

“ ...

04.11.2021 tarihli ve 7341 sayılı Türkiye İhracatçılar Meclisi ile İhracatçı Birliklerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8'inci maddesiyle 25.03.1987 tarihli ve 3332 sayılı Sermaye Piyasasının Teşviki, Sermayenin Tabana Yaygınlaştırılması ve Ekonomiye Düzenlemede Alınacak Tedbirler ile 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ve 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen birinci cümlesinde yer alan “8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu” ile “yapım ihaleleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu” ibarelerinin Anayasa'ya aykırılığı

7341 sayılı Kanun'un 8'inci maddesiyle 3332 sayılı Sermaye Piyasasının Teşviki, Sermayenin Tabana Yaygınlaştırılması ve Ekonomiye Düzenlemede Alınacak Tedbirler ile 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ve 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Devlet Yatırım Bankası'nın tabi olacağı mevzuatı düzenleyen 4'üncü maddesinde (birinci fıkrasının birinci cümlesinde) birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda iptali talep edilen ibarelerle Devlet Yatırım Bankası, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve yapım ihaleleri hariç 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan istisna tutulmuştur. Ancak Banka'yı, 2886 ile yapım ihaleleri hariç 4734 sayılı Kanunlardan bağışık kılan ve iptali talep edilen ibareler, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki istikrarlı bir ekonomik büyüme temin eden mekanizmalardan biri de dış ticaret hacminin artırılmasıdır. İhracatın teşviki ise söz konusu kapasitenin yükseltilmesine hizmet eden mali politikalarındandır. Uluslararası ticarete ihracatçılarımızın diğerleriyle rekabet edebilmesi, ihracat işlemlerinde oluşabilecek risklerin bertaraf edilebilmesi adına kurulan Devlet Yatırım Bankası'nın hukuki statüsünü ortaya koymakta fayda vardır. Banka'nın kanuni dayanağını teşkil eden 3332 sayılı Kanunla Banka'ya tüzel kişilik tanınmış ve fakat bu tüzel kişiliğin nev'i madde lafzında belirlenmemiştir. Ancak, ilgili kanununda kamu tüzel kişiliğinin açıkça belirtilmesi, kamu tüzel kişiliğinin tanımlayıcı bir ögesi değildir. Bu nedenle birtakım hukuki kısıtlara tabi tutularak; Banka'nın tüzel kişiliğinin nev'inin ortaya konulması mümkündür. 3332 sayılı Kanun'un organizasyonu düzenleyen 2'inci maddesine göre “Cumhurbaşkanı Devlet Yatırım Bankasını, mal ve hizmetlerin ithalat ve ihracatı ile yurt dışı müteahhitlik hizmetlerinin, dış yatırımların ve yurt içi yatırım malı imalat ve satışının kredilendirilmesi, finansmanı, desteklenmesi, sigorta ve garanti edilmesi konularında özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirket şeklinde faaliyet göstermek üzere yeniden düzenler.”. Anılan hükme istinaden Devlet Yatırım Bankası, 21.08.1987 tarihli ve 19551 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 17.06.1987 tarihli ve 87/11914 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Türkiye İhracat Kredi Bankası A.Ş. adıyla yeniden düzenlenmiştir. Yine 23.02.2013 tarihli ve 28568 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 28.01.2013 tarihli ve 2013/4286 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın (Türkiye İhracat Kredi Bankası Anonim Şirketinin Kuruluş ve Görevlerine İlişkin Esaslar) amacı, 1'inci maddesi uyarınca, “mal ve hizmetlerin ithalat ve ihracatı ile yurtdışı müteahhitlik hizmetlerinin, dış yatırımların ve yurtiçi yatırım malı imalat ve satışının kredilendirilmesi, finansmanı, desteklenmesi, sigorta ve garanti edilmesi konularında özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirket şeklinde faaliyet göstermek üzere Devlet Yatırım Bankasının tüzel kişiliğinin devam etmesi ve anonim şirket nevine dönüştürülmesi suretiyle kurulan Türkiye İhracat Kredi Bankası Anonim Şirketinin ilgili olduğu bakanlığın tespiti, Bankanın unvanı, amaç ve iştiğal konuları ile sermaye yapısının, idare ve temsilinin, organlarının teşkili, atama ve seçilme usulleri ile görev ve yetkilerinin, denetlenmesi ve tasfiyesi ile ilgili esasların belirlenmesidir.”.

Buna ilave olarak anılan anonim şirket hakkındaki Esas Sözleşme'nin 2'inci maddesine göre Banka'nın ticaret unvanı, Türkiye İhracat Kredi Bankası Anonim Şirketi; işletme adı, Türk Eximbank'tır.¹ Banka, her ne kadar anonim şirket olarak yapılandırılrsa ve özel hukuk hükümlerine tabi olsa da; 3332 sayılı Kanun gereğince (Banka'nın isminin lafzından da anlaşılacağı üzere) Devlet kontrolünde olup (sözgelimi 3332 sayılı Kanun'un 2'inci maddesi gereğince Banka'nın tüzel kişiliğinin devam etmesi suretiyle anonim şirket nev'ine dönüştürülmesi ile ilgili esaslar, intikal hükümleri, ilgili olduğu Bakanlığın tespiti, unvanı, maksat ve iştiğal konuları, sermaye yapısı, idare ve temsili, organlarının teşkili, atama ve seçilme usulleri, görev ve yetkileri, denetlenmesi ve tasfiyesi ile ilgili hususların Cumhurbaşkanı kararıyla belirlenmesi; 3332 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesi gereğince Cumhurbaşkanının, Banka'nın faaliyetleri gerçekleştirmek üzere bütçe, fonlar, bankalar ve diğer kaynaklardan tahsis edilecek imkanları belirlemeye ve bunların kullanımını yönlendirmeye yetkili olması) kamu gücü ayrıcalıklarından (sözgelimi 3332 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi gereğince yararlanılan vergisel muafiyetler, politik riskler nedeniyle kredi, sigorta ve garanti işlemlerinden doğabilecek zararların Hazinece karşılanması) yararlanmaktadır. Öte yandan Banka'nın kuruluş amacı (Esas Sözleşme'nin 6'ıncı maddesi gereğince ihracatın geliştirilmesi, ihraç edilen mal ve hizmetlerin çeşitlendirilmesi, ihraç mallarına yeni pazarlar kazandırılması, ihracatçıların uluslararası ticarete paylarının artırılması, girişimlerinde gerekli desteğin sağlanması, ihracatçılar ve yurt dışında faaliyet gösteren müteahhitler ve yatırımcılara uluslararası piyasalarda rekabet gücü ve güvence sağlanması, yurt dışında yapılacak yatırımlar ile ihracat amacına yönelik yatırım malları üretim ve satışının desteklenerek teşvik edilmesi - temel olarak ihracatın teşviki ve kapasitesinin artırılması özelinde götüğü kamu yararı), faaliyetlerini kamu hizmeti çerçevesinde yerine getirmesi (Zira Anayasa'nın 167'nci maddesi uyarınca Devlete yüklenen para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirler alma görevi ve dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Cumhurbaşkanına verilen yetki, kamu tüzel kişiliklerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerdendir.), tek taraflı icrai (ve dahi düzenleyici) işlem yapabilmesi, kanunla kurulmuş olması, yönetimi ve ilgili konularda karar alması üzerinde Cumhurbaşkanının etkin olması, iptali talep edilen ibarelerle 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile (yapım ihaleleri hariç) 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun kapsamında değerlendirilmesi ve fakat bu Kanunlardan (yapım ihaleleri hariç) varestede tutulması gibi hususlar² göz önüne alındığında; Banka'nın tüzel kişiliğinin Kanun'un lafzında açıkça yazmasa da "kendine özgü kamu tüzel kişiliği" niteliğinde olduğu ortaya çıkacaktır. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi de Devlet Yatırım Bankası hakkında verdiği bir kararında "Yukarıda da belirtildiği gibi, söz konusu banka anonim şirket haline dönüştürülmekle beraber, kamu tüzelkişiliğini korumaya devam etmektedir." şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 21.01.1988 tarihli ve 1987/11 E.; 1988/2 K. sayılı Kararı). Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da belirtildiği üzere; "Kamu tüzelkişilerinin, nitelik vs. özellikleriyle bağdaştığı ve statülerinin elverdiği ölçüde, özel hukuk tüzelkişileri gibi genel hükümlere göre bazı yetkileri kullanmaları mümkün olmakla beraber, açık bir hüküm bulunmadıkça, bu hal; onların hukuk rejimi olan idare hukuku ve kamu kanunlarına bağlılık ilkesini ortadan kaldırmaz." (Anayasa Mahkemesi'nin 28.11.1985 tarihli

¹Türk EXIMBANK Kanun, Esaslar, Esas Sözleşme, Kasım 2021,

<https://www.eximbank.gov.tr/content/files/1144de1a-1b7f-4ed1-bb19-d468f8169b66/esas-sozlesme-102021> (Erişim Tarihi: 13.12.2021)

² Kamu tüzel kişisi sayılması için aranan kıstaslar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Çağlayan, Ramazan, "Hukumumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları", <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/229908> (Erişim Tarihi: 12.06.2021).

ve 1985/7 E.; 1985/22 K. sayılı Kararı). O halde Banka, idari teşkilat içinde yer alan bir kamu kurumudur. Diğer bir deyişle Banka, Anayasa'nın 123'üncü maddesinde öngörülen "idare" kapsamında yer almaktadır. (Anayasa Mahkemesi'nin 18.10.2012 tarihli ve 2012/29 E.; 2012/155 K. sayılı Kararı'nda ve karşı oy yazılarında - İller Bankası Anonim Şirketi özelinde - bir yapının Anayasa'nın 123'üncü maddesi kapsamında idare olup olmadığına, kamu tüzel kişiliğine sahip olup olmadığına tespiti hususunda birtakım kıstaslar getirilmiştir.) Banka'nın ihracatın teşviki ve kapasitesinin artırılması temelindeki faaliyetlerinin, Devlet İhale Kanunu ile (yapım ihaleleri hariç) Kamu İhale Kanunu'nun öngördüğü (Anayasal ilkelerin tecessüm ettiği) usul ve esaslar dahilinde yürütülmesi gerekmektedir. Ancak iptali talep edilen ibareler, söz konusu faaliyetlerin anılan normatif çerçeve içinde yürütülmesine engeldir.

a) Kamu yararı ilkesi ve hukuk devleti bakımından: İptali talep edilen ibareler, öncelikle Anayasa'nın hukuk devleti ilkesini öngören 2'nci maddesine aykırıdır. Zira Kamu İhale Kanunu'nun 5'inci maddesinde düzenlenen temel ilkeler; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamak olarak sıralanmaktadır. Devlet İhale Kanunu ile de, 2'nci maddesi gereğince, ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır. Banka'nın ihracatın teşviki ve kapasitesinin artırılması kapsamındaki faaliyetlerini Devlet İhale Kanunu'ndan ve (yapım işleri hariç) Kamu İhale Kanunu'ndan, dolayısıyla sayılı ilkelerden varestede tutmakta, (hukuk devleti ilkesinin öğelerinden olan) kamu yararı yoktur. Nitekim mal ve hizmet ihracatı bakımından kredi ve finansman sağlamak suretiyle milli ekonominin menfaatlerin gözetilmesini temin eden Banka'nın söz konusu bankacılık faaliyetlerinin etkin, verimli, şeffaf, dürüst, hesap verilebilir, ekonomik şekilde yürütülmesi gerekir. Ancak bu istisna hükmü, kamu yararını gerçekleştirme yönelik sayılı ilkeleri, kaynakların etkin kullanımına ilişkin güvenceleri dışarıda bırakmakta ve 2886 sayılı Kanun'da öngörülen ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasındaki yasakları, ceza sorumluluğu ve sonuçlarını, görevlilerin sorumluluğunu, hileli inşaat ve onarımın yaptırımını; 4734 sayılı Kanun'da öngörülen idareye şikayet usulünü, Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet usulünü ve Kamu İhale Kurumu incelemesi ile Kamu İhale Kurumu kararları üzerinden ihalelerin yargısal denetimi ortadan kaldırılmaktadır. Diğer bir deyişle iptali talep edilen ibareler, Banka'nın faaliyetlerinin, kamu yararı ilkesine taban tabana zıt şekilde, ranta açık hale gelmesine neden olabilecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin de birçok kararında (sözelimi Anayasa Mahkemesininin 13.01.2016 tarihli ve 2015/60 E.; 2016/2 K. sayılı Kararı, § 8; 28.12.2017 tarihli ve 2016/150 E.; 2017/179 K. sayılı Kararı, § 158-161) işaret ettiği üzere; elbette Devlet harcamalarında 2886 ve 4734 sayılı Kanunların uygulanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmadığından, kanun koyucunun bazı faaliyetler yönünden farklı usuller benimsemesinde Anayasal açıdan bir engel yoktur. Ancak bir faaliyet, 2886 ve (yapım ihaleleri hariç) 4734 sayılı Kanunlarda öngörülen saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, verimlilik esas alınarak belirlenen usullerin dışına çıkarılırken; hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kamu yararı amacı gözetilmelidir. Diğer bir deyişle Anayasa'nın 2'nci maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasa işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur (Anayasa Mahkemesi'nin 17. 06. 2015 karar tarihli ve 2014/179 E.; 2015/54 K. sayılı Kararı).

Şu halde;

1) Kanun koyucu tarafından bu alanda yaratılan istisnanın; saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, verimlilik ilkelerinden istisnaen sapmayı haklı kılacak somut bir kamu yararı amacı izlemesi,

2) Genel kuraldan ayrılırken, istisnai usule ilişkin çerçevenin, öznel ve keyfi işlemlere engel olacak şekilde, kanunda çizilmesi

gerekir.

Başka bir anlatımla Banka'nın faaliyetleri, kamu yararına yönelik anılan genel mevzuat hükümlerinden bağışık tutulmuştur. Banka, Esas Sözleşme'nin 6'ncı maddesine istinaden mal ve hizmet ihracatı ile döviz kazandırıcı faaliyetlere, sevk öncesi ve sonrası aşamalarında kısa, orta ve uzun vadeli alıcı ve / veya satıcı kredileri ile finansman sağlamak; ihracatın finansmanı amacıyla, ihracatçıların yurt içi ve yurt dışı banka ve finans kurumlarından sağlayacakları krediler için garantiler vermek; yurt dışı müteahhitlik hizmetleri ile dış yatırımların geliştirilmesi için kredi açmak, finansmanına katılmak, sigorta ve garanti sağlamak, gibi faaliyetler yürütmek suretiyle ihracatın teşviki ve kapasitesinin artırılması amacının gerçekleşmesine hizmet edecektir. Bu amacın gerçekleşmesi ise faaliyetlerin 2886 ve (yapım ihaleleri hariç) 4734 sayılı Kanunların çizdiği sınırlar dahilinde yürütülmesiyle mümkün olabilecektir. O halde bu faaliyetleri, Devlet İhale Kanunu ile (yapım ihaleleri hariç) Kamu İhale Kanunu'ndan vareste tutmak; hiçbir kamu yararı barındırmamaktadır. İptali istenen hükmün anılan mevzuattan bağışık tutulmasını haklı kılacak herhangi bir somut kamu yararı ve kamu hizmeti gereği gösterilmemiştir ve bulunmamaktadır. Bu nedenle, iptali istenen kuralın kanun koyucunun takdir yetkisi alanında olduğu kabul edilemez. İhtilafli düzenleme, gerekli bir tedbir oluşturmadığı gibi, bu şekilde, kamu yararına yönelik yürütülen bir faaliyetin öznel ve keyfi ilişkilere terk edilme riskine yol açma olasılığı da yüksektir. İptali istenilen hüküm; anılan faaliyetleri Devlet İhale Kanunu ile (yapım ihaleleri hariç) Kamu İhale Kanunu'ndan bağışık tutarken, söz konusu mevzuat uygulanmazken kamu yararının gerçekleştirilmesini sağlayacak alternatif güvenceler de öngörmemiştir. Tüm bu nedenlerle anılan ibareler, Anayasa'nın 2'nci maddesine aykırıdır.

b) Yasama yetkisinin devredilmezliği ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Diğer taraftan Banka, söz konusu Kanunlardan bağışık tutulduğu için; bu faaliyetlerin mali yönetimi ile kontrolüne ve bunların yürütülmesi sırasında yapılacak ihalelere ilişkin usul ve esasları kendisi belirleyecektir. Bu belirleme işleminin, hiçbir kanuni kayıt ve çerçeve getirilmeksizin idari teşkilat içinde yer alan Banka'nın sınırsız takdir yetkisine bırakılması, Anayasa'nın 2, 7 ve 123'üncü maddelerine aykırıdır.

Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, 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 saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin ön koşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.–2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesininin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye

davranışta bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli oranda hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir. Öte yandan; Anayasa'nın 123'üncü maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Ancak iptali talep edilen ibareler, söz konusu idari faaliyetlerin yürütülmesine ilişkin hiçbir nesnel ölçüt ve usul öngörmemektedir. Oysa ki, Devlet İhale Kanunu ile Kamu İhale Kanunu, Banka bütçesinin kanuna dayanarak ve aykırı olmadan idare edilebilmesi adına; bunlara ilişkin ayrıntılı hükümler ihtiva etmektedir. İptali talep edilen ibareler; bu türden faaliyetleri, söz konusu Kanunların güvence ve öngörülebilirlik alanından çıkarmakta ve idarenin sınırları belirsiz keyfi düzenleme alanına bırakmaktadır. Bu durum, faaliyetlerin öngörülemez biçimde yürütülmesine, diğer bir deyişle kamu harcamalarının denetimsiz ve verimsiz bir şekilde yapılmasına neden olmaktadır. Bu nedenle kamuya ait nakdi kaynakların hukuki belirlilik ilkesine uygun ve kanunilik ilkesi çerçevesinde verimli harcanmasını bertaraf eden, ihracatçılar bakımından bir güvenlik ve öngörülebilirlik sağlamayan ve normlar hiyerarşisine uygun olmayan iptali talep edilen ibareler, Anayasa'nın 2. ve 123'üncü maddelerine aykırıdır.

Buna ek olarak Anayasa'nın 7'nci maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarelerin yer aldığı madde hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Banka'ya); ihracatın teşviki ve kapasitesinin artırılması kapsamındaki faaliyetlerinin mali yönetimi ile kontrolüne ve bunların yürütülmesi sırasında yapılacak ihalelere ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7'nci maddesine aykırılık oluşturur.

c) Eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları, teşebbüs hürriyeti bakımından: Öte yandan Devlet İhale Kanunu ile Kamu İhale Kanunu, (bilhassa hesap verilebilirlik ve verimlilik ilkeleri aracılığıyla) bu faaliyetlerin yürütülmesi sırasında Bankayla yapılacak hukuki işlemlerin karşı tarafı olmayı talep edenleri (ihale isteklilerini) de korumaktadır. Diğer bir deyişle 2886 ve (yapım ihaleleri hariç) 4734 sayılı Kanunlar; ilgili kamu kurum ve kuruluşuna teklif sunan, ihaleye katılan özel teşebbüslerin fırsat eşitliği içinde rekabet edebilmesine olanak tanımaktadır. Bu durumun Anayasal temeli, eşitlik ilkesi bağlamında teşebbüs hürriyetindedir. Zira Devletin, özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasına yönelik tedbirleri almaya ilişkin pozitif yükümlülüğü vardır (Anayasa, m.48/2) ve Devlet, bu pozitif yükümlülüğü her bir özel teşebbüs bakımından (benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunanlar için) eşit şekilde yerine getirmekle mükelleftir (Anayasa, m.10). Bir özel teşebbüs bakımından eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti de, somut olayda benzer durumda olanlara ilişkin bir muamele farklılığı yapmayı meşrulaştıracak "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır. Ancak iptali talep edilen ibareler ile bu türden faaliyetlerin anılan Kanunlardan bağışık tutulması ve mali yönetimi ile kontrolüne ve bunların yürütülmesi sırasında yapılacak ihalelere ilişkin usul ve esasları belirlemeye yönelik sınırsız takdir yetkisinin

Banka'ya verilmesi (Banka'nın hukuki işlem yapacağı tarafı keyfi şekilde seçebilmesi), aynı şartları sağlayan iki özel teşebbüs arasında idare tarafından kayırma/ayırıcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibareler, Anayasa'nın 10 ve 48'inci maddelerine aykırıdır. Diğer bir deyişle Devletin ihtilafı kurala tabi olmayan bir alandaki bir özel teşebbüs bakımından pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesini ve fakat ihtilafı kurala tabi alanda konumlanan bir diğerini gözetmemesini; daha somut bir anlatımla, benzer durumdaki özel teşebbüsler arasındaki muamele farklılığını haklı kılacak bir nedenin temellendirilmesini sağlayacak nesnel bir ölçüt bulunmamaktadır. Yine bu durumda, ihracatın teşviki ve kapasitesinin artırılması kapsamındaki faaliyetlerin yürütülmesi sırasında hukuki işlem yapmaya talip iki teşebbüs, eşitsiz bir uygulamayla karşı karşıya kalabilecek, dış ticaret istikrarlı bir biçimde işleyemeyecektir. Ayrıca iptali talep edilen ibareler; kamu yararı barındırmadan, idarenin düzenleyici işlemlerinin kanuni çerçevesini çizmeden, ayırıcı, öngörülemez ve keyfi işlem ve eylemlere açık uygulamalara sebep olarak teşebbüs hürriyetini sınırlandırdığından, bir başka deyişle yasallık ve gereklilik ölçütlerini karşılamadığından; Anayasa'nın 13'üncü maddesine de aykırıdır.

ç) Temel hak ve özgürlüklerin güvenceleri ve mülkiyet hakkı bakımından: Dahası, anılan ibareler, mülkiyet hakkına da aykırıdır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1'inci maddesinde ve Anayasa'nın 35'inci maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi imkânı sağlar. Bununla birlikte mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme) şeklinde tanımlanmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve 1988/ 34 E., 1989/26 K. sayılı Kararı). Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen 13'üncü maddesi gereğince mülkiyet hakkı da kanunla ve Anayasa'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35'inci maddesinde öngörülen özel sınırlama sebebi olan kamu yararının varlığı halinde sınırlandırılabilir.

Ancak Banka'nın faaliyetlerini, Devlet İhale Kanunu ile (yapım ihaleleri hariç) Kamu İhale Kanunu'ndan varestede tutmak, Banka kaynaklarının etkin, verimli, şeffaf olarak değerlendirilmesine engel olacaktır. Diğer bir deyişle Banka, verdiği teminatlar ve sağladığı finansmanlar, reasürans imkanları aracılığıyla ihracatçıların mülkiyetini korur. O halde ihracatçıların mülkiyetini korumaya yönelik bu düzenleme, kanunilik ve kamu yararı ölçütlerine uygun güvence içermelidir. Açıklandığı üzere iptali talep edilen ibarelerin kamu yararı barındırmaması ve kanunilik ilkesinin gereklerini karşılamaması nedeniyle bu güvencenin ihracatçıların bakımından sağlanmaması; Anayasa'nın 13 ve 35'inci maddelerine aykırıdır.

d) Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90'ıncı maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibareler, mülkiyet hakkına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1'inci maddesini ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90'ıncı maddesine de aykırıdır.

e) Hak arama özgürlüğü, etkili başvuru hakkı, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olması bakımından: İptali istenilen kuralla Banka'nın faaliyetlerinin Devlet İhale Kanunu ile (yapım işleri hariç) Kamu İhale Kanunu dışında tutulması, hak arama özgürlüğünü düzenleyen Madde 36, etkili başvuru hakkını koruyan Madde 40 ve "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu"nun açık olduğunu öngören Madde 125'e aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi bir kararında; “Anayasanın hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip bulunduğu belirtilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımanın ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderbilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur. Anayasa'nın 40. maddesinde; 'Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır...' ... denilmektedir.” şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 25.06.2009 tarihli ve 2008/30 E.; 2009/96 K. sayılı Kararı). Buna ilave olarak Anayasa'nın 125'inci maddesine göre idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır. Ancak Banka'nın faaliyetlerini, Devlet İhale Kanunu'nun ve (yapım ihaleleri hariç) Kamu İhale Kanunu'nun kapsamı dışında bırakmak; bu faaliyetler dolayısıyla hakları ihlal edilenlerin (sözgelimi ihaleye teklif sunanın 4734 sayılı Kanun'da öngörülen idareye şikayet usulüne, Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet usulüne başvuramaması, kamu ihalesi aşamaları sırasında gerçekleşen eylem ve işlemleri idari yargı huzuruna taşıyamaması, ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında yapılan yasaklı fiil ve davranışlara yönelik yasal yollara başvurulmaması nedeniyle) hak arama özgürlüğüne ve etkili başvuru hakkına hanel getirecek ve (sözgelimi Kamu İhale Kurumu incelemesinin yapılamaması, Kamu İhale Kurumu kararları üzerinden ihalelerin yargısal denetimine ve görevlilerin sorumluluğuna başvurulmaması nedeniyle) idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olduğu kuralını ihlal edecektir. Bu nedenle iptali talep edilen ibareler, Anayasa'nın 36, 40 ve 125'inci maddelerine de aykırıdır.

f) Dış ticaretin düzenlenmesi bakımından: “Anayasa'nın 167. maddesinin ilk fıkrasında; 'Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.' denilmektedir. Maddede yalnız, tekelleşme değil, tekel oluşturmeyen üretim ve hizmet kuruluşlarının 'fiyat anlaşmaları', 'coğrafi bölge paylaşma' ve 'benzeri suretle' gerçekleştirilecek kartelleşme de yasaklanmış; Devlet, bunu engelleyici önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Böylece rekabetin ortadan kaldırılması, tekellerin ve kartellerin fiyatları oluşturması ve etkilemesi önlenmek istenmiştir. Devletin tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemek görevi, temelde tüketiciyi koruma amacı gütmektedir. Bu da ancak, tekelleşme ve kartelleşmelerin önlenerek özgür rekabet ortamının sağlanması ile güvenceye alınabilir. Piyasa ekonomisinin etkinliği, serbest rekabet koşullarının varlığına bağlıdır. Tekelleşmeye veya kartelleşmeye olanak veren ortamlarda piyasa ekonomisi etkinliğini yitirir. Bu nedenle, yasal düzenlemelerde, tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemeye, dolayısıyla bireyleri ve toplumu korumaya yönelik kuralların bulunması zorunludur. Bu husus, Anayasa'nın 5. maddesindeki Devlet'in 'kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak' görevleri ile de doğrudan ilgilidir” (Anayasa Mahkemesi'nin 16.06.2011 tarihli ve 2009/9 E.; 2011/103 K. sayılı Kararı). Öte yandan “Anayasa'nın 167. maddesinin ikinci fıkrasının vermiş olduğu yetkiye dayanarak Yasama Organı, "dış ticaretin düzenlenmesini yürütme organına bırakmıştır. O halde, Bakanlar Kurulu, Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla bu konunun çerçevesini, genel esaslarını, temel yönlerini ve ayrıntılarını tümüyle düzenleme yetkisine sahiptir.” (Anayasa Mahkemesi'nin 11.01.1985

tarifli ve 1984/6 E.; 1985/1 K. sayılı Kararı). Ancak Banka'nın ihracatın teşviki ve kapasitesinin artırılması kapsamındaki faaliyetlerini 2886 sayılı Kanun ve (yapım işleri hariç) 4734 sayılı Kanun'dan varestede tutmak bu faaliyetlerin konu olduğu ihalelerin rekabet içinde yapılamamasına ve kamu yararına aykırı şekilde belli özel teşebbüslere ihale edilmesine ve bundan dolayı ihracata yönelik faaliyetlerin ülke ekonomisi yararına düzenlenememesine neden olacaktır. Başka bir anlatımla Banka, anılan Kanunlardan bağışık tutulmasına rağmen; bu Kanunların ratio legis'ine eşdeğer yeni kanuni hüküm ihdas edilmeyerek; ihracatın etkilenmesi sonucunu doğuracak ihale ve devamı faaliyetler, hiçbir kanuni kayda tabi olmayan idari işlemlerin konusu yapılmıştır. Banka'nın büyük meblağlar mukabilinde yapacağı bu türden faaliyetler için rekabetçi piyasa koşullarının hazırlanamaması ve sürekli aynı firmalar lehine söz konusu hukuki işlemlerin (sözgelimi ihalelerin, iş birliğinin, Devlet desteğinin) sonuçlanabilmesi; bankacılık piyasasının tekelleşmesine, mal ve hizmet ihracatçılarına gerekli finansman ve teminat desteği verilememesine, ihracatın teşviki ve kapasitesinin artırılması suretiyle milli ekonominin gözetilmesini teminen kurulan Banka'nın mali bakımdan zarara uğramasına ve dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olacağından; iptali talep edilen ibareler, Anayasa'nın 5 ve 167'nci maddelerine de aykırıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki kanun koyucunun yapım ihalelerini 4734 sayılı Kanun'a tabi kılp; diğer ihaleleri tabi kılmamasında ne türden bir kamu yararı göttüğü de belirsizdir. Kanun koyucu, söz konusu tüm Anayasal ilkeleri gözeterek yapım ihaleleri bakımından 4734 sayılı Kanun'un güvencelerini temin etmiş ve fakat haklı bir neden olmaksızın diğer ihaleleri korumasız bırakmıştır. Kaldı ki sözgelimi mal ve hizmet alımları da yapım ihaleleri kadar bir önemi haizdir; o halde bu iki türden işi ihale etmeye yönelik mevzuatın farklılaşmasında bir kamu yararı bulunmamaktadır.

Tüm bu nedenlerle 7341 sayılı Kanun'un 8'inci maddesiyle 25.03.1987 tarihli ve 3332 sayılı Sermaye Piyasasının Teşviki, Sermayenin Tabana Yaygınlaştırılması ve Ekonomiyi Düzenlemede Alınacak Tedbirler ile 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ve 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen birinci cümlesinde yer alan "8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu" ile "yapım ihaleleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu" ibareleri, Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 13., 35., 36., 40., 48., 90., 123., 125. ve 167'nci aykırıdır; anılan ibarelerin iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

04.11.2021 tarihli ve 7341 sayılı Türkiye İhracatçılar Meclisi ile İhracatçı Birliklerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile getirilen iptali talep edilen düzenlemeler, 25.03.1987 tarihli ve 3332 sayılı Sermaye Piyasasının Teşviki, Sermayenin Tabana Yaygınlaştırılması ve Ekonomiyi Düzenlemede Alınacak Tedbirler ile 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu ve 3182 Sayılı Bankalar Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'da Anayasa'ya aykırı yönde değişiklikler yapmaktadır. Kamu yararına aykırı olan, telafisi mümkün olmayacak sonuçlara yol açacak bu düzenlemelerin iptal davası sonuçlanana kadar yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

Nitekim anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti sayılmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasa'ya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence

Esas Sayısı : 2021/132

Karar Sayısı : 2022/69

altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasa'ya açıkça aykırı olan ve iptali istenen hükmün iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

04.11.2021 tarihli ve 7341 sayılı Türkiye İhracatçılar Meclisi ile İhracatçı Birliklerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un

8'inci maddesiyle 25.03.1987 tarihli ve 3332 sayılı Sermaye Piyasasının Teşviki, Sermayenin Tabana Yaygınlaştırılması ve Ekonomiyi Düzenlemede Alınacak Tedbirler ile 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ve 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen birinci cümlesinde yer alan "8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu" ile "yapım ihaleleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu" ibareleri, Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 13., 35., 36., 40., 48., 90., 123., 125. ve 167'nci maddelerine aykırı olduğundan iptaline ve uygulanması halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar olacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."