

“... ”

1) 08.04.2022 tarihli ve 7394 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 4. maddesiyle 213 sayılı Kanun'un 359. maddesine eklenen “Yukarıdaki fıkralarda belirtilen ceza indiriminden faydalanabilmek için vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi şarttır.” şeklindeki fıkranın Anayasa'ya aykırılığı

7394 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun kaçakçılık suçlarını ve cezalarını düzenleyen 359. maddesinde birtakım değişiklikler yapılmış; anılan maddeye dört fıkra eklenmiştir. Eklenen fıkraların ilk ikisine göre; bu maddede yazılı fiillerle verginin ziyaa uğratıldığına tespit edilmesine bağlı olarak tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammının; soruşturma evresinde ödenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında, kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödenmesi halinde ise verilecek ceza üçte bir oranında indirilecek; tarh edilen vergi ve vergi aslına bağlı olarak kesilen cezanın bulunmadığı durumlarda verilecek ceza yarı oranında indirilecektir. Bununla birlikte anılan maddeye eklenen, iptali talep edilen fıkra uyarınca; söz konusu iki fıkrada belirtilen ceza indiriminden faydalanabilmek için vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi şarttır. Ancak iptali talep edilen fıkrayla söz konusu fıkralarda belirtilen ceza indiriminden faydalanabilmenin “vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi” şartına bağlanması, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle 359. maddeye eklenen ilk iki fıkrada yer alan (ceza indirimine ilişkin) mekanizmanın hukuki nev'inin belirlenmesi gerekmektedir. Gerekçede bu (ceza indirimine ilişkin) mekanizmanın “bir türden etkin pişmanlık müessesesi” olduğu vurgulanmıştır.<sup>1</sup> Cezanın yarı oranında veya üçte bir oranında indirilmesi; anılan meblağların ödenmesi ve (iptali talep edilen fıkra uyarınca) “vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi” şartlarına bağlanmış; böylelikle faile, pişmanlık duymak suretiyle; oluşan zararı telafi etme ve buna istinaden cezasında indirim yapılması imkanı tanınmıştır. Elbette kanun koyucu, takdir yetkisine binaen (ceza indirimine ilişkin) söz konusu mekanizmanın işletilmesi için birtakım koşullar öne sürebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre;

“Hukuk devletinde, ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması yanında hangi cezaların ertelenebileceği ya da ertelenemeyeceği, cezaların seçenek

---

1 7394 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin gerekçesinin müteallik bölümü: “*Maddede yapılan düzenlemelerle, bu maddede yer alan suçlar bakımından soruşturma ve kovuşturma aşamasında da etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesine imkân sağlanmaktadır.*” şeklindedir. Malatya Milletvekili Bülent Tüfenkci ve 84 Milletvekilinin Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4336) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 322, Ankara, TBMM Basımevi, 2022, s. 12.

yaptırımlara çevrilip çevrilemeyeceği, ön ödeme, tekrür, şartla salıverilme ve etkin pişmanlık gibi konularda da takdir yetkisine sahiptir. Zaman içinde toplum gereksinimlerinin değişmesi yeni ihtiyaçlara uygun önlemlerin alınmasını, var olanların güçlendirilmesini, geliştirilmesini ya da gereksiz olanların kaldırılmasını zorunlu kıldığından, izlenen suç ve ceza politikasına uygun olarak gerekli yasal önlemleri almak kanun koyucunun görevidir.

...

Kanun koyucu, benimsediği suç politikası gereği suçu oluşturan nedenleri ortadan kaldırmak için tedbir alırken, suçla mücadele amacıyla çeşitli ceza hukuku kurumlarını da araç olarak kullanır. Etkin pişmanlık, cezayı kaldıran veya azaltan bir şahsi sebep olarak suçla mücadelede yararlanılan bir ceza hukuku kurumudur. Etkin pişmanlık, işlenen fiilin suç olma niteliğini veya haksızlık içeriğini ortadan kaldırmadığı gibi, çeşitli suç tipleri bakımından soruşturma veya kovuşturma evresinde ya da her iki evrede uygulanabilmektedir. Suç ve suçlulukla mücadele amacı ve adalet sisteminin etkinliği gözetildiğinde farklı suç tipleri bakımından etkin pişmanlığın kapsamı ve muhtevası da değişebilmektedir. Kamu yararı gözetilerek, ilgili suçun özelliğine göre etkin pişmanlığın hangi içerik ve kapsamda uygulanacağı hususunda, kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır.”

(Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2015 tarihli ve 2014/127 E.; 2015/5 K. sayılı Kararı).

Başka bir anlatımla kanun koyucu, söz konusu (ceza indirimine ilişkin) mekanizmayı hüküm altına almak suretiyle; bir yandan tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammının tahsilini kolaylaştırmış ve hızlandırmış; diğer yandan bu meblağları ödeyenler bakımından ceza indirimini öngörerek cezalandırma yetkisinden kısmen vazgeçmiştir. O halde kanun koyucunun, söz konusu (ceza indirimine ilişkin) mekanizmanın usul ve esasları belirlemeye yönelik takdir yetkisini hukuka uygun kullanması gerekmektedir. Ancak ceza yargılamasına ait olan bir indirimden faydalanabilmenin ön koşulunun idari yargılamaya ait olan “vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi” şartına bağlanması (yargı türlerinin bu türden ilişkilendirilmesi), kanun koyucunun takdir yetkisini hukuka aykırı kullanmasına sebep olacaktır.

a)Hukuk devleti ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları, hak arama hürriyeti, temel hak ve hürriyetlerin korunması, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması bakımından:

İptali talep edilen fıkraya göre söz konusu ceza indiriminden faydalanabilmek için vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi şarttır. 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 6. maddesi uyarınca vergi mahkemelerinin görev alanı: “genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaların ve bu konularda 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un uygulanmasına ilişkin davaların, diğer kanunlarla verilen işlerin çözümlenmesi”dir. İptali talep edilen fıkrayla ceza indiriminden faydalanmaya talip kimse, vergi mahkemelerinin görev alanına ilişkin söz konusu müddeabihlerden vazgeçmeye zorlanmaktadır.

Vergi mahkemelerinde husumetin yöneltileceği taraf (idare) da nazara alındığında görüleceği üzere; bu türden davalar, Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinde teminat altına alınan adil yargılanma hakkının, Anayasa'nın 40. maddesinde

güvencelenen Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkının ve Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olmasına yönelik hükmün bir gereğidir. Başka bir anlatımla Devletin cebir yetkisine istinaden vergi toplamak suretiyle mülkiyet hakkına el atması işleminin hukuka uygun kılınması; bu işlemin, Anayasa'nın diğer hükümlerinin gereklerini karşılamasıyla mümkündür. Ancak kanun koyucu, iptali talep edilen fıkra ile; ceza indiriminden faydalanmaya talip kimse için vergi mahkemelerinde açılan ya da açılacak davalar (başvurulan ya da başvurulacak kanun yolu) bakımından âdeti yasama kısıntısı oluşturmakta; kanun hükmüyle idarenin birtakım işlemlerini yargı denetimi dışında bırakmaktadır. Diğer bir deyişle ceza indiriminden faydalanmaya talip kimse; Anayasa'nın 36, 40 ve 125. maddelerinin kendisine tanıdığı haklardan ceza indirimi lehine feragat etmeye zorlanmaktadır.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği üzere;

“92.

93. Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların da Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı ifade edilmiştir.

94. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." hükmüne yer verilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının yanında, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir.

95. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması, adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturmakla birlikte, hak arama özgürlüğü bakımından tek başına yeterli bulunmamaktadır. Mahkemeye erişimi etkisiz kılacak ya da yargı yoluna başvurmayı caydırıcı nitelikteki düzenlemelerin, hak arama özgürlüğüne uygun olduğundan söz edilemez.”

(Anayasa Mahkemesi'nin 13.07.2015 tarihli ve 2014/88 E.; 2015/68 K. sayılı Kararı).

Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin belirttiği üzere; mahkemeye erişim hakkı, “sınırlı bir haktır: söz konusu bu hak devletlerin muhtemel davacılar kısıtlamalar getirmesine açıktır. Buna karşın bu kısıtlamaların meşru amaç gütmesi, ölçülü olması ve hakkın özüne zarar verecek şekilde geniş kapsamlı olmaması gerekmektedir (Ashingdane).”<sup>2</sup>

Ancak iptali talep edilen fıkra ile; ceza indiriminden faydalanmaya talip kimse, vergi yargısı yoluna başvurmadan caydırılmaktadır. Tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammının tahsili suretiyle mülkiyet hakkına yapılacak hukuka aykırı müdahalenin dava yolu ile bertaraf edilmesinin kanun hükmüyle önüne geçilmektedir. Kanun koyucu, bu kimseler bakımından (gerek ilk derece/bidâyet mahkemeleri gerek kanun yolu/istinaf ve

---

2 Vitkauskas, Dovydas, Dikov, Grigoriy, (Çev. Serkan Cengiz), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2012, s. 26.

temyiz aşamaları) vergi mahkemelerine erişimi, normatif düzenlemeyle engellemekte; adil yargılanma hakkının ve geciktirilmeksizin etkili başvuru hakkının kullanımını açıkça yasaklamak suretiyle onun özüne dokunmaktadır. Buna ilave olarak hukuk devleti ilkesinin ve Anayasa'nın 125. maddesinin aksine idarenin söz konusu vergi davalarına konu işlemlerini yargı denetiminden çıkarmaktadır. Her ne kadar ceza indiriminden faydalanmak istemeyen mükellefin vergi mahkemesinde dava açması veya kanun yollarına başvurmasının mümkün olduğu ileri sürülse de; burada hukuki sorun, ceza indiriminden faydalanmak isteyen mükellefin "vergi mahkemesinde dava açma veya kanun yollarına başvurma ve bu nedenle ceza indiriminden faydalanamama" ile "vergi mahkemesinde dava açmama veya kanun yollarına başvurmama ve bu nedenle ceza indiriminden faydalanma" opsiyonlarıyla sınırlandırılmasıdır. Anayasa Mahkemesi, yukarıda da alıntılanan kararında "Hukuk devletinde, ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine ... bağlı kalmak koşuluyla ... etkin pişmanlık gibi konularda da takdir yetkisine sahiptir." (Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2015 tarihli ve 2014/127 E.; 2015/5 K. sayılı Kararı) derken, kanun koyucunun takdir yetkisinin sınırının anayasal ilkeler olduğunu açıklıkla ifade etmiştir. Anayasa'nın 2, 13, 36, 40 ve 125. maddeleri tam da bu tür ilkeleri somutlaştırmaktadır. Kanun koyucu, hukuk düzeninde tanıyacağı herhangi bir hak ya da avantajı, kişinin temel bir hakkının kullanımından feragati koşuluna bağlayamaz.

Öte yandan anılan davaların red ya da kabulle neticelenmesinin uygulamada karışıklığa yol açacağı ileri sürülebilirse de; bu durum, bekletici mesele yapılmak suretiyle aşılabılır. Bu nedenle iptali talep edilen fıkra, Anayasa'nın 2, 13, 36, 40 ve 125. maddelerine aykırıdır.

b)Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90. 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 fıkra, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. ve etkili başvuru hakkına ilişkin 13. maddelerini ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle, 7394 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle 213 sayılı Kanun'un 359. maddesine eklenen "Yukarıdaki fıkralarda belirtilen ceza indiriminden faydalanabilmek için vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi şarttır." şeklindeki fıkra, Anayasa'nın 2, 13, 36, 40, 90 ve 125. maddelerine aykırıdır; anılan fıkranın iptali gerekir.

2) 08.04.2022 tarihli ve 7394 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 9. maddesiyle 28.03.1983 tarihli ve 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu'na eklenen ek madde 207'nin birinci fıkrasında yer alan "kadro ve pozisyonlara ilişkin mevzuatın eki cetvellerin" ibaresi ile ikinci fıkrasında yer alan "kadro ve pozisyonlara ilişkin mevzuat hükümleri" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7394 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu'na ek 207. madde eklenmiştir. Anılan ek maddeye göre 7394 sayılı

Kanun'a ekli (1) sayılı listede yer alan kadrolar, ihdas edilerek; kadro ve pozisyonlara ilişkin mevzuatın eki cetvellerin ilgili yükseköğretim kurumlarına ait bölümlerine eklenmiştir; bu kadroların kullanılmasına dair hususlarda da kadro ve pozisyonlara ilişkin mevzuat hükümleri uygulanacaktır. Ancak anılan ek maddenin birinci fıkrasında yer alan "kadro ve pozisyonlara ilişkin mevzuatın eki cetvellerin" ibaresi ile ikinci fıkrasında yer alan "kadro ve pozisyonlara ilişkin mevzuat hükümleri" ibaresi, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki 2809 sayılı Kanun'a ek 207. maddenin eklenmesindeki saiklerden birisi, Anayasa Mahkemesi (AYM) kararlarının bağlayıcılığı ilkesine istinaden; 27.07.2020 tarihli ve (65) numaralı Bazı Yükseköğretim Kurumlarına Kadro İhdas Edilmesine İlişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 1. maddesiyle ekli (1) Sayılı Liste'de yer alan kadroların ihdas edilerek 10.07.2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan (2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin eki (III) Sayılı Cetvel'in ilgili bölümlerine eklenmesinin, CHP tarafından açılan iptal davası neticesinde; Anayasa Mahkemesi'nin 29.04.2021 tarihli ve 2020/71 E.; 2021/33 K. sayılı kararıyla iptal edilmesi ve anılan iptal kararının yürürlüğünün (16.06.2021 tarihli ve 31513 sayılı) Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonraya (16.03.2022 tarihine) bırakılmasıdır. Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararının gerekçesinin müteallik bölümü:

"15. Dava dilekçesinde konu bakımından yetki yönünden kuralın Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 6., 7., 8., 11. ve 128. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de CBK'ya ilişkin konu bakımından yetki kuralları Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında düzenlendiğinden bu husustaki inceleme anılan fıkra kapsamında yapılacaktır.

16. Dava konusu kural ekli (1) Sayılı Liste'de yer alan kadroların ihdas edilerek (2) numaralı CBK'nın eki (III) Sayılı Cetvel'in ilgili bölümlerine eklenmesini öngörmektedir. Kural uyarınca ihdas edilen kadrolar ise çeşitli unvan ve üniversitelere ilişkin öğretim elamanı kadrolarıdır.

17. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesinde Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılmayacağı hükmüne yer verilmiştir. Anayasa koyucunun bir konunun kanunla düzenlenmesini özel olarak öngörmesi bu alanın münhasıran kanunla düzenlenmesini istediği anlamına gelir. Bu kapsamda Anayasa bir konunun kanunla düzenleneceğini öngörmüşse bu konuda CBK çıkarılamaz. Bununla birlikte Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda CBK'larla düzenleme yapılabilir (AYM, E.2019/105, K.2020/30, 12/6/2020, § 19).

18. Anayasa'nın 130. maddesinde üniversite, bilimsel çalışmaların yapıldığı ve bilimin öğretildiği kurum olarak nitelendirilip bilimsel ve idari özerkliğe sahip kılınarak diğer kamu kurumlarından farklı değerlendirilmiştir. Yine üniversitelerin devlet tarafından kanunla kurulacağına aynı maddede yer verilmiştir. Maddenin dokuzuncu fıkrasında "Yükseköğretim kurumlarının kuruluş ve organları ile işleyişleri ve bunların seçimleri, görev, yetki ve sorumlulukları üniversiteler üzerinde Devletin gözetim ve denetim hakkını kullanma usulleri, öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri, öğretim elemanı yetiştirme, üniversitelerin ve öğretim elemanlarının kamu kuruluşları ve diğer kurumlar ile ilişkileri, öğretim düzeyleri ve süreleri, yükseköğretime giriş, devam ve alınacak harçlar, Devletin yapacağı yardımlar ile ilgili ilkeler, disiplin ve ceza işleri, malî işler, özlük hakları, öğretim elemanlarının uyacakları koşullar, üniversitelerarası ihtiyaçlara göre öğretim elemanlarının görevlendirilmesi, öğrenimin ve öğretimin hürriyet ve teminat içinde ve çağdaş bilim ve teknoloji gereklerine göre yürütülmesi, Yükseköğretim Kuruluna ve üniversitelere Devletin sağladığı malî kaynakların kullanılması kanunla düzenlenir." hükmü yer almaktadır.

19. Buna göre öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, mali işleri ve özlük haklarının kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Dava konusu kuralda üniversitelerin öğretim elemanları kadrosu düzenlenmekte olup Anayasa Mahkemesi bir kararında "Kadro ünvanı, personelin niteliğini ifade etmenin yanında, o personelin yerine getireceği görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri



ile diğer özlük haklarını da ifade etmektedir. Kadro derecesi ile personelin özellikle aylık ve ödenekleri ve diğer özlük hakları bakımından sıkı bir bağ bulunmaktadır.” değerlendirmesinde bulunmuştur (AYM, E.2005/139, K.2007/33, 22/3/2007). Dava konusu kuralda da öğretim üyesi kadroları düzenlendiğinden kuralın kadro düzenlemesiyle birlikte öğretim elemanlarının görev ve yetkileriyle özellikle özlük haklarını etkilediği, bu çerçevede Anayasa’nın 130. maddesi bağlamında münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konuda düzenleme yaptığı açıktır. Anayasa’nın 130. maddesinde üniversitelerin kanunla kurulacağı vurgulanmış olup dava konusu kuraldaki üniversite öğretim elemanlarının kadrolarının düzenlenmesine ilişkin husus Anayasa’da CBK’larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin de değildir. Bu itibarla kuralda Anayasa’nın 130. maddesi bağlamında 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı şekilde düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır.

20. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırıdır. İptali gerekir.

21. Kural Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca anılan fıkranın birinci, ikinci ve dördüncü cümleleri yönünden incelenmemiştir.

Kural konu bakımından yetki yönünden Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca içerik yönünden incelenmemiştir.”

şeklindedir.

Esasen üniversitelerde (öğretim elemanı olarak) istihdam edilen kadrolar, 13.12.1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de (KHK) düzenlenmiştir. Ancak 02.07.2018 tarihli ve 703 sayılı Anayasa’da Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin geçici 9. maddesiyle anılan 190 sayılı KHK, yürürlükten kaldırılmıştır. Akabinde 10.07.2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) yayımlanmıştır. Anılan 65 sayılı CBK’nin 1. maddesi uyarınca (65 sayılı CBK’ye) ekli (1) sayılı listede yer alan kadrolar ihdas edilerek 2 sayılı CBK’nin eki (III) sayılı Cetvelin ilgili bölümlerine eklenmiştir. Söz konusu 1. madde de; AYM tarafından iptal edilmiştir. Başka bir anlatımla öğretim elemanların kadroları bakımından 190 sayılı KHK’nin yürürlükten kaldırılmasıyla ortaya çıkan hukuki boşluk; 2 ve 65 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle doldurulmaya çalışılmış ancak anılan 1. madde, Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olduğundan bahisle AYM tarafından iptal edilmiştir. Anılan iptal kararının ardından 7394 sayılı Kanun’un 9. maddesiyle 2809 sayılı Kanun’a ek 207. madde eklenmiştir:

“Ekli (1) sayılı listede yer alan kadrolar ihdas edilerek kadro ve pozisyonlara ilişkin mevzuatın eki cetvellerin ilgili yükseköğretim kurumlarına ait bölümlerine eklenmiştir.

Bu kadroların kullanılmasına dair hususlarda da kadro ve pozisyonlara ilişkin mevzuat hükümleri uygulanır.”

Öte yandan kanun koyucu tarafından, iptali talep edilen ibarelerin yer aldığı madde hükmünün gerekçesi “Maddeyle, söz konusu iptal kararının gerekçeleri ve zaman içerisinde ortaya çıkan ihtiyaçlar dikkate alınarak, 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununa ek madde ilave edilerek bazı yükseköğretim kurumlarına yeniden kadro ihdas edilmesi amaçlanmaktadır. Bu şekilde ihdas edilen kadrolar 2 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine eklenecek, anılan

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve diğer ilgili mevzuat hükümlerine göre kullanılacaktır.”<sup>3</sup> şeklinde kaleme alınmak suretiyle; iptali talep edilen ibarelerle 2 sayılı CBK’ye (bir kanun hükmüyle cumhurbaşkanının asli düzenleyici işlemine - Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine-) atıfta bulunulduğunu sarıh bir biçimde ikrar edilmiştir. (Madde metninde, “ilişkin mevzuat” zikredilmekte; gerekçede, 2 sayılı CBK’ye göndermede bulunulmakta; dolayısıyla madde metni ile gerekçe arasındaki uyum ortadan kaldırılmaktadır.) Bu durum, çok yönlü olarak Anayasa’ya aykırıdır.

Öncelikle 7394 sayılı Kanun’a ek (1) sayılı listede yer alan öğretim elemanlarının (profesör, doçent, doktor öğretim üyesi, öğretim görevlisi, araştırma görevlisi) hukuki statüsünü ortaya koymak gerekmektedir. Adı geçen üniversitelerin bünyesinde kadro ihdas edilen öğretim elemanları, bir yandan Anayasa’nın 130. maddesi bağlamında özel bir Anayasal konuma sahiptir, diğer yandan ise (yükseköğretime yönelik kamu hizmetinin öğretim elemanları marifetiyle gördürülmesi sebebiyle) Anayasa’nın 128. maddesi bağlamında “diğer kamu görevlisi” dirler. O halde öğretim elemanları için kadro ihdas edilmesi ve bu kadroların kullanılmasına dair usul ve esasların Anayasa’nın öngördüğü ilkeler ve özellikle de mezkûr 128. ve 130. maddeler uyarınca şekli ve maddi anlamda kanunilik ilkesi dahilinde düzenlenmesi gerekmektedir. Ne var ki kanun koyucu, kadro ihdası ve kadro kullanımı bakımından iptali talep edilen ibarelerle kadro ve pozisyonlara ilişkin mevzuat hükümlerine atıf yapmakla yetinmiş; bu hususları kanun düzeyinde belirlemekten imtina etmiştir. Belirtmek gerekir ki; iptali talep edilen ibarelerde yer alan “mevzuat” kelimesinin hukuki normların (kanun, uluslararası sözleşme, cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik – 2017 Anayasa Değişikliği öncesinde tüzük, kanun hükmünde kararname) hangi türüne (başka bir anlatımla hangi normatif değere sahip olan düzenlemeye) tekabül ettiği belirsizdir. Zira “mevzuat” kelimesi, Anayasal kavram değildir. Öte yandan yukarıda açıklandığı üzere iptali talep edilen ibarelerin yer aldığı madde hükmünün gerekçesinden; “mevzuat” kelimesinden kastın 2 sayılı CBK olduğu anlaşılmaktadır. Başka bir anlatımla kanun koyucu, öğretim elemanlarının kadro ihdası ve bu kadroların kullanımına dair usul ve esaslara yönelik kanuni temel çerçeve çizmemiş ve bunları idarenin düzenleyici işlemlerinin (Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin) konusu yapmıştır.

a)Öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emekliliklerine ilişkin Anayasal güvence ile kamu görevlilerinin özlük hakları bağlamında kanunilik ilkesi bakımından:

Anayasa Mahkemesi’nin 10.09.2015 tarihli ve 2015/5 ve 2015/82 sayılı kararında belirttiği üzere;

“18. Bilimsel özerklik, bilimsel çalışmaların üniversite ortamında yürütülebilmesinin olmazsa olmaz koşulu olup üniversite mensuplarının, ekonomik ve siyasi yönden nüfuz sahibi bulunan kişi ve kurumların baskısı, yönlendirmesi olmadan ve toplumda genel olarak hâkim olan düşünce ve kabuller doğrultusunda sonuçlara varmak gibi bir zorunluluk hissetmeden sadece bilimsel ölçütler ve etik kurallar çerçevesinde eğitim, öğretim, araştırma ve yayın yapabilme olanaklarına sahip bulunmalarını ifade etmektedir. Üniversitelerin bilimsel özerkliği, üniversitelerde yürütülen eğitim, araştırma, yayın ve benzeri

---

3 Malatya Milletvekili Bülent Tüfenkci ve 84 Milletvekilinin Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4336) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 322, Ankara, TBMM Basımevi, 2022, s. 13.

etkinliklerin planlanması, düzenlenmesi ve icra edilmesi aşamalarında, yönetim yetkisinin serbestçe kullanılabilmesini, belirtilen faaliyetlerle ilgili üniversite kaynaklarının kullanımına yönelik kararların üniversite yönetim organlarınca serbestçe alınabilmesini gerektirmektedir.”

O halde üniversitelerin özerkliği, öğretim elemanlarının mesleki standartlarının nispeti ölçüsünde mümkündür. Buna istinaden Anayasa’da öğretim elemanlarının mesleki standartlarının korunabilmesi adına özel bir hüküm bulunmaktadır. Anayasa’nın 130. maddesi uyarınca öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri kanunla düzenlenir; bu hususlar, münhasır kanun alanında kalmaktadır. Öğretim elemanlarının özlük işleri kapsamında değerlendirilen bu hususlar, temel olarak öğretim elemanlarının kadroları (ve bu kadroların kullanımı) esas alınarak tayin edilmektedir; diğer bir deyişe öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri ile kadroları (ve bu kadroların kullanımı) arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. O halde öğretim elemanlarının kadrolarına (ve bu kadroların kullanımına) ilişkin hüküm, şekli ve maddi anlamda kanunilik ilkesinin gereklerini karşılamalıdır.

Bununla birlikte Anayasa’nın 128. maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerekir (Anayasa Mahkemesi’nin 22.11.2012 tarihli ve 2011/107 E.; 2012/184 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi’nin sıkça vurguladığı gibi kanunilik ölçütünün sağlandığından söz edilebilmesi için kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kurallar keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olmalıdır. Esasen kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa’nın 2. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa’nın 128. maddesinde yer verilen kanunilik ölçütü, Anayasa’nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır (aynı yöndeki değerlendirme için bkz. AYM, E.2018/88, K.2020/24, 11/6/2020 §§ 13, 14) (Anayasa Mahkemesi’nin, 22.10.2020 tarihli ve 2020/1 E.; 2020/563 K. sayılı Kararı, § 41).

Ancak 7294 sayılı Kanun’un 9. maddesiyle 2809 sayılı Kanun’a ek 207. madde eklenmiş ve fakat anılan ek madde lafzında, kanun düzeyinde açıkça belirlemek yerine, kadro ihdasları ve bunların kullanımı bakımından kadro ve pozisyonlara ilişkin mevzuatın eki cetvellerine ve hükümlerine atıf yapılmıştır. Oysa bir kamu görevlisi olan öğretim elemanlarının kadrolarının ve (özlük haklarına etki edecek olan) bu kadroların kullanımının kanun düzeyinde belirlenmesi ve idarenin (tüm idari teşkilatın makamına bağlı bulunduğu ve yürütme ve devleti temsil yetkilerinin bir kişide birleştiği monist yapılı yürütme organının başı konumunda bulunan Cumhurbaşkanının) keyfi işlem ve eylemlerine terk edilmemesi gerekirdi. İptali talep edilen ibarelerle 2 sayılı CBK’ye yapılan atfa istinaden; kanun düzeyinde tanımlanması gereken kadro ihdasını ve kadro kullanımını, idarenin düzenleyici işlemlerine tevdi eden iptali istenen kural; bu cihetle Anayasa’nın 128. ve 130. maddelerine aykırıdır (bu açıdan ayrıca bkz. aşağıda “c” alt başlığı).

b)Hukuk devleti ilkesi bakımından: 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 Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye işlem tesis ederken ve eylemde bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli ölçüde hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir. Buna rağmen kanun koyucu, kanun lafzında hangi hukuki norma tekabül ettiği belirsiz olan “mevzuat” kelimesini kullanmış; kanun düzeyinde tanımlanması gereken kadro ihdasını ve kadro kullanımını idarenin düzenleyici işlemlerine (Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine) tevdi etmiş ve yukarıda tanımlandığı anlamda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin gereklerini yerine getirmemiştir. Başka bir anlatımla “mevzuat” kelimesinden ne anlaşıldığı belli olmadığından; iptali talep edilen ibarelerin yer aldığı yasa hükmünün saydam, öngörülebilir, anlaşılabilir ve nesnel niteliği ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle, maddi anlamda bir kanuna tekabül etmeyen ihtilafı kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır (bu açıdan ayrıca bkz. aşağıda “c” alt başlığı).

c)İdarenin kanuniliği ilkesi bakımından: Anayasa'nın 123. 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.

Bu nedenle öğretim elemanlarının; (kamu görevlilerinin özlük işleri kapsamında kalan) kadrolarına (ihdasına ve kullanımına) ilişkin usul ve esasların, Anayasa'nın 128. maddesinde hüküm altına alınan ve normlar hiyerarşisinin ana halkası olarak hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılaması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu;–Anayasal ilkelerin aksine- bu hususun içeriği hakkında tamamen sessiz kalmış, bu konuların düzenlenmesini idarenin uhdesine bırakmıştır.

Buna ilave olarak, “Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında konuyla ilgili olarak, “Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünün bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütününe kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur.” denilmektedir (AYM E. 1965/32, K. 1966/3, 4/2/1966)” (Anayasa Mahkemesi'nin 11.06.2020 tarihli ve 2018/119 E.; 2020/25 K. sayılı Kararı, § 18).

Ancak, önceki başlıklarda da açıklandığı üzere, yükseköğretim kurumlarının bünyesinde ihdas edilecek (özlük işleri kapsamında değerlendirilen) kadroların ve bunların kullanımının usul ve esaslarının genel çerçevesi hukuki işlem olarak kanun ile açıkça ortaya konulmamıştır. Tüm bu nedenlerle, maddi anlamda bir kanuna tekabül etmeyen iptali talep edilen ibareler, Anayasa'nın 2, 123 ve 128. maddelerine aykırıdır.

ç)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7. 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 fıkra hükmünde olduğu gibi kadro ve pozisyonların ihdası ve kullanımı bakımından temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye mevzuatı belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

d)Kamu hizmetinde görevin gerekli kıldığı nitelikler bakımından: Anayasa'nın 70. maddesinde yer alan ve her Türk vatandaşına eşit şekilde tanınan kamu hizmetine girme hakkı, kamu hizmeti icra edecek personellerin istihdamının liyakata dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlar. Anayasa; ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayırımın yalnızca ödev-nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev, görevin gerekleri doğrultusunda yerine getirilmemiş olacak demektir. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar, kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacıyla yöneliktir (Anayasa Mahkemesi'nin 09.10.1979 tarihli ve 1979/19 E.; 1979/39 K. sayılı Kararı).

Anayasa'nın 128. maddesinde temelini bulan ve hukuk devletinin ana halkasını oluşturan kanunilik ilkesi ışığında, Anayasa'nın 70. maddesi ele alındığında görüleceği üzere; kamu hizmetine girme hakkının temel bir hak olarak etkililiği, maddenin "Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez" şeklindeki ikinci fıkrasında yer alan "görevin" ibaresinin; kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevin (ve kadronun, kadronun kullanımının), (bir kimsenin bu kadroya, pozisyona uygun olduğunun objektif kriterlere göre tespitinin yapılabilmesi amacıyla) kanun düzeyinde açıklanmasını gerektirir. Aksi bir tutum, bir başka deyişle kamu hizmeti görülürken istihdam edilecek kadroya (ve bu kadronun kullanımına) ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisini idarenin keyfi uygulamalarına, kayırmacılığa neden olabilecek takdir yetkisine bırakmak; Anayasal amacın (kamu hizmeti icra edecek personelin istihdamının liyakate dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlamak) bertaraf edilmesine neden olacak, anılan hakkın istekli kimseler bakımından eşit düzeyde güvence altına alınmasına engel oluşturacaktır. Diğer bir deyişle, öğretim elemanı kadrolarının liyakat esasının gereklerini karşılayacak açıklıkta olması ve vatandaşların

eşit şekilde kamu hizmetine girme haklarının idarenin keyfi işlemler tesis etme ihtimaline karşı kanun seviyesinde korunması gerekmektedir. Bu nedenle anılan gereklilikleri karşılamayan ihtilaflı ibareler, Anayasa'nın 70. maddesine de aykırıdır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 70. maddesi ile ilişkilendirerek verdiği bir iptal kararının müteallik bölümü:

“1- KHK'nin 37. maddesinin (2), (3) ve (4) Numaralı Fıkraları

KHK'nin 37. maddesinde, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadroları kurulmuş ve bu kadrolarda görev yapacak kişilerin atanma usul ve esasları düzenlenmiştir. Anılan maddenin (2) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzman Yardımcılığına atanmanın koşulları; (3) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığına atanmanın koşulları ile bu koşulları yerine getiremeyen Uzman Yardımcılarının bu unvanlarını kaybedecekleri ve Bakanlıkta durumlarına uygun kadrolara atanacakları; (4) numaralı fıkrasında ise Gümrük ve Ticaret Uzmanı ile Uzman Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavı ile diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında “Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler...”in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın “Kamu hizmetlerine girme hakkı” başlıklı 70. maddesinin birinci fıkrasında, her Türk'ün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlıklı dördüncü bölümünde yer alan ve 70. maddesinde korunan kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadrolarına giriş koşullarının belirlenmesi, Anayasa'nın 70. maddesine göre kamu hizmetine girme hakkına ilişkin olduğundan, bu hususu düzenleyen KHK'nin 37. maddesinin (2), (3) ve (4) numaralı fıkraları, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptalleri gerekir.”

şeklinde (Anayasa Mahkemesi'nin 08.11.2012 tarihli ve 2011/87 E.; 2012/176 K. sayılı Kararı).

e)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kuralla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzeri olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7 E.: 1991/43 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarelerin yer aldığı madde hükmünün kanunlaştırılmasındaki saiklerden biri olan Anayasa Mahkemesi'nin 29.04.2021 tarihli ve 2020/71 E.; 2021/33 K. sayılı iptal kararının ilgili bölümü: “19. Buna göre öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, mali işleri ve özlük haklarının kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Dava konusu kuralda üniversitelerin öğretim elemanları kadrosu düzenlenmekte olup Anayasa Mahkemesi bir kararında “Kadro ünvanı, personelin niteliğini ifade etmenin yanında, o personelin yerine getireceği görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük haklarını da ifade etmektedir. Kadro derecesi ile personelin özellikle aylık ve ödenekleri ve diğer özlük hakları bakımından sıkı bir bağ bulunmaktadır.” değerlendirmesinde bulunmuştur (AYM, E.2005/139, K.2007/33, 22/3/2007). Dava konusu kuralda da öğretim üyesi kadroları düzenlendiğinden kuralın kadro düzenlemesiyle birlikte öğretim elemanlarının görev ve

yetkileriyle özellikle özlük haklarını etkilediği, bu çerçevede Anayasa'nın 130. maddesi bağlamında münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konuda düzenleme yaptığı açıktır. Anayasa'nın 130. maddesinde üniversitelerin kanunla kurulacağı vurgulanmış olup dava konusu kuraldaki üniversite öğretim elemanlarının kadrolarının düzenlenmesine ilişkin husus Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin de değildir. Bu itibarla kuralda Anayasa'nın 130. maddesi bağlamında 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı şekilde düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır. 20. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırıdır. İptali gerekir." şeklinindedir. Ancak kanun koyucu, Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararının gereklerini karşılayarak; öğretim elemanlarına yönelik kadroların ihdasını ve kullanımlarını kanun düzeyinde belirlemek yerine; bunlara yönelik mevzuat hükümlerine ve eki cetvellerine (2 sayılı CBK'ye) atıf yapmıştır. [Anayasa'nın 104 ve 130. maddeleri uyarınca öğretim elemanlarına yönelik kadroların ve bu kadroların kullanımının kanun düzeyinde belirlenmesi gerektiğinin bilincinde olan kanun koyucu; iptali talep edilen ibarelerde, açıkça 2 sayılı CBK'nin lafzına yer vermektense; "mevzuat" kelimesini kullanarak (atıf usulü ile); AYM'nin anılan kararının çevresinden dolanmaktadır.]

Yine Anayasa Mahkemesi, eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm ihtiva eden düzenleme hakkında verdiği bir iptal kararında: "... Buna göre, (Telekomünikasyon) Kurum'da çalışan memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemelerin Bakanlar Kurulu'na bırakılması, Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır. Bu nedenle kuralın iptali gerekir..." şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 tarihli ve 2002/35 ve 2002/95 sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 104 ve 130.; 7 ve 128. maddelerine -aynı dava konusunda benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen ibareleri kanunlaştırması, Anayasa'nın 153. maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6. maddesine ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de halel getirmektedir.

f)Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen ibarelerin kadro ihdası ve bu kadroların kullanımı konusunda idareye verdiği sınırsız takdir yetkisi, aynı şartları sağlayan öğretim elemanlarının farklı kadroya atanmasına, aynı niteliklere sahip öğretim elemanlarına farklı görev verilmesine; diğer bir deyişle onlar arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibareler, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. 65 sayılı CBK'nin ilgili bölümünün iptal edilmesi üzerine anılan ek 207. maddenin kanunlaştırılması ve fakat bu ek maddede, kanun düzeyinde belirlemek yerine, kadro ve pozisyonlara ilişkin mevzuatın hükümlerine ve eki cetvellerine atıf yapılması, kamu hizmetine girmiş (öğretim elemanı olmuş) kimselerin kadrolarının eşitlik ilkesi bağlamında mükteseplerine uygun kadrolara atanmalarına (ve bu kadroların kullanımına) engel oluşturmaktadır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır. Ne var ki, iptali talep edilen ibarelerin yer aldığı madde hükmü, eşitlik ilkesinin temin edilip edilemediğinin karşılaştırılabileceği bir objektif temele ve hukuki belirliliğe sahip değildir. Haklı nedene dayalı olmayan muamele farklılığını yalnızca mümkün hale

getirmesi, ihtilaflı kuralın Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığını tespit bakımından yeterli sayılmak gerekir. Öte yandan iptali talep edilen ibarelerin idareye verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, idare tarafından asgari kadroların oluşturulması, akademik yükseltme ve atama ölçütleri bakımından yapılacak muamele farklılıklarına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Yine benzer şekilde, öğretim elemanları bakımından kadro ihdasının (ve kullanımının) idareye bırakılması, görevin gerektirdiği nitelikler bakımından aynı durumda olan kişi kategorileri arasında haklı nedene dayanmayan ve keyfi muamele farklılıklarına yol açacaktır. Bu nedenle anılan ibareler, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

g) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları ile çalışma hakkı ve çalışma barışı bakımından: Anayasa'nın 2 ve 5. maddeleriyle Devlete verilen "sosyal devlet" niteliğinin bir görünümü, Anayasa'nın 49. maddesiyle Devlete yüklenen çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğüdür. Anayasa Mahkemesi, "Anayasa'nın 49. maddesine göre, çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlete karşı ileri sürülecek bu hak, bireylere zorlama yetkisi ve yaptırımını vermemiştir. Devlet, olanakları ölçüsünde, yeterli örgütler kurarak iş bulmayı kolaylaştırıp sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Devletin herkese iş verme, herkesi işe yerleştirme zorunluluğu bulunmamaktadır. İşsizliği önlemek amacıyla yapacağı çalışmalarla Devlet, öncelikle kamu sektöründe iş vermek yolunu izleyecek, bu nedenle de yasal düzenlemeler yapacaktır." şeklinde hüküm kurmak suretiyle; Anayasa'nın 49. maddesinin kapsama alanında özel sektörün yanı sıra kamu sektörünün de değerlendirileceğine işaret etmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 19.12.1989 tarihli ve 1989/14 ve 1989/49 sayılı Kararı). O halde Devlet, hem özel sektörde hem de kamu sektöründe çalışma barışını sağlamalıdır. Ancak maddi anlamda kanuna tekabül etmeyen iptali talep edilen ibareler; öğretim elemanları arasında eşitsiz muamelelere yol açacağından, çalışma barışının da bozulmasına neden olacaktır. Çalışma barışının bozulması; öğretim elemanlarının çalışma isteğinin ve iş memnuniyetinin düşmesine, ekip çalışmalarında iş bölümü yapılamamasına, uyumlu - verimli - kaliteli ve huzurlu çalışma ortamının oluşturulamamasına, akademik çalışmaların başarısızlığa uğramasına, bilimsel faaliyetlerin yürütülememesine, bilimsel yayınların çıkarılamamasına, bilimsel araştırma yapılamamasına, öğretim elemanları arasında bölünmelere, mesleki dayanışmanın azalmasına, öğretim elemanlarının sorumluluklarını yeteri kadar yerine getirmemesine ve nihayetinde öğrencilerin çağdaş standartlara uygun yetiştirilememesine sebep olabilecektir. Bu nedenle iptali talep edilen ibareler, Anayasa'nın 2, 5 ve 49. maddelerine de aykırıdır.

Öte yandan Anayasa'nın 2 ve 5. maddelerinde yer alan sosyal devlet ilkesinin diğer görünümü, Anayasa'nın 49. maddesinde güvencelenen çalışma hakkıdır. Diğer bir deyişle herkese hak ve ödev olarak tanınan çalışma hakkı, Devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir. Devlet, herkes için uygun bir çalışma ortamı hazırlamalıdır. Ancak iptali talep edilen ibareler, Devletin anılan yükümlülüğünü ifa etmesine engel olacaktır. Nitekim idare, öngörülebilirliğe ve liyakate bağlı olmadan ve keyfi biçimde, öğretim elemanlarının kadrosuna ve bu kadronun kullanımına ilişkin usul ve esasları belirleyerek; belirlenen keyfi ölçütlere göre göreve alınmada aranan koşullara sahip olmadığı varsayılan kimselerin ilgili kadrolara atanmasının önüne geçecektir; Devlet tarafından onlar bakımından çalışma hakkının kullanılması için gerekli ortam hazırlanamayacaktır. Diğer bir deyişle kanun koyucu, öğretim elemanlarının kadrosuna ve bu kadronun kullanımına ilişkin usul ve esasları düzenlenmesini idarenin uhdesine bırakmak suretiyle;



Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen 13. maddesinin (bilhassa kanunilik kaydının) aksine anılan hakka öngörülemez idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır. Kişilerin çalışma hakkının öngörülemez biçimde, liyakatten başka mülahazalarla kamu yararına aykırı şekilde ve demokratik toplumda da gerekli olmayarak sınırlandırılmasını mümkün kılan ihtilafli ibareler, Anayasa'nın 13. ve 49. maddelerine aykırıdır.

ğ)Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırılık: Anayasa'nın 104. maddesinde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sayılmıştır. Bu görev ve yetkiler arasında "yükseköğretim kurumları bünyesinde ihdas edilecek kadro ve pozisyonlara ve kadroların kullanımına ilişkin mevzuatın belirlenmesi, cetvellerin oluşturulması ve bu hususlar hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılması" görev ve yetkisi sayılmadığı gibi; bu türden düzenlemeleri yapmayı dayandırabileceği (Anayasa'nın 104. maddesinde) bir hüküm de bulunmamaktadır. Yasama organı, anılan ek madde 207'de yer alan iptali talep edilen ibarelerle (kanun hükmüyle); kadro ve pozisyonlara ilişkin mevzuatın eki cetvellerine ve hükümlerine (görevi ve yetkisi dahilinde olmayan bir konuda Cumhurbaşkanının çıkardığı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine) atıf yapmak suretiyle; Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini ve 6. maddesinde yer alan hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamamasına yönelik hüküm ve 104. maddesini ihlal etmiştir. Bu nedenlerle iptali talep edilen ibareler, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırıdır.

h)Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin normlar hiyerarşisindeki yeri bakımından:

Kaboğlu'nun belirttiği üzere;

"2017 değişikliği ile, KHK yerine, doğrudan Anayasadan kaynaklanan yetki olarak Cumhurbaşkanlığı kararnemeleri (CBK) öngörüldü (md. 104/17). Fakat bu yetki, bir dizi anayasal yasak ve kayıt ile tanındı. Düzenleme yapılamayacak özgürlük kategorileri açıkça sayıldı. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen ve açıkça kanunla düzenlenen konularda CBK çıkarma yasağı öngörüldü. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, denetlediği CBK'nin esas bakımından Anayasa'ya uygun olup olmadığını incelemeyen önce, söz konusu CBK'nin, bu işlem kategorisi için öngörülen anayasal çerçeve içinde yer alıp almadığı yönünden, yani yetki yönünden incelemek ve karar vermek durumundadır. (Nitekim AYM, CBK iptal kararında bu görüşleri teyit ediyor: "Kanunları değiştirmenin TBMM'nin görev ve yetkileri kapsamında bulunduğu ve 6771 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişikliğiyle bu hususta farklı bir düzenleme öngörülmediği gözetildiğinde kuralın yürütme yetkisine değil yasama yetkisine ilişkin olduğu açıktır. Dolayısıyla kural, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesiyle bağdaşmamaktadır." (AYM, E. 20187155, K. 2020/27, K.T.:11.06.2020)<sup>4</sup>

Ancak yukarıda açıklandığı üzere kanun koyucu, iptali talep edilen ibarelerle, Anayasa'nın 128 ve 130. maddelerinin amir hükmünün aksine, münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken hususlara ilişkin olarak 2 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne atıf yapmıştır.

Bununla birlikte "Devletin hukuk düzeni bir hiyerarşik normlar sistemidir"<sup>5</sup> Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleri ise kanun altı seviyededir. Nitekim Gözler'e göre;

4 Kaboğlu, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Güncellenmiş ve Sadeleştirilmiş B. 15, İstanbul, Legal Yay., 2020, s. 363.

5 Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, B. 10, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2014, s. 312.

“Anayasamızın 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Kanunla değişik 104. maddesinin 17. fıkrasına göre “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır”. (Anayasamızın 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Kanunla değişik 104. maddesinin 17. fıkrasındaki “Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” şeklindeki hüküm de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlar arasında hiyerarşi olduğunun bir göstergesidir.) Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisinde kanundan alt seviyede yer aldığını söyleyebiliriz. Zira bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmü ile bir kanun hükmü arasında çatışma var ise, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmü, isterse sonraki tarihli hüküm olsun, bu çatışmadan daima kanun hükmü galip çıkacaktır.”<sup>6</sup>

O halde kanunlar ile Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, yarışan hukuki normlar değildir. Kanunlar (üst hukuki norm) ile Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (alt hukuki norm) kendi aralarında kademelenmiştir. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin bir tezahürü olan normlar hiyerarşisinin doğası gereği; üst hukuki normun alt hukuki normu değiştirmesi, onda düzenleme – ona ekleme yapması, hukuken mümkün değildir. Yasama yetkisine istinaden çıkarılan kanun hükmüyle; yürütme yetkisine istinaden çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin değiştirilmesi Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesi, 6. maddesinde yer alan hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamamasına yönelik hüküm (ve yukarıda da belirtildiği üzere 7. maddesinde öngörülen yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi) bakımından da mümkün değildir. Bu nedenlerle iptali talep edilen ibareler, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6 ve 104. maddelerine aykırıdır.

i)Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90. 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, çalışma hakkına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23.; (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nın 1. maddeleri; Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu ILO Sözleşmelerini<sup>7</sup> adil çalışma koşullarına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23., (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nın 3 ve 22. maddelerini; ILO'nun 94 No'lu Çalışma Şartları (Kamu Sözleşmeleri) Sözleşmesi ile 151 No'lu Çalışma İlişkileri (Kamu Hizmeti) Sözleşmesi'ni ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle, 7394 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle 28.03.1983 tarihli ve 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu'na eklenen ek madde 207'nin birinci fıkrasında yer alan “kadro ve pozisyonlara ilişkin mevzuatın eki cetvellerin” ibaresi ile ikinci fıkrasında yer alan “kadro ve pozisyonlara ilişkin mevzuat hükümleri” ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 49, 70, 90, 104, 123, 128, 130 ve 153. maddelerine aykırıdır; anılan ibarelerin iptali gerekir.

3) 08.04.2022 tarihli ve 7394 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında

6 Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanununa Göre Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş B. 2, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2018, s. 896.

7 Türkiye'nin onayladığı ILO Sözleşmeleri, çalışma hakkının farklı boyutlarına (söz gelimi hakkın tanınması, hakkın kullanım koşulları) ilişkindir. <https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm> (Erişim Tarihi: 02.03.2022).

Kanun ile Bazı Kanunlarda ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 19. maddesiyle 05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen geçici madde 6'nın üçüncü fıkrasının altıncı cümlesinde yer alan "idarece uygun görülecek tedbirlerin" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7394 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na uluslararası ölçekte 2022 yılında ortaya çıkan gelişmelere bağlı olarak enerji fiyatları başta olmak üzere girdi fiyatlarında öngörülmeven artışların meydana gelmesi gerekçesiyle<sup>8</sup> geçici madde 6 eklenmiştir. Anılan geçici madde, (madde lafzında sayılı) sözleşme türlerinde verilecek ek fiyat farkına ve bu sözleşmelerin feshine ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir.

Anılan geçici maddenin üçüncü fıkrasına göre; 01.01.2022 tarihinden önce 4734 sayılı Kanun'a göre ihale edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih (7394 sayılı Kanun'un 39. maddesinin delaletiyle 15.04.2022 tarihi) itibarıyla devam eden sözleşmelerden, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih (7394 sayılı Kanun'un 39. maddesinin delaletiyle 15.04.2022 tarihi) itibarıyla gerçekleşme oranı ilk sözleşme bedelinin % 15'ine kadar olanlar (bu oran dahil) yüklenicinin başvurusu üzerine feshedilip tasfiye edilecektir; 4735 sayılı Kanun'un geçici 5. maddesine göre devredilen sözleşmeler için bu fıkra kapsamında fesih başvurusunda bulunulamayacaktır; feshedilen sözleşmelerde anılan geçici madde 6'nın birinci fıkrasının (a) ve (b) bendindeki hükümler uygulanmayacaktır; sözleşmenin feshi halinde yüklenici hakkında fesihden kaynaklanan kısıtlama ve yaptırımlar uygulanmayacaktır ve yüklenicinin teminatı iade edilecektir; bu durumda, fesih tarihine kadar gerçekleştirilen imalatlar dışında idareden herhangi bir mali hak talebinde bulunulamayacaktır ve 4734 sayılı Kanun'un Kamu İhale Kurumu'nu düzenleyen 53. maddesinin (j) fıkrasının (1) numaralı bendi uyarınca tahsil edilen bedel iade edilmeyecektir; yüklenici tarafından can ve mal güvenliği ile yapı güvenliğine yönelik idarece uygun görülecek tedbirlerin alınması şart olacaktır; bu kapsamda düzenlenecek fesihnamelerden damga vergisi alınmayacaktır; bu fıkra kapsamında feshedilen sözleşmelere konu edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işleri, Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşü üzerine yeniden ihale edilebilecektir. Ancak feshedilen söz konusu sözleşmelerde yüklenicinin can ve mal güvenliği ile yapı güvenliğine yönelik idarece uygun görülecek tedbirleri almasına cevaz veren ve iptali talep edilen ibare, Anayasa'ya aykırıdır.

Başka bir anlatımla feshedilen bu türden sözleşmeler bakımından yüklenici tarafından can ve mal güvenliği ile yapı güvenliğine yönelik alınacak uygun tedbirlerin, idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerinin konusu yapılması, Anayasa'ya çok yönlü olarak aykırıdır.

a)Hukuk devleti, kamu yararı ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: 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

8 TBMM Tutanak Dergisi, 7 Nisan 2022 Perşembe 77'nci Birleşim,  
<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanak/donem27/yil5/ham/b07701h.htm> (Erişim Tarihi: 24.05.2022).

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 Mahkemesi'nin 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.

İlk fıkrası “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir” hükmünü içeren Anayasa'nın 123. 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.

Yüklenici tarafından can ve mal güvenliği ile yapı güvenliğine yönelik alınacak uygun tedbirler hakkındaki idari işlemin (düzenleyici -ve dahi birel- işleminin); normlar hiyerarşisinin ana halkası olarak hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerinin karşılanması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; -Anayasal ilkelerin aksine- 01.01.2022 tarihinden önce 4734 sayılı Kanun'a göre ihale edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden sözleşmelerden, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla gerçekleşme oranı ilk sözleşme bedelinin % 15'ine kadar olanlar (bu oran dahil) bakımından fesih halinde; yüklenici tarafından can ve mal güvenliği ile yapı güvenliğine yönelik alınacak uygun tedbirlere ilişkin açık, nesnel, somut bir ölçüt (söz gelimi yapı denetim kuruluşlarının denetimi ve gözetimi; tedbirlere uyulmaması durumunda uygulanacak hukuki müeyyide öngörülmesi; binaların yıkımına yönelik usul ve esaslar; gürültü ve titreşim yönetimi; toz emisyonu; tehlikeli atıkların yönetimi, risk kontrolü yapılması; trafiğin yürütülmesi; deprem, yangın ve diğer tehlikelere karşı alınacak güvenlik tedbirlerinin kapsamı, özel kuruluşlardan belli hizmetlerin alınması) öngörmemiştir. İdarenin tesis edeceği (dayanacağı ilke ve esasların kanunda öngörülmemiş olması itibarıyla zorunlu olarak) keyfi mahiyetteki düzenleyici (ve dahi birel) işlemleri çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı; can ve mal güvenliği ile yapı güvenliği bakımından hukuki öngörülebilirliğe hanel getirmektedir.

Öte yandan idarenin uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir. Söz konusu tedbirlerin kanun düzeyinde belirlenmemesi; can ve mal güvenliği ile yapı

güvenliği bakımından bir tehlikeye (veya zarara) maruz kalabilecekleri, kanuni güvenceden yoksun bırakacaktır.

b)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından; Anayasa'nın 7. 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 ibarenin yer aldığı cümle hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye; yüklenici tarafından can ve mal güvenliği ile yapı güvenliğine yönelik alınacak uygun tedbirleri tespit etme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

c)Eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları, teşebbüs hürriyeti bakımından: İptali talep edilen ibarenin idareye verdiği sınırsız takdir yetkisi, anılan sözleşme türlerinin feshedildiği hallerde; can ve mal güvenliği ile yapı güvenliği bakımından tehlikeye (zarara) maruz kalanlar arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer durumdaki kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır ve ancak ihtilaflı düzenlemede haksız nedenlere dayalı keyfi muamele farklılıklarını engelleyecek hiçbir objektif kıstas ve güvence bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; "[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır." (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; "Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir" (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: "Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir" (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ancak iptali talep edilen ibarenin idareye verdiği öznel ve keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi; söz gelimi tehlikeye (zarara) maruz kalanların bazıları bakımından tedbirlerin en kısa sürede ve kapsamlı olarak alınması diğerlerine yönelik riskin uzun vadede ve dar kapsamlı olarak bertaraf edilmesine ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Bir başka deyişle, ihtilaflı düzenleme, haklı bir sebebe dayanmayan muamele farklılıklarını idarenin yetki alanına dahil etmektedir. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

Öte yandan yüklenici tarafından can ve mal güvenliği ile yapı güvenliğine ilişkin alınacak uygun tedbirler, tüzel kişi yüklenicileri etkileyecektir. Tüzel kişi yükleniciler



bakımından bu durum, eşitlik ilkesi bağlamında teşebbüs hürriyetinin konusu kapsamında kalmaktadır Zira Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devletin, özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasına yönelik tedbirleri almaya ilişkin pozitif yükümlülüğü vardır ve Anayasa'nın 10. maddesi uyarınca Devlet, bu pozitif yükümlülüğü her bir özel teşebbüs bakımından (benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunanlar için) eşit şekilde yerine getirmekle mükelleftir. 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 ibareyle yüklenici tarafından can ve mal güvenliği ile yapı güvenliğine ilişkin alınacak uygun tedbirleri belirlemeye yönelik sınırsız takdir yetkisinin idareye verilmesi, aynı nitelikteki mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin yüklenicisi konumunda bulunan iki özel teşebbüs arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10 ve 48. maddelerine aykırıdır. Diğer bir deyişle Devletin bir özel teşebbüs bakımından pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesini ve fakat 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, sayılı sözleşme türlerinin feshi için başvuruda bulunan iki teşebbüs, eşitsiz bir uygulamayla karşı karşıya kalabilecektir. Ayrıca iptali talep edilen ibare; idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerinin kanuni çerçevesini çizmeden, ayrımcı, öngörülemez ve keyfi işlem ve eylemlere açık uygulamalara sebep olarak teşebbüs hürriyetini sınırlandırdığından, bir başka deyişle yasallık ve gereklilik ölçütlerini karşılamadığından; Anayasa'nın 13. maddesine de aykırıdır.

ç)Sağlıklı, dengeli ve yaşanılabilir, güvenli ve planlı bir çevrede yaşama hakkı, tabiat varlıklarının ve ormanların korunması bakımından:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2 ve Anayasa'nın 17. maddelerinde temeline bulan yaşam hakkı ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8 ve Anayasa'nın 56. maddelerinde hüküm altına alınan çevre hakkı birlikte ele alındığında ortaya çıkacağı üzere; herkesin sağlıklı, dengeli ve yaşanılabilir, güvenli ve planlı bir çevrede yaşama hakkı vardır. Buna ek olarak; Anayasa'nın 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri arasında "... kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak ... insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" sayılmıştır. Anılan maddeler gereğince Devlet, sağlıklı, dengeli ve yaşanılabilir, planlı bir çevrede yaşama hakkının standardının sağlanması için gerekli tedbirleri almalıdır.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de içtihatlarında Devletin, bireyin sağlıklı ve güvenli bir çevrede yaşamasını sağlamak için gerekli önlemleri almaya dair kesin bir yükümlülüğü olduğunu vurgular. Salt yaşam hakkı açısından bakıldığında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi; kasıtlı olarak ölüme sebebiyet verme yasağından başka, yaşamı kanun aracılığıyla koruma genel yükümlülüğünü içerir. (AİHM, Boso/İtalya [kabul edilebilemezlik], 05/09/2002, başvuru no: 50490/99). Sözleşme'nin 2. maddesi çerçevesinde Devlete izafe olunan yaşamı koruma olumlu yükümlülüğü, kamusal olsun ya da olmasın, yaşam hakkını tehlikeye atan her türlü faaliyet bakımından geçerlidir (AİHM, Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu/Romanya [Büyük Daire], 17/07/2014, başvuru no: 47848/08, § 130). Sözleşme'nin 2. maddesi, tehlikeli faaliyetler alanında ve özellikle de endüstriyel ve ekolojik felaketler bağlamında Devlete olumlu yükümlülükler izafe eder (Bkz. örneğin:

AİHM, Budayeva ve diğerleri/Rusya, 20/03/2008, başvuru no: 15339/02 ve diğerleri; AİHM, Kolyadenko ve diğerleri/Rusya, 28/02/2012, başvuru no: 17423/05 ve diğerleri; AİHM, M. Özel ve diğerleri/Türkiye, 17/11/2015, başvuru no: 14350/05 ve diğerleri). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 30.11.2004 tarihli ve 48939/99 Başvuru No'lu Öneriyıldız/Türkiye kararında çöplükten yayılan metan gazının patlaması sonrasında birçok insanın yaşamını yitirmesiyle sonuçlanan olayda; Devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği gerekçesiyle yaşam hakkının ihlaline karar vermiştir. Başka bir anlatımla AİHM, “Düzenleyici çerçeve eksikti; zira çöp dökme alanının açılması veya faaliyetleri ile ilgili tutarlı bir denetim sistemi mevcut değildi. Aynı şekilde, imar planlama politikası da yetersizdi ve bunun kuşkusuz söz konusu kazaya yol açan olaylar zincirinde payı vardı.”<sup>9</sup> şeklindeki gerekçeyle Devletin imar planlama politikası oluşturması gerektiğine işaret etmiştir. Ne var ki kanun koyucu da sağlıklı, dengeli ve yaşanılabilir, planlı bir çevrede yaşama hakkı mucibince bu türden sözleşmelerin feshi halinde yüklenici tarafından yapı güvenliğine ilişkin tedbirlerin alınması gerektiğine kanaat getirmiş ve fakat (Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan kanunilik kaydının aksine) bu tedbirleri, kanun düzeyinde belirlemek yerine idarenin uhdesine bırakmıştır.

Devletlerin, öncelikle, özellikle tehlikeli bir faaliyet söz konusu olduğunda, bu faaliyetten kaynaklanabilecek risk konusunda, ilgili faaliyetin özelliklerine uygun bir düzenleme getirmeleri pozitif yükümlülükleri vardır (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 24.01.2019 tarihli ve 54414/13, 54264/15 Başvuru No'lu Cordella ve diğerleri / İtalya Kararı, p. 159). Yine AİHM'ye göre; “Tabiatla ormanların ve daha genel olarak çevrenin korunması, savunulması kamuoyunda ve bunun sonucunda da kamu makamlarında devamlı ve güçlü bir ilgi doğuran bir değer oluşturmaktadır. Ekonomik gereklilikler ve hatta mülkiyet hakkı gibi bazı temel haklara, özellikle de devlet bu konuda yasa yaptığında, çevrenin korunmasına ilişkin düşünceler karşısında, öncelik verilmemelidir” (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 08.07.2008 tarihli ve 1411/03 Başvuru No'lu Turgut ve diğerleri/Türkiye Kararı, § 90). Ayrıca Anayasa, 63. maddesiyle de Devlete tabiat varlıklarını ve değerlerini koruma yükümlülüğü yüklemiştir. Anayasa'nın 169. maddesinin birinci fıkrasında Devletin ormanların korunması ve sahaların genişletilmesi için gerekli kanunları koyacağı ve tedbirleri alacağı; üçüncü fıkrasında ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Daha genel olarak, Anayasa'nın 56. maddesinde “önlemek”, “korumak” ve “geliştirmek” şeklinde Devlet için öngörülen üçlü yükümlülük, Anayasa'nın çevre-doğa ve ülkenin bileşenlerine ilişkin hükümler bütünü için geçerlidir<sup>10</sup>. Bu bağlamda, Anayasamızda kamu yararı ile özdeşleşen kırsal-kentsel ve kültürel çevreye ilişkin

---

9 Tematik Bilgi Notu – Çevre ve AİHS, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı, 2015, s. 2, [https://www.echr.coe.int/documents/fs\\_environment\\_tur.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/fs_environment_tur.pdf) (Erişim Tarihi: 24.05.2022).

10 “Önlemek, korumak ve geliştirmek” şeklinde ifade edilen yükümlülüklerin açıklanması için bkz. Kaboğlu, İ., *Doğal Kaynakların Planlanması – Ülkenin Bölünmez Güvenliği-*, Muğla Büyükşehir Belediye Başkanlığı Yay., s. 9-14, 21.07.2020. Daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kaboğlu / Özalp, *Çevre Hakkı, Tümüyle Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı*, Tekin y., 2021, s. 64 vd.

hükümlerin sistematik bir biçimde ve bütün olarak değerlendirilmesi, Anayasal kurgunun “Türkiye ekosistemi”ni korumaya elverişli olduğunu ortaya koymaktadır<sup>11</sup>.

Başka bir anlatımla “ “ÖNLEMEK”: Madde 56 gereğince, “çevre kirlenmesini önlemek”, Devletin doğrudan ve öncelikli yükümlülüğüdür. Çevreyi bozan veya çevre üzerinde olumsuz etkilere yol açma riski bulunan faaliyetler (planlama, ilgili kararlar ve uygulamaya koyma), çevresel etki değerlendirmesi (ÇED) raporuna tabidir. ... ÇED, önleme yükümlülüğünü yerine getirmenin tek aracı değildir. Bu süreçte planlama etkinlikleri öne çıkmaktadır. Anayasal düzlemde bunun çok sayıda araçları bulunmaktadır. Bu bakımdan, plan belgeleri hukuken bağlayıcı düzenlemeler olarak işlem görmelidir.”<sup>12</sup> O halde can ve mal güvenliği ile yapı güvenliği bakımından uygun tedbirlerin alınması da Devletin önleme yükümlülüğü kapsamında kalmaktadır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında Devletin önleme yükümlülüğünün bir tezahürü olan yapıların denetimini, sağlıklı ve dengeli bir çevre hakkı bağlamında değerlendirmiştir: “Çünkü gerek sağlıklı ve dengeli bir çevre yaratılması ve gerek konut ihtiyacının bir plan çerçevesinde karşılanabilmesi; öncelikle yapılacak yapıların plana uygunluğunun denetlenmesini gerektirir. Bu denetimin etkin araçlarından biri kuşkusuz ruhsattır.” (Anayasa Mahkemesi’nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Anılan yükümlülüğe istinaden bu tedbirlerin kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir biçimde belirlenmesi gerekirken; kanun koyucu, bu tedbirleri kanun düzeyinde belirlemek yerine idarenin uhdesine bırakmıştır.

Halbuki bu türden sözleşmelerin feshi halinde yüklenici tarafından mal ve can güvenliği ile yapı güvenliğine ilişkin tedbirler, Devletin aldığı, insanların sağlıklı, dengeli, yaşanabilir, planlı bir çevrede yaşamasını, tabiat varlıklarının, ormanların ve dolayısıyla ekosistemin korunmasını sağlayan mekanizmalardan biridir. Başka bir anlatımla söz konusu tedbirler, mal ve can güvenliği ile yapı güvenliği tehlikeye (zarara) maruz kalanların korunmasını sağlayacaktır.

İnsanların sağlıklı, dengeli, yaşanabilir, planlı bir çevrede yaşama hakkının gerçekleşmesine yönelik getirilen Anayasal güvencelerinden bir diğeri, (temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırmanın sınırlarını -bilhassa kanuniliği- düzenleyen) Anayasa’nın 13. maddesidir. O halde kanun koyucu da söz konusu uygun tedbirleri sağlıklı, dengeli, yaşanabilir, planlı bir çevrede yaşama hakkını teminen öngörmüş ve fakat buna ilişkin usul ve esasları, kanunilik ilkesine uygun biçimde düzenlememiştir. Açıklandığı üzere iptali talep edilen ibarenin idareye verdiği sınırsız takdir yetkisi, kanunilik ilkesinin gereklerini karşılamaya yeterli değildir. Öte yandan iptali talep edilen ibarenin idareye verdiği sınırsız takdir yetkisi; can ve mal güvenliği ile yapı güvenliğine hanel geldikten sonra çevresel denge ve uyumun eski hale getirilmesini sağlayamayacağından; anılan ibare; hakkın özüne de dokunmaktadır. İptali istenen ibare, korunması için hiçbir çerçeve

---

11 Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. “Anayasa’nın ekosistem açısından okunması” (SUNUŞ, İ. Kaboğlu), *Anayasa Hukuku Dergisi*, 19-2021, s. VI- XXII.

12 “Türkiye: Anayasa’nın ekosistem açısından okunması ” (SUNUŞ, İ. Kaboğlu), *Anayasa Hukuku Dergisi*, 20-2021, s. XV

çizmeyip hiçbir güvence getirmediği sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının etkililiğini ortadan kaldırmakta; onu, idarenin lütfuna tabi teorik ve göstermelik bir hakka indirgemektedir. Ayrıca, ihtilafı ibare, Anayasa'nın 63 ve 169. maddelerinin Devlete yüklediği tabiat varlıklarını ve değerlerini, ormanları koruma yükümlülüğünün ifasına engel olurken; söz konusu Anayasal hükümlerin amacını gerçekleştirmeye elverişli alternatif bir usul de öngörmemektedir. Başka bir anlatımla bu türden sözleşmelerin feshi halinde can ve mal ile yapı güvenliğine ilişkin alınacak uygun tedbirler, nihayetinde tabiat varlıklarının ve ormanların korunmasına da hizmet edecektir. O halde, iptali istenen ibare, Anayasa'nın 63 ve 169. maddelerini hukuk düzeninde etkisiz kılmaktadır. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen ibare; Devletin insanların sağlıklı, dengeli ve yaşanılabilir, planlı bir çevrede yaşanmasını, tabiatın ve ormanların korunmasını sağlamaya yönelik pozitif yükümlülüklerini nesnel bir biçimde yerine getirmesini zaafa uğratacağından, Anayasa'nın 2, 5, 13, 17, 56, 63 ve 169. maddelerine aykırıdır.

d)Mülkiyet hakkı ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları bakımından: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi imkanı 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).

Yüklenici tarafından mal güvenliği ile yapı güvenliğine yönelik alınacak uygun tedbirler, mal güvenliği ile yapı güvenliği tehlikeye (zarara) maruz kalabileceklerin mülkiyet hakkının korunmasını da temin eder. O halde yüklenici tarafından alınacak uygun tedbirlerin; mülkiyet hakkını koruyacak kanuni bir usulle açık, net, anlaşılabilir biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Ancak iptali talep edilen ibareyle söz konusu usul ve esasları belirleme yetkisi, idarenin uhdesine bırakılmak suretiyle; mülkiyet hakkı, öngörülebilir bir tehdit türü bakımından korumasız kılınmakta dahası mülkiyet hakkına (Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarının -bilhassa kanunilik- gereklerinin aksine) öngörülemez idari işlemlerle müdahale edilmesinin önü açılmaktadır. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 13 ve 35. maddelerine aykırıdır.

g)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından:

Anayasa'nın 90. 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 ibare, yaşam ve çevre haklarına ilişkin Anayasa hükümleriyle benzer hükümler içeren Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmaları ve yumuşak hukuk (soft law) belgelerinin hükümlerini de ( söz gelimi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2 ve 8. maddeleri, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 3 ve 25. maddeleri, 1982 Dünya Doğa Şartı, 1992 tarihli Rio Zirvesi sonrası düzenlenen uluslararası belgeler ve özellikle 1. ilkesinde "İnsanların, doğayla uyum içinde sağlıklı ve üretken bir yaşam hakları vardır." denilen Rio Bildirgesi, 1992 Biyolojik Çeşitlilik

Sözleşmesi, 1997 Kyoto Protokolü, 1972 Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün, sınırlama koşulu olarak kanunilik kaydını da içermek suretiyle mülkiyet hakkını düzenleyen 1. maddesini ihlal ettiği için Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır. Unutulmamalıdır ki uluslararası hukuk; çevre hakkının korunması bakımından Devletlerin taraf olmadığı antlaşmaların dahi Devletler bakımından yükümlülük doğuracağı yönünde gelişmektedir. Nitekim, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, çevre sözleşmelerini, söz konusu sözleşmelere taraf olmayan Devletlere ilişkin kararlarda da referans norm olarak kullanmaktadır.

Tüm bu nedenlerle 7394 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle 05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen geçici madde 6'nın üçüncü fıkrasının altıncı cümlesinde yer alan "idarece uygun görülecek tedbirlerin" ibaresi, Anayasa'nın 2, 5, 7, 10, 13, 17, 35, 48, 56, 63, 90, 123 ve 169. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

4) 08.04.2022 tarihli ve 7394 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 19. maddesiyle 05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen geçici madde 6'nın dördüncü fıkrasında yer alan "ilgili mevzuatında düzenleme" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7394 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na uluslararası ölçekte 2022 yılında ortaya çıkan gelişmelere bağlı olarak enerji fiyatları başta olmak üzere girdi fiyatlarında öngörülmeven artışların meydana gelmesi gerekçesiyle<sup>13</sup> geçici madde 6 eklenmiştir. Anılan geçici madde, (madde lafzında sayılı) sözleşme türlerinde verilecek ek fiyat farkına ve bu sözleşmelerin feshine ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir.

Anılan geçici 6. maddenin dördüncü fıkrasına göre; 4735 sayılı Kanun'un geçici 5. maddesinin altıncı ve yedinci fıkraları kapsamındaki sözleşmeler için birinci, ikinci, üçüncü ve beşinci fıkralara uygun olarak ilgili mevzuatında düzenleme yapılabilecektir. Ancak iptali talep edilen ibareyle ilgili mevzuatında düzenleme yapılabilmesi, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki anılan geçici 6. maddenin birinci fıkrası genel olarak 01.04/2022 tarihinden önce 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre ihale edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden (kabulü/geçici kabulü onaylanmamış olan) sözleşmelerde ek fiyat verilebilmesi ve buna ilişkin usul ve esasları; ikinci fıkrası genel olarak 01.04.2022 tarihinden önce 4734 sayılı Kanun'a göre ihale edilen (3. maddesindeki istisnalar dahil) yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden imzalanan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden (geçici kabulü onaylanmamış olan) sözleşmelerde süre uzatımı ve buna ilişkin usul ve esasları; üçüncü fıkrası genel olarak 01.01.2022 tarihinden önce 4734 sayılı Kanun'a göre ihale edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan ve bu maddenin

13 TBMM Tutanak Dergisi, 7 Nisan 2022 Perşembe 77'nci Birleşim,  
<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanak/donem27/yil5/ham/b07701h.htm> (Erişim Tarihi: 24.05.2022).



yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden sözleşmelerden, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla gerçekleşme oranı ilk sözleşme bedelinin % 15'ine kadar olanların (bu oran dahil) feshi ve buna ilişkin usul ve esasları; beşinci fıkrası genel olarak ek fiyat farkı, süre uzatımı ve sözleşmenin feshine dair diğer hususlar dahil yukarıdaki fıkraların uygulanmasına ilişkin esas ve usulleri tespiti Cumhurbaşkanının yetkili olduğunu düzenlemektedir.

19.01.2022 tarihli ve 7351 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 11. maddesiyle 4735 sayılı Kanun'a geçici 5. madde eklenmiştir. (Anılan geçici 5. maddede yer alan birtakım ibarelerin, Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla; CHP tarafından Anayasa Mahkemesi nezdinde, -3033 E. sayılı dosya üzerinden- 18.03.2022 tarihinde iptal davası açılmıştır.) Söz konusu geçici 5. madde:

‘‘Ek fiyat farkı ve/veya sözleşmelerin devri

Geçici Madde 5 – (Ek:19/1/2022-7351/11 md.)

Ülkemizde ve dünyada hammadde temininde ve tedarik zincirlerinde yaşanan aksaklıklar ile girdi fiyatlarındaki beklenmeyen artışlar nedeniyle 1/12/2021 tarihinden önce 4734 sayılı Kanuna göre ihalesi yapılan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden veya bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce fesih veya tasfiye edilmeksizin kabulü/geçici kabulü yapılan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmelerde, 1/7/2021 ile 31/12/2021 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) gerçekleştirilen kısımlar için, ihale dokümanında fiyat farkı verilmesine ilişkin hüküm bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, 1/7/2021 ile 30/11/2021 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) ihalesi yapılan işlerde ihale tarihinin (son teklif verme tarihi) içinde bulunduğu aya ait endeks, 1/7/2021 tarihinden önce ihale edilen işlerde ise 2021 yılı Haziran ayına ait endeks temel endeks olarak kabul edilerek ve sözleşme fiyatları kullanılarak yüklenicinin başvurusu üzerine sözleşmesine göre hesaplanan fiyat farkına ilave olarak ek fiyat farkı verilebilir.

Ayrıca bu kapsamdaki sözleşmeler, yüklenicinin başvurusu ve idarenin onayı ile devredilebilir. Devredilen sözleşmelerde devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar, devir tarihi itibarıyla aranacak olup devirden kaynaklanan kısıtlama ve yaptırımlar uygulanmaz. Yüklenimi ortak girişim tarafından yürütülen sözleşmelerde ortaklar arasında devir veya hisse devirlerinde ilk ihaledeki yeterlik şartları aranmaz. Sözleşmeyi devreden yüklenicinin teminatı iade edilir. Bu kapsamda devredilecek sözleşmelerden damga vergisi alınmaz.

Sözleşmenin bu madde kapsamında devredilmesi durumunda birinci fıkraya hükmü saklı kalmak üzere yüklenici devir tarihine kadar gerçekleştirdiği işler ya da imalatlar dışında idareden herhangi bir mali hak talebinde bulunamaz. Yüklenici tarafından idarece uygun görülecek can ve mal güvenliği ile yapı güvenliğine yönelik tedbirlerin alınması şarttır.

Bu madde kapsamında ek fiyat farkı verilebilecek alım türlerini, ürün ve girdileri, ek fiyat farkı verilmesi veya sözleşmenin devri için idareye başvuru süreleri ile devir işlemlerinin tamamlanacağı süre dâhil ek fiyat farkı hesaplamalarına ve sözleşmelerin devrine ilişkin esas ve usulleri tespiti Cumhurbaşkanının yetkilidir.

Toplu Konut İdaresi Başkanlığı tarafından birinci fıkrada sayılan nedenlerle, 1/12/2021 tarihinden önce ihale edilen ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte devam eden sözleşmelerle ilgili olarak; 1/7/2021 tarihi ile 31/12/2021 tarihleri arasındaki iş programına göre gerçekleştirilemeyen iş miktarı için süre uzatımı ve fiyat farkı verilmesine yönelik Cumhurbaşkanının tarafından düzenlemeler yapılabilir.

4734 sayılı Kanundan istisna edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinden Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler için idareler tarafından bu maddeye uygun olarak ilgili mevzuatında düzenleme yapılabilir.

Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin taraf olduğu veya bu kuruluş veya birliklerin kaynaklarıyla karşılanan mal ve hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmelerde, bu maddeye göre fiyat farkı ödenebilmesine yönelik ilgili kuruluş veya üst birliğin mevzuatında düzenleme yapılabilir.”

şeklindedir. Anılan geçici 5. maddenin lafzından anlaşılacağı üzere;

- a) altıncı fıkra kapsamındaki sözleşmeler: 4734 sayılı Kanundan istisna edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinden Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmelerdir,
- b) yedinci fıkra kapsamındaki sözleşmeler: kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin taraf olduğu veya bu kuruluş veya birliklerin kaynaklarıyla karşılanan mal ve hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmelerdir.

O halde iptali talep edilen ibareyi anılan geçici 5. maddenin altıncı ve yedinci fıkraları kapsamındaki sözleşmeler bakımından ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.

- a) 7394 sayılı Kanun’un 19. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na eklenen geçici madde 6’nın dördüncü fıkrasında yer alan “ilgili mevzuatında düzenleme” ibaresinin (7351 sayılı Kanun’un 11. maddesiyle 4735 sayılı Kanun’a eklenen) geçici madde 5’in altıncı fıkrası yönünden Anayasa’ya aykırılığı

Anılan geçici 5. maddenin altıncı fıkrası kapsamındaki sözleşmeler: 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’ndan (4734 sayılı Kanun’un 3. maddesinde, istisna hükümleri düzenlenmektedir.) istisna edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinden Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmelerdir. Anılan geçici 5. maddenin altıncı fıkrasına göre; bu sözleşmeler için idareler tarafından anılan geçici 5. maddeye uygun olarak ilgili mevzuatında düzenleme yapılabilecektir. İptali talep edilen ibare uyarınca; bu sözleşmeler için anılan geçici 6. maddenin birinci, ikinci, üçüncü ve beşinci fıkralarına uygun olarak ilgili mevzuatında düzenleme yapılabilecektir. Bu durum, Anayasa’ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki anılan geçici 5. maddenin altıncı fıkrası kapsamındaki sözleşmeler için anılan geçici 6. maddenin söz konusu fıkralarına uygun olarak ilgili mevzuatında düzenleme yapmaya yetkili makam; anılan geçici 5. maddenin altıncı fıkrasında yer alan “idareler tarafından bu maddeye uygun olarak ilgili mevzuatında düzenleme yapılabilir” ibaresine istinaden; idareler olacaktır.

a)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: 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 Mahkemesi'nin 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.

İlk fıkrası “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir” hükmünü içeren Anayasa'nın 123. 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.

Bu nedenle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan varestede tutulan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinden Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından anılan geçici 6. maddenin söz konusu fıkralarına uygun olarak yapılacak düzenlemelerin (ek fiyat farkı verilmesi, süre uzatımı, sözleşmenin feshi ve bunlara ilişkin usul ve esasların); normlar hiyerarşisinin ana halkası olarak hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerinin karşılanması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; -Anayasal ilkelerin aksine- anılan geçici 6. maddenin söz konusu fıkralarına uygunluk kaydıyla idareleri sınırlamış, ilgili mevzuatın ne olduğunu dahi zikretmemiştir. İdarelerin ek fiyat farkı ödenecek, süre uzatımı verilecek veya feshedilecek Kamu İhale Kanunu'ndan varestede tutulan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerini tespit ederken esas alacağı nesnel, objektif ölçütler ortaya konulmamıştır. Yine idareye başvuru süreleri, fesih işlemlerinin tamamlanacağı süre, ek fiyat farkı hesaplamaları, süre uzatımı gibi hususların düzenlenmesi, tamamen idarelerin uhdesine bırakılmıştır. Kaldı ki anılan geçici 6. maddenin beşinci fıkrasıyla Cumhurbaşkanına çok geniş bir alanda düzenleme yapma yetkisi verdiği de gözetildiğinde; “anılan geçici 6. maddenin söz konusu fıkralarına uygunluk” kaydının uygulamada idareleri sınırlamaya yeterli olmadığı ortaya çıkacaktır. Tüm bu hususların kanun düzeyinde açık ve net bir şekilde düzenlenmemesi ve bunlara yönelik nesnel, somut ölçüt öngörülmemesi, sözleşmenin karşı tarafı konumunda bulunan kimselerin ticari öngörülebilirliklerinin ortadan kaldırılmasına, keyfi uygulamalara neden olacaktır. Bu belirsizlik ise maddenin lafzında zikredilen ratio legis'in gerçekleşmemesine neden olacaktır; 2022 yılında ortaya çıkan gelişmelere bağlı olarak enerji fiyatları başta olmak üzere girdi fiyatlarında öngörülmeven artışların meydana gelmesi nedeniyle sözleşmenin karşı tarafında bulunanların yüklenici risklerinin bertaraf edilmesine imkan vermeyecektir. Yine idarelerin yapacağı düzenlemeleri, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; sözleşmelerin karşı tarafında bulunanlar bakımından hukuki öngörülebilirliğe hanel getirmektedir. İdarelerin uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan geçici 6. maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarelerin (düzenleyici) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

b)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından; Anayasa'nın 7. 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 ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idarelere; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan varestede tutulan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinden Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından anılan geçici 6. maddenin söz konusu fıkralarına uygun olarak düzenleme yapma yetkisi (ek fiyat farkı verilmesi, süre uzatımı ve sözleşmenin feshi ile bunlara ilişkin usul ve esasları tespit etme yetkisi) veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

c)Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen ibarenin idarelere verdiği sınırsız takdir yetkisi, sözleşme konusu (4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan varestede tutulan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri) ve koşulları bakımından sözleşmenin karşı tarafında bulunanlar, yükleniciler arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer durumdaki kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır.

Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; "[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır." (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; "Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir" (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: "Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir" (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ancak iptali talep edilen ibarenin idarelere verdiği öznel ve keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi; söz gelimi aynı iş kapsamındaki farklı alım türleri bakımından ek fiyat farkı verilmesine; benzer nitelikteki işler bakımından ayrı ek fiyat farkı hesaplanmasına; benzer nitelikteki işlerden bazıları için daha karmaşık idareye başvuru usulünün öngörülmesine; benzer işler bakımından emsallerine nazaran daha az süre uzatımı yapılmasına; uygulamada her bir mal ve hizmet alımları ile yapım işleri için ek fiyat farkı verilmesi ve sözleşmenin feshi şartlarının farklılaşmasına; aynı koşullarda bulunan yüklenicilerden birinin sözleşmenin feshi başvurusunun kabul edilip diğerinin edilmemesine; yükleniciler arasında muamele farklılığı yapılmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Bir başka deyişle, ihtilafli kural, benzer durumda bulunan kişilere kanun yoluyla avantajların dağıtımında haklı sebebe dayanmayan, keyfi muamele farklılıklarını mümkün hale getirmektedir. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

ç)Mülkiyet hakkı, sözleşme özgürlüğü ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları bakımından: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi imkanı 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 48. maddesinde yer alan sözleşme özgürlüğü; tarafların bir sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğünü, sözleşmeye son verme özgürlüğünü, sözleşmenin içeriğini belirleme /değiştirme özgürlüğünü, sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğünü içerir. O halde iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünün kapsamındaki 4734 sayılı Kanun'dan istisna edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinden Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından ek fiyat farkı verilmesi, süre uzatımı ve sözleşmenin feshedilmesi; mülkiyet hakkının ve sözleşme özgürlüğünün kesişim alanındadır. Başka bir anlatımla sözleşmenin karşı tarafında bulunan, yüklenici (mülkiyet hakkına binaen) mameleki bakımından bir azalma olmaması için, idare ile akdettiği sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması suretiyle idareden ek fiyat farkı verilmesini, süre uzatımını talep edebilecek ya da sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğüne istinaden sözleşmeyi feshetmek için idareye başvuruda bulunabilecektir. O halde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan varestede tutulan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinden Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından ek fiyat farkı verilmesi, süre uzatımı ve sözleşmenin feshedilmesine ilişkin esas ve usuller (söz gelimi idareye başvuru süreleri, fesih işlemlerinin tamamlanacağı süre, ek fiyat farkı hesaplamaları, süre uzatımı); nihayetinde mülkiyet hakkının ve teşebbüs özgürlüğünün kullanımına etki edecektir. Mülkiyet hakkına ve özel teşebbüs kurma hürriyetine yapılan söz konusu müdahalenin hukuka uygun nitelik kazanması için; Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları çerçevesinde yapılması gerekmektedir. Bu sınırlardan olan kanunilik kaydı gereğince; iptali talep edilen ibarede yer alan hususların kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu, bu hususların düzenlenmesini idarelerin uhdesine bırakmak suretiyle; anılan hak ve hürriyete idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır.

Öte yandan, Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır. O halde özel teşebbüs statüsündeki sözleşmenin karşı tarafında bulunanların, yüklenicilerin uluslararası ölçekte 2022 yılında ortaya çıkan gelişmelere bağlı olarak enerji fiyatları başta olmak üzere girdi fiyatlarında öngörülmeleyen artışların meydana gelmesi nedeniyle desteklenmesi için kanunlaştırılan geçici 6. maddeyi, Devletin Anayasa'nın anılan hükmü bağlamındaki tedbir alma yükümlülüğü kapsamında değerlendirmek mümkündür. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre de Devletin, “özel teşebbüsün gelişmesini sağlamaya dönük ekonomik ve sosyal politikalar uygulama ve özel teşebbüse güvenli çalışma ortamı sağlamak için önlemler alma yetkisi de bulunmaktadır” (Anayasa Mahkemesi'nin 25.02.2010 tarihli ve 2007/65 E.; 2010/43 K. sayılı Kararı). Ancak kanun koyucu tedbir alma yükümlülüğü doğrultusunda kanun düzeyinde ek fiyat farkı verilmesini, süre



uzatımını ve sözleşmenin feshedilmesini öngörmüş ve fakat 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan varestede tutulan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinden Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından bunların usul ve esaslarının genel çerçevesini çizmemiş; dahası idarelerin (düzenleyici) işlemlerine bırakmıştır. Bu itibarla idarelerin keyfi işlem ve eylemlerine açık hale gelen ihtilaflı düzenleme, özel teşebbüs bakımından çalışma ortamının güvensiz ve belirsiz hale gelmesine yol açmaktadır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 13, 35 ve 48. maddelerine aykırıdır.

d)Devletin; mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma yükümlülüğü 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 oluşturmayan 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).

Kamu hizmetinin aksamaması ve 2022 yılında ortaya çıkan gelişmelere bağlı olarak enerji fiyatları başta olmak üzere girdi fiyatlarında öngörülmeleyen artışların meydana gelmesi nedeniyle sözleşmenin karşı tarafında bulunanların, yüklenicilerin desteklenmesi için kanunlaştırılan geçici 6. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan iptali talep edilen ibareyle idarelere geniş bir düzenleme alanı bırakılacağından; hiçbir kanuni kayda tabi olmayan anılan ibare, söz konusu 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan varestede tutulan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinden Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmelerin hakim olduğu sektörlerde kötü ekonomik koşullara maruz kalan firmaların rekabet kabiliyetine zarar gelmesine; kamu yararına aykırı şekilde belli özel teşebbüslerin himaye edilmesine; özel teşebbüslerin mameleklerinin ve teşebbüs hürriyetlerinin korunmasına elverişli ortam hazırlanamamasına; taahhüt edilen işlerin (mal ve hizmet alımları ile yapım işleri) sürdürülemez hale gelmesine; ek fiyat farkı verilmesinin, süre uzatımının ve sözleşmenin feshedilmesinin fayda – maliyet özelinde etki analizinde beklenmedik sonuçlar görülmesine; sözleşmenin karşı tarafında bulunanlara, yüklenicilere gerekli finansman desteğinin verilmemesine; en nihayetinde kamu maliyesi bakımından yük doğmasına dolayısıyla milli ekonominin zarara uğramasına ve dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olacağından; Anayasa'nın 5 ve 167. maddelerine de aykırıdır.

e)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Bunun yanında; Anayasa'nın 90. 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 ibare, Anayasa'nın 35. maddesiyle benzer hükümler içeren Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün, sınırlama koşulu olarak kanunilik ilkesini de içermek suretiyle mülkiyet hakkını düzenleyen 1. maddesini de ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7394 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen geçici madde 6'nın dördüncü fıkrasında yer alan "ilgili mevzuatında düzenleme" ibaresi, (7351 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle 4735 sayılı Kanun'a eklenen) geçici madde 5'in altıncı fıkrası yönünden, Anayasa'nın 2, 5, 7, 10, 13, 35, 48, 90, 123 ve 167. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

b) 7394 Kanun'un 19. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen geçici madde 6'nın dördüncü fıkrasında yer alan "ilgili mevzuatında düzenleme" ibaresinin (7351 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle 4735 sayılı Kanun'a eklenen) geçici madde 5'in yedinci fıkrası yönünden Anayasa'ya aykırılığı

Anılan geçici 5. maddenin yedinci fıkrası kapsamındaki sözleşmeler: kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin taraf olduğu veya bu kuruluş veya birliklerin kaynaklarıyla karşılanan mal ve hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmelerdir. Anılan geçici 5. maddenin yedinci fıkrasına göre; bu sözleşmelerde, anılan geçici 5. maddeye göre fiyat farkı ödenebilmesine yönelik ilgili kuruluş veya üst birliğin mevzuatında düzenleme yapılabilecektir. İptali talep edilen ibare uyarınca; bu sözleşmeler için anılan geçici 6. maddenin birinci, ikinci, üçüncü ve beşinci fıkralarına uygun olarak ilgili mevzuatında düzenleme yapılabilecektir. Bu durum, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki anılan geçici 5. maddenin yedinci fıkrası kapsamındaki sözleşmeler için anılan geçici 6. maddenin söz konusu fıkralarına uygun olarak ilgili mevzuatında düzenleme yapmaya yetkili makam; anılan geçici 5. maddenin yedinci fıkrasında yer alan "Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst birliklerinin" ibaresine istinaden; kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst birlikleri olacaktır. Başka bir anlatımla her ne kadar ; anılan geçici 5. maddenin yedinci fıkrasında açıkça "kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst birlikleri tarafından ilgili kuruluş veya üst birliğin mevzuatında düzenleme yapılabilir" ibaresi yer almasa da; maddenin lafzından bu düzenlemelerin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst birlikleri tarafından yapılacağı anlaşılmaktadır.

a)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kanuniliği ilkesi bakımından: 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 Mahkemesi'nin 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.

İlk fıkrası “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir” hükmünü içeren Anayasa'nın 123. 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.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi'ne göre “Anayasa'nın 123. maddesinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği belirtildikten sonra, idarenin kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı hükme bağlanmış, kamu tüzelkişiliğinin, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulacağı ifade edilmiştir. İdarenin bütünlüğü, tekil devlet modelinin yönetim alanındaki temel ilkesidir. İdarenin bütünlüğü ilkesiyle, idari görevleri yerine getiren kurumlar arasında birliğin sağlanması ve idari yapı içinde yer alan kurumların bir bütünlük içerisinde çalışması öngörülmüştür. Bu ilke, merkezin denetimi ve gözetimi ile hayata geçirilmekte ve yönetimde bütünlüğü sağlamak için başlıca iki hukuksal araç, “hiyerarşi” ve “idari vesayet” kullanılmaktadır. Bunlardan hiyerarşi, merkezî yönetim içinde yer alan örgütler ve bunlara bağlı birimler arasındaki, idari vesayet ise merkezi yönetim ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki bütünleşmeyi sağlamaktadır. Meslek kuruluşları ve üst kuruluşları, üstlendikleri hizmetler itibarıyla Anayasamızda kamu kurumu niteliğinde birer kamu tüzelkişisi olarak yer almışlardır. Bu nitelikleri itibarıyla, idari teşkilat bütünü içerisinde kamu idareleri, kamu kurumları yanında meslek kuruluşları olarak ayrı bir kategoriye oluşturmaktadırlar. Meslek kuruluşları da idari teşkilat bütünü içerisinde yer alan kurum ve kuruluşlar gibi Devletin gözetim ve denetimine tabidirler.” (Anayasa Mahkemesi'nin 22.06.2016 tarihli ve 2015/106 E.; 2016/128 K. sayılı Kararı, § 6, 7, 8).

O halde Anayasa'nın 135. maddesi, Anayasa'nın 2. ve 123. maddeleriyle birlikte ele alındığında; (kanunilik ilkesine istinaden) kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hakkındaki düzenlemelerin kanun düzeyinde yapılması gerektiği ortaya çıkacaktır.

Bu nedenle kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin taraf olduğu veya bu kuruluş veya birliklerin kaynaklarıyla karşılanan mal ve hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından anılan geçici 6. maddenin söz konusu fıkralarına uygun olarak yapılacak düzenlemelerin (ek fiyat farkı verilmesi, süre uzatımı, sözleşmenin feshi ve bunlara ilişkin usul ve esasların); normlar hiyerarşisinin ana halkası olarak hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerinin karşılanması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun

düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; –Anayasal ilkelerin aksine-anılan geçici 6. maddenin söz konusu fıkralarına uygunluk kaydıyla kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını ve üst birliklerini sınırlamıştır, ilgili mevzuatın ne olduğunu dahi zikretmemiştir. Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin ek fiyat farkı ödenecek, süre uzatımı verilecek veya feshedilecek kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin taraf olduğu veya bu kuruluş veya birliklerin kaynaklarıyla karşılanan mal ve hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeleri tespit ederken esas alacağı nesnel, objektif ölçütler ortaya konulmamıştır. Yine idareye başvuru süreleri, fesih işlemlerinin tamamlanacağı süre, ek fiyat farkı hesaplamaları, süre uzatımı gibi hususların düzenlenmesi; tamamen kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin uhdesine bırakılmıştır. Kaldı ki anılan geçici 6. maddenin beşinci fıkrasıyla Cumhurbaşkanına çok geniş bir alanda düzenleme yapma yetkisi verdiği de gözetildiğinde; “anılan geçici 6. maddenin söz konusu fıkralarına uygunluk” kaydının kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerini sınırlamaya yeterli olmadığı ortaya çıkacaktır. Tüm bu hususların kanun düzeyinde açık ve net bir şekilde düzenlenmemesi ve bunlara yönelik nesnel, somut ölçüt öngörülmemesi, sözleşmenin karşı tarafı konumunda bulunanların ticari öngörülebilirliklerinin ortadan kaldırılmasına, keyfi uygulamalara neden olacaktır. Bu belirsizlik ise maddenin lafzında zikredilen ratio legis’in gerçekleşmemesine neden olacaktır; 2022 yılında ortaya çıkan gelişmelere bağlı olarak enerji fiyatları başta olmak üzere girdi fiyatlarında öngörülmeleyen artışların meydana gelmesi nedeniyle sözleşmenin karşı tarafında bulunanların yüklenici risklerinin bertaraf edilmesine imkan vermeyecektir. Yine kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin yapacağı düzenlemeleri, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; sözleşmelerin karşı tarafında bulunanlar bakımından hukuki öngörülebilirliğe hanel getirmektedir. Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan geçici maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin (düzenleyici) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 2, 123 ve 135. maddelerine aykırıdır.

b)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından; Anayasa’nın 7. 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 ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerine; onların taraf olduğu veya onların kaynaklarıyla karşılanan mal ve hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından anılan geçici 6. maddenin söz konusu fıkralarına uygun olarak düzenleme yapma yetkisi (ek fiyat farkı verilmesi, süre uzatımı ve sözleşmenin feshi ile bunlara ilişkin usul ve esasları tespit etme yetkisi) veren yasa hükmü, Anayasa’nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

c)Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen ibarenin kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerine verdiği sınırsız takdir yetkisi, sözleşme konusu (onların taraf olduğu veya onların kaynaklarıyla karşılanan mal ve hizmet alımı ile yapım işleri) ve koşulları bakımından sözleşmenin karşı tarafında bulunanlar, yükleniciler arasında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu ve üst birlikleri tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer durumdaki kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır.

Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; "[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır." (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; "Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir" (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: "Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir" (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ancak iptali talep edilen ibarenin kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerine verdiği öznel ve keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi; söz gelimi aynı iş kapsamındaki farklı alım türleri bakımından ek fiyat farkı verilmesine; benzer nitelikteki işler bakımından ayrı ek fiyat farkı hesaplanmasına; benzer nitelikteki işlerden bazıları için daha karmaşık idareye başvuru usulünün öngörülmesine; benzer işler bakımından emsallerine nazaran daha az süre uzatımı yapılmasına; uygulamada her bir mal ve hizmet alımları ile yapım işleri için ek fiyat farkı verilmesi ve sözleşmenin feshi şartlarının farklılaşmasına; aynı koşullarda bulunan yüklenicilerden birinin sözleşmenin feshi başvurusunun kabul edilip diğerinin edilmemesine; yükleniciler arasında muamele farklılığı yapılmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Bir başka deyişle, ihtilafli kural, benzer durumda bulunan kişilere kanun yoluyla avantajların dağıtımında haklı sebebe dayanmayan, keyfi muamele farklılıklarını mümkün hale getirmektedir. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

ç)Mülkiyet hakkı, sözleşme özgürlüğü ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları bakımından: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi olanağı 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 48. maddesinde yer alan sözleşme özgürlüğü; tarafların bir sözleşmeyi yapıp yapmama



özgürlüğünü, sözleşmeye son verme özgürlüğünü, sözleşmenin içeriğini belirleme /değiştirme özgürlüğünü, sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğünü içerir. O halde anılan kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin taraf olduğu veya bu kuruluş veya birliklerin kaynaklarıyla karşılanan mal ve hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından ek fiyat farkı verilmesi, süre uzatımı ve sözleşmenin feshedilmesi, mülkiyet hakkının ve sözleşme özgürlüğünün keşim alanındadır. Başka bir anlatımla sözleşmenin karşı tarafında bulunan, yüklenici (mülkiyet hakkına binaen) mameleki bakımından bir azalma olmaması için, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu ve üst birlikleri ile akdettiği sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması suretiyle kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu ve üst birliklerinden ek fiyat farkı verilmesini, süre uzatımını talep edebilecek ya da sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğüne istinaden sözleşmeyi feshetmek için kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerine başvuruda bulunabilecektir. O halde kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin taraf olduğu veya bu kuruluş veya birliklerin kaynaklarıyla karşılanan mal ve hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından ek fiyat farkı verilmesi, süre uzatımı ve sözleşmenin feshedilmesi ilişkin esas ve usuller (söz gelimi kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerine başvuru süreleri, fesih işlemlerinin tamamlanacağı süre, ek fiyat farkı hesaplamaları, süre uzatımı); nihayetinde mülkiyet hakkının ve teşebbüs özgürlüğünün kullanımına etki edecektir. Mülkiyet hakkına ve özel teşebbüs kurma hürriyetine yapılan söz konusu müdahalenin hukuka uygun nitelik kazanması için; Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları çerçevesinde yapılması gerekmektedir. Bu sınırlardan olan kanunilik kaydı gereğince; iptali talep edilen ibarede yer alan hususların kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu, bu hususların düzenlenmesini kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin uhdesine bırakmak suretiyle; anılan hak ve hürriyete idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır.

Öte yandan, Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır. O halde özel teşebbüs statüsünde sözleşmenin karşı tarafında bulunanların, yüklenicilerin uluslararası ölçekte 2022 yılında ortaya çıkan gelişmelere bağlı olarak enerji fiyatları başta olmak üzere girdi fiyatlarında öngörülmeleyen artışların meydana gelmesi nedeniyle desteklenmesi için kanunlaştırılan geçici 6. maddeyi, Devletin Anayasa'nın anılan hükmü bağlamındaki tedbir alma yükümlülüğü kapsamında değerlendirmek mümkündür. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre de Devletin, "özel teşebbüsün gelişmesini sağlamaya dönük ekonomik ve sosyal politikalar uygulama ve özel teşebbüse güvenli çalışma ortamı sağlamak için önlemler alma yetkisi de bulunmaktadır" (Anayasa Mahkemesi'nin 25.02.2010 tarihli ve 2007/65 E.; 2010/43 K. sayılı Kararı). Ancak kanun koyucu, tedbir alma yükümlülüğü doğrultusunda kanun düzeyinde ek fiyat farkı verilmesini, süre uzatımını ve sözleşmenin feshedilmesini öngörmüş ve fakat kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin taraf olduğu veya bu kuruluş veya birliklerin kaynaklarıyla karşılanan mal ve hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından bunların usul ve esaslarının genel çerçevesini çizmemiş; dahası kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin (düzenleyici) işlemlerine bırakmıştır. Bu itibarla kamu kurumu niteliğinde meslek

kuruluşları ve üst birliklerinin keyfi işlem ve eylemlerine açık hale gelen ihtilaflı düzenleme, özel teşebbüs bakımından çalışma ortamının güvensiz ve belirsiz hale gelmesine yol açmaktadır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 13, 35 ve 48. maddelerine aykırıdır.

d)Devletin; mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma yükümlülüğü bakımından: “Anayasa'nın 167. maddesinin ilk fıkrasında; 'Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.' denilmektedir. Maddede yalnız, tekelleşme değil, tekel oluşturmaya üretim ve hizmet kuruluşlarının 'fiyat anlaşmaları', 'coğrafi bölge paylaşma' ve 'benzeri suretle' gerçekleştirilecek kartelleşme de yasaklanmıştır; 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).

Kamu hizmetinin aksamaması ve 2022 yılında ortaya çıkan gelişmelere bağlı olarak enerji fiyatları başta olmak üzere girdi fiyatlarında öngörülmeven artışların meydana gelmesi nedeniyle sözleşmenin karşı tarafında bulunanların, yüklenicilerin desteklenmesi için kanunlaştırılan geçici 6. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan iptali talep edilen ibareyle kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerine geniş bir düzenleme alanı bırakılacağından; hiçbir kanuni kayda tabi olmayan anılan ibare, söz konusu kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin taraf olduğu veya bu kuruluş veya birliklerin kaynaklarıyla karşılanan mal ve hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmelerin hakim olduğu sektörlerde kötü ekonomik koşullara maruz kalan firmaların rekabet kabiliyetine zarar gelmesine; kamu yararına aykırı şekilde belli özel teşebbüslerin himaye edilmesine; özel teşebbüslerin mameleklerinin ve teşebbüs hürriyetlerinin korunmasına elverişli ortam hazırlanamamasına; taahhüt edilen işlerin (mal ve hizmet alımları ile yapım işleri) sürdürülemez hale gelmesine; ek fiyat farkı verilmesinin, süre uzatımının ve sözleşmenin feshedilmesinin fayda – maliyet özelinde etki analizinde beklenmedik sonuçlar görülmesine; sözleşmenin karşı tarafında bulunanlara, yüklenicilere gerekli finansman desteğinin verilememesine; en nihayetinde kamu maliyesi bakımından yük doğmasına; dolayısıyla milli ekonominin zarara uğramasına ve dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olacağından Anayasa'nın 5 ve 167. maddelerine de aykırıdır.

e)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Bunun yanında; Anayasa'nın 90. 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 ibare, Anayasa'nın 35. maddesiyle benzer hükümler içeren Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün, sınırlama koşulu olarak kanunilik ilkesini de içermek suretiyle mülkiyet hakkını düzenleyen 1. maddesini de ihlal ettiğiinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 19. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen geçici madde 6'nın dördüncü fıkrasında yer alan "ilgili mevzuatında düzenleme" ibaresi, (7351 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle 4735 sayılı Kanun'a eklenen) geçici madde 5'in yedinci fıkrası yönünden, Anayasa'nın 2, 5, 7, 10, 13, 35, 48, 90, 123, 135 ve 167. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

5) 08.04.2022 tarihli ve 7394 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 19. maddesiyle 05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen geçici madde 6'nın beşinci fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanı" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7394 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na uluslararası ölçekte 2022 yılında ortaya çıkan gelişmelere bağlı olarak enerji fiyatları başta olmak üzere girdi fiyatlarında öngörülmeven artışların meydana gelmesi gerekçesiyle<sup>14</sup> geçici madde 6 eklenmiştir. Anılan geçici madde, (madde lafzında sayılı) sözleşme türlerinde verilecek ek fiyat farkına ve bu sözleşmelerin feshine ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir.

Anılan geçici 6. maddenin iptali talep edilen ibaresinin yer aldığı beşinci fıkrasına göre; anılan geçici 6. maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamına girecek alım türleri, ürün ve girdiler ile bu bentlere ilişkin hesaplama yöntemlerini; (a) bendinde belirtilen oranları ve uygulama dönemini; başvuru ve onay süreleri ile fiyat farkı, ek fiyat farkı, süre uzatımı ve sözleşmenin feshine dair diğer hususlar dahil yukarıdaki fıkraların (birinci, ikinci, üçüncü dördüncü fıkraların) uygulanmasına ilişkin esas ve usulleri tespote Cumhurbaşkanı yetkilidir. Anılan geçici 6. maddenin birinci fıkrasının<sup>15</sup> (a) ve (b)

14 TBMM Tutanak Dergisi, 7 Nisan 2022 Perşembe 77'nci Birleşim,  
<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanak/donem27/yil5/ham/b07701h.htm> (Erişim Tarihi: 24.05.2022).

15 Anılan geçici 6'ncı maddenin birinci fıkrası:

*"1/4/2022 tarihinden önce 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre ihale edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden (kabulü/geçici kabulü onaylanmamış olan) sözleşmelerde;*

*a) 1/1/2022 tarihinden sonra (bu tarih dâhil) gerçekleştirilen kısımlar için; ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin hüküm bulunarlarda, sözleşmesine göre hesaplanan fiyat farkı tutarı oransal olarak artırılabilir, ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin hüküm bulunmayanlar ile hüküm bulunmakla birlikte sadece girdilerin bir kısmı için fiyat farkı hesaplanarlarda hesaplanmayan kısımlar için de fiyat farkı verilebilir.*

*b) 1/1/2022 ile 31/3/2022 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) gerçekleştirilen kısımlar için, ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin hüküm bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, 1/7/2021 ile 31/3/2022 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) ihalesi yapılan işlerde ihale tarihinin (son teklif verme tarihi) içinde bulunduğu aya ait endeks, 1/7/2021 tarihinden önce ihale edilen işlerde ise 2021 yılı Haziran ayına ait endeks temel endeks olarak kabul edilerek ve sözleşme fiyatları kullanılarak yüklenicinin başvurusu üzerine sözleşmesine göre hesaplanan fiyat farkına ilave olarak ek fiyat farkı verilebilir."* şeklindedir

bentleri kapsamına girecek alım türleri, ürün ve girdiler ile bu bentlere ilişkin hesaplama yöntemlerini; (a) bendinde belirtilen oranları ve uygulama dönemini; başvuru ve onay süreleri ile fiyat farkı, ek fiyat farkı, süre uzatımı ve sözleşmenin feshine dair diğer hususlar dahil birinci, ikinci, üçüncü dördüncü fıkraların (yukarıdaki fıkraların) uygulanmasına ilişkin esas ve usullerin Cumhurbaşkanı tarafından tespit edilmesine cevaz veren ibare, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki: anılan geçici 6. maddenin birinci fıkrası genel olarak 01.04.2022 tarihinden önce 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre ihale edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden (kabulü/geçici kabulü onaylanmamış olan) sözleşmelerde ek fiyat verilebilmesi ve buna ilişkin usul ve esasları; ikinci fıkrası genel olarak 01.04.2022 tarihinden önce 4734 sayılı Kanun'a göre ihale edilen (3. maddesindeki istisnalar dahil) yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden imzalanan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden (geçici kabulü onaylanmamış olan) sözleşmelerde süre uzatımı ve buna ilişkin usul ve esasları; üçüncü fıkrası genel olarak 01.01.2022 tarihinden önce 4734 sayılı Kanun'a göre ihale edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden sözleşmelerden, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla gerçekleşme oranı ilk sözleşme bedelinin % 15'ine kadar olanların (bu oran dahil) feshi ve buna ilişkin usul ve esasları; dördüncü fıkrası genel olarak 4735 sayılı Kanun'un geçici 5. maddesinin altıncı ve yedinci fıkraları kapsamındaki sözleşmeler için anılan geçici 6. maddesinin birinci, ikinci, üçüncü ve beşinci fıkralarına uygun olarak ilgili mevzuatında düzenleme yapılabileceğini düzenlemektedir.

a)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: 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 Mahkemesi'nin 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.

İlk fıkrası “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir” hükmünü içeren Anayasa'nın 123. 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.

Bu nedenle, anılan geçici 6. maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamına girecek alım türleri, ürün ve girdiler ile bu bentlere ilişkin hesaplama yöntemlerini; (a) bendinde belirtilen oranları ve uygulama dönemini; başvuru ve onay süreleri ile fiyat farkı, ek fiyat farkı, süre uzatımı ve sözleşmenin feshine dair diğer hususlar dahil birinci, ikinci, üçüncü dördüncü fıkraların (yukarıdaki fıkraların) uygulanmasına ilişkin esas ve usullerin; normlar hiyerarşisinin ana halkası olarak hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerinin karşılanması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; –Anayasal ilkelerin aksine- ilk dört fıkrada yalnız ek fiyat farkı verilebilecek sözleşme türlerini, süre uzatımını, sözleşmenin feshinin şartlarını, anılan geçici 5. maddenin altıncı ve yedinci kapsamındaki sözleşmeler bakımından ilgili mevzuatlarında düzenleme yapılabileceğini genelgeçer ifadelerle tespit etmiş ve aslen esas ve usulü hakkında tamamen sessiz kalmış, bu konuların düzenlenmesini idarenin (tüm idari teşkilatın makamına bağlı bulunduğu ve yürütme ve devleti temsil yetkilerinin bir kişide birleştiği monist yapıyı yürütme organının başı konumunda bulunan-Cumhurbaşkanının) uhdesine bırakmıştır. Tüm bu hususların kanun düzeyinde açık ve net bir şekilde düzenlenmemesi ve bunlara yönelik nesnel, somut ölçüt öngörülmemesi, sözleşmenin karşı tarafı konumunda bulunan kimselerin ticari öngörülebilirliklerinin ortadan kaldırılmasına, keyfi uygulamalara neden olacaktır. Bu belirsizlik ise maddenin lafzında zikredilen ratio legis’in gerçekleşmemesine neden olacaktır; uluslararası ölçekte 2022 yılında ortaya çıkan gelişmelere bağlı olarak enerji fiyatları başta olmak üzere girdi fiyatlarında öngörülmeleyen artışların meydana gelmesi nedeniyle sözleşmenin karşı tarafında bulunanların, yüklenici risklerinin bertaraf edilmesine imkan vermeyecektir. Yine Cumhurbaşkanının yapacağı düzenlemeleri, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; sözleşmelerin karşı tarafında bulunan kimseler bakımından hukuki öngörülebilirliğe hanel getirmektedir. Cumhurbaşkanının uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan geçici maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, Cumhurbaşkanının (düzenleyici) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

Yine, Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama 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). Aynı yönde; “Yasa koyucuya verilen düzenleme yetkisi, hiçbir şekilde kamu yararını ortadan kaldıracak veya engelleyecek... biçimde kullanılamaz ...” (Anayasa Mahkemesi'nin 24.01.2008 tarihli ve 2007/76 E.; 2008/46 K. sayılı Kararı).

Cumhurbaşkanının bu alanda alacağı kararların (tesis edeceği düzenleyici ve dahi birel işlemlerin) dayanacağı ve Anayasayla bağdaşır olması gereken esasların kanun düzeyinde belirlenmemesi ve böylece tamamen keyfi tasarruflara açık olması, hukuki belirlilik ve güvenlik ilkelerine aykırı olduğu gibi; hukuk devleti ilkesinin içerdiği kamu yararı kavramına da aykırıdır. Özellikle; ek fiyat farkı verilebilecek alım türlerine, ürün ve girdiler ile ek fiyat farkı hesaplama yöntemlerine, onay ve uygulama dönemine, başvuru ve onay sürelerine, fiyat ve ek fiyat farkına, süre uzatımına ve sözleşmenin



feshine ilişkin esas ve usulleri belirleme yetkisini hiçbir nesnel ve somut ölçüt olmadan Cumhurbaşkanının haiz olduğu hükmü, söz konusu alan bakımından kuşatıcı bir öngörülemezlik taşımasının yanında, Cumhurbaşkanının kanunca çerçevelenmemiş keyfi kararlar almasını mümkün kılması itibarıyla da açıkça kamu yararına aykırıdır. İhtilafli düzenleme, bu sebeple Anayasa'nın 2. maddesini de ihlal etmektedir.

Bu itibarla; idarenin kanuniliği, hukuki belirlilik ve güvenlik ile kamu yararı ilkelerinin asgari gereklerini sağlamayan iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

b)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından; Anayasa'nın 7. 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 ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; Cumhurbaşkanına; anılan geçici 6. maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamına girecek alım türleri, ürün ve girdiler ile bu bentlere ilişkin hesaplama yöntemlerini; (a) bendinde belirtilen oranları ve uygulama dönemini; başvuru ve onay süreleri ile fiyat farkı, ek fiyat farkı, süre uzatımı ve sözleşmenin feshine dair diğer hususlar dahil birinci, ikinci, üçüncü dördüncü fıkraların (yukarıdaki fıkraların) uygulanmasına ilişkin esas ve usullere yönelik düzenlemeleri yapma yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

c)Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen ibarenin Cumhurbaşkanına verdiği sınırsız takdir yetkisi, sözleşme konusu (mal ve hizmet alımları ile yapım işleri) ve koşulları bakımından sözleşmenin karşı tarafında bulunanlar, yükleniciler arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır.

Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer durumdaki kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır. Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; "[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır." (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; "Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir" (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: "Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir" (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ancak iptali talep edilen ibarenin Cumhurbaşkanına verdiği öznel ve keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi; söz gelimi aynı iş kapsamındaki

farklı alım türleri bakımından ek fiyat farkı verilmesine; benzer nitelikteki işler bakımından ayrı ek fiyat farkı hesaplanmasına; benzer nitelikteki işlerden bazıları için daha karmaşık idareye başvuru usulünün ve süresinin öngörülmesine; bazı işler bakımından emsallerine nazaran daha az süre uzatımı yapılmasına; uygulamada her bir mal ve hizmet alımları ile yapım işleri için ek fiyat farkı verilmesi ve sözleşmenin feshi şartlarının farklılaşmasına; aynı koşullarda bulunan yüklenicilerden birinin sözleşmenin feshi başvurusunun kabul edilip diğerinin edilmemesine; yükleniciler arasında muamele farklılığı yapılmasına; hesaplama yönteminde esas alınacak oranların farklılaşmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Bir başka deyişle, Cumhurbaşkanına çerçevelenmemiş, sınırsız bir takdir yetkisi bırakan ihtilafı kural; kanun yoluyla avantajların dağıtımında benzer durumda bulunan kişiler arasında haklı sebebe dayanmayan, keyfi muamele farklılıklarını mümkün hale getirmektedir. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

ç)Mülkiyet hakkı, sözleşme özgürlüğü ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları bakımından: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi imkanı 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 48. maddesinde yer alan sözleşme özgürlüğü; tarafların bir sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğünü, sözleşmeye son verme özgürlüğünü, sözleşmenin içeriğini belirleme /değiştirme özgürlüğünü, sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğünü içerir. O halde anılan geçici 6. madde kapsamındaki kamu ihale sözleşmeleri bakımından ek fiyat farkı verilmesi ve sözleşmenin feshi, mülkiyet hakkının ve sözleşme özgürlüğünün kesişim alanındadır. Başka bir anlatımla sözleşmenin karşı tarafında bulunan, yüklenici (mülkiyet hakkına binaen) mameleki bakımından bir azalma olmaması için, idare ile akdettiği sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması suretiyle idareden ek fiyat farkı verilmesini, süre uzatımını talep edebilecek ya da sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğüne istinaden sözleşmeyi feshetmek için idareye başvuruda bulunabilecektir. O halde ek fiyat farkı verilmesi, süre uzatımı ve sözleşmenin feshedilmesinin ilişkin esas ve usuller (anılan geçici 6. maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamına girecek alım türleri, ürün ve girdiler ile bu bentlere ilişkin hesaplama yöntemlerini; (a) bendinde belirtilen oranları ve uygulama dönemini; başvuru ve onay süreleri ile fiyat farkı, ek fiyat farkı, süre uzatımı ve sözleşmenin feshine dair diğer hususlar dahil birinci, ikinci, üçüncü dördüncü fıkraların (yukarıdaki fıkraların) uygulanmasına ilişkin esas ve usuller); nihayetinde mülkiyet hakkının ve teşebbüs özgürlüğünün kullanımına etki edecektir. Mülkiyet hakkına ve özel teşebbüs kurma hürriyetine yapılan söz konusu müdahalenin hukuka uygun nitelik kazanması için; Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları çerçevesinde yapılması gerekmektedir. Bu sınırlardan olan kanunilik kaydı gereğince; iptali talep edilen ibarede yer alan hususların kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu, bu hususların düzenlenmesini Cumhurbaşkanının uhdesine bırakmak suretiyle; anılan hak ve hürriyete idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır.

Öte yandan, Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır. O halde özel teşebbüs statüsünde bulunan sözleşmenin karşı tarafında bulunanların, yüklenicilerin 2022 yılında ortaya çıkan gelişmelere bağlı olarak enerji fiyatları başta olmak üzere girdi fiyatlarında öngörülme-yen artışların meydana gelmesi nedeniyle yüklenicilerin desteklenmesi için kanunlaştırılan geçici 6. maddeyi, Devletin Anayasa'nın anılan hükmü bağlamındaki tedbir alma yükümlülüğü kapsamında değerlendirmek mümkündür. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre de Devletin, "özel teşebbüsün gelişmesini sağlamaya dönük ekonomik ve sosyal politikalar uygulama ve özel teşebbüse güvenli çalışma ortamı sağlamak için önlemler alma yetkisi de bulunmaktadır" (Anayasa Mahkemesi'nin 25.02.2010 tarihli ve 2007/65 E.; 2010/43 K. sayılı Kararı). Ancak kanun koyucu, tedbir alma yükümlülüğü doğrultusunda kanun düzeyinde ek fiyat farkı verilmesini ve sözleşmenin feshedilmesini öngörmüş ve fakat bunların usul ve esaslarının genel çerçevesini çizmemiş; dahası Cumhurbaşkanının (düzenleyici ve dahi birel) işlemlerine bırakmıştır. Bu itibarla Cumhurbaşkanının keyfi işlem ve eylemlerine açık hale gelen ihtilafli düzenleme, özel teşebbüs bakımından çalışma ortamının güvensiz ve belirsiz hale gelmesine yol açmaktadır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 13, 35 ve 48. maddelerine aykırıdır.

d)Devletin; mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma yükümlülüğü 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 oluşturmamayan 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).

Kamu hizmetinin aksamaması ve 2022 yılında ortaya çıkan gelişmelere bağlı olarak enerji fiyatları başta olmak üzere girdi fiyatlarında öngörülme-yen artışların meydana gelmesi nedeniyle sözleşmenin karşı tarafında bulunanların, yüklenicilerin desteklenmesi için kanunlaştırılan geçici 6. maddede yer alan iptali talep edilen ibareyle Cumhurbaşkanına geniş bir düzenleme alanı bırakılacağından; hiçbir kanuni kayda tabi olmayan anılan ibare, söz konusu geçici madde kapsamında yapılan sözleşmelerin hakim olduğu sektörlerde kötü ekonomik koşullara maruz kalan firmaların rekabet kabiliyetine zarar gelmesine; kamu yararına aykırı şekilde belli özel teşebbüslerin himaye edilmesine; özel teşebbüslerin mameleklerinin ve teşebbüs hürriyetlerinin korunmasına elverişli

ortam hazırlanamamasına; taahhüt edilen işlerin (mal ve hizmet alımları ile yapım işleri) sürdürülemez hale gelmesine; ek fiyat farkı verilmesinin ve sözleşmenin feshedilmesinin fayda – maliyet özelinde etki analizinde beklenmedik sonuçlar görülmesine; sözleşmenin karşı tarafında bulunanlara, yüklenicilere gerekli finansman desteğinin verilememesine; en nihayetinde kamu maliyesi bakımından yük doğmasına dolayısıyla milli ekonominin zarara uğramasına ve dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olacağından; Anayasa'nın 5 ve 167. maddelerine de aykırıdır.

e)Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırılık: Anayasa'nın 104. maddesinde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sayılmıştır. Bu görev ve yetkiler arasında “anılan geçici 6. maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamına girecek alım türleri, ürün ve girdiler ile bu bentlere ilişkin hesaplama yöntemlerini; (a) bendinde belirtilen oranları ve uygulama dönemini; başvuru ve onay süreleri ile fiyat farkı, ek fiyat farkı, süre uzatımı ve sözleşmenin feshine dair diğer hususlar dahil birinci, ikinci, üçüncü dördüncü fıkraların (yukarıdaki fıkraların) uygulanmasına ilişkin esas ve usullere yönelik düzenlemeler yapma” görev ve yetkisi sayılmadığı gibi; iptali talep edilen ibarede yer alan düzenlemeleri yapmayı dayandırabileceği (Anayasa'nın 104. maddesinde) genel ve kapsayıcı mahiyette bir hüküm de bulunmamaktadır. Yasama organı, görevi ve yetkisi dahilinde olmayan bir konuda Cumhurbaşkanını yetkilendirmek suretiyle; Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini ve 6. maddesinde yer alan hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamamasına yönelik hükmü ve 104. maddesini ihlal etmiştir. Kaldı ki Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının “Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.” şeklindeki ikinci cümlesi uyarınca; iptali talep edilen ibarede yer aldığı fıkrada bulunan ek fiyat farkı verilmesi ve sözleşmenin feshine yönelik usul ve esasların, açıklandığı üzere mülkiyet hakkının ve sözleşme özgürlüğünün kapsamında kaldığı gözetildiğinde; açıkça öngörülmüş konu bakımından yetkisizlik hali sebebiyle, Cumhurbaşkanı tarafından bu hususlarda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi de çıkarılamaz. Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırıdır.

f)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Bunun yanında; Anayasa'nın 90. 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 ibare, Anayasa'nın 35. maddesiyle benzer hükümler içeren Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün, sınırlama koşulu olarak kanunilik ilkesini de içermek suretiyle mülkiyet hakkını düzenleyen 1. maddesini de ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7394 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle 05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen geçici madde 6'nın beşinci fıkrasında yer alan “Cumhurbaşkanı” ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 35, 48, 90, 104, 123 ve 167. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

6) 08.04.2022 tarihli ve 7394 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik

Yapılmasına Dair Kanun'un 19. maddesiyle 05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen geçici madde 6'nın altıncı fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "Milli Eğitim Bakanlığınca" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7394 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na taşıma yoluyla eğitim hizmetinin aksamadan yürütülmesi temin etmek üzere<sup>16</sup> geçici madde 6 eklenmiştir. Anılan geçici madde, (madde lafzında sayılı) sözleşme türlerinde verilecek ek fiyat farkına ve bu sözleşmelerin feshine ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir.

Anılan geçici 6. maddenin iptali talep edilen ibaresinin yer aldığı altıncı fıkrasına göre; taşıma yoluyla eğitime erişim kapsamında bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre ihale edilen veya aynı Kanun'un doğrudan temin usulünü düzenleyen 22. maddesine göre imzalanan öğrenci taşıma ve öğle yemeği hizmet alımlarına ilişkin sözleşmeler ile aynı Kanun'un istisnaları düzenleyen 3. maddesinin (e) bendine göre imzalanan öğle yemeği hizmet alımlarına ilişkin sözleşmelerin/protokollerin (bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce fesih veya tasfiye edilenler ile kabulü yapılanlar hariç), 01.01.2022 ile 30.06.2022 tarihleri arasında (bu tarihler dahil) gerçekleştirilen kısımları için, sözleşmede/protokolde fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin hüküm bulunmayanlar ile hüküm bulunmakla birlikte sadece girdilerin bir kısmı için fiyat farkı hesaplananlarda hesaplanmayan kısımlar için ek fiyat farkı verilebilecektir; bu fıkra kapsamındaki sözleşmelerde/protokollerde bu maddenin diğer fıkraları uygulanmayacaktır; bu fıkra kapsamında ek fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin esas ve usuller Kamu İhale Kurumu'nun görüşü üzerine Milli Eğitim Bakanlığınca (Bakanlık) belirlenecektir. Bu fıkra kapsamında ek fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin esas ve usullerin Bakanlık tarafından tespit edilmesine cevaz veren ibare, Anayasa'ya aykırıdır.

a)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: 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-

---

16 7394 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin gerekçesinin müteallik bölümü: "Maddede yapılan düzenlemelerle, bu maddede yer alan suçlar bakımından soruşturma ve kovuşturma aşamasında da etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesine imkân sağlanmaktadır." şeklindedir. Malatya Milletvekili Bülent Tüfenkci ve 84 Milletvekilinin Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4336) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 322, Ankara, TBMM Basımevi, 2022, s. 15.



30036) (Anayasa Mahkemesi'nin 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.

İlk fıkrası “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir” hükmünü içeren Anayasa'nın 123. 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.

Bu nedenle, anılan fıkra kapsamında ek fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin esas ve usullerin; normlar hiyerarşisinin ana halkası olarak hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerinin karşılanması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; –Anayasal ilkelerin aksine- anılan fıkroda ek fiyat farkı verilebilecek sözleşme türlerini genelgeçer ifadelerle tespit etmiş ve aslen esas ve usulü hakkında tamamen sessiz kalmış, bu konuların düzenlenmesini idarenin (Bakanlığın) uhdesine bırakmıştır. Tüm bu hususların kanun düzeyinde açık ve net bir şekilde düzenlenmemesi ve bunlara yönelik nesnel, somut ölçütler öngörülmemesi, sözleşmenin karşı tarafı konumunda bulunan kimselerin ticari öngörülebirlirliklerinin ortadan kaldırılmasına, keyfi uygulamalara neden olacaktır. Bu belirsizlik ise maddenin lafzında zikredilen ratio legis'in gerçekleşmemesine neden olacaktır; taşıma yoluyla eğitim hizmetinin aksamadan yürütülmesini teminen sözleşmenin karşı tarafında bulunanların, yüklenici risklerinin bertaraf edilmesine imkan vermeyecektir. Yine Bakanlığın yapacağı düzenlemeleri, çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; sözleşmelerin karşı tarafında bulunan kimseler bakımından hukuki öngörülebirlirliğe hanel getirmektedir. Bakanlığın uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan geçici maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, Bakanlığın (düzenleyici) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir. Öte yandan iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmü uyarınca; Bakanlık, söz konusu usul ve esasları tespit ederken; Kamu İhale Kurumu'nun görüşünü alacaktır. Ancak Kurumun görüşü istişari nitelikte olduğundan Bakanlığın kayıtlamayacaktır. [Kaldı ki bir idari birimin (Kurum'un) diğer idari birimi (Bakanlığı) kayıtlaması, idarenin kanuniliği ilkesinin gereklerini karşılamaya elverişli değildir.]

Yine, Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama 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). Aynı yönde; “Yasa koyucuya verilen düzenleme yetkisi, hiçbir şekilde kamu yararını ortadan kaldıracak veya engelleyecek... biçimde kullanılamaz ...” (Anayasa Mahkemesi'nin 24.01.2008 tarihli ve 2007/76 E.; 2008/46 K. sayılı Kararı).

Bakanlığın bu alanda tesis edeceği idari işlemlerin dayanacağı ve Anayasayla bağdaşır olması gereken esasların kanun düzeyinde belirlenmemesi ve böylece tamamen keyfi tasarruflara açık olması, hukuki belirlilik ve güvenlik ilkelerine aykırı olduğu gibi;

hukuk devleti ilkesinin içerdiği kamu yararı kavramına da aykırıdır. Özellikle; ek fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin esas ve usulleri belirleme yetkisini hiçbir nesnel ve somut ölçüt olmadan Bakanlığın haiz olduğu hükmü, söz konusu alan bakımından kuşatıcı bir öngörülemelik taşımasının yanında, Bakanlığın kanunca çerçevelenmemiş keyfi kararlar almasını mümkün kılması itibarıyla da açıkça kamu yararına aykırıdır. Öte yandan anılan ibarenin yer aldığı fıkranın bulunduğu geçici 6. maddenin beşinci fıkrasıyla Cumhurbaşkanı, madde kapsamındaki diğer sözleşmeler bakımından ek fiyat farkı hesaplama yöntemlerini belirleme yetkisiyle donatılmıştır. Kanun koyucunun anılan geçici 6. maddenin altıncı fıkrası kapsamında kalan sözleşme türleri bakımından ek fiyat farkı hesaplanmaya ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisini (Cumhurbaşkanı) yerine Milli Eğitim Bakanlığı'nın uhdesine bırakmasının nedeni anlaşılammaktadır. Zira anılan geçici madde kapsamındaki tüm sözleşmeler 4734 sayılı Kanun'a göre akdedilmiştir. Diğer bir deyişle ek fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin usul ve esasların konu olduğu idari işlemi tesis edecek makam bakımından sözleşme türü temelli yapılan ayırımı nedeni gerekçelendirilmemiştir. İhtilafli düzenleme, bu sebeple Anayasa'nın 2. maddesini de ihlal etmektedir. Bu itibarla; idarenin kanuniliği, hukuki belirlilik ve güvenlik ile kamu yararı ilkelerinin asgari gereklerini sağlamayan iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

b)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından; Anayasa'nın 7. 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 ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; Bakanlığa; anılan geçici 6. maddenin altıncı fıkrası kapsamında ek fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin esas ve usullere yönelik düzenlemeleri yapma yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

c)Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen ibarenin Bakanlığa verdiği sınırsız takdir yetkisi, sözleşme konusu (anılan altıncı fıkrada sayılı öğrenci taşıma ve öğle yemeği hizmet alımlarına ilişkin sözleşmeler ile öğle yemeği hizmet alımlarına ilişkin sözleşmeler) ve koşulları bakımından sözleşmenin karşı tarafında bulunanlar, yükleniciler arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır.

Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer durumdaki kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayırma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır. Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; "[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır." (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; "Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir" (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı

Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayrımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: “Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir” (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ancak iptali talep edilen ibarenin Bakanlığa verdiği öznel ve keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi; söz gelimi benzer nitelikteki işler bakımından ayrı ek fiyat farkı hesaplanmasına; hesaplama yönteminde esas alınacak oranların - parametrelerin farklılaşmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Bir başka deyişle, ihtilafli kural, benzer durumda bulunan kişilere kanun yoluyla avantajların dağıtımında haklı sebebe dayanmayan, keyfi muamele farklılıklarını mümkün hale getirmektedir.

Öte yandan yukarıda belirtildiği üzere kanun koyucunun anılan geçici 6. maddenin altıncı fıkrası kapsamında kalan sözleşme türleri bakımından ek fiyat farkı hesaplanmaya ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisini (anılan geçici maddenin beşinci fıkrası uyarınca Cumhurbaşkanı) yerine Milli Eğitim Bakanlığı'nın uhdesine bırakmasının nedeni anlaşılammaktadır. Zira anılan geçici madde kapsamındaki tüm sözleşmeler, 4734 sayılı Kanun'a göre akdedilmiştir. Diğer bir deyişle ek fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin usul ve esasların konu olduğu idari işlemi tesis edecek makam bakımından sözleşme türü temelli yapılan ayrımın nedeni gerekçelendirilmemiştir.

Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

ç)Mülkiyet hakkı, sözleşme özgürlüğü ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları bakımından: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi imkanı 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 48. maddesinde yer alan sözleşme özgürlüğü; tarafların bir sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğünü, sözleşmeye son verme özgürlüğünü, sözleşmenin içeriğini belirleme/değiştirme özgürlüğünü, sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğünü içerir. O halde anılan geçici 6. maddenin altıncı fıkrası kapsamındaki 4734 sayılı Kanun'a göre akdedilen (madde lafzında sayılı) öğrenci taşıma ve öğle yemeği hizmet alımlarına ilişkin sözleşmeler ile öğle yemeği hizmet alımlarına ilişkin sözleşmeler bakımından ek fiyat farkı verilmesi, mülkiyet hakkının ve sözleşme özgürlüğünün kesişim alanındadır. Başka bir anlatımla sözleşmenin karşı tarafında bulunan, yüklenici (mülkiyet hakkına binaen) mameleki bakımından bir azalma olmaması için, sözleşmenin içeriğini değiştirme özgürlüğüne istinaden; idare ile akdettiği sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması suretiyle idareden ek fiyat farkı verilmesini talep edebilecektir. O halde ek fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin esas ve usuller; nihayetinde mülkiyet hakkının ve teşebbüs özgürlüğünün kullanımına etki edecektir. Mülkiyet hakkına ve özel teşebbüs kurma hürriyetine yapılan söz konusu müdahalenin hukuka uygun nitelik kazanması için;

Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları çerçevesinde yapılması gerekmektedir. Bu sınırlardan olan kanunilik kaydı gereğince; iptali talep edilen ibarede yer alan hususların kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu, bu hususların düzenlenmesini Bakanlığın uhdesine bırakmak suretiyle; anılan hak ve hürriyete idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır.

Öte yandan, Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır. O halde özel teşebbüs statüsünde bulunan sözleşmenin karşı tarafında bulunanların, yüklenicilerin taşıma yoluyla eğitim hizmetinin aksamadan yürütülmesi temin etmek üzere yüklenicilerin desteklenmesi için kanunlaştırılan geçici 6. maddeyi, Devletin Anayasa'nın anılan hükmü bağlamındaki tedbir alma yükümlülüğü kapsamında değerlendirmek mümkündür. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre de Devletin, "özel teşebbüsün gelişmesini sağlamaya dönük ekonomik ve sosyal politikalar uygulama ve özel teşebbüse güvenli çalışma ortamı sağlamak için önlemler alma yetkisi de bulunmaktadır" (Anayasa Mahkemesi'nin 25.02.2010 tarihli ve 2007/65 E.; 2010/43 K. sayılı Kararı). Ancak kanun koyucu, tedbir alma yükümlülüğü doğrultusunda kanun düzeyinde ek fiyat farkı verilmesini öngörmüş ve fakat bunun hesaplanmasına ilişkin usul ve esaslarının genel çerçevesini çizmemiş; dahası Bakanlığın (düzenleyici ve dahi birel) işlemlerine bırakmıştır. Bu itibarla Bakanlığın keyfi işlem ve eylemlerine açık hale gelen ihtilaflı düzenleme, özel teşebbüs bakımından çalışma ortamının güvensiz ve belirsiz hale gelmesine yol açmaktadır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 13, 35 ve 48. maddelerine aykırıdır.

d)Devletin; mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma yükümlülüğü 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 oluşturmayan 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).

Taşıma yoluyla eğitim hizmetinin aksamadan yürütülmesi temin etmek üzere ekonomik kriz nedeniyle sözleşmenin karşı tarafında bulunanların, yüklenicilerin desteklenmesi için kanunlaştırılan geçici 6. maddenin altıncı fıkrasında yer alan iptali

talep edilen ibareyle Bakanlığa geniş bir düzenleme alanı bırakılacağından; hiçbir kanuni kayda tabi olmayan anılan ibare, söz konusu geçici madde kapsamında yapılan sözleşmelerin hakim olduğu taşımacılık ve yemek sektörlerinde kötü ekonomik koşullara maruz kalan firmaların rekabet kabiliyetine zarar gelmesine; kamu yararına aykırı şekilde belli özel teşebbüslerin himaye edilmesine; özel teşebbüslerin mameleklerinin ve teşebbüs hürriyetlerinin korunmasına elverişli ortam hazırlanamamasına; taahhüt edilen işlerin (hizmet alımları) sürdürülemez hale gelmesine; ek fiyat farkı verilmesinin fayda – maliyet özelinde etki analizinde beklenmedik sonuçlar görülmesine; sözleşmenin karşı tarafında bulunanlara, yüklenicilere gerekli finansman desteğinin verilememesine; en nihayetinde kamu maliyesi bakımından yük doğmasına dolayısıyla milli ekonominin zarara uğramasına ve dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olacağından; Anayasa'nın 5 ve 167. maddelerine de aykırıdır.

e)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Bunun yanında; Anayasa'nın 90. 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 ibare, Anayasa'nın 35. maddesiyle benzer hükümler içeren Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün, sınırlama koşulu olarak kanunilik ilkesini de içermek suretiyle mülkiyet hakkını düzenleyen 1. maddesini de ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7394 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle 05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen geçici madde 6'nın altıncı fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "Milli Eğitim Bakanlığınca" ibaresi, Anayasa'nın 2, 5, 7, 10, 13, 35, 48, 90, 123 ve 167. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

7) 08.04.2022 tarihli ve 7394 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 34. maddesiyle 6361 sayılı Kanun'a eklenen geçici madde 9'un on dördüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı

7394 sayılı Kanun'un 34. maddesiyle 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu'na geçici 9. madde eklenmiştir. Anılan geçici 9. madde, genel olarak Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun (TMSF), tasarruf finansman şirketinin faaliyet izninin kaldırılmasını ve tasfiyesini düzenleyen 50/A maddesi ve tasarruf finansman şirketlerinin intibak sürecini düzenleyen geçici 7. maddenin dördüncü fıkrası kapsamında tasfiyelerine karar verilen ve tasfiyeleri TMSF tarafından atanan tasfiye komisyonlarınca yürütülen tasarruf finansman şirketlerine ait tasarruf finansman sözleşmelerinden tasarruf döneminde olanları, bu Kanun'a intibak sürecinde olan ve/veya intibak sürecini tamamlayarak faaliyet izni alan şirketlerden talebi bulunanlara devretmeye yetkili olduğunu ve buna fer'i hükümleri düzenlemektedir. İptali talep edilen fıkra ise; tasarruf finansman sözleşmelerinin devrine ilişkin diğer usul ve esasların TMSF Kurulu tarafından belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Ancak TMSF Kuruluna tasarruf finansman sözleşmelerinin devrine ilişkin diğer usul ve esasları belirleme yetkisi veren ve iptali talep edilen fıkra, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle TMSF Kurulu'nun hukuki statüsünü ortaya koymak gerekmektedir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 111. maddesi uyarınca; bu Kanun ve ilgili diğer



mevzuat ile verilen yetkiler çerçevesinde tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla, mevduatın ve katılım fonlarının sigorta edilmesi, Fon bankalarının yönetilmesi, mali bünyelerinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması, devri, birleştirilmesi, satışı, tasfiyesi, Fon alacaklarının takip ve tahsili işlemlerinin yürütülmesi ve sonuçlandırılması, Fon varlık ve kaynaklarının idare edilmesi ve Kanunla verilen diğer görevlerin ifası için kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip TMSF kurulmuştur. Anılan Kanun'un 112. maddesi uyarınca TMSF Kurulu, Fonun karar organıdır. Bununla birlikte 2018/1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin ek listesinde TMSF, Cumhurbaşkanlığı ile ilgilendirilmiştir.

Gözler, bağımsız idari otoritelerin ortak özelliklerini “1) faaliyet konuları; 2) Devlet adına çalışma; 3) icrai karar alma yetkisi; 4) yargısal değil, idari nitelik; 5) kararlarının yargısal denetime tabi olması; 6) kamu tüzel kişiliği; 7) kamu kurumu olma; 8) bağımsızlık özelliği; 9) vesayet denetimine tabi olabilme; 10) müeyyide uygulama yetkisi; 11) düzenleme yetkisi; 12) ilişkili kurum olma; 13) kendilerine has bütçeleri vardır; 14) mali denetimleri Sayıştay tarafından yapılır” şeklinde sıralamıştır.<sup>17</sup> TMSF; tasarruf, mevduat ve katılım fonları hususunda faaliyet göstermektedir; bu faaliyetlerin yürütülmesini Devlet nam ve hesabına temin ederek bir türden kamu hizmeti görür; anılan Kanun'un 122. maddesi uyarınca Fon Kurulu kararlarının uygulanmasını sağlar; yargısal değil idari nitelikte karar alır ve idari usulle karar alır; kararları idari yargı denetimine tabidir<sup>18</sup>; kamu tüzel kişiliğini haizdir; kamu tüzel kişiliğini haiz olduğundan bir türden kamu kurumu niteliğindedir; idari özerliğe dolayısıyla bağımsızlığa sahiptir; düzenleme yapma yetkisi vardır<sup>19</sup>; Cumhurbaşkanlığı ile ilgilendirilmiştir; mali özerkliğe sahiptir dolayısıyla kendilerine has bütçeleri vardır; anılan Kanun'un 124. maddesi uyarınca Sayıştay tarafından denetlenir. Ancak EPDK, BDDK gibi bağımsız idari otoritelerin uyguladığı bağlamda müeyyide uygulama yetkisi bulunmamaktadır ve 5018 sayılı Kamu

---

17 Gözler, Kemal, Kaplan, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş B. 19, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017, s. 245-250.

18 Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün 26.02.2018 karar tarihli ve 2018/106 E.; 2018/107 K. sayılı Kararı'nın gerekçesinin müteallik bölümü “*Dosyanın tetkikinden; Davacının kendisinin ve ailesinin mevduat hesabı bulunduğu İmar Bankasındaki paranın bilgi ve istemleri dışında yurtdışı off shore hesaplara aktarıldığı, Bankanın devredildiği TMSF nin paranın iadesine ilişkin taleplerine olumsuz cevap verdiği, bunun üzerine söz konusu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.*

*İdare hukuku kuralları içinde kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla kamu gücü kullanılarak tek yanlı irade beyanıyla tesis edilen idari işlemler, idari eylemler ve idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar sebebiyle açılan davaların görüm ve çözümü İdari Yargının görev alanında bulunmaktadır.*

*Yukarıda alıntılanan 5411 sayılı Kanunun 111. maddesinden de anlaşılacağı üzere, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun, olayda kanunla kendisine verilen görev uyarınca tek taraflı ve kamu gücünü kullanarak hareket ettiği görülmektedir.*

*Açıklanan nedenlerle dava konusu uyuşmazlığın idari yargıda görülüp çözümlenmesi gerekmekte olup, Danıştay Başsavcısı'nın başvurusunun kabulü ile İstanbul (Anadolu) 3. Tüketici Mahkemesinin, davalı vekilinin görev itirazının reddine ilişkin 02.03.2017 gün ve E:2016/1194 sayılı kararının kaldırılması gerekmektedir.” şeklindedir. <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/7071e1f4-d0b7-4462-a170-593b23ecd24b?excludeGereke=False&wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 30.05.2022).*

19 Söz gelimi 16.12.2021 tarihli ve 31691 sayılı Resmi Gazete'de Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun Sigortaya Tabi Mevduat ve Katılım Fonları ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca Tahsil Olunacak Primlere Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik yayımlanmıştır.

Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ekli (III) sayılı cetvelde sayılan düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında TMSF yer almamaktadır. Sayıştay ise; TMSF'yi bağımsız idari otorite olarak nitelendirmektedir.<sup>20</sup> Her ne kadar TMSF'nin bağımsız idari otorite olup olmadığı hususu tartışmalı olsa, literatürde “üst kurul benzeri, fon tipi yönetim” ve benzeri isimlerle adlandırılrsa da; Anayasa'nın 123. maddesi bağlamında; merkezi idari teşkilat içinde konumlanmaktadır.

Bununla birlikte anılan Kanun'un 39/A maddesi uyarınca tasarruf finansman sözleşmesi, belirli bir tasarruf tutarı ve dönemine bağlı olarak önceden belirlenmiş koşulların gerçekleşmesi şartıyla konut, çatılı iş yeri veya taşıt edinimi için müşteriye finansman kullanma hakkı veren, şirkete ise müşteriye ait birikmiş tasarruf tutarını yönetme, geri ödeme ve finansman kullandırma yükümlülüğü ile organizasyon ücreti alma hakkı veren, faizsiz finansman esaslarına göre düzenlenen sözleşmedir. Başka bir anlatımla tasarruf finansman sözleşmesi, müşteri (07.04.2021 tarihli ve 31447 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Tasarruf Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik madde 3/1/g'nin delaletiyle tasarruf finansman sözleşmesi imzalayan gerçek veya tüzel kişi) ile şirket (anılan Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (1) bendinin delaletiyle Türkiye'de kurulu finansal kiralama şirketleri, faktoring şirketleri, finansman şirketleri ve tasarruf finansman şirketler) arasında akdedilen iki tarafa borç yükleyen, sürekli edimli ve ivazlı bir özel hukuk sözleşmesidir. Anılan Yönetmelik madde 16/2 uyarınca tasarruf finansman sözleşmeleri, çerçeve sözleşme olarak Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun uygun görüşü alınarak Finansal Kurumlar Birliği tarafından belirlenir.

Belirtmek gerekir ki müşteri ile şirket arasında kurulacak sözleşmesel ilişkinin bir kısmı, tüketici işlemi niteliği taşıyacaktır. Başka bir anlatımla 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca hizmet, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu; (1) bendi uyarınca sağlayıcı, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi; (k) bendi uyarınca tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi; (l) bendi uyarınca tüketici işlemi, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade etmektedir. Bununla birlikte Yönetmelik madde 16/4/n uyarınca tasarruf finansman sözleşmesinde asgari olarak uyuşmazlık halinde yetkili olan tüketici hakem heyeti veya mahkemeye ilişkin koşul ve hükümler yer alır. Başka bir anlatımla tasarruf finansman sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda yetkili çözüm mercii; tüketici hakem heyeti veya mahkemedir. Söz konusu tanımlar ve anılan Yönetmelik hükmü göz önüne alındığında; müşteri ile tüketici, şirket ile sağlayıcı sıfatlarının aynı kişide toplanması, pek çok durumda mümkün

---

20 T.C. Sayıştay Başkanlığı, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu 2020 Yılı Sayıştay Denetim Raporu, Ağustos 2021, s. 31, <https://www.sayistay.gov.tr/reports/download/3540-tasarruf-mevduati-sigorta-fonu> (Erişim Tarihi: 30.05.2022).

olacaktır. (Müşteri, ticari amaçla söz konusu sözleşmesel ilişkinin tarafı olduğunda; tüketici sıfatını taşımayacaktır.)

İptali talep edilen fıkra ile tasarruf finansman sözleşmelerinin devrine ilişkin diğer usul ve esasların idarenin (TMSF Kurulunun) düzenleyici işleminin konusu yapılması, Anayasa'ya aykırıdır.

a) Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: 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 Mahkemesi'nin 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.

İlk fıkrası “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir” hükmünü içeren Anayasa'nın 123. 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.

Tasarruf finansman sözleşmelerinin devrine ilişkin (diğer) usul ve esaslar hakkındaki idari işlemin (TMSF Kurulunun tesis edeceği düzenleyici işlemin); normlar hiyerarşisinin ana halkası olarak hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerinin karşılanması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; devre konu tasarruf tutarı, devir kapsamına dahil edilecek tasarruf finansman sözleşmeleri, müşteri tarafından fesih talebinde bulunulması, yeni tasarruf finansman sözleşmesi imzalanması, müşteri tarafından ödenmeyen taksitlerin akıbeti, yeni tasarruf finansman sözleşmesi imzalanması durumunda müşterilere tahsilat yapılması, devreden ve devralan şirketlerin yükümlülükleri, devreden şirkete iade edilen tasarruf finansman sözleşmelerinin akıbeti, devralma talebinde bulunan şirketle ilgili olarak Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun uygun görüşünün alınması hususlarını genelgeçer biçimde açıklamakla yetinmiş ve fakat -Anayasal ilkelerin aksine- tasarruf finansman sözleşmelerinin devrine ilişkin diğer usul ve esaslara (söz gelimi devir talebinde süre-devir planı, devir sırasında şirketlerin edimlerini getirmemesi halinde alınacak idari tedbirler, sözleşmenin üçüncü

kişiyeye devredilebilip devredilemeyeceği) yönelik açık, nesnel, somut bir ölçüt öngörmemiştir. TMSF Kurulunun uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarenin düzenleyici işlemine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen fıkra, Anayasa'nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

b)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından; Anayasa'nın 7. 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 fıkra hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; TMSF Kuruluna; tasarruf finansman sözleşmesinin devrine ilişkin diğer usul ve esasları tespit etme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

c)Eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları, teşebbüs hürriyeti bakımından: Ayrıca iptali talep edilen fıkranın TMSF Kuruluna verdiği sınırsız takdir yetkisi, müşteriler, devreden şirketler ve devralan şirketler arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan fıkra, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer durumdaki kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır ve ancak ihtilafli düzenlemede haksız nedenlere dayalı keyfi muamele farklılıklarını engelleyecek hiçbir objektif kıstas ve güvence bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; "[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır." (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; "Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir" (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: "Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir" (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ancak iptali talep edilen fıkranın TMSF Kuruluna verdiği öznel ve keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi; söz gelimi müşteriler bakımından farklı devir koşulları oluşturulmasına, devralan ve devreden şirketler için ayrı sorumluluklar/yükümlülükler öngörülmesine ilişkin muamele farklılıklarını temelleyecek haklı bir nedene dayanmamaktadır. Bu nedenle anılan fıkra, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

Öte yandan, tasarruf finansman sözleşmelerinin devrine ilişkin diğer usul ve esaslar; müşterileri, devralan ve devreden şirketleri etkileyecektir. Tüzel kişi müşteriler, devralan ve devreden şirketler bakımından bu durum, eşitlik ilkesi bağlamında teşebbüs hürriyetinin konusu kapsamında kalmaktadır. Zira Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devletin, özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasına yönelik tedbirleri almaya ilişkin pozitif yükümlülüğü vardır ve Anayasa'nın 10. maddesi uyarınca Devlet, bu pozitif yükümlülüğü her bir özel teşebbüs bakımından (benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunanlar için) eşit şekilde yerine getirmekle mükelleftir. 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 açıklandığı üzere; iptali talep edilen fıkra nedeniyle her bir müşteri, devreden ve devralan şirket bakımından farklı uygulamalar yapılabileceğinden; aynı şartları sağlayan iki özel teşebbüs arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılabileceğinden ve bunu engelleyecek herhangi bir kanuni güvence de öngörülmediğinden; anılan fıkra, Anayasa'nın 10 ve 48. maddelerine aykırıdır. Diğer bir deyişle Devletin bir özel teşebbüs bakımından pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesini ve fakat 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, müşteri, devreden ve devralan iki teşebbüs, eşitsiz bir uygulamayla karşı karşıya kalabilecektir. Ayrıca iptali talep edilen fıkra; idarenin düzenleyici işlemlerinin kanuni çerçevesini çizmeden, ayrımcı, öngörülemez ve keyfi işlem ve eylemlere açık uygulamalara sebep olarak teşebbüs hürriyetini sınırlandırdığından, bir başka deyişle yasallık ve gereklilik ölçütlerini karşılamadığından; Anayasa'nın 13. maddesine de aykırıdır.

ç)Mülkiyet hakkı, sözleşme özgürlüğü ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları bakımından: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi imkanı 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).

Tasarruf finansman sözleşmesinin edimleri göz önüne alındığında; sözleşme konusu üzerinde hem müşterinin hem de şirketin mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Zira müşteri, finansman kullanacak; şirket ise müşteriye ait birikmiş tasarruf tutarını (geri ödeme ve finansman kullandırmayla birlikte) yönetecektir. O halde tasarruf finansman sözleşmesinin devrinin; mülkiyet hakkını koruyacak kanuni bir usulle açık, net, anlaşılabilir biçimde güvencelenmesi gerekmektedir. Kanun koyucu, ekonomik kamu düzenini teminen tasarruf finansman sözleşmelerinin devrine ilişkin geçici 9. maddenin lafzında sayılı hususları kanun düzeyinde belirlemiş; ve fakat devre ilişkin birçok hususu idarenin düzenleyici işlemlerinin konusu yapmıştır. İptali talep edilen fıkra ile söz konusu devre ilişkin diğer usul ve esaslar, TMSF Kurulunun uhdesine bırakılmak suretiyle; mülkiyet hakkı, korumasız kılınmakta dahası mülkiyet hakkına (Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarının -bilhassa



kanunilik- gereklerinin aksine) öngörülemez idari işlemlerle müdahale edilmesinin önü açılmaktadır.

Buna ek olarak; Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan sözleşme özgürlüğü; tarafların bir sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğünü, sözleşmeye son verme özgürlüğünü, sözleşmenin içeriğini belirleme /değiştirme özgürlüğünü, sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğünü içerir. O halde iptali talep edilen fıkranın yer aldığı madde hükmünün kapsamındaki tasarruf finansman sözleşmelerinin devri hususu, mülkiyet hakkının ve sözleşme özgürlüğünün kesişim alanındadır. Başka bir anlatımla müşteri (mülkiyet hakkına binaen) mamelekin artması amacıyla (sözleşme özgürlüğüne binaen) tasarruf finansman sözleşmesini devretmek isteyecek; devralan şirket ise (sözleşme özgürlüğüne binaen) sözleşmenin karşı tarafı olmak suretiyle tasarruf finansman sözleşmeleri üzerinden (mülkiyet hakkına binaen) kazanç elde edecektir, devreden şirketin (mülkiyet hakkına binaen) mamalekinde azalma olmaması temin edilecektir. O halde tasarruf sözleşmesinin devrine ilişkin usul ve esaslar; nihayetinde mülkiyet hakkının ve sözleşme özgürlüğünün kullanımına etki edecektir. Mülkiyet hakkına ve sözleşme özgürlüğüne yapılan söz konusu müdahalenin hukuka uygun nitelik kazanması için; Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları çerçevesinde yapılması gerekmektedir. Bu sınırlardan olan kanunilik kaydı gereğince; iptali talep edilen fıkra da yer alan ve hak sınırlayıcı etki doğurma potansiyeli olan esas ve usullerin kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu, bu hususların düzenlenmesini idarelerin uhdesine bırakmak suretiyle; anılan hak ve hürriyete idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen fıkra, Anayasa'nın 13, 35 ve 48. maddelerine aykırıdır.

d)Tüketicilerin korunması bakımından: Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti, sosyal devlet olarak nitelendirilmiş; 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri arasında “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” sayılmış; 17. maddesinde herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. Anılan Anayasal hükümlerin somut bir görünümü, tüketicilerin korunmasıdır. Anayasa koyucu, gelişen endüstri ve teknolojiye büyük ölçüde etkilenen üretim – tüketim zincirinde görece dezavantajlı konumda bulunan tüketicilerin korunması bakımından özel bir madde (Anayasa madde 172) ihdas etmiştir: “Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder.”. Başka bir anlatımla “Anayasa'nın 172. maddesinde; devletin tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alacağı, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimleri teşvik edeceği ifade edilerek tüketicilerin haklarının korunmasına ilişkin doğrudan ve özel bir düzenlemeye yer verilmiştir.” (Anayasa Mahkemesi'nin 14.11.2019 tarihli ve 2019/99 E.; 2019/83 K. sayılı Kararı, § 5). “... maddenin gerekçesinde de özetle tüketicilerin korunmasının “tüketici toplumu” diye adlandırılan belli bir gelişmişlik seviyesindeki ülkelerde ortaya çıkmış olmakla birlikte- bu ölçüde gelişmemiş ülkelerde de toplumsal bir problem olduğunun sonradan görüldüğü ve bu konuda getirilecek tedbirlerin tüketicileri koruyacağı, tüketicinin korunmasının bir serbest piyasa ekonomisi tedbiri olduğu, her şeyden önce tüketicilerde “tüketici bilinci” nin oluşturulması gerektiği, devletin tüketicileri koruyucu başka tedbirler de alabileceği

belirtilmiştir.” (Anayasa Mahkemesi’nin 15.11.2017 tarihli ve 2016/162 E.; 2017/156 K. sayılı Kararı, § 8).

Açıklandığı üzere tasarruf finansman sözleşmelerinin tüketici işlemi niteliğini haiz olduğu durumlarda; anılan sözleşmeler, Anayasa’nın 172. maddesinin konusudur. O halde tüketici olan müşterilerin haklarının ihlaline yol açan her düzenleme, tüketicilerin korunamamasına neden olacaktır. Başka bir anlatımla (Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan) kanunilik kaydının gereklerini karşılamamak suretiyle, anılan hak ve özgürlüklere hukuka aykırı biçimde müdahale edilmesine neden olabilecek iptali talep edilen fıkra; nihayetinde müşterilerin tasarruf finansman sözleşmesine konu birikimlerini değerlendirememesi suretiyle, Devlete yüklenen Anayasal koruma yükümlülüğünün yerine getirilememesine neden olacaktır. Bu nedenlerle iptali talep edilen fıkra, Anayasa’nın 2, 5, 17 ve 172. maddelerine aykırıdır.

e)Para kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının 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 oluşturmaya üretim ve hizmet kuruluşlarının 'fiyat anlaşmaları', 'coğrafi bölge paylaşma' ve 'benzeri suretle' gerçekleştirilecek kartelleşme de yasaklanmıştır; Devlet, bunu engelleyici önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Böylece rekabetin ortadan kaldırılması, tekellerin ve kartellerin fiyatları oluşturmaya 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). Tasarruf finansman sözleşmelerine konu meblağın verimli birikimi ve bunun etkin kullanımı, Anayasa’nın 5 ve 167. maddelerinin bir gereğidir. Ancak tasarruf finansman sözleşmelerinin devrine ilişkin diğer usul ve esasların idarenin düzenleyici işleminin konusu yapılması suretiyle ortaya çıkacak hukuki belirsizlik; ekonomik öngörülebilirliği de ihlal edecek ve para piyasalarındaki dengeyi bozabilecek niteliktedir. Bu nedenle iptali talep edilen fıkra, Anayasa’nın 5 ve 167. maddelerine de aykırıdır.

f)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa’nın 90. 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 fıkra, mülkiyet hakkına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Ek 1 No’lu Protokolü’nün, sınırlama koşulu olarak kanunilik kaydını içermek suretiyle mülkiyet hakkını düzenleyen 1. maddesini ihlal ettiğinden Anayasa’nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7394 sayılı Kanun'un 34. maddesiyle 6361 sayılı Kanun'a eklenen geçici madde 9'un on dördüncü fıkrası, Anayasa'nın 2, 5, 7, 10, 13, 17, 35, 48, 90, 123, 167 ve 172. maddelerine aykırıdır; anılan fıkranın iptali gerekir.

8) 08.04.2022 tarihli ve 7394 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 35. maddesiyle 08.02.2018 tarihli ve 7091 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 5. maddesine eklenen fıkranın Anayasa'ya aykırılığı

7394 sayılı Kanun'un 35. maddesiyle 7091 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un devir işlemlerine ilişkin tedbirleri düzenleyen 5. maddesine iptali talep edilen (9.) fıkra eklenmiştir. Söz konusu 9. fıkraya göre münhasıran anılan 5. madde uyarınca yapılması gereken işlemlerin yürütülmesine esas olmak üzere talepte bulunanlar hakkında; milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı nedeniyle; devam etmekte olan herhangi bir adli soruşturma veya kovuşturma bulunup bulunmadığı, kovuşturmayaya yer olmadığına, beraatine, ceza verilmesine yer olmadığına, davanın reddine veya düşmesine karar verilip verilmediği hususları dikkate alınarak işlemler sonuçlandırılacaktır. Ancak anılan fıkra, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki 7091 sayılı Kanun'un 5. maddesinde genel olarak 20.07.2016 tarihli ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla ülke genelinde ilan edilen olağanüstü hal kapsamında yürürlüğe konulan Kanun Hükmünde Kararnameler (KHK) gereğince kapatılan ve Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne veya Hazine'ye devredilen kurum, kuruluş, özel radyo ve televizyonlar, gazete, dergi, yayınevi ve dağıtım kanallarının her türlü taşınır, taşınmaz, malvarlığı, alacak ve hakları ile belge ve evrakların (devralınan varlık) üzerinde tasarrufta bulunmaya ve buna ilişkin usul ve esasları belirlemeye, vakıflar yönünden Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün, diğerleri yönünden Maliye Bakanlığı'nın yetkili olduğu; nakit ve diğer değerlerin takip edileceği hesaplar; kapatılan kurum, kuruluş, özel radyo ve televizyonlar, gazete, dergi, yayınevi ve dağıtım kanallarının bağlı oldukları şirketlerin hukuki akıbeti; söz konusu tasarruf işlemlerine konu edilebilecek borç ve yükümlülüklerle ilişkin olarak hak iddiasında bulunanların hukuki statüsü; borçların ödenmesinde esas alınacak sıra cetveli ve ihtilaflı taleplere ilişkin talep sahiplerinin hukuki statüsü; kapatılan vakıflara ait olan taşınmazların hukuki statüsü; bu madde kapsamında bilgi ve belge istemenin usul ve esasları; bu madde hükümlerinin anılan Bakanlar Kurulu Kararıyla ülke genelinde ilan edilen olağanüstü hal kapsamında yürürlüğe konulan KHK'ler uyarınca gerçekleştirilen bütün kapatma işlemleri hakkında uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

İptali talep edilen fıkra gereğince münhasıran anılan 5'in madde uyarınca yapılması gereken işlemlerin yürütülmesine esas olmak üzere talepte bulunanlar hakkında; milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı nedeniyle; devam etmekte olan herhangi bir adli soruşturma veya kovuşturma bulunup bulunmadığı, kovuşturmayaya yer olmadığına, beraatine, ceza verilmesine yer olmadığına, davanın reddine veya düşmesine karar verilip verilmediği hususları dikkate alınarak işlemler

sonuçlandırılacaktır. Söz konusu talepte bulunanlar hakkında sayılı yargısal işlemlerin ve kararların nazara alınarak işlemlerin sonuçlandırılması, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; milli güvenliğe tehdit oluşturan yapıyı, oluşumu veya grupları ya da terör örgütlerini tespit etmeye yetkili mercii, madde lafzında zikredilmemiştir. Yine iptali talep edilen fıkra lafzında sayılı yargısal işlemlerin ve kararların kesin hükümle (res judicata) sonuçlanması aranmamaktadır.

a)Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları, hak arama hürriyeti, masumiyet karinesi, temel hak ve hürriyetlerin korunması bakımından: İptali talep edilen fıkra, Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinde teminat altına alınan adil yargılanma hakkını, Anayasa'nın 38. maddesinde temelini bulan masumiyet karinesini Anayasa'nın 40. maddesinde güvencelenen Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkını ihlal etmektedir.

Zira münhasıran anılan 5. madde uyarınca yapılması gereken işlemlerin yürütülmesine esas olmak üzere talepte bulunanlar hakkında işlemler sonuçlandırılırken; milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı nedeniyle; devam etmekte olan herhangi bir adli soruşturma veya kovuşturma bulunup bulunmadığı, kovuşturmayaya yer olmadığına, beraatine, ceza verilmesine yer olmadığına, davanın reddine veya düşmesine karar verilip verilmediği hususları dikkate alınacaktır. Ancak iptali talep edilen fıkroda sayılı yargısal işlemlerin ve kararların kesinleşmesi, öngörülmemiştir. Halbuki kesin hüküm, bir yargısal işlemin ve kararın bağlayıcı hale gelmesinin bir ön şartıdır. Başka bir anlatımla "Res judicata'nın anlamı bir hukuk mahkemesi kararının veya bir beraat kararının kesinleşmesiyle birlikte derhal bağlayıcı hale gelmesi ve iptal edilme riskinin bulunmamasıdır (Brumărescu)".<sup>21</sup> O halde yargısal işlem ve karar, idare makamları bakımından henüz bağlayıcı hale gelmeden; Vakıflar Genel Müdürlüğü ve Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın anılan 5. maddede yer alan işlemleri sonuçlandırırken; sayılı yargısal işlemlerin ve kararları dikkate alması, kesin hükmün bağlayıcılığı ilkesini dolayısıyla adil yargılanma hakkını ihlal edecektir. Başka bir anlatımla sayılı yargısal işlemlerin ve kararların kesin hükümle karara bağlanması bir ön şart olarak tespit edilmediğinden; (Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan sınırlandırmanın sınırlarına aykırı olarak) adil yargılanma hakkının özüne dokunulacaktır.

Öte yandan adil yargılanma hakkının tüm unsurlarının (kanunla kurulmuş-bağımsız-tarafsız bir mahkemede, makul bir sürede, adil ve aleni biçimde yargılanma hakkı, mahkemeye erişim hakkı, silahların eşitliği-yargılamada çelişme-yargılamada vicahilik ilkelerinin) tecessüm edeceği bir mahkumiyet (kesin nitelikteki) hükmü aranmadan, talepte bulunan kimseler bakımından işlemlerin sayılı yargısal işlem ve kararlar nazara alınarak sonuçlandırılması, Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen masumiyet karinesini de ihlal edecektir. Gerçekten de; Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan masumiyet (suçsuzluk) karinesi, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına alır. Bunun sonucu olarak kişinin masumiyeti asıl olduğundan suçluluğu ispat külfeti iddia

21 Vitkauskas, Dovydas, Dikov, Grigoriy, (Çev. Serkan Cengiz), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2012, s. 35.

makamına ait olup kimseye suçsuzluğunu ispat mükellefiyeti yüklenemez. Ayrıca hiç kimse suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz. Bu çerçevede masumiyet karanesi, kural olarak hakkında bir suç isnadı bulunan ve henüz mahkûmiyet kararı verilmemiş kişileri kapsayan bir ilkedir (Kürşat Eyol, B. No: 2012/665, 13/6/2013, §§ 26, 27). Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere, "Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan suçsuzluk karanesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmekte ve hukuk devleti ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır" (AYM, E. 2017/109, K. 2018/39, K.T. 02.05.2018, R.G. 6/6/2018 – 30443, III-8). Adil yargılanma hakkının bir unsuru olan masumiyet karanesinin sağladığı güvencenin iki yönü bulunmaktadır. Güvencenin ilk yönü; kişi hakkındaki ceza yargılaması sonuçlanıncaya kadar geçen, bir başka ifadeyle kişinin ceza gerektiren bir suçla itham edildiği (suç isnadı altında olduğu) sürece ilişkin olup suçlu olduğuna dair hüküm tesis edilene kadar kişinin suçluluğu ve eylemleri hakkında erken açıklamalarda bulunulmasını yasaklar. Güvencenin bu yönünün kapsamı, sadece ceza yargılamasını yürüten mahkemeye sınırlı değildir. Güvence aynı zamanda diğer tüm idari ve adli makamların da işlem ve kararlarında, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kişinin suçlu olduğu yönünde ima ya da açıklamalarda bulunmamasını gerekli kılar. Dolayısıyla sadece suç isnadına konu ceza yargılaması kapsamında değil ceza yargılaması ile eş zamanlı olarak yürütülen diğer hukuki süreç ve yargılamalarda da (idari, hukuk, disiplin gibi) masumiyet karanesinin ihlali söz konusu olabilir (Galip Şahin, B. No: 2015/6075, 11/6/2018, § 39; Turgut Duman, B. No: 2014/15365, 29/5/2019, § 103). Güvencenin ikinci yönü ise ceza yargılaması sonucunda mahkûmiyet dışında bir hüküm kurulduğunda devreye girer ve daha sonraki yargılamalarda ceza gerektiren suçla ilgili olarak kişinin masumiyetinden şüphe duyulmamasını, kamu makamlarının toplum nezdinde kişinin suçlu olduğu izlenimini uyandıracak işlem ve uygulamalardan kaçınmasını gerektirir (Galip Şahin, § 40; Turgut Duman, § 104 ).

Nasıl ki AYM, masumiyet karanesinin kamu otoritelerini bağladığını ifade ediyorsa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, masumiyet karanesinin ihlalinin bir hâkim veya mahkemeden kaynaklanabileceği gibi, başka kamu otoritelerinden de gelebileceğine dikkat çekmektedir (AİHM, *Allenet de Ribemont-Fransa*, 10 Şubat 1995, başvuru no : 15175/89, § 36). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, Sözleşme'nin 6. maddesinin ikinci fıkrasında güvence altına alınan masumiyet karanesinin iki boyutu bulunmaktadır. Buna göre, ilk boyut, bir suç isnadında bulunulmasından ceza yargılamasının sonuçlanmasına kadar geçen süreci güvence altına almaktadır. İkinci boyut ise, mahkûmiyet hükmüyle sonuçlanmayan ceza yargılamalarıyla bağlantılı müteakip yargılamalar bağlamında kişinin masumiyetine saygı gösterilmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Ceza yargılamasının devam ettiği sürece ilişkin ilk unsurun kapsamı sadece ceza yargılamalarının adillliğini temin etmek adına usule ilişkin bir güvence olmakla sınırlı değildir. Bu ilke daha geniş kapsamlı olup hiçbir devlet temsilcisinin kişinin suçluluğu bir mahkeme tarafından tespit edilmeden o kişinin suçlu ilan edilmemesini veya suçlu muamelesine tabi tutulmamasını gerektirir. (AİHM, *Kemal Coşkun/Türkiye*, B. No: 45028/07, 28/3/2017, §§ 41, 43; AİHM, *Seven/Türkiye*, B. No: 60392/08, 23/1/2018, § 43).



Bu itibarla, ihtilafli fıkra; suçluluğu yargı kararıyla hükmen sabit olmayan talepte bulunanlar hakkındaki işlemlerin, bu kişilere suçlu muamelesi yapılarak sonuçlandırılacağı anlamına geldiğinden; Anayasa'nın 38. maddesini ihlal etmektedir.

Yine Anayasa'nın 40. maddesi mucibince herkes, Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Kanun koyucu da Anayasa'nın amir hükmüne istinaden anılan 5. madde kapsamında (haklarının ihlal edildiği iddiasıyla) talepte bulunanların ilgili makamlara başvurabileceğini hüküm altına almış ve fakat bu taleplerin sayılı yargısal işlem ve kararlar nazara alınarak sonuçlandırılacağını öngörmüştür. Başka bir anlatımla kanun koyucu, talepte bulunanlara başvuru hakkı tanımak suretiyle; Anayasa'nın 40. maddesinin gereklerini karşılamış ve fakat sayılı yargısal işlemlerin ve kararların kesin hükümle karara bağlanmasını şartını öngörmeyerek; anılan hakkın özüne (Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen 13. maddesinde yer alan kanunilik kaydını aksine) idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır.

Bu nedenlerle iptali talep edilen fıkra, Anayasa'nın 13, 36, 38 ve 40. maddelerine aykırıdır.

b)Eşitlik ilkesi, mülkiyet hakkı ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları bakımından: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi imkanı 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).

Ancak 20.07.2016 tarihli ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla ülke genelinde ilan edilen olağanüstü hal kapsamında yürürlüğe konulan Kanun Hükmünde Kararnameler gereğince kapatılan ve Vakıflar Genel Müdürlüğüne veya Hazineye devredilen kurum, kuruluş, özel radyo ve televizyonlar, gazete, dergi, yayınevi ve dağıtım kanallarının her türlü taşınır, taşınmaz, malvarlığı, alacak ve hakları ile belge ve evrakları (devralınan varlık) üzerinde talepte bulunanlar hakkındaki işlemlerin, kesin hüküm şartı aranmayan sayılı yargısal işlem ve kararların dikkate alınarak sonuçlandırılması, talepte bulunanların mülkiyet hakkını ihlal edecektir. Zira bu kimseler, mülkiyet haklarının korunması için idareden talepte bulunacak ve fakat idare, bu talepler hakkında karar verirken; kesin hüküm şartı aranmayan sayılı yargısal işlem ve kararları dikkate alacaktır. Bu işlemlerin sonuçlandırılması bakımından göz önünde bulundurulurken; sayılı yargısal işlem ve kararların kesin hüküm niteliğini taşıması, mülkiyet hakkını korumasız bırakacak ve onun özüne dokunacaktır.

Başka bir anlatımla kanun koyucu, hukuk devleti ilkesine aykırı şekilde belirsiz kavramlar aracılığıyla ve kesin nitelikteki bir yargı kararı olmaksızın talepte bulunanlar hakkında idare tarafından işlem yapılmasına cevaz vermek suretiyle; Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarının gereklerini karşılamayarak; onların mülkiyet hakkını ihlal etmiştir. Nitekim Anayasa

Mahkemesi'nin belirttiği üzere; Anayasa'nın 35. maddesi usule ilişkin açık bir güvenceden söz etmemektedir. Bununla birlikte mülkiyet hakkının gerçek anlamda korunabilmesi bakımından bu madde, Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında da ifade edildiği üzere mülk sahibine müdahalenin kanun dışı veya keyfi ya da makul olmayan şekilde uygulandığına ilişkin savunma ve itirazlarını sorumlu makamlar önünde etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağının tanınması güvencesini kapsamaktadır. Bu değerlendirme ise, uygulanan sürecin bütününe bakılarak yapılmalıdır (Züliye Öztürk, B. No: 2014/1734, 14/9/2017, § 36; Bekir Yazıcı [GK], B. No: 2013/3044, 17/12/2015, § 71) (Recep Tarhan ve Afife Tarhan, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, § 62) (Anayasa Mahkemesi'nin 01.07.2020 tarihli ve 2016/4293 Bireysel Başvuru No'lu Güven Bostan Başvurusu, § 48). Ancak söz konusu talepte bulunanlar bakımından sayılı yargısal işlem ve kararlara kesin hüküm bağlanmayarak ve dolayısıyla hakkı koruyucu usuli güvenceler bertaraf edilmek suretiyle hakkın özüne dokunularak mülkiyet hakkı ihlal edilmiştir. Bu nedenle anılan fıkra, Anayasa'nın 13 ve 35. maddelerine aykırıdır.

Buna ilave olarak Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; “[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır.” (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; “Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir” (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: “Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir” (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Anılan fıkra, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira talepte bulunanlar arasında “milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı nedeniyle; devam etmekte olan herhangi bir adli soruşturma veya kovuşturma bulunup bulunmadığı, kovuşturmayaya yer olmadığına, beraatine, ceza verilmesine yer olmadığına, davanın reddine veya düşmesine karar verilip verilmediği” şeklindeki gerekçeyle bir ayırım yapılmıştır. Açıklandığı üzere; söz konusu gerekçe, Anayasa'ya aykırı olduğundan, talepte bulunanlar arasında ayırım yapmayı haklı kılmamaktadır. Diğer bir deyişle eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer durumdaki kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayırma ilişkin bir “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır ve ancak ihtilafli düzenlemede hakkında sayılı yargısal işlem ve karar olan ile olmayan (mülkiyet haklarının korunması amacıyla) talepte bulunanlar arasında haklı bir nedene dayanmayan (kesinleşmiş yargı kararı yokluğunda) muamele farklılığı yapılacaktır. Zira sayılı yargısal işlem ve kararlar bakımından kesin hüküm şartı aranmadığından; masumiyet karinesine istinaden bu kimseler, eşit konumdadır. Bu nedenle anılan fıkra, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

c)Eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları, teşebbüs hürriyeti bakımından: Söz konusu işlemlerin kesin hükümlerle karara bağlanmayan sayılı yargısal işlem ve kararların dikkate alınarak sonuçlandırılması, tüzel kişi talepte bulunanları etkileyecektir. Tüzel kişi talepte bulunanlar bakımından bu durum, eşitlik

ilkesi bağlamında teşebbüs hürriyetinin konusu kapsamında kalmaktadır Zira Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devletin, özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasına yönelik tedbirleri almaya ilişkin pozitif yükümlülüğü vardır ve Anayasa'nın 10. maddesi uyarınca Devlet, bu pozitif yükümlülüğü her bir özel teşebbüs bakımından (benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunanlar için) eşit şekilde yerine getirmekle mükelleftir. 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 fıkra ile sayılı yargısal işlemler ve kararlar bakımından kesin hüküm ön şartının aranmaması, aynı talepte bulunan iki özel teşebbüs arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan fıkra, Anayasa'nın 10 ve 48. maddelerine aykırıdır. Diğer bir deyişle Devletin bir özel teşebbüs bakımından pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesini ve fakat bir diğerini gözetmemesini; daha somut bir anlatımla, benzer durumdaki özel teşebbüsler arasındaki muamele farklılığını haklı kılacak bir nedenin temellendirilmesini sağlayacak nesnel bir ölçüt (sayılı yargısal işlem ve kararların kesin hüküm şartına bağlanması) bulunmamaktadır. Yine bu durumda, söz gelimi anılan 5. maddenin beşinci fıkrası kapsamında borçların ödenmesinde ihtilafli taleplere ilişkin başvuruda bulunan iki teşebbüs, eşitsiz bir uygulamayla karşı karşıya kalabilecektir. Ayrıca iptali talep edilen fıkra; teşebbüs hürriyetini korumasız bıraktığından, bir başka deyişle hakkın özüne dokunmamanın gereklerini karşılamadığından; Anayasa'nın 13. maddesine de aykırıdır. Bu nedenle anılan fıkra, Anayasa'nın 10, 13 ve 48. maddelerine aykırıdır.

ç)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: 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 önlemler içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye işlem yaparken ve eylem tesisi ederken 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. 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.

İptali talep edilen fıkra milli güvenliğe tehdit oluşturan yapı, oluşum, grup veya terör örgütlerini tespit etmeye yetkili mercii, tayin edilmemiştir. (Kaldı ki bir an için milli güvenliğe tehdit oluşturan yapı, oluşum, grup veya terör örgütlerinin yargı organı tarafından tespit edileceği kabul edilse dahi; anılan fıkra hükmünde, yargı mercii tarafından verilen kararın kesin hüküm niteliği taşıması şartı aranmamaktadır.) Öte yandan milli güvenliğe tehdit oluşturan yapı, oluşum, grup veya terör örgütlerini tespit etmeye yetkili mercii, idare ise; anılan madde lafzında idareyi kayıtlayacak, idarenin takdir yetkisini keyfi biçimde kullanmasını önleyecek hiçbir nesnel, açık, net, anlaşılabilir ölçüt bulunmamaktadır.

Başka bir anlatımla kanun koyucu, iptali istenen fıkra hükmünü bütünüyle muğlak kavramlarla ifade etmiş keyfi uygulamaların önünü açmıştır. Zira “milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen, yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyelik veya iltisak ya da bunlarla irtibat” fiillerinin içeriği, hangi somut eylemlerin bu suçları oluşturduğu, öngörülemez niteliktedir. Milli güvenliğe tehdit oluşturduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliğin, iltisakın yahut bunlarla irtibatın nasıl ve kim tarafından tespit edileceği, talepte bulunanların tespit sırasında usule yönelik güvencelerden yararlandırılıp yararlandırılmayacağı, verilen karara karşı yargı yollarına başvurulup başvurulamayacağı, idarenin bu tespiti yaparken kanuna dayanması ve aykırı olmaması için esas alacağı kanuni çerçeve belirsizdir. Söz konusu karar yetkisi, ne esas ne de usul yönlerinden objektif olarak tanımlanmıştır ve son tahlilde, tamamen uygulayıcının keyfi kararına tabi şekilde öngörülmüştür.

Kanun koyucu, pek çok kez milli güvenliğe tehdit oluşturan yapı, oluşum, grup veya terör örgütlerini tespit etmeye yetkili mercii olarak, Milli Güvenlik Kurulu’nu tayin etmiştir. Ancak milli güvenliğe tehdit oluşturan yapı, oluşum, grup veya terör örgütlerinin Milli Güvenlik Kurulunca tespit edilmesi, Anayasa Mahkemesi’nin birçok iptal kararına konu olmuştur. Anılan emsal kararlardan birinin gerekçesi:

“28. 6136 sayılı Kanun’un 7. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendi, en az bir dönem köy veya mahalle muhtarlığı ya da belediye başkanlığı yapmış bulunan kişilerden, yapılan soruşturma sonucu veya kesinleşmiş yargı kararı üzerine görevine son verilenler ile terör örgütlerine veya MGK’ca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olanların ateşli silah taşıyamamasını ve bulunduramamasını öngörmekte olup anılan bentte yer alan “...Milli Güvenlik Kurulunca...” ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

29. Anayasa’nın 118. maddesinin üçüncü fıkrasında “Millî Güvenlik Kurulu; Devletin millî güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili alınan tavsiye kararları ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusundaki görüşlerini Cumhurbaşkanına bildirir. Kurulun, Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar Cumhurbaşkanınca değerlendirilir.” denilmektedir.

30. Bu bağlamda MGK’nın başlıca görevleri, devletin millî güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili tavsiye kararları almak ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusundaki görüşlerini bildirmektir. MGK’nın devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararları Cumhurbaşkanlığınca değerlendirilir.

31. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve Genelkurmay Başkanı’nın önerileri dikkate alınarak Cumhurbaşkanınca gündemi düzenlenen MGK’nın kararlarının hukuki niteliği Anayasa’nın anılan maddesinde açıkça belirlenmiştir. Buna göre MGK’nın alacağı kararlar tavsiye niteliğinde olup bu kararlar Cumhurbaşkanına bildirilir.

32. Nitekim Anayasa'nın 104. maddesinde devletin başı olan Cumhurbaşkanı'nın millî güvenlik politikalarını belirleyeceği ve bu kapsamda gerekli tedbirleri alacağı düzenlenmiştir. Yine Cumhurbaşkanı'nın millî güvenliğin sağlanmasından sorumlu olduğu Anayasa'nın 117. maddesinde hükme bağlanmıştır.

33. Bu itibarla istişari nitelikte bir danışma organı olan MGK'nın icrai karar alma yetkisine sahip olmadığı gözetildiğinde Cumhurbaşkanınca ayrı bir kararla benimsenmemiş MGK kararlarına hukuki sonuç bağlanamayacağı ve bu kararların kendiliğinden icra edilemeyeceği açıktır.

34. Dava konusu ibarenin de yer aldığı kural MGK'ca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan köy veya mahalle muhtarlığı ya da belediye başkanlığı yapmış kişilerin ateşli silah taşımamasını ve bulundurmamasını düzenlemektedir. Millî güvenliğe karşı tehditlerin belirlenmesi ve bu tehditlerin hangi kaynak, kişi ya da yapıdan geldiğinin tespit edilmesinde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan MGK'nın tavsiye niteliğinde karar alamayacağı söylenemez.

35. Bununla birlikte dava konusu "...Millî Güvenlik Kurulunca..." ibaresi, tavsiye niteliğindeki MGK kararına kendiliğinden hukuki bir sonuç bağlamaktadır. Şüphesiz MGK'nın tavsiye niteliğindeki kararlarının yürütme organı tarafından dikkate alınması ve hukuk alanında hayata geçirilmesi mümkündür. Ancak MGK'nın kararları hakkında başkaca icrai bir karar alınmadan bu kararlara hukuk alanında sonuçlar bağlanması Anayasa'nın lafzıyla bağdaşmamaktadır.

36. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 118. maddesine aykırıdır. İptali gerekir."

şeklindedir (Anayasa Mahkemesi'nin 03.06.2021 tarihli ve 2020/9 E.; 2021/37 K. sayılı Kararı; aynı yönde bkz.: Mahkemesi'nin 03.06.2021 tarihli ve 2020/18 E.; 2021/38 K. sayılı Kararı, § 4-12; 16.12.2021 tarihli ve 2021/80 E.; 2021/99 K. sayılı Kararı, § 34-41). Ancak Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararlarına istinaden; bu tespit işleminin Millî Güvenlik Kurulunca gerçekleştirilemeyeceğinin bilincinde olan kanun koyucu; iptali talep edilen fıkrada, herhangi bir idari makamı söz konusu tespit işlemini gerçekleştirme yetkisiyle donatmamıştır, yetkili merciin kim olacağı hususunda sessiz kalmıştır.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi (iptali talep edilen fıkra hükmünde yer alan ibarelere benzer ibareler içeren iptal davası konusu üzerine verdiği bir kararında), "Kuralda terör örgütleriyle irtibatlı veya iltisaklı bulunan kişilerin noterliğe kabul edilemeyecekleri belirtilmekte olup kuralda geçen iltisaklı kavramı kavuşan, bitişen, birleşen; irtibatlı kavramı ise bağlantılı anlamına gelmektedir. Anılan kavramlar genel kavram niteliğinde olmakla birlikte bunların belirsiz ve öngörülemez nitelikte olduğu söylenemez. Bu kavramların hukuki niteliği ve objektif anlamı yargı içtihatlarıyla belirlenebilecek durumdadır." şeklinde gerekçe kaleme alsada; bunun devamında "Diğer yandan anılan kavramların, içinde bulunulan döneme göre farklı yorumlanabilmesi de mümkündür. Bu bağlamda olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikeler gözetilerek olağanüstü hâl döneminde terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı bulunulup bulunulmadığının tespiti bakımından terör örgütleriyle üyeler arasındaki bağın varlığı konusunda yapılacak değerlendirme ile olağan dönemde yapılacak değerlendirmenin farklı olabileceğinin kabul edilmesi gerekir." şeklinde bir temellendirme yapmak suretiyle (Anayasa Mahkemesi'nin 14.11.2019 tarihli ve 2018/89 E.; 2019/84 sayılı Kararı, ,§ 30, 31); olağan dönemde söz konusu talepte bulunanlar bakımından keyfi uygulamalar olabileceğine delalet etmiştir. O halde olağanüstü hale özgü koşulların ve kanuni lafzın; (iptali talep edilen fıkra hükmünde olduğu gibi), hukuk devleti ve kanunilik ilkelerine aykırı şekilde, olağan döneme sirayet etmesi (söz gelimi üyelik, mensubiyet, iltisak, irtibata yönelik ilişkilerin –kesin hükümle- yargı makamları yerine idarece tespiti) Anayasa'nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.



d)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından; Anayasa'nın 7. 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 fıkra hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye; milli güvenliğe tehdit oluşturan yapı, oluşum, grup veya terör örgütlerini tespit etme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

e)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından; Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kuralla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzeri olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7 E.: 1991/43 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi, eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm ihtiva eden düzenleme hakkında verdiği bir iptal kararında:

“42. 1416 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesinin beşinci fıkrasında terör örgütlerine veya MGK'ca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu gerekçesi ile öğrencilikle veya mecburi hizmetle yükümlü buldukları süre içerisinde kadrolarıyla ilişigi kesilenler hakkında bu madde hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülmekte olup anılan fıkra da yer alan “...üyeliği, mensubiyeti veya...” ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

43. Öncelikle terör örgütlerine üyelik ve mensubiyet kavramlarıyla kişilere yönelik suç isnadında bulunulup bulunulmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Terör örgütüne üye olmak, -kanundaki tanımıyla suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olmak- 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında suç olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle kuralın Anayasa'nın 36. maddesinin birinci ve 38. maddesinin dördüncü fıkralarında güvence altına alınan masumiyet karinesi kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

44. Masumiyet karinesi, Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz” şeklinde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 36. maddesinde de herkesin iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Anılan maddeye “...adil yargılanma...” ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Nitekim Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasında kendisine bir suç isnat edilen kişinin suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılacağı düzenlenmiştir. Bu itibarla masumiyet karinesi, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının bir unsuru olmakla beraber suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağına dair Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında ayrıca düzenlenmiştir (Adem Hüseyinođlu, B. No: 2014/3954, 15/2/2017, § 33).

45. Masumiyet karinesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin adil bir yargılama sonucunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmekte ve hukuk devleti ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır. Anılan karine, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına almaktadır. Ayrıca hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz.

46. Masumiyet karinesinin sağladığı güvencenin iki yönü bulunmaktadır: Dava konusu kuralla da ilgisi olan güvencenin ilk yönü, kişi hakkındaki ceza yargılaması sonuçlanıncaya kadar geçen, bir başka ifadeyle kişinin ceza gerektiren bir suçla itham edildiği (suç isnadı altında olduğu) sürece ilişkin olup suçlu olduğuna dair hüküm tesis edilene kadar kişinin suçluluğu ve eylemleri hakkında erken açıklamalarda bulunulmasını yasaklar. Güvencenin bu yönünün kapsamı sadece ceza yargılamasını yürüten mahkemeye sınırlı değildir. Güvence aynı zamanda diğer tüm devlet kurumlarının da işlem ve kararlarında, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kişinin suçlu olduğu yönünde ima ya da açıklamalarda bulunmamasını gerekli kılar. Dolayısıyla sadece suç isnadına konu ceza yargılaması kapsamında değil ceza yargılaması ile eş zamanlı olarak yürütülen diğer hukuki süreç ve yargılamalarda da (idari, hukuk, disiplin gibi) masumiyet karinesinin ihlali söz konusu olabilir (Galip Şahin, B. No: 2015/6075, 11/6/2018, § 39).

47. Dava konusu kural, terör örgütlerine veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üye veya mensup oldukları gerekçesiyle öğrencilikle veya mecburi hizmetle yükümlü buldukları süre içerisinde kadrolarıyla ilişki kesilen kişilerin, 1416 sayılı Kanun'dan kaynaklanan öğrenim masrafları ile buna ilişkin faiz borcunun ödenebilmesini kolaylaştırmak amacıyla getirilen imkânlardan faydalandırılmamasını öngörmektedir. Bu yönüyle kural, terör örgütü üyeliği suçundan ceza soruşturması veya kovuşturmasına maruz kalan ancak haklarındaki süreç tamamlanıp suçlu olduklarına dair kesin hüküm tesis edilmeyen kişilerin terör örgütü üyesi veya mensubu olarak nitelendirilmelerine sebebiyet verebilecek niteliktedir. Bunun yanı sıra kuralda kapsama giren kişiler hakkında kesin hükümle sonuçlanan herhangi bir yargısal sürecin varlığına yönelik açıklama da yapılmamıştır.

48. Bu itibarla kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü olmadan kişilerin suçlu sayılmasına neden olabilecek ifadeler içeren kural masumiyet karinesini ihlal etmektedir.

49. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”

şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 16.12.2021 tarihli ve 2021/80 ve 2021/99 sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 36 ve 38. maddelerine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen ibareleri kanunlaştırması, Anayasa'nın 153. maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6. maddesine ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de halel getirmektedir.

f)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Bunun yanında; Anayasa'nın 90. 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 fıkra, Anayasa'nın 35, 36, 38 ve 40. maddeleriyle benzer hükümler içeren Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. ve etkili başvuru hakkına ilişkin 13. maddelerini; Ek 1 No'lu Protokol'ün mülkiyet hakkını düzenleyen 1. maddesini de ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7394 sayılı Kanun'un 35. maddesiyle 08.02.2018 tarihli ve 7091 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 5. maddesine eklenen fıkra, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 7, 10, 13, 35, 36, 38, 40, 48, 90, 123 ve 153. maddelerine aykırıdır; anılan fıkranın iptali gerekir.

### III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

08.04.2022 tarihli ve 7394 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile getirilen iptali talep edilen düzenlemeler birden fazla kanunda hukuka aykırı 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 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 Mahkemesi'ne dava açılmıştır.

#### IV. SONUÇ VE İSTEM

08.04.2022 tarihli ve 7394 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un

1) 4. maddesiyle 213 sayılı Kanun'un 359. maddesine eklenen "Yukarıdaki fıkralarda belirtilen ceza indiriminden faydalanabilmek için vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi şarttır." şeklindeki fıkra, Anayasa'nın 2, 13, 36, 40, 90 ve 125. maddelerine,

2) 9. maddesiyle 28.03.1983 tarihli ve 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu'na eklenen ek madde 207'nin birinci fıkrasında yer alan "kadro ve pozisyonlara ilişkin mevzuatın eki cetvellerin" ibaresi ile ikinci fıkrasında yer alan "kadro ve pozisyonlara ilişkin mevzuat hükümleri" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 49, 70, 90, 104, 123, 128, 130 ve 153. maddelerine,

3) 19. maddesiyle 05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen geçici madde 6'nın üçüncü fıkrasının altıncı cümlesinde yer alan "idarece uygun görülecek tedbirlerin" ibaresi, Anayasa'nın 2, 5, 7, 10, 13, 17, 35, 48, 56, 63, 90, 123 ve 169. maddelerine,

4) 19. maddesiyle 05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen geçici madde 6'nın dördüncü fıkrasında yer alan "ilgili mevzuatında düzenleme" ibaresi, Anayasa'nın 2, 5, 7, 10, 13, 35, 48, 90, 123, 135 ve 167. maddelerine,

5) 19. maddesiyle 05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen geçici madde 6'nın beşinci fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanı" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 35, 48, 90, 104, 123 ve 167. maddelerine,

6) 19. maddesiyle 05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen geçici madde 6'nın altıncı fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "Milli Eğitim Bakanlığınca" ibaresi, Anayasa'nın 2, 5, 7, 10, 13, 35, 48, 90, 123 ve 167. maddelerine,

7) 34. maddesiyle 6361 sayılı Kanun'a eklenen geçici madde 9'un on dördüncü fıkrası, Anayasa'nın 2, 5, 7, 10, 13, 17, 35, 48, 90, 123, 167 ve 172. maddelerine,

8) 35. maddesiyle 08.02.2018 tarihli ve 7091 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 5. maddesine eklenen fıkra, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 7, 10, 13, 35, 36, 38, 40, 48, 90, 123 ve 153. 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.

.”