde aynı ya da benzer durumda bulunan kişilere farklı muamelenin mevcut olup olmadığı tespit edilmeli... Bundan sonra farklı muamelenin objektif ve makul bir temele dayanıp dayanmadığı ve nihayetinde farklı muamelenin ölçülü olup olmadığı hususları irdelenmelidir.” (AYMK, E.2018/8 K.2018/85, 11/7/2018).

İptali istenen kural ile cumhurbaşkanlığı makamınca dış ülkelerde veya uluslararası kuruluşlar nezdinde özel bir misyonla görevlendirme yapılabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla birtakım kişilere büyükelçi unvanının verilmesinin nedeni, yani işlemin sebep unsuru, ilgilinin özel bir misyonla görevlendirilmesidir. Bu özel misyon çerçevesinde, misyonun daha kolay, sıkıntısız, hızlı ve başarılı ifa edilebilmesi için bir imkân düşünülmüştür. İşlemin amacı da böylece ortaya çıkmaktadır. İlke olarak özel bir misyonu ifa ile görevlendirilen kişinin bu gerekçeyle verilen unvanı misyon süresince taşıması beklenir. Görevin daha hızlı, kolay ve başarılı yerine getirilmesi unvanın verilme nedeni olduğuna göre, misyonun bitmesi unvanı kullanma imkânının kaldırılmasını gerektirir. Misyon varsa unvan vardır, misyon bitmiş ise unvan da kaldırılmalıdır. Dolayısıyla yapılan işin niteliği bu iş nedeniyle sağlanacak güvenceleri de belirler. Özel bir misyonla belli bir süre için görevlendirilenlerin bu misyon süresince salt misyonun daha iyi ifası için birtakım güvencelerle donatılması kabul edilebilir. Ancak misyon sona erdiğinde unvanın devamı hiçbir kamu yararı gerekçesi ile açıklanamaz. Böyle bir kuralın objektif, adil kurallar içerdiği ve hakkaniyet ölçütlerini gözettiği de söylenemez. Değişiklik öncesinde unvan misyonun devamı süresince öngörülmüşken iptali istenen düzenleme yaptığı değişiklik ile misyon sona erse dahi büyükelçilik unvanının Cumhurbaşkanınca geri alınmadığı müddetçe devam edeceğini düzenleyerek eşitlik ilkesine aykırı ve takdir yetkisinin keyfi kullanımının önünü açan bir düzenleme yapılmıştır.

Öte yandan iptali istenen kural özel bir misyonla görevlendirilen kişiler arasında bu misyonun sona ermesinden sonra unvanın devam edip etmemesi açısından farklılık ortaya çıkacaktır. Cumhurbaşkanı kimilerinin unvanının korunmasını sağlarken kimilerinden de bu unvanı derhal veya belli bir süre sonra herhangi bir sebep göstermeksizin alabilecektir. Belli bir süreyle özel misyonla görevlendirme açısından aynı durumda bulunan kişiler arasında böylesine bir işlem, farklı muamele oluşturur. Bu farklı muamelenin ise hiçbir haklı ve objektif

gerekçesi gösterilmemektedir. Bu husus, tamamıyla kuralı uygulamakla görevli makamın takdirine bırakılmıştır.

Nihayetinde kişilerin hukuka ve idareye güvenlerinin korunması hukuk devletinin gereklerindedir. Hukuk normlarının öngörülebilir olması, devletin de hukuki düzenlemeleri yaparken hukuka güveni zedeleyici yöntemlerden kaçınması gerekir. Ayrıca hukukun kişileri kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlemleri içermesi beklenir. İptali istenen kural ise unvanın geri alınmasını Cumhurbaşkanının tamamen takdirine bıraktığından öngörülebilir olmaktan uzaktır. Bu takdir yetkisinin hukuka güveni zedeleyici şekilde kullanılmasına karşı koruyucu hiçbir düzenleme içermediğinden hukuk devletiyle bağdaşmaz.

Bu nedenle, iptali istenen kural, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

3. 17/1/2019 tarihli ve 7161 Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 16. maddesiyle değiştirilen 4/11/1983 tarihli ve 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanununun 6. maddesinde yer alan “ilgili mevzuatta” ibaresinin Anayasaya aykırılığı

7161 sayılı Kanun’un 16. maddesi maddesiyle 4/11/1983 tarihli ve 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanununun 6. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “özel kanunu ile diğer kanunlarda” ibaresi “ilgili mevzuatta” şeklinde değiştirilmiştir.

Böylece Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğine sadece kanunlarla değil, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve yönetmeliklerle, hatta yönetmelik altı diğer adsız işlemlerle de görev verilmesine olanak sağlanmıştır. “İlgili mevzuat” kavramı”, normatif anlamda belirtilen anayasa maddelerinde yer alan bir kavram değildir. 2017 Anayasa değişikliği ile, “diğer mevzuat” sözcüğü istisnai olarak Anayasa’nın 159. maddesine yazılmış olmasına rağmen “kanun ve diğer mevzuata (hakimler için idari nitelikteki genelgelere)” şeklinde, yine anayasal düzenleme tekniğine uygun olmasa da ayraç kullanılmak suretiyle bu ifade somutlaştırılmış bulunmaktadır. Diğer mevzuattan kastedilen parantez içinde hakimler için idari nitelikteki genelgeler şeklinde kavram açıklanmaya çalışılmıştır.

Dolayısıyla mevzuat kavramının kapsamı açık değildir. Anayasa idari nitelikteki genelgeleri de bu kavram kapsamında saymıştır. Uygulamada her türlü düzenleyici işlem mevzuat olarak nitelendirilmektedir.

Öncelikle Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti; Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da açıklandığı üzere; eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, Anayasa’nın ve yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Hukuk devletinin temel amacı yönetimin hukuka uygunluğunu sağlamaktır. Yönetimin hukuka uygunluğu yoluyla vatandaşlar için öngörülebilirlik güvence altına alınacaktır. “Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer



vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.” (AYMK, E.2012/116, K.2013/32, 28.2.2013).

Genel Kurmay Başkanlığı ve Milli Güvenlik Genel Sekreterliğinin görev ve yetkilerinin bu derece belirsiz bir şekilde her türlü idari düzenleyici işlemle belirlenmesine olanak tanıyan kural öncelikle öngörülebilir değildir ve hukuk devleti ilkesini zedeleyici niteliktedir. Bu nedenle Anayasanın 2. maddesine aykırılık oluşturur.

Diğer taraftan Anayasa'nın 123. maddesinde idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği ilkesine yer verilmiştir. Son fıkraya kamu tüzel kişiliğinin kanunla kurulacağı kuralına 2017 değişikliği ile cumhurbaşkanlığı kararnamesi ibaresi eklenmiş olmakla birlikte bu kuralın kanunla düzenleme ilkesini ortadan kaldırdığını söylemeye olanak bulunmamaktadır. Kaldı ki mevzuat kavramı Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini kapsamakla birlikte bununla sınırlı olmadığı, normlar hiyerarşisinde daha alt düzeyde bulunan yönetmelik ve hatta diğer adsız düzenleyici işlemleri de kapsadığı açıktır. Dolayısıyla getirilen düzenleme, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılması gereken düzenlemelerin diğer alt mevzuat yoluyla yapılmasına imkân tanınması anlamına gelmektedir. Bu nedenle Anayasanın 123. maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 123. maddelerine aykırıdır, iptal edilmesi gerekir.

4. 17/1/2019 tarihli ve 7161 Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 23. maddesiyle 25/2/1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanununun 14. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine eklenen “ile 3/6/2007 tarihli ve 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu” ibaresi ile “ile jeotermal kaynak ve doğal mineralli sular” ibaresinin Anayasaya aykırılığı

7161 sayılı Kanunun 23. maddesiyle 4342 sayılı Mera Kanununun 14. Maddesinde değişiklik yapılarak jeotermal kaynakların ve doğal mineralli suların işlenmesi için bu amaçla yapılacak aramalar ve tesisler için meraların tahsis amacının değiştirilmesine olanak sağlanmıştır.

Anayasanın 45. maddesinin birinci fıkrasına göre “Devlet, tarım arazileri ile çayır ve mer'aların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek, tarımsal üretim planlaması ilkelerine uygun olarak bitkisel ve hayvansal üretimi artırmak maksadıyla, tarım ve hayvancılıkla uğraşanların işletme araç ve gereçlerinin ve diğer girdilerinin sağlanmasını kolaylaştırır.” Bu maddenin gerekçesinde ise “Devlete tarım arazilerinin ve çayırlarla meraların amaç dışı kullanılmasını önleme görevini yüklemektedir. Bu ifade ile amaçlanan tarım arazilerinin endüstri ve şehirleşme sebebiyle yok edilmesinin önlenmesidir. Devlet, bu amaçla yasal düzenlemeler yapmalıdır.” denilmektedir. Anayasa koyucunun devlete meraların amaç dışı kullanılmasını önleme görevi yüklemekteki ereği “tarım arazilerinin endüstri ve şehirleşme sebebiyle yok edilmesinin önlenmesidir”. Yani bu arazilerin endüstri ve şehirleşme vb. birtakım sebeplerle tahrip edilmesi ve yok edilmesini önlemek devlete bir görev olarak verilmiştir. O halde maddenin ilgili hükümlerinin yorumunda bu amacın göz önünde bulundurulması gerekir.

4342 sayılı Yasanın 3. maddesinde mera: hayvanların otlatılması ve otundan yararlanılması için tahsis edilen veya kadimden beri bu amaçla kullanılan yeri; yaylak: ise çiftçilerin hayvanları ile birlikte yaz mevsimini geçirmeleri, hayvanlarını otlatmaları ve otundan yararlanmaları için tahsis edilen veya kadimden beri bu amaçla kullanılan yeri; kışlak: ise hayvanların kış mevsiminde barındırılması ve otundan yararlanılması için tahsis edilen veya kadimden beri bu amaçla kullanılan yeri ifade ettiği belirtilmektedir. Bu kapsamda, meraların geleneksel kullanım amacı, hayvanların otlatılması ve otundan yararlanılmasıyla sınırlı olup, geçici de olsa yerleşim amaçlı kullanılması mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesine göre de Anayasanın 45. maddesinde "...bu yerlerin sadece geleneksel kullanım amacıyla, yani sadece hayvanların otlatılması ve barındırılması amacıyla tahsis edileceği belirtilmiştir. İlgili iptali istenen düzenlemede ...bu amacın gerçekleşmesine yönelik önlemlere yer verilmemesi ve aksine söz konusu tahsisten yörede oturan ve öteden beri hayvancılıkla uğraşan çiftçilerle sınırlı olmayacak biçimde istekli olan herkesin yararlandırılacağı öngörülmüş olması... bu amacın da gerçekleşme imkânının sağlanamadığını göstermektedir" (AYMK, E.2013/114 K.2014/184, 4.12.2014). Anayasa koyucunun bu yerlerin sadece geleneksel kullanım amacıyla, yani sadece hayvanların otlatılması ve barındırılması amacıyla tahsis edileceği kaydını da dikkate almak gerekir.

Ülkedeki mera, yaylak ve kışlak alanların dramatik bir şekilde küçüldüğü görülmektedir. 1928 yılında yaklaşık 46 milyon hektar olan mera alanının 14.6 milyon hektara indiği sayısal verilerle kanıtlanmaktadır. FAO'nun (Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Örgütü) verilerinde mera alanımızın 8-8,5 milyon hektarlara düştüğü ifade edilmektedir. 2004 yılı FAO verilerine göre Hollanda toplam yüzölçümünün %30'unu, Yunanistan'da ise %36'sını çayır ve mera alanı oluştururken ülkemizde bu oran aynı yılın verilerine göre %16 civarındadır. 2004 yılında tamamen değiştirilen Mera Kanununun 14. maddesi, bu tarihten itibaren de 6 ayrı yasayla 9 kez değiştirilmiş, mera alanlarının sınırlandırılması ve yitirilmesine yönelik adımlar atılmıştır.

Anayasada devlete meraların tahribini, kalite ve verimliliğinin düşürülmesini ve amacı dışında kullanılmasını önleyecek adli, idari ve hukuki tedbirleri alma görevi verilmesine ve bu yerlerin sadece hayvanların otlatılması ve barındırılması amacıyla tahsis edileceği belirtilmesine karşın, bu çerçevenin dışına çıkan iptali istenen ibarelerin Anayasa'nın 45. maddesine aykırı olduğu açıktır.

Öte yandan Anayasanın bu açık hükümlerine rağmen Anayasa Mahkemesi; Anayasa 45. maddedeki amaç dışı kullanımı yasaklayan kuralın mutlak bir yasaklamayı ifade etmediğini ve bu arazilerinin amaç dışı kullanımına hiçbir koşulda izin verilemeyeceği söylenemeyeceğini belirtmiştir. "Hayvancılığın önemli geçim kaynaklarından birini oluşturduğu ülkemizde mera, yaylak ve kışlakların korunması, tarımla uğraşan halkın ve dolayısıyla ülkenin refahı ve gelirinin artması bakımından büyük önem taşımaktadır. Anayasa koyucu, mera, yaylak ve kışlakların sınırlılığını gözeterek bunların korunmasına ve amacı dışında kullanımının engellenmesine yönelik tedbirler alınmasını bir ödev olarak Devlete yüklemiş ise de bunun mutlak bir yasaklamayı ifade ettiği ve mera, yaylak ve kışlakların amaç dışı kullanımına hiçbir koşulda izin verilemeyeceği söylenemez. Sosyal veya ekonomik bazı ihtiyaçlar, mera, yaylak ve kışlakların başka amaçlarla kullanımını zorunlu hâle getirebilmektedir. Bu gibi durumlarda, bir bölgenin mera, yaylak ve kışlak olarak kullanımına devam edilmesi, birtakım ekonomik ve sosyal ihtiyaçların karşılanamamasına ve neticede daha büyük kamusal yararların zedelenmesine yol açabilmektedir. Bu nedenle, bir alanın mera, yaylak veya kışlak vasfının ortadan kaldırılmasının, söz konusu alanın mera, yaylak veya kışlak olarak kullanımına devam

edilmesinden daha fazla kamusal yarar doğurduğu hâllerde, ilgili bölgenin başka amaçlarla kullanılmasına imkân sağlanmasına anayasal bir engel bulunmamaktadır.” (AYMK, E.2014/177 K.2015/49, 14.5.2015).

“Ancak ...arazinin amaç dışı kullanımına izin verilebilmesi için çatışan iki kamusal yarar arasında makul bir denge kurulmalı ve tarım arazisinin amaç dışı kullanımının sosyal veya ekonomik açıdan daha fazla kamusal yarar sağlayacağına ortaya konulması gerekmektedir. Bu bağlamda önemli bir ekonomik veya sosyal ihtiyaca cevap vermeyen, kamu yararı bakımından zorunluluk taşımayan yatırım ve faaliyetlerin gerçekleştirilmesi amacıyla tarım arazilerinin amaç dışı kullanımına izin verilmesi Anayasa'nın 44. ve 45. maddeleriyle Devlete yüklenen ödevle bağdaşmaz.” Mahkeme bu kararında bu yoruma dayanarak mera arazilerinin tahsisine izin veren düzenlemeleri, ilgili yasada “öngörülen önlemlerin, önemli bir ekonomik veya toplumsal ihtiyaca cevap vermeyen ve kamu yararı yönünden zorunluluk taşımayan plan ve yatırımlar sebebiyle... arazilerin... amaç dışı kullanımının engellenmesi bakımından yeterli bir güvence oluştur”up oluşturmadığına bakmıştır (AYMK, E.2014/147 K.2015/25, 5.3.2015).

Oysa 7161 sayılı Yasanın 24. maddesi sadece 4342 sayılı Yasanın 14. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine iptali istenen ibareleri eklemekte (“ile 3/6/2007 tarihli ve 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu” ve “ile jeotermal kaynak ve doğal mineralli sular”), bunun haricinde hiçbir hüküm ve açıklama içermemektedir. Arazilerin amaç dışı kullanımının engellenmesi bakımından hiçbir güvence içermemektedir. Örneğin bahsedilen arazilerde arama ve işletme faaliyetlerine dair usul ve esasları düzenlememiştir. Tahsis süresinin neye göre belirleneceği belli değildir. Bununla beraber benzer nitelikteki tahsisin Maden Kanunu ve Petrol Kanunu bağlamında yapıldığı hallerde 4342 sayılı Yasanın 14. maddesinde bu hususlara açıklık getiren düzenlemeler yer almaktadır. Yine düzenlemeden bu yatırım ve faaliyetlerin hangi önemli bir ekonomik veya sosyal ihtiyaca cevap verdiği, kamu yararı bakımından neden zorunluluk taşıdığı, mera arazilerinin amaç dışı kullanımının sosyal veya ekonomik açıdan daha fazla kamusal yarar sağlayacağı anlaşılamamaktadır.

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi kararlarına göre de mera arazilerinin amaç dışı kullanımının engellenmesi bakımından yeterli güvenceleri içermeyen, geleneksel kullanım amacının gerçekleşmesine yönelik önlemlere yer vermeyen ve kamu yararı bakımından zorunluluğu, mera arazilerinin korunması karşısında içerdiği üstün yarar ortaya konulmadan iptali istenen ibarelerle yapılan değişikliğin Anayasanın 45. Maddesine aykırı olduğu kabul edilmelidir.

Ayrıca Mahkemenin de belirttiği gibi “...mera ve çayırın amaç dışı kullanılmasının ve tahribinin önlenmemesinin.. Anayasa'nın 56. maddesinde koruma altına alınan çevreyi olumsuz yönde etkileyeceği açıktır.” (AYMK, E.2016/133 K.2017/155, 15.11.2017). Çünkü meraların, sürdürülebilir çevre bağlamında toprak ve su muhafazası, erozyonun kontrolü, küresel ısınmaya yol açan sera gazlarının emisyonu ve gen kaynaklarının korunması açısından önemli işlevleri vardır.

Anayasanın 56. maddesinde herkesin, “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı”na sahip olduğu belirtilmiş; çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevleri arasında sayılmıştır. Anayasa'nın 56. maddesinin gerekçesinde, vatandaşın korunmuş çevre şartlarında, beden ve ruh sağlığı içinde yaşamını sürdürmesini sağlamanın Devletin ödevi olduğu, Devletin hem kirlenmenin önlemesi hem de tabii çevrenin korunması ve geliştirilmesi için gereken tedbirleri alması gerektiği belirtilmiştir. Mahkemeye göre “56. madde, ikinci fıkrasında, bu hakkın kullanılması yönünden Devlete bir



takım ödevler yüklemektedir. Bu ödevlerden biri ve önemine rağmen Devletin mali kaynaklarının ve parasal olanaklarının yeterliliğine bağlı bulunmaması, çevrenin kirlenmesine ve çevre sağlığının bozulmasına yol açan tutum ve davranışlara engel olunmasıdır” (AYMK, E.1985/11 K. 1986/29, 11.12.1986).

Aynı zamanda Anayasa Mahkemesinin belirttiği üzere “Çevrenin kirlendikten ve bozulduktan sonra eski hâline getirilmesinin çok güç ve külfetli olması hatta kimi zaman mümkün olmaması nedeniyle, kalkınma ve ekonomik gelişme için yapılacak yatırım ve faaliyetlerin, doğayı tahrip etmeden ve çevreyi kirletmeden gerçekleştirilmesi; kirlenen çevrenin temizlenmesi veya bozulan çevrenin onarılması yerine, kirliliği ve bozulmayı önleyici tedbirlere ağırlık verilmesi gerekir.” (AYMK, E.2013/89, K.2014/116, 3/7/2014).

Sağlıklı ve dengeli çevre kavramına, “doğal güzelliklerin korunduğu, kentleşme ve sanayileşmenin getirdiği hava ve su kirlenmesinin önlendiği bir çevre kadar, işin niteliğine göre belirli esaslara uygun olarak madencilik (ya da jeotermal) faaliyetlerinin gerçekleştirildiği çevrenin de gireceği kuşkusuzdur.” (AYMK, E.2011/10, K.2012/79, 24/5/2012).

Anayasa bu maddeyle devlete, toplumun huzur ve mutluluğunun sağlanmasında ve bireylerin maddi ve manevi varlıklarının geliştirilmesinde önemi yadsınamaz olan çevrenin bozulmadan korunması ve geliştirilmesi konularında ödevler yüklemiştir. Sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı ekonomik ve mali gerekçelerle vazgeçilecek haklardan değildir. Devlet bu ödevin ifasında mali kaynaklarının ve parasal olanaklarının yetersizliği gerekçesine sığınmaz. Söz konusu hakka yönelik olarak devlete düşen görev, bu hakkın gerçekleştirilmesinin önünde yer alan engellerin kaldırılmasından ve yaşanılan çevre ortamının geliştirilmesinden ibarettir. Bu bağlamda, yasama organı bu Anayasa hükümlerine uygun hareket etmek zorundadır. Buna göre çevreyi ilgilendiren yasal düzenlemelerin, Anayasa tarafından devlete yüklenen çevrenin korunması, çevrenin geliştirilmesi ve çevre kirliliğinin önlenmesi ödevlerini yerine getirme amacıyla bağdaşacak şekilde çıkarılmaları gerekir.

“Devlete yüklenen sürdürülebilir ekonomik kalkınmanın sağlanması ödevinin yerine getirilmesi amacıyla sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına müdahalede bulunulması mümkündür. Ancak bu müdahalenin, Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü olması gerekir. Ölçülülük ilkesi, yasal önlemin öngörülen amaç için zorunlu ve amaca ulaşmaya elverişli olmasını, ayrıca amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder.” (AYMK, E.2013/89, K.2014/116, 3/7/2014).

Dolayısıyla mera arazilerinin jeotermal kaynak ve doğal mineralli sular için arama ve işletme faaliyetlerine tahsisine izin veren iptali istenen ibarelerin yol açtığı müdahalenin Anayasanın 56. maddesinin getirdiği güvenceler karşısında ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. İptali istenen ibarelerle ekonomik saiklerle mera arazileri üzerinde jeotermal kaynak ve doğal mineralli sular yönünden faaliyete izin verilmektedir. Bu yapılırken yukarıda 45. Madde bağlamında anlatıldığı gibi, mera arazilerinin amaç dışı kullanımının engellenmesi bakımından yeterli güvenceler öngörülmemekte, geleneksel kullanım amacının gerçekleşmesine yönelik önlemlere yer verilmemekte ve faaliyetin kamu yararı bakımından zorunluluğu, mera arazilerinin korunması karşısında içerdiği üstün yararı ortaya konulmamaktadır. Oysa bu dengeleme işleminde Mahkeme kararlarının ilan ettiği sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkıyla ilgili üç husus belirleyici niteliktedir. İlki Sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı ekonomik kar ve üretim faaliyetlerinin artırılması gerekçeleriyle vazgeçilecek haklardan değildir (AYMK, E.2011/10, K.2012/79, 24.5.2012).

Diğeri, Devletin mali kaynaklarının ve parasal olanaklarının yetersizliği gerekçesi ile devletin bu madde ile tanınan yükümlülüğünden vazgeçemeyeceği gerçektir. Bir de, ekonomik faaliyetlerin doğayı tahrip etmeden ve çevreyi kirletmeden gerçekleştirilmesi, önleyici tedbirlerin öncelenmesidir. Sadece hayvancılıkla uğraşan çiftçilerin değil çevreye, çevre sağlığına ve sürdürülebilir çevreye verebileceği telafisi olmayan zarar ve ziyanlar nedeniyle insanlar dâhil tüm canlılar için hayati önemi olan bir konuda ekonomik menfaatler ileri sürülerek yapılan müdahalenin ölçsüz olduğu açıktır.

Sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, meraların sürdürülebilir çevre bağlamındaki işlevleri göz önüne alındığında, endüstriyel faaliyetlerin meralara kurularak meraların daraltılmasına izin verir şekilde yorumlanamaz. Bu itibarla mera alanlarının daraltılarak sürdürülebilir çevre bağlamındaki işlevlerini etkisizleştirmeyi amaçlayan iptali istenen ibareler, Anayasanın 56. maddesine de aykırıdır.

Bu nedenlerle iptali istenen ibareler, Anayasa'nın 45. ve 56. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

5. 17/1/2019 tarihli ve 7161 Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 29. maddesiyle 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine eklenen "çay ve çay ürünleri için Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğünden, faaliyet alanındaki mal ve hizmetler için Uluslararası Sağlık Hizmetleri Anonim Şirketinden," ibaresi ile maddenin birinci fıkrasına eklenen (z) bendinin Anayasaya aykırılığı

7161 sayılı Yasanın 29. maddesiyle 4734 sayılı yasanın istisnalar başlıklı 3. Maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine "çay ve çay ürünleri için Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğünden, faaliyet alanındaki mal ve hizmetler için Uluslararası Sağlık Hizmetleri Anonim Şirketinden" ibaresi eklenmiş ayrıca fıkra (z) bendi eklenmiştir. Böylece "Ülkemiz tarafından tertiplenecek uluslararası organizasyonlar ve toplantılardan Cumhurbaşkanı tarafından belirlenenler için bu organizasyonların ve toplantıların yürütülmesine yönelik olarak sorumlu idare tarafından yapılacak mal ve hizmet alımları," 4734 sayılı Kamu İhale Yasasından istisna tutulmuştur.

Maddenin değişiklik gerekçesinde "Madde ile, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki kuruluşların, Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğünden yapacakları çay ve çay ürünleri alımlarının Kanun hükümlerinden istisna tutulması öngörülmektedir. Ayrıca yapılan değişiklik çerçevesinde, gerçekleşmesi önceden öngörülemeyen ve hazırlık için yeterli süresi bulunmayan uluslararası toplantılardaki harcamalar için yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununda yer alan istisna hükümlerinin ilgili Kanun olan Kamu İhale Kanununa taşınması amaçlanmaktadır." denilmiştir.

Kamu İhale Kanunu kapsamındaki kuruluşların Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğünden yapacakları çay ve çay alımları ihale kanunundan istisna tutulduğu gibi TBMM Genel Kurulunda maddeye Uluslararası Sağlık Hizmetleri Anonim şirketinden yapılacak mal ve hizmet alımları da eklenmiştir.

(e) bendinde kamu kurumlarının kamu iktisadi teşekküllerinin ürettiği mal ve hizmetleri satın almasına ilişkin işlemler ihale kanunu kapsamı dışında tutulmuştur. Ancak bu mal ve hizmetlerin çoğu tekel niteliğindeki mal ve hizmetlerdir. Oysa yeni eklenen istisnalar tekel

niteliğindeki mal ve hizmetler olmadığı gibi özel hukuk hükümlerine tabi bir Anonim Şirket de bu istisnalar arasına alınmıştır.

Böyle bir istisna aşağıda daha ayrıntılı olarak açıklanacağı gibi serbest rekabet kurallarına aykırı olduğu gibi, kamu yararı amacı da taşımamaktadır.

Anayasanın 2. Maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin gereği olarak tüm kamusal işlemlerde olduğu gibi yasaların da kamu yararını amaçlaması gerekir. Kamu kurumlarının kaliteli mal ve hizmetleri uygun fiyata satın alması Kamu ihale kanununun temel hedefidir. Kamu iktisadi kuruluşlarının yararlandıkları imtiyazlar dikkate alındığında ürettikleri mal ve hizmetlerin kalite ve fiyat açısından özel sektörün ürettikleri ile rekabet edebilir durumda olması kamu yararının bir gereğidir. Aksi halde kamu kaynaklarıyla finansmanı sağlanan, ürettiği kalitesiz ve pahalı malları kamu kurumlarına satan verimsiz ve pahalı bir kamu işletmeciliğinin kamu yararına hizmet ettiği söylenemez. Dolayısıyla tekel niteliğinde olmayan mal ve hizmetlerin satın alınmasının Kamu İhale Kanunu kapsamı dışına çıkarılması kamu yararı amacı taşımadığı gibi, serbest rekabeti zedeleyici niteliktedir.

Bu nedenle kural Anayasanın 2. ve 167. maddelerine aykırıdır.

Kamu İhale Yasasında kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veya kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak usul ve esaslar düzenlenmiştir (AYMK, E.2015/60, K.2016/2, 13.1.2016). Yasanın 2. maddesinde Yasa kapsamında bulunan idareler, 3. maddesinde de ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç, bu Yasa hükümlerine tâbi olmayan mal ve hizmet alımları belirlenmiştir. Yasanın 5. maddesinde de belirtildiği üzere Yasa, kamunun mal ve hizmet alımlarına ilişkin ihalelerinde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenilirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasının ve kaynakların verimli kullanılmasının en geniş şekilde sağlanması, kamu kurum ve kuruluşlarının kullanımlarında bulunan her türlü kaynaktan yapacakları ihalelerde tek bir yasal düzenlemeye tâbi olmaları amacıyla çıkarılmıştır.

Anayasa Mahkemesi Kamu İhale Kanunuyla ilgili olarak şu tespitlerde bulunmuştur: “Anayasa Mahkemesi kararlarında da vurgulandığı gibi, Devlet harcamalarında Kamu İhale Kanunu'nun uygulanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı yoktur. Kamu İhale Kanunu bir Anayasa kuralı niteliğinde olmadığından, kamu mal ve hizmet alımlarının mutlaka Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen usuller uygulanarak gerçekleştirilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Kanun koyucunun bazı mal ve hizmetler yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal açıdan bir engel yoktur. Ancak, kanun koyucunun, bazı mal ve hizmetleri Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen usullerin dışında tutarak farklı usullere tâbi kılabilme yetkisine sahip olması, bu amaçla çıkarılacak kanunlarda hiçbir anayasal ilkeyle bağlı olmayacağı anlamına gelmez. Bir mal ve hizmet alımı ihalesinin Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen usullerin dışına çıkarılırken, bunun özellikle hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kamu yararı gözetilmeden yapılamayacağı açıktır.” (AYMK E.2011/45 K. 2013/24, K.T. 31.1.2013). “Devlet harcamalarında 4734 sayılı Kanun'un uygulanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmadığından, kanun koyucunun bazı mal ve hizmetler yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal açıdan bir engel yoktur. Ancak, bir mal ve hizmet alımı ihalesi 4734 sayılı Kanun'da öngörülen saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik ve kamuoyu denetimi esas alınarak belirlenen usullerin dışına çıkarılırken, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kamu yararı amacı gözetilmelidir”. (AYMK, E.2015/60 K.2016/2, 13.1.2016).

Yasaların kamu yararına dayanması ilkesi ile; bütün kamusal girişimlerin temelinde bulunması doğal olan kamu yararı düşüncesinin yasalara egemen olması amacı yatar. “Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.” (AYMK E.2013/158 K.2014/68, 27.3.2014).

Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesine yer verilmiştir. Hukuk devleti en temel anlamıyla kanunlara dayalı devlet demektir. Sadece yönetilenlerin değil yönetenlerin de kanunlara uyması bir hukuk devletinin ilk koşuludur. Ancak getirilen düzenleme ile yapılacak uluslararası toplantılardan Cumhurbaşkanınca belirlenecek olanlara ilişkin tüm mal ve hizmet alımları ihale kanunu kapsamı dışına çıkarılmıştır. Hangi tür toplantıların hangi ölçütlere göre bu kapsama alınacağı da belli değildir. Ayrıca bu alımların hangi esaslara göre yapılacağı konusunda esasların da Cumhurbaşkanınca belirlenmesi öngörülmüştür. Bu Cumhurbaşkanının kanunlardan bağımsız olarak kendi belirleyeceği kurallara göre yönetmesi anlamına gelmektedir. Bu açık bir şekilde keyfi yönetimin tanımı demektir. Keyfi yönetim, bir kişinin hiçbir yasa ile bağlı olmaksızın ancak kendi belirlediği kurallara göre yönetmesi şeklinde tanımlanabilir ve getirilen kural bu tanım ile tam olarak örtüşmektedir. Hiçbir denetime tabi olmadan kişisel keyfi tercihlere dayalı bir yönetimin yozlaşması kaçınılmazdır. Hukuk devleti keyfi yönetimin tam karşıtı olarak, yönetenlerin de kanunlara tabi olduğu devlet demektir.

Diğer taraftan hukuk devleti yurttaşlara öngörülebilirlik sağlamalıdır. “Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.” (AYMK E.2012/116 K.2013/32, 28.2.2013).

Anayasa Mahkemesi idarenin takdir yetkisine ilişkin olarak şu tespitlerde bulunmuştur: “idarelerin karşılaştıkları farklı durumlar karşısında en uygun çözümü üretebilmeleri için takdir yetkisiyle donatılmaları zorunludur. Takdir yetkisinin amacı, idareye farklı çözümler arasından uygun ve yerinde olanı seçme serbestisi tanımaktır.” Ancak kamusal makamlara tanınan bu takdir yetkisi sınırsız olmayıp yetkinin hukukun genel ilkeleri ve hakkaniyet ilkesiyle bağdaşır şekilde kullanılması bir gerekliliktir. Başka bir ifadeyle takdir yetkisi, idarenin “keyfi” olarak hareket edebileceği anlamına gelmez. İdarenin bu yetkisini, somut olayın özellikleri, yapılan işin önemi, aciliyeti gibi durumları göz önüne alarak “eşitlik, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılması... hukukun genel ilkelerindedir.” (AYMK, E.2014/87 K.2015/112, 8.12.2015). Aynı zamanda idarece alınacak önlemler objektif nitelik taşımaları ve keyfi uygulamalara sebep olacak geniş bir takdir yetkisini içermemelidir. İdare takdir yetkisine dayanarak aldığı kararın yukarıdaki ilkelere uygunluk gerekçelerini hesap verilebilirlik adına ikna edici şekilde kamuoyuyla paylaşmalı ve gerektiğinde yargısal makamlar önünde açıklamalıdır.

Hiçbir öngörülebilirlik içermeyen ve tamamen Cumhurbaşkanının kendi tercihleri doğrultusunda kamu harcamalarında bulunmasının ve böylece denetimsiz bir şekilde vergi ödeyen vatandaşların paralarını harcamasının yolunu açan düzenleme hukuk devleti ilkesini ağır bir şekilde ihlal etmektedir.

Öte yandan “Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği öngörülmüştür. Buna göre, kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına geleceğinden Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşer. Ancak, kanunda temel esasların ve çerçevenin belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz.” (AYMK, E.2014/87 K.2015/112, 8.12.2015). “Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir kanun hükmünün Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir.” (AYMK, E.2011/45 K. 2013/24, 31.1.2013).

Kamu İhale Yasasında, kamuya ait parasal kaynakların kullanılması hususu da gözetilerek, kamu ihalelerinde rekabetçi bir ortamın yaratılması ve ihaleye katılanlar arasında fırsat eşitliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. İptali istenen bent, Türkiye Cumhuriyeti tarafından tertip edilecek uluslararası organizasyon ve toplantıların tamamını kapsamaktadır. Yani bu toplantı yurt içinde veya yurt dışında düzenlenebilir. Bu toplantının Cumhurbaşkanlığı makamı tarafından veya onun himayesinde düzenlenmesi de gerekmemektedir. Devlet organlarından herhangi birinin, bakanlık, belediye vb., organize ettiği her tür toplantı bu kapsama dâhil edilebilir. Toplantının niteliğinin, büyüklüğünün, aciliyetinin, konusunun, öneminin Yasadan istisna tutmayı gerektirip gerektirmemesi önemli değildir. Bu hususta hiçbir kriter getirilmemiştir. Cumhurbaşkanı hiçbir kritere bağlı olmadan tamamen kendi takdirine göre, Yasadan istisnayı belirlemede tek otorite olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu bende göre, Cumhurbaşkanı hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın hangi toplantıların yasadan istisna tutulacağını ve harcamaların neye göre yapılacağını tek belirleyici konumundadır. Dolayısıyla kamu ihale yasasına istisnayı belirlemede Cumhurbaşkanına sınırları belli olmayan geniş bir takdir yetkisi verilmektedir. Kamuya ait parasal kaynakların kullanılmasında; saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenilirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasının ve kaynakların verimli kullanılmasının en geniş şekilde sağlanması amacıyla getirilen Kamu İhale Yasasından istisna tutulan uluslararası organizasyonlar ve toplantıları, tespit noktasında Cumhurbaşkanına geniş bir takdir yetkisi tanıyan itiraz konusu kural, yeterli derecede öngörülebilir olmadığı gibi idarenin keyfi yorum ve uygulamalarına karşı da yeterince koruma sağlayacak nitelikte olmadığından hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırıdır. Kamu kaynaklarının kullanılmasında saydamlığı, doğru, etkin ve verimli kullanımı gerçekleştirmeye elverişli olmadığından takdir yetkisinin objektif ölçülere göre ve hakkaniyetle kullanılmasını sağlayacak nitelikte değildir. Yasada temel esasların ve çerçevenin belirlenerek, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılmasını zorunlu kılan Anayasanın 7. maddesiyle de bağdaşmaz.

Nihayet Anayasa'nın 167. maddesindeki “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.” hükmüyle devletin piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemesi amaçlanmıştır. Bu doğrultuda ilgili yasaya eklenen istisnalar ile rekabet ortamını yok edilecek



ve kamu yararına aykırı şekilde ihalesiz alım gerçekleştirilecektir. Söz konusu düzenlemeler rekabeti zedeleyici hatta tamamen ortadan kaldıracı niteliktedir. Rekabet ortamı, ihale ile mümkün olup, en düşük bedelle en kaliteli hizmet veya mala ulaşmayı hedeflemekte bu surette kamunun müşterek yararı gözetilmektedir. Bu nedenle dava konusu bent, bu açıdan da Anayasayla uyumsuzdur.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen bent, Anayasanın 2., 7. ve 167. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

6. 17/1/2019 tarihli ve 7161 Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 4734 sayılı Kanunun ek 11. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ve (z)” ibaresinin Anayasaya aykırılığı

7161 sayılı Kanunun 31. maddesiyle değiştirilen 4734 sayılı Kanunun ek 11. Maddesinde “Bu Kanunun 3 üncü maddesinin (b), (d), (e), (f), (h), (i), (j), (k), (l), (n), (u), (y) ve (z) bentlerine ilişkin usul ve esaslar Cumhurbaşkanınca belirlenir.” Hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda (5) numaralı başlık altında incelendiği gibi 7161 sayılı Yasanın 29. maddesiyle 4734 sayılı yasanın istisnalar başlıklı 3. Maddesine eklenen (z) bendi eklenmiş ve “Ülkemiz tarafından tertiplenecek uluslararası organizasyonlar ve toplantılardan Cumhurbaşkanını tarafından belirlenenler için bu organizasyonların ve toplantıların yürütülmesine yönelik olarak sorumlu idare tarafından yapılacak mal ve hizmet alımları,” 4734 sayılı Kamu İhale Yasasından istisna tutulmuştur. Bu madde ile de Kamu İhale Kanunundan istisna tutulan konularda uygulanacak usul ve esasların Cumhurbaşkanınca belirlenmesi öngörülmüştür.

Öncelikle yukarıda 29. Maddeye ilişkin olarak belirtilen Anayasaya aykırılık nedenleri aynı şekilde bu kural açısından da geçerlidir. Hangi harcamaların Kamu İhlale kanununa tabi olmadığını belirleme bakımından Cumhurbaşkanına tanınan sınırsız yetki aynı şekilde bu istisnalarda uygulanacak esasların belirlenmesi açısından da geçerlidir. Cumhurbaşkanının bu esasları hangi tür işlemle belirleyeceği dahi açık değildir. Bu esaslar bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, veya yönetmelikle mi yoksa bir Cumhurbaşkanlığı kararı ile mi belirlenecektir bu bile belli değildir. Dolayısıyla hukuk devleti açısından ileri sürülen sakıncaların tamamı bu kural açısından da geçerlidir.

Aynı şekilde Anayasanın 7. Maddesinde yer alan yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine ilişkin olarak yukarıda dile getirilen Anayasaya aykırılık gerekçeleri aynı şekilde bu kural açısından da geçerlidir. Aynı durum Anayasanın 167. Maddesine ilişkin olarak yapılan açıklamalar için de geçerlidir.

Bu nedenle, yukarıda (5) numaralı başlık altında yapılan açıklamalar çerçevesinde iptali istenen kural Anayasanın 2., 7. ve 167. maddelerine aykırıdır.

Diğer taraftan 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin dördüncü fıkrasında, kanunun belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, bunların da Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir. Yukarıda açıklanan nedenlerle, 7161 sayılı Kanunun 29. maddesiyle değiştirilen 4734 sayılı Kanununun 3. maddesinin birinci fıkrasının (z) bendinin iptaline karar verilirse 7161 sayılı Kanunun 31. maddesiyle değiştirilen 4734 sayılı Kanunun ek 11. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ve (z)” ibaresinin de iptaline karar verilmesi gerekir.

Çünkü iptali istenen bent ile koşul olarak yapılan bu değişiklikle tertiplenecek uluslararası organizasyon ve toplantılardan Cumhurbaşkanınca belirlenenler için yapılacak mal ve hizmet alımları için uyulacak usul ve esasların Cumhurbaşkanınca belirlenmesi amaçlanmaktadır. İlgili bendin iptali halinde yapılacak mal ve hizmet alımları Kamu İhale yasasına tabi olmaya devam edeceğinden Cumhurbaşkanınca ayrıca bir usul ve esaslar tespitine gerek kalmayacaktır. Bu nedenle 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin dördüncü numaralı fıkrası gereğince 4734 sayılı Kanunun ek 11. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ve (z)” ibaresinin de iptaline karar verilmesi gerekir.

Sonuç olarak, 7161 sayılı Kanun'un 31 maddesiyle değiştirilen 4734 sayılı Kanun'un ek 11. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ve (z)” ibaresi Anayasanın 2., 7. ve 167. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

7. 7161 Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 32. maddesiyle 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa eklenen geçici 4. maddenin birinci fıkrasında yer alan “ilk ihaledeki yeterlilik şartları aranmaz” ibaresinin Anayasaya aykırılığı

7161 sayılı Kanun'un 32. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa geçici 4. madde eklenmiştir. Bu kural ile daha önce yapılmış ihalelere dayalı sözleşmelerin feshi ve devri düzenlenmiştir. Düzenlemenin gerekçesinde “Madde ile, sözleşmelerin imalat girdilerinde meydana gelen beklenmeyen fiyat artışları dolayısıyla ülkemizin kalkınması için çok önemli olan büyük projelerin ve kamu hizmetlerinin aksamamasını ve oluşan mağduriyetlerin giderilmesini teminen yüklenicilere idare onayına bağlı olarak fesih ya da devir hakkı verilmesi amaçlanmaktadır” denilmektedir.

İktidar ve bakanlar tarafından ısrarla ülkede ekonomik kriz olmadığı iddiası tekrarlanırken bir taraftan da maliyetlerdeki aşırı artış nedeniyle ihalelerin feshine olanak tanıyan bir yasa çıkarılmıştır.

Getirilen düzenleme ile sözleşmelerin feshine ya da devrine olanak tanınmıştır. Ancak devre ilişkin kurallar düzenlenirken yüklenimi ortak girişim tarafından yürütülen sözleşmelerde ortaklar arasında devir veya hisse devirlerinde ilk ihaledeki yeterlik şartlarının aranmayacağı kuralına yer verilmiştir. Böylece başlangıçta tek başına ihale şartlarını taşımayan bir firmanın ortaklık yoluyla şartları karşılayarak ihaleye girmesi ve kazanması sağlandıktan sonra, devir yoluyla sözleşmeyi üstlenmesi ve şartları taşımamasına rağmen ihaleden yaralanması sağlanmaktadır.

Öncelikle yasa yoluyla kanuna karşı hileye izin verilmesi, bütün işlemlerinin hukuka dayalı ve hukuka uygun olması gereken hukuk devleti ilkesiyle bağdaştığı düşünülemez. Bu nedenle kural öncelikle Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Diğer taraftan ihale yeterlilik şartlarını taşımayan firmaların sözleşmeyi devir yoluyla ihaleyi yüklenmesi Anayasanın 10. Maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Eşitlik ilkesi aynı durumda olanların aynı kurallara tabi tutulmasını gerektirir. İhale yeterlilik koşullarını taşımayan bazı firmalara diğerlerine göre ayrıcalık tanınarak devir yoluyla ihaleyi üstlenmesine izin verilmesi benzer durumdaki firmalar arasında meşru bir nedene dayanmayan kayırcı bir muamele yapılması anlamına gelmektedir. Eşitlik ilkesi ayrımcılığı da imtiyazı da yasaklar. Büyük kamu ihalelerini sürekli olarak belli başlı firmaların aldığı bilinmektedir. Hatta

dünyada en fazla kamu ihalesi alan beş şirketten dördü Türk şirketleridir ve bunlar kamu ihalelerinin tamamını Türkiye’de almaktadır. İlk on içinde bulunan Türk şirketi sayısı ise beştir.

Dolayısıyla kamunun yoğun ilgisine mazhar bu şirketlere bir de yeterlilik koşullarını taşımadıkları ihaleleri sözleşme devri yoluyla üstlenme yetkisinin tanınması açık bir şekilde eşitlik ilkesine ve serbest rekabet kurallarına aykırıdır.

Anayasanın 167. maddesinde “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.” hükmü yer almaktadır. Bu madde ile devletin piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemesi amaçlanmıştır. Bu çerçevede getirilen düzenleme ile rekabet ortamını yok edilecek ve tekelleşmeye neden olacaktır. Bu nedenle kural eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi devletin serbest rekabeti sağlama ve tekelleşmeyi önleme ödeviyle de bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasanın 2., 10. ve 167. maddelerine aykırıdır, iptal edilmesi gerekir.

8. 17/1/2019 tarihli ve 7161 Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 36. maddesiyle 28/3/2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanununun 16. maddesine eklenen fıkrada yer alan “her türlü tasarrufta bulunmaya yetkilidir” ibaresinin Anayasaya aykırılığı

7161 sayılı Kanununun 36. maddesiyle değiştirilen 4749 sayılı Kanununun 16. Maddesine eklenen fıkra ile “Kamu kurum ve kuruluşlarına intikal eden konvertibl olmayan yabancı paralardan banknotlar Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına, madeni paralar ise Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğüne haftalık dönemler itibarıyla gönderilir. Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ile Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü bu fıkra kapsamında kendilerine iletilen paralar ile ilgili her türlü tasarrufta bulunmaya yetkilidir.” hükmü getirilmiştir.

İptali istenen ibareyle kendilerine iletilen konvertibl olmayan yabancı paralarla ilgili olarak Merkez Bankası ve Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü her türlü tasarrufta bulunmaya yetkili kılınmıştır. Konvertibl olmayan yabancı paralarla alakalı imhadan geri dönüşüme veya imkân varsa satışına kadar çok geniş bir takdir yetkisiyle donatılan bu iki idare yetkili kılınmıştır.

“Konvertibilite, genel olarak bir değer bir başka değere dönüştürülebilmesi işlemi ve bu işlemin hangi koşullarla yapılacağını ifade eder. Konu para olduğunda konvertibilite, bir ülke parasının altına veya diğer ülke paralarına, adına kur ya da parite denilen bir ölçü çerçevesinde dönüştürülebilmesi anlamına gelir. Bir başka ifadeyle eğer bir ülkenin parasını o ülkenin bankalarına götürüp karşılığında yabancı bir ülke parası almak istediğinizde kur denilen ölçü uygulanarak alabiliyorsanız bu durum bulunduğunuz ülke parasının konvertibl olduğunu gösterir” (<http://www.mahfiertilmez.com/2014/03/konvertibilite.html>). Konvertibl olmayan yabancı para ise böyle bir değişime konu olmayan parayı ifade eder.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, her türlü işlem ve eylemleri hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan,

insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren devlettir. (AYMK E.2010/57 K. 2012/14, 26.1.2012).

“Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.” (AYMK, E.2012/116, K.2013/32, 28.2.2013). Hukuk devleti ilkesi yasaların içeriği ve kalitesiyle ilgili unsurlar da içerir. “Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.” (AYMK, E.2013/158, K.2014/68, 27.3.2014). Yasaların kamu yararına dayanması ilkesi ile; bütün kamusal girişimlerin temelinde bulunması doğal olan kamu yararı düşüncesinin yasalara egemen olması amaçlanmıştır.

Ayrıca “idarelerin karşılaştıkları farklı durumlar karşısında en uygun çözümü üretebilmeleri için takdir yetkisiyle donatılmaları zorunludur. Takdir yetkisinin amacı, idareye farklı çözümler arasından uygun ve yerinde olanı seçme serbestisi tanımaktır.” Ancak kamusal makamlara tanınan bu takdir yetkisi sınırsız olmayıp yetkinin hukukun genel ilkeleri ve hakkaniyet ilkesiyle bağdaşır şekilde kullanılması bir gerekliliktir. Başka bir ifadeyle, takdir yetkisi, idarenin “keyfi” olarak hareket edebileceği anlamına gelmez. İdarenin bu yetkisini, somut olayın özellikleri, yapılan faaliyetin nitelikleri, hukuki çerçevesi gibi hususları göz önüne alarak “eşitlik, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanması... hukukun genel ilkelerindedir.” (AYMK, E.2014/87, K.2015/112, 8.12.2015). Aynı zamanda idarece alınacak önlemler, objektif nitelik taşımalı ve yetkilendirme keyfi uygulamalara sebep olacak geniş bir takdir yetkisini içermemelidir. İdare, takdir yetkisine dayanarak aldığı kararın yukarıdaki ilkelere uygunluk gerekçelerini hesap verilebilirlik adına ikna edici şekilde kamuoyuyla paylaşmalı ve gerektiğinde yargısal makamlar önünde açıklamalıdır.

İptali istenen ibareyle ilgili kurumlara konvertibl olmayan paralarla alakalı “her türlü tasarrufta bulunmaya yetki”si tanınarak çok geniş bir takdir yetkisi verilmektedir. Tasarruf, bir şeyi istediği gibi kullanma yetkisi olarak kabul edildiğine göre idare kamunun elinde söz konusu değeri sınırsız bir kullanım alanına sahiptir. Bu alanın boyutu söz konusu paraların imhasından, onların eğer fırsatı olursa satışına kadar, geri dönüşüm, hibe, bağış vb. dâhil tüm alternatifleri kapsamaktadır. Böyle bir takdir yetkisi idarenin keyfi yorum ve uygulamalarına karşı da yeterince koruma sağlayacak nitelikte olmadığından hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Ayrıca iptali istenen ibareyle ilgili kurumlara genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir yetki verilmiştir. Kurumlara verilen ve sınırları çizilmeyen böyle bir yetkinin, keyfi uygulamalara zemin hazırladığından, idarenin yasallığı ilkesine ters düştüğü açıktır.

Bu nedenle iptali istenen ibare Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

9. 17/1/2019 tarihli ve 7161 Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 41. Maddesinin Anayasaya aykırılığı

7161 sayılı Kanun'un 41. maddesiyle 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 81 inci maddesinin birinci fıkrasının (1) bendinin sekizinci cümlesi yürürlükten kaldırılarak 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalılara ilişkin matrah, oran ve esaslar üzerinden 506 sayılı Kanunun geçici 20. maddesi kapsamındaki sandıkların statülerine tabi personel için verilen teşvik uygulamasına son verilmektedir.

Böylece 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20. maddesi kapsamındaki sandıklara ilişkin düzenleme ile ilgili kuruluşlara tanınan %5 işveren teşvikinin 44 özel banka içinden sadece emekli sandığı olan 6 banka için kaldırıldığı görülmektedir. Dolayısıyla bu teşviklerden yararlanan yaklaşık 14 milyon kişi içinden 100 bin civarında kişinin teşvik hakkının sonlandırıldığı anlaşılmaktadır. Banka sandıkları ile bankanın ayrı tüzel kişiliklerinin olduğu dikkate alındığında sadece kendi personeli için ayrı bir sosyal güvenlik sistemi olan bankalara işveren teşvikinin kaldırılmasının hiçbir objektif temelini olmadığı görülmektedir.

Anayasa'nın 10. maddesinde "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir .... Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." hükmü yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarında da vurgulandığı üzere "Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen kanun önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Kanun 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 öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez." (AYMK, E.2017/180, K.2018/109, 6/12/2018).

Mahkeme, eşitlik ilkesi yönünden yapacağı incelemede öncelikle Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde aynı ya da benzer durumda bulunan kişilere farklı muamelenin mevcut olup olmadığını tespit etmekte, bu bağlamda aynı ya da benzer durumdaki kişiler arasında mülkiyet hakkına müdahale bakımından farklılık gözetilip gözetilmediğine bakmaktadır. Bundan sonra farklı muamelenin objektif ve makul bir temele dayanıp dayanmadığı ve nihayetinde farklı muamelenin ölçülü olup olmadığı hususlarını irdelemektedir (AYMK E.2018/8 K.2018/85, 11/7/2018).

Bu ilkeler çerçevesinde ele alındığında Banka emeklilik sandığı bulunan bankalar ile diğer bankalar arasında işveren teşviki açısından herhangi bir farklılık bulunmadığı açıktır. Dolayısıyla benzer durumda olanlar arasında farklı muamele söz konusudur. Ancak bu farklı muameleyi meşrulaştıracak hiçbir objektif neden bulunmamaktadır. Parlamentodaki tartışmalar sırasında maddeye yönelik olarak yapılan eleştirilere iktidar partisine mensup milletvekillerince devletin üzerindeki maliyet yükünün azaltılması amaçlandığı cevabının verildiği görülmektedir. Ancak niçin teşvikten yararlanan yaklaşık 14. Milyon kişi içinden toplamda yüz bin civarında kişiyi kapsayan bu kurumların seçildiğinin objektif bir yanıtı bulunmamaktadır.



Bu nedenle kural açıkça Anayasanın 10. maddesine aykırıdır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesinin iptal kararı geçmişe yürümediği için yürürlükten kaldırılan kural iptal kararı ile yeniden yürürlüğe girmeyecek olsa da Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sonrası TBMM'ye süre vererek düzenleme yapılmasını talep etme ve açık eşitsizliği ortadan kaldırma olanağı bulunmaktadır.

Bu nedenle Anayasanın 10. maddesine aykırı olan kuralın iptaline karar verilmesi gerekir.

10. 17/1/2019 tarihli ve 7161 Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 47. maddesiyle 2/7/2008 tarihli ve 5779 sayılı İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanunun 6. maddesine eklenen ikinci fıkrasının Anayasaya aykırılığı

7161 sayılı Kanunun 47. maddesiyle değiştirilen 5779 sayılı Kanunun 6. maddesinin ikinci fıkrası "Belediyelerin ihtiyaç duyduğu yatırım nitelikli projelerin gerçekleştirilmesi amacıyla Strateji ve Bütçe Başkanlığı bütçesine konulan belediyelere yardım ödeneğini, belediyelerin talebi üzerine kullandırmaya Cumhurbaşkanı yetkilidir." hükmünü içermektedir.

İptali istenen kural ile belediyelerin ihtiyaç duyduğu yatırım nitelikli projelerin gerçekleştirilmesi için Cumhurbaşkanlığı bünyesinde Strateji ve Bütçe Başkanlığı bütçesine belediyelere yardım ödeneği konulması öngörülmüş ve hiçbir ölçü belirlenmeden bu ödeneği kullandırmaya tek başına Cumhurbaşkanı yetkili kılınmıştır.

Anayasa'nın 123. maddesinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve yasayla düzenleneceği öngörüldükten sonra, idarenin kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı hükme bağlanmış ve idari yapı içinde yer alan kurumların bir bütünlük içerisinde çalışması öngörülmüştür. İdarenin bütünlüğü ilkesi, hiyerarşik denetim ve idari vesayet yoluyla gerçekleşir. İdari vesayet, merkezi yönetim ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki bütünleşmeyi sağlar; ayrışmayı, farklılaşmayı ve kopmayı önler.

Anayasa'nın 127. maddesinde ise, merkezî idarenin, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahip olduğu belirtilmiş, bu idarelere, görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanacağı öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca yerel yönetimlerin idari ve mali özerkliklerinin bulunduğunu vurgulamıştır. (AYMK E.2005/32 K.2007/3, 18.1.2007; E.2004/1 K.2008/106, 15.5.2008).

Vesayet denetimi, hukuka uygunluk yanında yerindelik denetimini de içerir. İdari vesayet kapsamında vesayet makamınca, işlemler üzerinde iptal, onama, erteleme, izin, tekrar görüşülmesini isteme, düzeltme gibi çeşitli denetim usulleri uygulanabilir. Ancak idari vesayet, yerinden yönetim kuruluşlarının yerine geçerek icrai karar alma yetkisini içermez. Mahkeme, bu ilkelere dayanarak yerel yönetimlerin kendi imkanları ile yaptıkları okullar yanında başka idarelerce yapılmış olsa da yerel yönetimler adına "kayıtlı bulunan, okul olarak kullanılan taşınmazlar"ın ilgili yerel yönetimin "herhangi bir kararına bağlı olmaksızın ...satış için Hazineye bedelsiz devrinin öngörülmesi"nin yerel özerklikle bağdaşmadığı sonucuna varmıştır. (AYMK E.2004/1 K.2008/106, 15.5.2008). "Ancak, Anayasa Mahkemesi kararlarında da

vurgulandığı gibi yerinden yönetim kuruluşlarının kanunla kendilerine verilen görevleri hiç yapmaması veya kanunun öngördüğü şekilde yapmaması gibi kamu yararının zorunlu kıldığı durumlarda kanunla öngörülme kaydıyla, merkezî idareye yerinden yönetim kuruluşunun yerine geçerek karar alma yetkisi tanınabilir”. (AYMK E.2013/19 K. 2013/100, 12.9.2013).

“İdarî vesayet yetkisi, hiyerarşik denetimde olduğu gibi genel bir yetki olmayıp, kanunla çerçevesi çizilen sınırlar içerisinde kullanılması gereken istisnâî bir yetkidir. İstisnâîlik ve kanunîlik idarî vesayet en belirgin iki temel özelliğidir. Bu bağlamda vesayet, merkezî idareye “görev” değil “yetki” olarak verildiğinden mutlak bir kullanım zorunluluğu da içermez. Anayasa’da belirtilen amaç ve çerçeve içinde kalmak koşuluyla bu yetkinin kapsam ve sınırını belirleme yetkisi yasa koyucuya aittir. Anayasa’nın 127. maddesinde yer alan idarî vesayet yetkisi yerel yönetimlere tanınan ve güvence altına alınan özerkliğin istisnasıdır. Bu nedenle merkezî idarenin yerel yönetimlerin bütün eylem ve işlemleri üzerinde mutlaka bir denetim yetkisi kullanması gerektiği söylenemez. Yasa koyucu bu yetkiyi belirlerken hem Anayasa’nın 127. maddesinde belirtilen ilkeleri hem de mahallî idarelerin özerkliğini gözetmek ve dengelemek zorundadır.” (AYMK E.2011/11, K.2011/151, 3/11/2011). Özerklik esas, idari vesayet istisnai bir yetki olduğuna göre merkezî idarenin yetkisi ayrıca ve açıkça yasalarla verilmiş olmalı ve dar yorumlanmalıdır. İdarî vesayete dayanılarak, merkezî idareye tüzel kişiliğe sahip bir yerinden yönetim idaresinin özerkliğini zedeleyecek yetkiler verilemez.

“Anayasa’nın 127. maddesinde öngörülen “yerel yönetimlerin özerkliği” ilkesi, yerinden yönetimin varlık şartlarından olan mali özerkliği de kapsamaktadır. Mali özerklik kavramı ise mahalli idarelerin mali kaynaklarının bir bölümünü yerel vergi ve harçlardan oluşturmalarını, gelirlerini ve varlıklarını kendi amaçlarına uygun bir biçimde kullanabilmelerini ve esnek bir bütçe sistemine sahip olmalarını öngörmektedir. Diğer bir ifade ile mahalli idarelerin mali özerkliği, merkezî yönetimin malvarlığından ayrı malvarlığı, bağımsız gelir kaynakları ve bütçeleri olması esasına dayanır. Nitekim Anayasa’nın 127. maddesinin altıncı fıkrasının son cümlesinde de “Bu idarelere görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanır, hükmüne yer verilmek suretiyle mahalli idarelerin mali özerkliği teminat altına alınmıştır (AYMK, E.2014/72 K.2014/141, 11.09.2014). Mahkemeye göre mali özerklik; merkezden ayrı mal varlığı, bağımsız gelir kaynakları ve bütçe, gelir ve varlıklarını kendi amaçları için kullanabilme gibi hususları içerir. Yerel yönetimlerin mali özerkliğini güvence altına alacak uygulama hangi kaynaklardan ve nasıl elde edecekleri önceden belirlenen mali gelir kaynaklarına sahip olmalarını gerektirir. Bu kaynakların bir kısmı kendi öz kaynakları, bir kısmı da merkezî yönetimden alınan transferlerdir. Yerel yönetimlerin transfer gelirleri 5779 sayılı Kanunda belirlenmiş ve tahsis edilen kaynakların yerel yönetimler arasında hangi kriterlere göre paylaşılacağı Kanunda açıkça belirlenmiştir. Öngörülen transfer paylaşım sisteminde nüfus, hizmet sunulan coğrafi alan gibi objektif kriterler esas alınmıştır. Belediyelere yapılan transferler içinde dikkat çeken birisi de 5779 sayılı Kanunun 6. Maddesinde düzenlenen “Denkleştirme Ödeneği”dir. Kanun koyucu bu ödeneğin tutarının nasıl belirleneceği, paylaşımını da objektif kriterlere bağlamış, aynı maddede mahallî idarelere yardım amacıyla bakanlıklar ile bağlı ve ilgili kurum ve kuruluşların bütçelerine pay, fon veya özel hesap gibi adlarla başka bir ödenek konulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla yapılan yasal düzenlemeyle hangi yerel yönetim birimlerine hangi kriterlere göre, ne kadar transfer yapılacağı yasal güvenceye kavuşturulmuştur. Dolayısıyla bütün yerel yönetim birimleri gelirlerini önceden bilebilmektedir. Ancak buna rağmen mevcut iktidar yılı bütçe kanunlarında (Hazine ve) Maliye Bakanlığı bütçesine belediyelere yardım ödeneği adı altında ödenek koymuş ve (E) Cetveline yazılan açıklama ile Maliye Bakanına verilen yetkiyi kullanarak konulan ödeneği partizanca kendisine ait belediyeler için kullanmış, ne kamuoyuna ne de yazılan yazılı soru önermelerine rağmen TBMM üyelerine bu ödeneğin nasıl ve hangi

belediyeler için kullanıldığı konusunda açıklamada bulunmamıştır. Anayasa Mahkemesinin bu ödenek için verdiği iptal kararları üzerine (AYMK E.2015/7, K.2016/47, 26.5.2016)(AYMK. E.2017/61, K.2018/12, 14.2.2018) haksız ve keyfi uygulamaya yasal dayanak oluşturulması ve sürdürülebilmesi için bu yasal düzenleme yapılmıştır. Böylece İktidar yılı bütçe kanunlarında Strateji ve Bütçe Başkanlığı bütçesine istediği kadar ödenek koyabilecek ve istediği belediyelere aktarabilecektir.

Türkiye'nin 21.11.1988 tarihinde imzaladığı ve 9.12.1992 tarihinde onayladığı Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartınının 8. maddesinde “Yerel makamların her türlü idari denetimi ancak kanunla veya anayasa ile belirlenmiş durumlarda ve yöntemlerle gerçekleştirilebilir.” denilmektedir. Yerel yönetimlerin mali kaynakları ile ilgili ilkeler başlığında ise (madde 9) “...yerel makamlara kendi yetkileri dahilinde serbestçe kullanabilecekleri yeterli mali kaynaklar”ın sağlanacağı, “Mali bakımdan daha zayıf olan yerel makamların korunması(nın), potansiyel mali kaynakların ve karşılanması gereken mali yükün eşitsiz dağılımının etkilerini ortadan kaldırmaya yönelik mali eşitleme yöntemlerinin veya buna eş önlemlerin alınmasını gerektir”diği, ancak “bu yöntemler ve önlemler(in) yerel makamların kendi sorumluluk alanlarında kullanabilecekleri takdir hakkını azaltma”ması gerektiği ilan edilmektedir.

Mali özerklik yerel yönetimlerin özerkliğinin hayati bir bileşenidir. Zira, merkezi yönetim diğer hususlar yanında mali kaynaklar açısından da yerel yönetimlere göre çok daha güçlüdür. Bu ise zaten zayıf olan yerel yönetimleri daha da güçsüzleştirir. Dolayısıyla, merkezi yönetimin yetkilerini ve üstünlüğünü kötüye kullanımını engellemek, dengeli bir yetki-görev ve kaynak dağılımı için onun yerel yönetimlerle ilişkileri açık, net, öngörülebilir ifadelerle ve sınırlarla düzenlenmelidir.

Yerel yönetimler arasında da mali eşitsizliğin olması kaçınılmazdır. Çünkü bazı yerel yönetimler iktisadi, turizm vb. faaliyetlerin yoğunluğu sebebiyle daha fazla gelir elde edebilmekte, bazıları ise kimi hizmetlerin diğerlerine göre ekstra maliyetleri dolayısıyla (arazi yapısının zorlu olduğu yerlerde altyapı inşası vb.) dezavantajlı bir durumda bulunmaktadır. Oysa kamu hizmetlerinin sunulmasında eşitlik ilkesi gereği, düşük gelirli yerel yönetimlerin de bu hizmetleri ifası sağlanmalı, bunun için de merkezi idare bütçesinden destek verilmelidir. Başka bir anlatımla, merkezi idareyle yerel yönetimler arasındaki gelir ve harcama dengesizlikleri, merkezi yönetimden yerel yönetimlere doğru kaynak aktarımı ile giderilmeye çalışılmalıdır. Ayrıca yerel yönetimlerin kendi aralarındaki eşitsizliklerin telafisi için de merkezi idare, bütçeye bir kaynak koyarak bunu düşük gelirli belediyelere bir kısmını eşit, bir kısmını ise nüfusa göre dağıtabilmektedir. Bu işleme yani merkezi yönetimle yerel yönetimler arasında gelirlerin paylaşılması ve yerel yönetimlere belli kriterlerle kaynak aktarımına, mali tevzin veya mali denkleştirme denir. İşte 5779 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrası tam da bunu yapmaktadır. Belli niteliklere sahip yerel yönetimlere belli kriterlere göre, objektiflik temelinde oluşturulan bir hukuki çerçevede kaynak aktarımı yapmaktadır. Ancak iptali istenen fıkra ile getirilen belediyelere yardım ödeneğinin verilmesinde hiçbir kriter öngörülmeden, yetki doğrudan Cumhurbaşkanına verilmektedir. “Belediyelerin ihtiyaç duyduğu yatırım nitelikli projeler” için yardım ödeneğinin belediyelerin talebi üzerine Cumhurbaşkanınca kullandırılması öngörülmüştür. Bu kuralda hiçbir objektif ölçüt bulunmadığı açıktır.

Devletin birtakım sebeplerle yerel yönetimlere yardımda, destekte bulunması doğal olmakla beraber bu desteğin Anayasa ile güvence altına alınan yerel yönetimlerin idari ve mali özerkliğine zarar vermeyecek bir çerçevede olması gerekir. Bunun için de her şeyden önce yardımın, desteğin sınırları belirli, öngörülebilir ve merkezi idareye sağladığı hukuki ve fiili müdahale imkânlarının kayıt altına alındığı hukuki bir çerçevede yapılması gerekir.

Bu çerçevede merkezi yönetimin yapacağı yardımlardan tüm yerel yönetimlerin eşitlik içinde yararlandırılması güvence altına alınmalıdır. 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile hükümet sistemi değiştirilmiş ve yürütme organı partili Cumhurbaşkanı haline getirilmiştir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı artık tarafsız bir kişi değil, bir siyasi partinin lideridir. Öngörülen yardım ödeneğinin kullanılması yetkisinin sınırları belirlenmeden ve ödeneğin nasıl kullanılacağına ilişkin hiçbir objektif kriter öngörmeden partili Cumhurbaşkanı tanınmaktadır. Bu düzenleme ile yerel yönetimlerin yardım ödeneğinden eşit bir şekilde yararlandırılması olanaksız hale gelmiştir.

Cumhurbaşkanı, ödeneği kullanırken yerel yönetimin hangi siyasi partiye mensup yöneticilerce yönetildiğini temel ölçüt olarak almasını engelleyecek hiçbir yasal güvence bulunmamaktadır. İçinde bulunduğumuz yerel yönetimler seçim kampanyası sırasında iktidar partisine mensup adaylar ve hatta Cumhurbaşkanının kendisi defalarca merkezi yönetimin yapacağı yardımların partizan bir şekilde dağıtılacağını ifade etmekten kaçınmamışlardır. Getirilen düzenleme bu partizan tutumu önleyici güvence içermediği gibi, daha da kolaylaştırmaktadır.

Bu şekilde merkezi idarenin mali yardımlarından yararlanma bakımından yerel yönetimler arasında eşitsizlik yaratan ve belde halkının oyları ve siyasi görüşleri dolayısıyla cezalandırılmasına ya da kayırılmasına neden olan bir düzenlemenin yerel yönetimlerin özerkliği ile bağdaşmadığı gibi hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine uygun olduğu da söylenemez.

Merkezi idarenin amacı, daha etkin ve verimli bir kamusal hizmet sağlamak olmalıdır. Vergi ödeyenlerin paralarından oluşan merkezi bütçeden yapılacak yardımların siyasal görüşe dayalı olarak eşitsiz bir şekilde dağıtılması Anayasa'nın 127. maddesinde öngörülen yerel yönetimlerin özerkliği ilkesine aykırıdır.

Diğer taraftan söz konusu düzenleme içerdiği belirsizlik dolayısıyla eşitsizliklere olanak tanımaktadır. Anayasa'nın 2. Maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi kanunların öngörülebilir olmasını ve eşit uygulamayı güvence altına almasını gerektirir. "Kanunların kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir." (AYMK, E.2013/158, K.2014/68, 27.3.2014). Yasaların kamu yararına dayanması ilkesi ile; bütün kamusal girişimlerin temelinde bulunması gereken kamu yararı düşüncesinin yasalara egemen olması amaçlanmıştır.

Aynı zamanda "Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve

sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.” (AYMK, E.2012/116, K.2013/32, 28.2.2013).

Ayrıca “idarelerin karşılaştıkları farklı durumlar karşısında en uygun çözümü üretebilmeleri için takdir yetkisiyle donatılmaları zorunludur. Takdir yetkisinin amacı, idareye farklı çözümler arasından uygun ve yerinde olanı seçme serbestisi tanımaktır.” Ancak kamusal makamlara tanınan bu takdir yetkisi sınırsız olmayıp yetkinin hukukun genel ilkeleri ve hakkaniyet ilkesiyle bağdaşır şekilde kullanılması bir gerekliliktir. Başka bir ifadeyle, takdir yetkisi, idarenin “keyfi” olarak hareket edebileceği anlamına gelmez. İdarenin bu yetkisini, somut olayın özellikleri, yapılan faaliyetin nitelikleri, hukuki çerçevesi gibi hususları göz önüne alarak “eşitlik, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanması... hukukun genel ilkelerindedir.” (AYMK, E.2014/87, K.2015/112, 8.12.2015). Aynı zamanda idarece alınacak önlemler, objektif nitelik taşımalı ve yetkilendirme keyfi uygulamalara sebep olacak geniş bir takdir yetkisini içermemelidir. İdare, takdir yetkisine dayanarak aldığı kararın yukarıdaki ilkelere uygunluk gerekçelerini hesap verilebilirlik adına ikna edici şekilde kamuoyuyla paylaşmalı ve gerektiğinde yargısal makamlar önünde açıklamalıdır.

Anayasa Mahkemesine göre de Anayasa'nın 127. maddesinde öngörülen “yerel yönetimlerin özerkliği” ilkesi, yerinden yönetimin varlık şartlarından olan mali özerkliği de kapsar. Yasa koyucu bu yetkiyi belirlerken hem Anayasa'nın 127. maddesinde belirtilen ilkeleri hem de mahallî idarelerin özerkliğini gözetmek ve dengelemek zorundadır. Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı da 9. maddesinde yerel yönetimlere yapılacak yardımların yerel makamların kendi sorumluluk alanlarında kullanabilecekleri takdir hakkını azaltmaması gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca Şart Anayasayla uyumlu şekilde yerel makamların her türlü idari denetiminin ancak yasayla veya anayasa ile belirlenmiş durumlarda ve yöntemlerle gerçekleştirilebilmesini kabul etmektedir.

Elbette bu yasanın birtakım niteliklere sahip olması da gerekir, yani yasanın kalitesi yerel yönetimlerin mali özerkliğinin korunması açısından önem arz eder. İptali istenen fıkra, bir yerel yönetim birimi olan belediyelerin ihtiyaç duyduğu yatırım nitelikli projelerin gerçekleştirilmesi amacıyla Cumhurbaşkanlığı bünyesindeki Strateji ve Bütçe Başkanlığı bütçesine bir yardım ödeneği konulmasını ve bu ödeneğin nasıl kullanılacağı hususunda Cumhurbaşkanının tek belirleyici olmasını düzenlemektedir.

Bu ödeneği alabilmek için belediyelerin hangi koşulları taşıması gerektiği, Cumhurbaşkanlığının ödeneğin dağıtımında nasıl bir usul izleyeceği, hangi kriterlere göre ödeneğe hak kazanan belediyelerin tespit edilip ilan edileceği, kamu kaynağı kullanıldığına göre bu ödeneğin verilmesinin ardından bunun takibinin nasıl yapılacağına dair hiçbir açıklık getirilmemiştir. Bu ihtiyaçları ve imkanları yönünden farklı özellikler gösteren belediyeler arasında yardım ödeneğinin kamu yararına uygun, objektifliği hedefleyen ilkeler temelinde hakkaniyetli dağılımına dair prensiplerin yasa koyucu tarafından tespiti bir zorunluluktur. Yardım ödeneğinin dağıtımında mahallî idarelerin özerkliği ilkesinin gözetilmesi için gerekli esasları da belirlemek yasa koyucunun görevleri arasındadır. Takdir yetkisinin objektif ve hakkaniyetli kullanımını temin edecek ve keyfiliği önleyici ilkelerin yasa metninde yer alması gerekir. Cumhurbaşkanı, fıkraya göre, hiçbir kritere bağlı olmadan tamamen kendi takdirine göre karar verecek, yardım ödeneğinin dağıtımında tek otoritedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı sınırları belli olmayan geniş bir takdir yetkisi verilmektedir.

Cumhurbaşkanına geniş bir takdir yetkisi tanıyan iptali istenen kural, yeterli derecede öngörülebilir olmadığı gibi idarenin keyfi yorum ve uygulamalarına karşı da yeterince koruma



sağlayacak nitelikte olmadığından hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırıdır. Böyle bir düzenleme mahallî idarelerin özerkliği ilkesini de gözeterek yerel hizmetlerin daha etkin ve verimli bir şekilde ifasında, takdir yetkisinin objektif ölçüler ve hakkaniyetle kullanılmasını sağlayacak nitelikte değildir. Bu nedenle iptali istenen fıkra Anayasa'nın 2. maddesine de aykırıdır.

Diğer taraftan Anayasa'nın 10. maddesinde “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir./.../Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz./Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” denilmiştir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarında da vurgulandığı üzere “Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen kanun önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemler değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Kanun 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 öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.” (AYMK, E.2017/180, K.2018/109, 6/12/2018).

Mahkeme, eşitlik ilkesi yönünden yapacağı incelemede öncelikle Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde aynı ya da benzer durumda bulunan kişilere farklı muamelenin mevcut olup olmadığını tespit etmekte, bu bağlamda aynı ya da benzer durumdaki kişiler arasında mülkiyet hakkına müdahale bakımından farklılık gözetilip gözetilmediğine bakmaktadır. Bundan sonra farklı muamelenin objektif ve makul bir temele dayanıp dayanmadığı ve nihayetinde farklı muamelenin ölçülü olup olmadığı hususlarını irdelemektedir (AYMK E.2018/8 K.2018/85, 11/7/2018).

Anayasanın 2. maddesinde cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan hukuk devleti ilkesi, Anayasadaki tüm kuralların çerçevesini oluşturduğundan Anayasanın diğer maddeleri bu ilke ışığında yorumlanmalıdır. Kanun önünde eşitlik ilkesi de hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır. Hukuk devletinin temel unsurlarından biri, hukuki belirlilik ve hukuk güvenliği ilkeleridir. Aslında bu hukuka ve daha geniş anlamda devlete güven duymasının vazgeçilmez bir önkoşuludur. Hiçbir haklı ve objektif temeli olmayan farklı muamelelerin devam etmesi, halkın devlete olan güvenini azaltır. Bu nedenle devlet organları ve idare, bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uymak yükümlülüğünün yanı sıra kamu hizmetlerinden kişilerin kanun önünde eşitlik ilkesine uygun bir biçimde yararlanmalarını sağlamak yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla aynı durumdaki kişiler arasında farklı muamele yapılmasına neden olacak tarzda kaleme alınan, yani eşitlik ilkesine aykırı uygulamaları önleyecek şekilde koruyucu güvenceleri içermeyen bir kuralın da kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olacağı açıktır.

İptali istenen fıkra ile belediyelerin yatırım nitelikli projelerin gerçekleştirilmesi için bir yardım ödeneği bütçesi oluşturulmakta ancak bu ödenekten yararlandırmada tek belirleyici olarak Cumhurbaşkanı öngörülmektedir. Bir siyasi partinin lideri de olan Cumhurbaşkanının uhdesinde olan bu kaynağın, özellikle seçim dönemlerinde tarafgirlikten uzak bir şekilde kullanılabilmesinin hiçbir güvencesi yasa da yer almamaktadır. Yardım bütçesinin hangi kriterler esas alınarak dağıtılacağı, Yasa hiçbir usul ve esas getirmediğinden belli değildir. Yatırım nitelikli projelerin neler olabileceği, bu projelerin hangi alanlarda ne şekilde

projelendirilmesi gerektiği gibi hususlara ilişkin hiçbir ilke ve kural düzenlemede yer almamaktadır. Bu durum, bütün belediyeleri yardım ödeneğinin taliplisi konumuna getirir. Bu açıdan bütün belediyelerin karşılaştırma yapmaya müsait olacak şekilde benzer durumda oldukları açıktır. Belediyelere yapılacak yardım ödeneğini hiçbir güvence içermeden Cumhurbaşkanının tek takdirine bırakan düzenlemenin farklı muamele teşkil ettiği, farklı muameleyi doğuracağı kaçınılmazdır.

İptali istenen fıkrada farklı muameleye yol açan bu işlemin makul ve objektif bir temele dayandığını ortaya koyacak hiçbir kriter, bilgi yer almamaktadır. Aksine seçim propagandası döneminde hem Cumhurbaşkanı hem de iktidar partisine mensup adaylar bu yardımların partizan bir şekilde dağıtılacağını açıkça beyan etmektedirler. İdareye çerçevesi çizilmeden, ilke ve kuralları tespit edilmeden verilen bir yetkiyle karşı karşıya olunduğundan işlemi makul ve objektif temelde yürütmenin imkânı ortadan kalkmaktadır. Bu koşullarda bir kaynak dağılımının farklı belediyeler arasında makul bir dengeyi, ölçüyü gözettiğini de iddia edebilmek mümkün değildir. Bu nedenle iptali istenen fıkra Anayasanın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen fıkra, Anayasa'nın 2., 10. ve 127. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

11. 17/1/2019 tarihli ve 7161 Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 67. maddesiyle değiştirilen 26/9/2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma ve Altyapı Alanına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 15. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanınca yapımının üstlenilmesine karar verilen", ve "Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının" ibareleri ile "Bu maddenin uygulamasına ilişkin diğer usul ve esaslar Cumhurbaşkanınca belirlenir." şeklindeki cümlelerin Anayasaya aykırılığı

7161 sayılı Kanununun 67. maddesiyle değiştirilen 655 sayılı KHK'nın 15. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir: "Cumhurbaşkanınca yapımının üstlenilmesine karar verilen teleferik, funiküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin Bakanlıkça yapımının tamamlanmasından sonra, Bakanlık bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşları dışında bir kuruluşa mülkiyetinin maliyet bedeli üzerinden devri düzenlenecek protokoller ile gerçekleştirilir. Ancak proje, projenin tümü tamamlanmadan önce işletmeye açılabilir durumda ise düzenlenecek protokoller ile mülkiyet devrine kadar işletmenin devri ile hizmete açılabilir. Devralan kuruluş, merkezi yönetim bütçesinden karşılanan ve/veya karşılanacak olan toplam proje maliyet bedelini, mülkiyet ve/veya işletme devir tarihinden itibaren bu bedelin ifa tarihine kadar her ay ilgili belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylardan Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından ilgili hesaba aktarılmasıyla öder. Devralan kuruluşun belediye bağlı idaresi, belediye bağlı idaresinin ve/veya belediyenin sermaye payına sahip olduğu şirket olması halinde ilgili belediye, yükümlülüklerin yerine getirilmesinden devralan kuruluş ile birlikte müteselsilen sorumludur. Vadesinde kısmen veya tamamen ödenmeyen taksit tutarlarının tahakkuk eden gecikme zammıyla birlikte vade tarihinden itibaren yirmi beş iş günü içerisinde ödenmemesi halinde bu tutarlar için 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Bu maddenin uygulamasına ilişkin diğer usul ve esaslar Cumhurbaşkanınca belirlenir."

7161 sayılı Kanununun 67. maddesiyle değiştirilen 655 sayılı KHK'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasıyla; Cumhurbaşkanınca merkezi idarece yapımının üstlenilmesine karar verilen,

belediye sınırları içerisinde belediyelerin görev alanlarında kalan teleferik, metro ve şehir içi raylı sistem gibi yatırımların maliyet bedeli üzerinden mülkiyetinin –eğer projenin tümü tamamlanmadan önce işletmeye açılacak durumda ise mülkiyet devrine kadar işletmenin devri ile- düzenlenecek protokollerle yerel yönetimlere devredilmesine ve hizmete açılmasına imkân sağlamaktadır. Ayrıca, mülkiyet ve/veya işletme devir tarihinden itibaren toplam proje maliyet bedelinin, her ay ilgili belediyeye genel bütçe vergi gelirleri tahsilât toplamı üzerinden ayrılacak paydan, Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde mahsup edilmesine imkân verilmektedir. Ayrıca fıkranın uygulanmasına ilişkin diğer usul ve esasların tespiti de Cumhurbaşkanına bırakılmaktadır.

Anayasa'nın 123. maddesinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve yasayla düzenleneceği öngörüldükten sonra, idarenin kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı hükme bağlanmış ve idari yapı içinde yer alan kurumların bir bütünlük içerisinde çalışması öngörülmüştür. İdarenin bütünlüğü ilkesi, hiyerarşik denetim ve idari vesayet yoluyla gerçekleşir. İdari vesayet, merkezi yönetim ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki bütünleşmeyi sağlar; ayrışmayı, farklılaşmayı ve kopmayı önler.

Anayasa'nın 127. maddesinde ise, merkezî idarenin, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahip olduğu belirtilmiş, bu idarelere, görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanacağı öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca yerel yönetimlerin idari ve mali özerkliklerinin bulunduğunu vurgulamıştır. (AYMK, E.2005/32, K.2007/3, 18.1.2007; E.2004/1, K.2008/106, 15.5.2008).

Vesayet denetimi, hukuka uygunluk yanında yerindelik denetimini de içerir. İdari vesayet kapsamında vesayet makamınca, işlemler üzerinde iptal, onama, erteleme, izin, tekrar görüşülmesini isteme, düzeltme gibi çeşitli denetim usulleri uygulanabilir. Ancak idari vesayet, yerinden yönetim kuruluşlarının yerine geçerek icrai karar alma yetkisini içermez. Mahkeme, bu ilkelere dayanarak yerel yönetimlerin kendi imkanları ile yaptıkları okullar yanında başka idarelerce yapılmış olsa da yerel yönetimler adına “kayıtlı bulunan, okul olarak kullanılan taşınmazlar”ın ilgili yerel yönetimin “herhangi bir kararına bağlı olmaksızın ...satış için Hazineye bedelsiz devrinin öngörülmesi”nin yerel özerklikle bağdaşmadığı sonucuna varmıştır. (AYMK, E.2004/1, K.2008/106, 15.5.2008). “Ancak, Anayasa Mahkemesi kararlarında da vurgulandığı gibi yerinden yönetim kuruluşlarının kanunla kendilerine verilen görevleri hiç yapmaması veya kanunun öngördüğü şekilde yapmaması gibi kamu yararının zorunlu kıldığı durumlarda kanunla öngörülmek kaydıyla, merkezî idareye yerinden yönetim kuruluşunun yerine geçerek karar alma yetkisi tanınabilir”. (AYMK, E.2013/19, K. 2013/100, 12.9.2013).

“İdarî vesayet yetkisi, hiyerarşik denetimde olduğu gibi genel bir yetki olmayıp, kanunla çerçevesi çizilen sınırlar içerisinde kullanılması gereken istisnaî bir yetkidir. İstisnaîlik ve kanunilik idarî vesayetinin en belirgin iki temel özelliğidir. Bu bağlamda vesayet, merkezî idareye “görev” değil “yetki” olarak verildiğinden mutlak bir kullanım zorunluluğu da içermez. Anayasa’da belirtilen amaç ve çerçeve içinde kalmak koşuluyla bu yetkinin kapsam ve sınırını belirleme yetkisi yasa koyucuya aittir. Anayasa’nın 127. maddesinde yer alan idarî vesayet yetkisi yerel yönetimlere tanınan ve güvence altına alınan özerkliğin istisnasıdır. Bu nedenle merkezî idarenin yerel yönetimlerin bütün eylem ve işlemleri üzerinde mutlaka bir denetim yetkisi kullanması gerektiği söylenemez. Yasa koyucu bu yetkiyi belirlerken hem Anayasa’nın

127. maddesinde belirtilen ilkeleri hem de mahallî idarelerin özerkliğini gözetmek ve dengelemek zorundadır.” (AYMK, E.2011/11, K.2011/151, 3/11/2011). Özerklik esas, idari vesayet istisnai bir yetki olduğuna göre merkezi idarenin yetkisi ayrıca ve açıkça yasalarla verilmiş olmalı ve dar yorumlanmalıdır. İdari vesayete dayanılarak, merkezî idareye tüzel kişiliğe sahip bir yerinden yönetim idaresinin özerkliğini zedeleyecek yetkiler verilemez.

“Anayasa'nın 127. maddesinde öngörülen “yerel yönetimlerin özerkliği” ilkesi, yerinden yönetimin varlık şartlarından olan mali özerkliği de kapsamaktadır. Mali özerklik kavramı ise mahalli idarelerin mali kaynaklarının bir bölümünü yerel vergi ve harçlardan oluşturmalarını, gelirlerini ve varlıklarını kendi amaçlarına uygun bir biçimde kullanabilmelerini ve esnek bir bütçe sistemine sahip olmalarını öngörmektedir. Diğer bir ifade ile mahalli idarelerin mali özerkliği, merkezi yönetimin malvarlığından ayrı malvarlığı, bağımsız gelir kaynakları ve bütçeleri olması esasına dayanır. Nitekim Anayasa'nın 127. maddesinin altıncı fıkrasının son cümlesinde de “Bu idarelere görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanır, hükmüne yer verilmek suretiyle mahalli idarelerin mali özerkliği teminat altına alınmıştır (AYMK, E.2014/72, K.2014/141, 11.09.2014). Mahkemeye göre mali özerklik; merkezden ayrı mal varlığı, bağımsız gelir kaynakları ve bütçe, gelir ve varlıklarını kendi amaçları için kullanabilme gibi hususları içerir.

Türkiye'nin 21.11.1988 tarihinde imzaladığı ve 9.12.1992 tarihinde onayladığı Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartının 8. maddesinde “Yerel makamların her türlü idari denetimi ancak kanunla veya anayasa ile belirlenmiş durumlarda ve yöntemlerle gerçekleştirilebilir.” denilmektedir. Yerel yönetimlerin mali kaynakları ile ilgili ilkeler başlığında ise (madde 9) “...yerel makamlara kendi yetkileri dahilinde serbestçe kullanabilecekleri yeterli mali kaynaklar”ın sağlanacağı, “Mali bakımdan daha zayıf olan yerel makamların korunması(nın), potansiyel mali kaynakların ve karşılanması gereken mali yükün eşitsiz dağılımının etkilerini ortadan kaldırmaya yönelik mali eşitleme yöntemlerinin veya buna eş önlemlerin alınmasını gerektir”diği, ancak “bu yöntemler ve önlemler(in) yerel makamların kendi sorumluluk alanlarında kullanabilecekleri takdir hakkını azaltma”ması gerektiği ilan edilmektedir.

Yerel yönetimlerin mali kaynaklar bakımından eşit durumda olmadığı açıktır. Çünkü bazıları iktisadi, turizm vb. faaliyetlerin yoğunluğu sebebiyle daha fazla gelir elde edebilmekte, diğer bazıları ise maliyetlerinin fazlalığı (arazi yapısının zorlu olduğu yerlerde altyapı inşası vb.) ve gelirlerinin azlığı (nüfus, ekonomik gelişmişlik vb) dolayısıyla daha fazla mali yardıma ihtiyaç duyabilmektedir. Oysa kamu hizmetlerinin sunulmasında eşitlik ilkesi gereği, düşük gelirli yerel yönetimlerin de bu hizmetleri ifası sağlanmalı, bunun için de merkezi idare bütçesinden destek verilmelidir. Başka bir anlatımla, merkezi idareyle yerel yönetimler arasındaki gelir ve harcama dengesizlikleri, merkezi yönetimden yerel yönetimlere doğru kaynak aktarımı ile giderilmeye çalışılmalıdır. Ayrıca yerel yönetimlerin kendi aralarındaki eşitsizliklerin telafisi için de merkezi idare, bütçeye bir kaynak koyarak bunu düşük gelirli belediyelere bir kısmını eşit, bir kısmını ise nüfusa göre dağıtabilmektedir. Bazen de merkezi idare; monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemleri gibi bir kısım yatırımları bizzat kendisi üstlenmekte, yatırım hizmete hazır hale gelince de işletme/mülkiyet devri yerel yönetime devredilerek, yatırımın maliyeti ilgili yerel idareden mahsup veya başka yollarla alınabilmektedir. 655 sayılı KHK'nin 15. maddesinin ikinci fıkrası da böyle bir durumu düzenlemektedir. Ancak iptali istenen fıkra göre belediye sınırları içerisinde belediyelerin görev alanlarında kalan teleferik, metro ve şehir içi raylı sistem gibi yatırımların hangilerinin merkezi idarece üstleneceğine; yatırımın maliyetinin ilgili yerel idareden mahsup edilmesine dair usul ve esasların tespitine, hiçbir kriter -genel, nesnel ya da hakkaniyetli olup olmadığını bir kenara bırakalım- getirmeksizin Cumhurbaşkanınca karar verilmektedir. Fıkra da mahsup

işleminin ilgili belediyenin genel bütçe vergi gelirleri kaleminden her ay düzenli olarak yapılacağını belirtmiş, alınacak payın miktarını belirlemeyi de Cumhurbaşkanına bırakmıştır. Fıkra da ayrıca uygulamaya ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanınca belirleneceği hükmüne yer verilmiştir.

Merkezi yönetimin birtakım sebeplerle yerel yönetim sınırlarında onların görev alanlarındaki mahalli müşterek ihtiyaçlardan bazılarının yatırım işini bizatihi üstlenerek kamu hizmetinin ifasında destek vermesi doğal olmakla beraber, bu desteğin Anayasa ile güvence altına alınan yerel yönetimlerin idari ve mali özerkliğine zarar vermeyecek bir çerçevede gerçekleşmesi gerekir. Bunun için de her şeyden önce hangi yatırımların üstlenileceğinin, yatırım maliyetini tahsil etmenin, fıkra ya da diğer hususların; sınırları belirli, öngörülebilir ve yerel yönetimler üzerinde merkezi idareye sağladığı hukuki veya fiili müdahale imkânlarına karşı koruyucuların kabul edildiği hukuki bir çerçevede olması gerekir.

Ülkemizde örneğin çok yüksek maliyeti gerektiren metro hattı inşası yatırımlarının merkezi idare tarafından üstlenildiği görülmektedir. Bu işlerin üstlenilip üstlenilmemesinde tek karar verici otorite olan Cumhurbaşkanının tercihini yaparken neye göre hareket edeceğine dair hiçbir ilke, usul ve esas bilinmemektedir. Şehir içi ulaşımın en kolay ve rahat vasıtası olan metro hatları, aynı zamanda belediyeler için en maliyetli kalemlerden birini oluşturur. Cumhurbaşkanı bazı belediyeler için bu ve benzeri yatırımları üstlenerek onları her açıdan, mali kaynaklar ve seçmenlerin takdiri vb., diğerlerine göre daha avantajlı konuma getirebilir. Bu konuda objektif ölçütlerin olmaması farklı şehirlerde oturan kişiler için de farklı muamele oluşturur. Bazıları şehir sakinleri için bu imkân merkezi yönetim vasıtasıyla sağlanırken diğerleri bu imkândan mahrum kalacaktır.

Öte yandan fıkra da belirtilen yatırımların maliyetinin tahsili meselesi de yerel özerklik açısından ciddi sıkıntılar içermektedir. Fıkranın birinci cümlesinden iş bittiğinde o faaliyetin işletmesinin Bakanlık bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşları eliyle de yapılabileceği, belediyeye devrinin gerekli olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla İşletme veya mülkiyet devrini gerçekleştirip gerçekleştirilmeme tamamıyla merkezi idarenin takdirindedir. Devir işlemi gerçekleşmeden ilgili belediyeden yatırım maliyeti istenmemektedir. Bu durumda ilgili belediye her ne kadar işletmenin faaliyetinden bir gelir elde edemese de, oldukça maliyetli olan bir yatırımdan kurtulmuş, beldede oturanlar mahalli müşterek nitelikteki o hizmetten yararlanmış olurlar. İlgili belediye, masrafına katlanmadan o faaliyetin sağladığı faydadan azami derecede istifade edecektir.

Devir işlemi gerçekleşirse, bu kez de maliyet bedelinin tahsilinin nasıl sağlanacağı hususu gündeme gelmektedir. İlgili belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden her ay ödenmek üzere bir pay bu ödeme için ayrılacaktır. Ancak iptali istenen kural ile bu payın miktarı belirlemek de tamamen Cumhurbaşkanının inisiyatifine bırakılmıştır. Cumhurbaşkanı bu payın miktarını çok düşük tutabileceği gibi yüksek de tutabilir. Belediyelerin gelirlerinin çoğu zaman yetersiz olduğu ve genel bütçeden ayrılan payın mahalli müşterek ihtiyaçların ifasındaki önemi dikkate alındığında bu payın, miktarına göre, belediyeyi tamamen işlevsiz bırakma riski bulunmaktadır. Devralan kuruluşun belediyeye ilişkili bir şirket olması durumunda dahi belediye müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Eğer vadesinde ödenmeyen bir taksit söz konusu ise 6183 sayılı Yasa hükümlerine göre tahsili yoluna gidilecektir.

Bu çerçevede sınırları, çerçevesi, usul ve esasları belirlenmeden tanınan bu oldukça geniş takdir yetkisi, istenirse belediyeleri işleyemez hale getirebileceği gibi onları çok maliyetli



bir yatırımdan kurtararak başka alanlarda daha görünür hizmetler yapmasına fırsat verecek şekilde kullanılmaya elverişlidir. Böylesine önemli sonuçları olan bir yetkinin ise hukuki çerçevesinin daha açık, belirgin ve keyfiliğe karşı güvenceler içerecek şekilde formüle edilmesi hukuk devleti ilkesinin ve yerel yönetim özerkliğinin gereğidir.

Üstelik ülkemizde Cumhurbaşkanının aynı zamanda bir partinin genel başkanı olduğu, yerel seçimlerde başkanı olduğu parti adına halkın karşısına çıktığı ve diğer siyasi partileri ve programlarını, diğer belediyelerin çalışmalarını, faaliyetlerini yetersizlik yönünden en hafif tabirle eleştirdiği, değiştirilmesi gerektiğini söylediği, yediği bir ortamda hukuki çerçevenin belirli ve güvenceli hale getirilmesi evleviyetle gereklidir.

Merkezi idarenin amacı, daha etkin ve verimli bir kamusal hizmet sağlamak olmalıdır; yerel yönetimlerin özerkliği ilkesini gözeterek, onları etkisiz kılma amacına yönelik olmaması kaydıyla, belirli alanlarda merkezî yönetimin yerel yönetimlerin görevlerini üstlenmesi kabul edilebilir bir durumdur. Ancak bu hususun hiçbir kritere bağlanmadan sadece idarenin takdirine bırakılması, yerel yönetimleri özerkliğe aykırı müdahalelere açık hale getirdiğinden iptali istenen fıkra, Anayasanın 127. maddesinde öngörülen yerel yönetimlerin özerkliği ilkesine aykırıdır, iptali gerekir.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesine yer verilmiştir. “Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.” (AYMK, E.2013/158, K.2014/68, 27.3.2014). Yasaların kamu yararına dayanması ilkesi ile; bütün kamusal girişimlerin temelinde bulunması doğal olan kamu yararı düşüncesinin yasalara egemen olması amaçlanmıştır.

Aynı zamanda “Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.” (AYMK, E.2012/116, K.2013/32, 28.2.2013).

Ayrıca “idarelerin karşılaştıkları farklı durumlar karşısında en uygun çözümü üretebilmeleri için takdir yetkisiyle donatılmaları zorunludur. Takdir yetkisinin amacı, idareye farklı çözümler arasından uygun ve yerinde olanı seçme serbestisi tanımaktır.” Ancak kamusal makamlara tanınan bu takdir yetkisi sınırsız olmayıp yetkinin hukukun genel ilkeleri ve hakkaniyet ilkesiyle bağdaşır şekilde kullanılması bir gerekliliktir. Başka bir ifadeyle, takdir yetkisi, idarenin “keyfi” olarak hareket edebileceği anlamına gelmez. Aksine idarenin bu yetkisini, somut olayın özellikleri, yapılan faaliyetin niteliği, hukuki çerçevesi gibi hususları göz önüne alarak “eşitlik, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılması...

hukukun genel ilkelerindedir.” (AYMK, E.2014/87, K.2015/112, 8.12.2015). Aynı zamanda idarece alınacak önlemler objektif nitelik taşımaları ve keyfi uygulamalara sebep olacak şekilde geniş bir takdir yetkisini içermemelidir. İdare, takdir yetkisine dayanarak aldığı kararın yukarıdaki ilkelere uygunluk gerekçelerini hesap verilebilirlik adına ikna edici şekilde kamuoyuyla paylaşmalı ve gerektiğinde yargısal makamlar önünde açıklamalıdır.

İptali istenen kurallar, bir yerel yönetim birimi olan belediyelerin metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemleri vb. ihtiyaç duyduğu bazı yatırım işlerinin Cumhurbaşkanınca takdir edilmesi halinde Bakanlıkça üstlenilmesini; işin bitirilmesinin ardından, eğer uygun görülürse, işletme veya mülkiyetin ilgili belediyeye devri halinde yatırım maliyetinin tahsili sürecinin başlatılmasını, bu tahsilin belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden Cumhurbaşkanlığı tarafından takdir edilecek payın her ay mahsup edilmesiyle gerçekleştirileceğini; işletme veya mülkiyet belediyeye ilişkin bir şirkete devredilse dahi belediyenin müteselsilen sorumlu olduğunu, gerekli ödemenin yapılmaması halinde 6183 sayılı Yasa hükümlerine göre gerekli işlemlerin yapılacağını; bu fıkra Cumhurbaşkanının takdirine bırakılmayan diğer hususlarda da usul ve esasların yine Cumhurbaşkanınca belirleneceğini düzenlemektedir.

Böylece fıkra belirtilen bütün hususlarda iki defa kuvvetle ifade edildiği üzere Cumhurbaşkanının takdiri tek belirleyici olarak karşımıza çıkmaktadır. Bahsedilen ulaşım sistemlerinin yapım işinin Bakanlıkça üstlenilmesinin hangi koşullarda mümkün olduğu, Bakanlık tarafından ilgili belediye işletme veya mülkiyetin devredilip devredilmemesinde hangi esasların gözetileceği, yatırım maliyetinin geri alınmasında genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamından alınacak payın hangi kriterlere göre belirleneceği, Cumhurbaşkanının fıkranın uygulanmasıyla alakalı diğer konuları düzenlerken hangi ilkelere hareket edeceği hususlarında hiçbir açıklık getirilmemiştir.

Ülkemizde belediyeler mali güçleri açısından yeknesak bir tablo arz etmemektedir. Her belediyenin yerleşim alanı, kent ve kırsal nüfus oranları, yüzölçümleri, hizmet sunum alanları, nüfusları, yöredeki sanayi yoğunluğu, üretim ve tüketim kapasitesi, ekonomik faktörler ve gelişmişlik düzeyi birbirinden oldukça farklı olduğundan mali güçleri ve merkezi idarenin bu tür yapım işlerinde desteğine ihtiyacı ve bütçeden aldığı payın görevlerinin ifasında yeri farklılık arz edecektir. Bu farklı özellikler gösteren belediyeler arasında bazı yapım işlerinin üstlenilmesinin ve mahsup edilecek payın tespitinin kamu yararına uygun, objektifliği hedefleyen ilkeler temelinde hakkaniyetli olmasını sağlayan ilkelerin yasa koyucu tarafından tespiti bir zorunluluktur. Fıkra belirtilen yetkilerin kullanılmasında mahallî idarelerin özerkliği ilkesinin de gözetilmesine dair esasları belirlemek yasa koyucunun görevleri arasındadır. Takdir yetkisinin objektif ve hakkaniyetli kullanımını temin edecek ve keyfiliği önleyici ilkelerin yasa metninde yer alması gerekir. Cumhurbaşkanı fıkraya göre hiçbir kriterle bağlı olmadan tamamen kendi takdirine göre üstlenilecek yapım işlerinin tespitinde ve yapım maliyetinin tahsilinde genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden alınacak payı belirlemede tek otoritedir. Cumhurbaşkanının aynı zamanda bir siyasi parti başkanı olduğu, seçim kampanyalarında bu sıfatla kendi siyasi partisine oy istediği, kendi partili belediye başkanlarının program ve icraatlarını anlattığı, diğerlerini en hafif ifadesiyle yerdığı, eleştirdiği bir ortamda hiçbir ilke ve kural konulmasa da idarenin tamamen objektif ve hakkaniyetli davranacağına inancın devam etmesini beklemek çok gerçekçi bir yaklaşım olmasa gerektir.

Cumhurbaşkanına geniş bir takdir yetkisi tanıyan iptali istenen kural, yeterli derecede öngörülebilir olmadığı gibi idarenin keyfi yorum ve uygulamalarına karşı da yeterince koruma sağlayacak nitelikte olmadığından hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırıdır. Böyle bir

düzenleme mahallî idarelerin özerkliği ilkesini de gözeterek yerel hizmetlerin daha etkin ve verimli bir şekilde ifasında, takdir yetkisinin objektif ölçüler ve hakkaniyetle kullanılmasını sağlayacak nitelikte değildir. Bu nedenle iptali istenen kurallar belirli ve öngörülemez olduğundan Anayasanın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Öte yandan “Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği öngörülmüştür. Buna göre, kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına geleceğinden Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşer. Ancak, kanunda temel esasların ve çerçevenin belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz.” (AYMK, E.2014/87, K.2015/112, 8.12.2015). “Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir kanun hükmünün Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir.” (AYMK, E.2011/45, K. 2013/24, 31.1.2013).

İptali istenen son cümle hiçbir temel ilke ve esasa yer vermeden uygulamaya ilişkin diğer hususların Cumhurbaşkanınca belirlenmesini öngörmektedir. Söz konusu kural yasada temel esasların ve çerçevenin belirlenerek, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılmasını zorunlu kılan Anayasanın 7. maddesine de aykırıdır.

Ayrıca, Anayasa'nın 10. maddesinde “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir./.../Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz./Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” denilmiştir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarında da vurgulandığı üzere “Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen kanun önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Kanun 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 öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.” (AYMK, E.2017/180, K.2018/109 6/12/2018).

Mahkeme, eşitlik ilkesi yönünden yapacağı incelemede öncelikle Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde aynı ya da benzer durumda bulunan kişilere farklı muamelenin mevcut olup olmadığını tespit etmekte, bu bağlamda aynı ya da benzer durumdaki kişiler arasında müdahale bakımından farklılık gözetilip gözetilmediğine bakmaktadır. Bundan sonra farklı muamelenin objektif ve makul bir temele dayanıp dayanmadığı ve nihayetinde farklı muamelenin ölçülü olup olmadığı hususlarını irdelemektedir (AYMK, E.2018/8, K.2018/85, 11/7/2018).

Anayasanın 2. maddesinde cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan hukuk devleti ilkesi, Anayasadaki tüm kuralların çerçevesini oluşturduğundan Anayasanın diğer maddeleri de bu ilke ışığında yorumlanmalıdır. Bu nedenle kanun önünde eşitlik ilkesi de hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır. Hukuk devletinin temel unsurlarından biri, hukuki belirlilik ve hukuk güvenliği ilkeleridir. Aslında bu hukuka ve daha geniş anlamda devlete güven duymanın

vazgeçilmez bir önkoşuludur. Hiçbir haklı ve objektif temeli olmayan farklı muamelelerin devam etmesi, halkın devlete olan güvenini azaltır. Bu nedenle devlet organları ve idare, bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uyma yükümlülüğünün yanı sıra kamu hizmetlerinden kişilerin kanun önünde eşitlik ilkesine uygun bir biçimde yararlanmalarını sağlama yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla aynı durumdaki kişiler arasında farklı muamele yapılmasına neden olacak tarzda kaleme alınan, yani eşitlik ilkesine aykırı uygulamaları önleyecek şekilde koruyucu güvenceleri içermeyen, bir kuralın da kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu açıktır.

İptali istenen kurallarla belediyelerin görev alanında olan bazı ulaşım sistemlerinin yapım işinin üstlenilmesinde, yapımın bitirilmesinin ardından işletme veya mülkiyet devrinin işin maliyetinin ilgili belediyeye genel bütçeden ayrılan toplam paradan aylık paylar halinde alınmasında ve fıkradaki diğer hususlarda tek belirleyici makam olarak Cumhurbaşkanı gösterilmektedir. Bir siyasi partinin lideri de olan Cumhurbaşkanının uhdesinde olan bu yetkilerin, özellikle seçim dönemlerinde tarafsızlıktan uzak bir şekilde kullanılmasını önleyecek hiçbir güvence yasada yer almamaktadır. Yapım işinin üstlenilmesinde ve geri ödeme payının tespitinde hangi kriterlerin esas alınacağı yasada düzenlenmediğinden belli değildir. Herhangi bir yapım işinin üstlenilmesinde talep eden bütün belediyelerin ve yapım işinin ardından yapım maliyetini ödeyecek tüm belediyelerin aynı konumda olduğunda kuşku yoktur. Belediyelerin görev alanında üstlenilecek yapım işlerini ve yapılacak geri ödemelerin miktarını hiçbir güvence içermeyen salt olarak Cumhurbaşkanının takdirine bırakan düzenlemenin benzer konumda olan belediyeler açısından farklı muamele teşkil etmesi kaçınılmazdır.

İptali istenen fıkrada farklı muameleye yol açan bu işlemin makul ve objektif bir temele dayandığını ortaya koyacak hiçbir kriter, bilgi yer almamaktadır. İdareye çerçevesi çizilmeden, ilke ve kuralları tespit edilmeden verilen bir yetkiyle karşı karşıya olunduğundan işlemi makul ve objektif temelde yürütmenin imkânı ortadan kalkmaktadır. Bu koşullarda bir kaynak dağılımının farklı belediyeler arasında makul bir dengeyi, ölçüyü gözetmediğini ileri sürmek mümkün değildir. Nitekim seçim kampanyası döneminde iktidar partisine mensup adaylar ve Cumhurbaşkanının kendisi kendi partilerine oy verilmemesi halinde hizmetlerin üstlenilmeyeceğini açık bir şekilde beyan etmişlerdir. Vergi ödeyen yurttaşların paralarından oluşan genel bütçe gelirlerinin bu şekilde ayrımcı bir şekilde dağıtılarak bazı vatandaşların siyasi görüşleri ve oyları dolayısıyla cezalandırılmasının, diğer bazılarının ise aynı nedenlerle kayırılmasının kanun önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmayacağı açıktır. Bu nedenle iptali istenen kurallar Anayasanın kanun önünde eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen ibareler ve fıkranın son cümlesi, Anayasa'nın 2., 7., 10. ve 127. maddelerine aykırıdır, iptalleri gerekir.

12. 17/1/2019 tarihli ve 7161 sayılı Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 68. maddesiyle değiştirilen 26/9/2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma ve Altyapı Alanına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararnemeye eklenen geçici 10. maddenin Anayasaya aykırılığı

7161 sayılı Kanununun 67. maddesiyle 655 sayılı KHK'ya eklenen geçici 10. madde şöyledir: "Bu maddeyi ihdas eden Kanunla değiştirilen 15 inci maddenin ikinci fıkrası, bu maddenin yayımı tarihi itibarıyla hâlihazırda işletmesi devredilmiş olan projelerin bu maddenin yayımı tarihinden önce hesaplanan yönteme göre ödenmeyen bakiye tutarlarını da kapsar. Bu maddenin yayımı tarihinden önce bu projeler kapsamında kısmen veya tamamen ödenmeyen

tutarlar bu maddenin yayımı tarihinden itibaren 180 gün içinde Hazine ve Maliye Bakanlığının Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasındaki ilgili hesabına defaten aktarılır.”

7161 sayılı Kanununun 68. maddesiyle 655 sayılı KHK'ye eklenen geçici 10. maddeyle aynı yasayla aynı KHK'ye eklenen 15. maddenin ikinci fıkrasının; bu maddenin yayımı tarihi itibarıyla hâlihazırda işletmesi devredilmiş olan projelerin bu maddenin yayımı tarihinden önce hesaplanan yönteme göre ödenmeyen bakiye tutarlarını da kapsayacağı, bu maddenin yayımı tarihinden önce bu projeler kapsamında kısmen veya tamamen ödenmeyen tutarların bu maddenin yayımı tarihinden itibaren 180 gün içinde Hazine ve Maliye Bakanlığının Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasındaki ilgili hesabına defaten aktarılacağı hükme bağlanmıştır.

Yukarıda 10. Numaralı başlık altında 655 sayılı KHK'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasanın 2., 7., 10. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır. Getirilen geçici hüküm daha önceden tamamlanmış ve teslimi yapılmış işlere ilişkin geri ödemelerin bu kurala tabi tutulacağını öngörmektedir. Yani geri ödeme esaslarını Cumhurbaşkanı belirleyecektir. Bu ise hem kazanılmış haklara saygı ve hukuki belirlilik ilkelerine aykırıdır, hem de ana kuralda ileri sürülen Anayasaya aykırılık gerekçeleri geçici madde açısından da geçerlidir. Bu nedenle kural Anayasa'nın 2., 7., 10. ve 127. maddelerine aykırıdır.

Öte yandan, 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin dördüncü fıkrasında, kanunun belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, bunların da Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir. Yukarıda açıklanan nedenlerle, 7161 sayılı Kanunun 67. maddesiyle değiştirilen 655 sayılı KHK'nin 15. maddesinin ikinci fıkrasının iptali talep edilen ibarelerinin iptal edilmesine karar verilirse 7161 sayılı Kanunun 68. maddesiyle 655 sayılı KHK'nin eklenen geçici 10. maddenin iptaline karar verilmesi gerekir. Çünkü iptali istenen 15. madde ile koşut olarak yapılan bu değişiklikte bu maddenin yayımı tarihi itibarıyla hâlihazırda işletmesi devredilmiş olan projelerin de ödenmeyen bakiye tutarlarını kapsadığı hükme bağlanmaktadır. Bu nedenle 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin dördüncü numaralı fıkrası gereğince 655 sayılı KHK'nin geçici 10. maddesinin iptaline karar verilmesi gerekir.

Sonuç olarak kural Anayasa'nın 2., 7., 10. ve 127. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

### III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

7161 sayılı Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un iptali istenen maddeleri yukarıda açıklandığı gibi açıkça Anayasa'nın pek çok maddesine aykırıdır. Bu kuralların uygulanması halinde telafisi imkânsız sonuçların doğacağı açıktır. Özellikle yerel yönetimler seçimine gidilen bir ortamda ayrımcı muamelelere olanak tanıyan kuralların uygulanması, vatandaşların hukuka ve devlete güvenini zedeleyeceği gibi farklı toplumsal kesimler arasında kin ve nefret tohumlarının yeşermesine ve ulusal bütünlüğün tehlikeye girmesine de neden olabilecektir.

İptali istenen kuralların çoğu herhangi bir temel ilke ve esas belirlemeden her türlü kamusal yetkinin kullanılmasını Cumhurbaşkanıya tanımaktadır. Bir kuvvetler ayrılığına dayalı demokratik bir hukuk devletinde parlamentonun görevi ve işlevi yürütme organının uyacağı kuralları belirleyen yasalar çıkarmak yoluyla yönetimin hukuka uygunluğunu sağlamaktır. Oysa iptali istenen kurallar, kamusal yetkiler kullanılırken uyulması gereken ilke ve kuralları belirlemek yerine, bu ilke ve esasları belirleme yetkisini Cumhurbaşkanıya tanımaktadır. Bu



uygulamada yönetimin keyfilğine neden olacak ve hukuk devletinden hızla uzaklaşılmasına olanak tanıyacaktır.

Bağımsız değerlendirme yapan pek çok uluslararası kurum Türkiye'nin hukuk devleti standartlarından hızla uzaklaştığını tespit etmektedir.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi Anayasaya açıkça aykırı olan kuralların hukuk düzeninden bir an önce ayıklanması gerekir. Anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devletinin temel gereğidir. Anayasa'ya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

İptali istenen kuralların uygulanmasından kaynaklanan ağır temel hak ihlallerinin bir an önce sona erdirilmesi ve daha ağır ve telafisi imkânsız sonuçlar doğurmasını engellemek amacıyla Anayasaya açıkça aykırı olan ve iptali istenen hükmün iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

#### IV. SONUÇ VE İSTEM

17/01/2019 tarihli ve 7161 sayılı Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Kanun'un;

1. 3. maddesiyle 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 23. maddesinin birinci fıkrasına eklenen 17. bendinde yer alan "(Cumhurbaşkanı, bu oranı %100'e kadar artırmaya, sıfıra kadar indirmeye yetkilidir.)" cümlesinin, Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine,

2. 11. maddesiyle değiştirilen 5/5/1969 tarihli ve 1173 sayılı Milletlerarası Münasebetlerin Yürütülmesi ve Koordinasyonu Hakkında Kanun'un 3. maddesinin üçüncü fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine,

3. 16. maddesiyle değiştirilen 4/11/1983 tarihli ve 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanununun 6. maddesinde yer alan "ilgili mevzuatta" ibaresinin, Anayasa'nın 2. ve 123. maddelerine,

4. 23. maddesiyle 25/2/1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine eklenen "ile 3/6/2007 tarihli ve 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu" ibaresi ile "ile jeotermal kaynak ve doğal mineralli sular" ibaresinin, Anayasa'nın 45. ve 56. maddelerine,

5. 29. maddesiyle 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (z) bendinin, Anayasa'nın 2., 7. ve 167. maddelerine,

6. 31. maddesiyle değiştirilen 4734 sayılı Kanun'un ek 11. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "ve (z)" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 7. ve 167. maddelerine,

7. 32. Maddesiyle 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa eklenen geçici 4. Maddenin birinci fıkrasında yer alan "ilk ihaledeki yeterlilik şartları aranmaz" ibaresinin, Anayasanın 2., 10. ve 167. maddelerine,

8. 36. maddesiyle 28/3/2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 16. maddesine eklenen fıkrada yer alan "her türlü tasarrufta bulunmaya yetkilidir" ibaresinin, Anayasa'nın 2. maddesine,

9. 41. maddesinin, Anayasa'nın 10. maddesine,

10. 47. maddesiyle 2/7/2008 tarihli ve 5779 sayılı İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanununun 6. maddesine eklenen ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10. ve 127. maddelerine,

11. 67. maddesiyle değiştirilen 26/9/2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma ve Altyapı Alanına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 15. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanınca yapımının üstlenilmesine karar verilen", ve "Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının" ibareleri ile "Bu maddenin uygulamasına ilişkin diğer usul ve esaslar Cumhurbaşkanınca belirlenir." cümlesinin, Anayasa'nın 2., 7., 10. ve 127. maddelerine,

12. 68. maddesiyle değiştirilen 26/9/2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma ve Altyapı Alanına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen geçici 10. maddenin, Anayasa'nın 2., 7., 10. ve 127. maddelerine,

aykırı olduğundan iptallerine ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar olacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."