

“... ”

1) 18.06.2020 tarihli ve 7247 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 1. maddesiyle 11.01.1954 tarihli ve 6219 sayılı Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanunu’nun 18. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlenin Anayasa’ya aykırılığı

7247 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle 6219 sayılı Kanun’un 18. maddesinin birinci fıkrasına eklenen “Bankanın 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa göre faaliyette bulunan gayrimenkul yatırım ortaklıkları 4734 sayılı Kanuna tabi değildir.” şeklindeki cümle Anayasa’ya aykırıdır.

6219 sayılı Kanun’un “Hukuki Rejim” başlıklı 18. maddesi:

“08.09.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, yapım işi ihaleleri hariç 04.01.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 05.01.1961 tarihli ve 237 sayılı Taşit Kanunu, 09.11.1983 tarihli ve 2946 sayılı Kamu Konutları Kanunu, 04.07.2001 tarihli ve 631 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 14.06.1989 tarihli ve 3572 sayılı İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararname’nin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun’un 3’üncü maddesi, 26.05.1981 tarihli ve 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu’nun 81’inci maddesi, 18.05.1994 tarihli ve 527 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri ile İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname’nin 31’inci maddesinin ikinci fıkrası, 08.06.1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve 22.01.1990 tarihli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, 02.01.1961 tarihli ve 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun ve 12.04.1990 tarihli ve 3624 sayılı Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanun Banka ve ortaklıkları hakkında uygulanmaz.” şeklindedir.

İptali talep edilen cümleyle söz konusu istisna hükümlerine bir yenisi eklenmiştir. İptali talep edilen cümleye göre Türkiye Vakıflar Bankası’nın 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’na göre faaliyette bulunan gayrimenkul yatırım ortaklıkları 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’na tabi değildir.

Öncelikle gayrimenkul yatırım ortaklığı kurumunu tanımlamak gerekmektedir. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun “Yatırım Ortaklıkları” başlıklı 48. maddesinin birinci fıkrasına göre yatırım ortaklıkları; sermaye piyasası araçları, gayrimenkul, girişim sermayesi yatırımları ile Sermaye Piyasası Kurulunca belirlenecek diğer varlık ve haklardan oluşan portföyleri işletmek amacıyla, paylarını ihraç etmek üzere kurulan sabit veya değişken sermayeli anonim ortaklıklardır.

Sermaye Piyasası Kanunu çerçevesinde, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından düzenlenen gayrimenkul yatırım ortaklıkları ise; getiri potansiyeli yüksek gayrimenkullere ve gayrimenkul projelerine yatırım yapmak, portföyündeki gayrimenkullerden kira geliri ve gayrimenkul alım satım kazancı elde etmek amacıyla kurulan ve gayrimenkullere, gayrimenkul

projelerine, gayrimenkule dayalı haklara ve sermaye piyasası araçlarına yatırım yapabilen ve izin verilen diğer faaliyetlerde bulunabilen sermaye piyasası kurumlarıdır.<sup>1</sup>

İptali talep edilen cümle gereğince Banka'nın uhdesindeki bu türden (6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na göre faaliyette bulunan) gayrimenkul yatırım ortaklıkları 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi olmayacaktır. Bu durum, Anayasa'ya aykırıdır.

İhtilafı kural, öncelikle Anayasa'nın hukuk devleti ilkesini öngören 2. maddesine aykırıdır. Zira Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen temel ilkeler; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamak olarak sıralanmaktadır. Türkiye Vakıflar Bankası'nın uhdesinde bulunan bu türden gayrimenkul yatırım ortaklıklarını Kamu İhale Kanunu'ndan, dolayısıyla sayılı ilkelerden varestede tutmakta kamu yararı yoktur. Nitekim Banka'nın uhdesindeki bu türden gayrimenkul yatırım ortaklıklarının etkin, verimli, şeffaf, dürüst, hesap verilebilir, ekonomik şekilde idare edilmesi gerekir. Ancak bu istisna hükmü, kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik sayılı ilkeleri, kaynakların etkin kullanımına ilişkin güvenceleri dışarıda bırakmakta ve 4734 sayılı Kanun'da öngörülen idareye şikayet usulünü, Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet usulünü ve Kamu İhale Kurumu incelemesi ile Kamu İhale Kurumu kararları üzerinden ihalelerin yargısal denetimini ortadan kaldırılmaktadır. Diğer bir deyişle iptali talep edilen cümle, Banka'nın söz konusu gayrimenkul yatırım ortaklıklarının ranta açık hale gelmesine neden olabilecektir.

Halbuki 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) Bu nedenle anılan cümle, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

Her ne kadar 7247 sayılı Kanun'un 1. maddesinin gerekçesinde, "Türkiye Vakıflar Bankası'nın hukuki rejiminin 4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun'a tabi bankalar ile uyumlu olmasının sağlanmasını teminen, diğer kamu bankalarına ve bunların bağlı ortaklık ve iştiraklerine sağlanan istisnadan Vakıf Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı Anonim Şirketi'nin de yararlandırılmasının" amaçlandığı ifade edilse de Türkiye Vakıflar Bankası'nın bu bankalar arasında özel bir konumu vardır.

13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanun'un 176. maddesiyle değiştirilen 4734 sayılı Kanun'un 2. fıkrası "Ancak, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bu Fonun hisselerine kısmen ya da tamamen sahip olduğu bankalar, 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ve bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları şirketler ( e) bendinde belirtilen yapım ihaleleri hariç) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa tabi gayrimenkul yatırım ortaklıkları ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler bu Kanun kapsamı dışındadır." şeklindedir. Ancak 4603 sayılı Kanun'a tabi bankalar ile Türkiye Vakıflar Bankası birbirlerinden farklıdır. Zira Türkiye Vakıflar Bankası'nın kuruluş amaçlarından biri, vakıf kaynaklarının etkin şekilde değerlendirilmesidir.

<sup>1</sup> Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları Tanıtım Rehberi, Sermaye Piyasası Kurulu, <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/AltSayfa/409#> (Erişim Tarihi: 23.07.2020)

Bu bakımdan, Banka'nın ortaklık yapısını açıklamak gerekmektedir. Türkiye Vakıflar Bankası, 11.01.1954 tarihli ve 6219 sayılı Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanunu ile kurulmuştur.

01.02.2018 tarihli ve 7079 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 6. maddesi ile 6219 sayılı Kanun'un 6. maddesine eklenen "Banka hisselerinden, diğer mülhak vakıflara ait olanları hariç olmak üzere, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün idare ve temsil ettiği (A) ve (B) grubu hisselerin tamamı Banka tarafından üç ayrı firmaya yaptırılan değerlendirme çalışmasının sonuç bölümlerinde belirtilen değerlerin ortalaması göz önünde bulundurularak Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen beher hisse değeri üzerinden hesaplanacak bedel karşılığında Hazine'ye devredilir ve bedeli belirlenen hisselerin tamamı Bakanlar Kurulu kararının yürürlüğe girdiği tarihi takip eden bir hafta içinde Hazine Müsteşarlığı adına Banka pay defterine kaydedilir." şeklindeki cümleyle Banka hisselerinden, diğer mülhak vakıflara ait olanları hariç olmak üzere, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün idare ve temsil ettiği (A) ve (B) grubu hisselerin tamamı Hazine'ye devredilmiştir.

03.12.2019 tarihli ve 1814 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı'na göre, Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı hisselerinden, diğer mülhak vakıflara ait olanları hariç olmak üzere, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün idare ve temsil ettiği (A) ve (B) grubu hisselerin Hazine'ye devredilmesine ilişkin ekli kararın yürürlüğe konulmasına 11.01.1954 tarihli ve 6219 sayılı Kanun'un 6. maddesi gereğince karar verilmiştir.

03.12.2019 tarihli ve 1814 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı'nın Eki gereğince Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı hisselerinden, diğer mülhak vakıflara ait olanları hariç olmak üzere, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün idare ve temsil ettiği (A) ve (B) grubu hisselerin beher hisse değeri 9,4956 TL olarak tespit edilmiş olup, değeri belirlenen hisselerin tamamı bu kararın yayımı tarihinden itibaren (04.12.2019 tarihinden itibaren) bir hafta içerisinde Hazine ve Maliye Bakanlığı adına Banka pay defterine kaydedilmiştir.

20.05.2020 tarihi itibarıyla, yeni pay ihraç edilerek tamamının halka arz edilmeksizin tahsisli satış yöntemiyle ve 7.000.000.000 TL toplam satış hasılatı elde edilecek şekilde Türkiye Varlık Fonu'na satılmıştır.<sup>2</sup>

7079 sayılı Kanun'da geçen bazı madde, fıkra, bent, cümle, ibarelerin yürütmelerinin durdurulması ve iptal edilmesi istemiyle Anayasa Mahkemesi huzurunda tarafımızca açılan iptal davasının dava dilekçesinde yer alan 7079 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile 6219 sayılı Kanun'un 6. maddesine eklenen "Banka hisselerinden, diğer mülhak vakıflara ait olanları hariç olmak üzere, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün idare ve temsil ettiği (A) ve (B) grubu hisselerin tamamı Banka tarafından üç ayrı firmaya yaptırılan değerlendirme çalışmasının sonuç bölümlerinde belirtilen değerlerin ortalaması göz önünde bulundurularak Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen beher hisse değeri üzerinden hesaplanacak bedel karşılığında Hazine'ye devredilir ve bedeli belirlenen hisselerin tamamı Bakanlar Kurulu kararının yürürlüğe girdiği tarihi takip eden bir hafta içinde Hazine Müsteşarlığı adına Banka pay defterine kaydedilir." şeklindeki cümlelerin (yürütmesinin durdurulması ve) iptal edilmesi talebine ilişkin gerekçede de (özetle) belirttiğimiz üzere;

<sup>2</sup> Ortaklık Yapısı, Vakıfbank, <https://www.vakifbank.com.tr/ortaklik-yapisi.aspx?pageID=299> (Erişim Tarihi: 23.07.2020)

“Ülkemizde yüzyıllar boyunca bir sosyal yardım kurumu olarak hizmet sunmuş bulunan vakıflar, bir mülkün menfaatlerinin sosyal ve kültürel hizmetlere tahsis edilmek üzere özel mülkiyetten çıkarılarak temlik ve temellükten yasaklanmak suretiyle kamu yararına özgülenmesini ifade etmektedir.

Faaliyetleri ile sosyal, ekonomik ve kültürel alanlarda önemli hizmetleri yerine getirmiş olan vakıfların ve dolayısıyla da Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün topluma yararlı hizmetlerini yerine getirmesi, mevcut malvarlığının ve gelir kaynaklarının etkin şekilde kullanılmasına ve değerlendirilmesine bağlıdır.

Türk Medeni Kanunu’nun 101. maddesinde “vakıflar”, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal toplulukları olarak tanımlanmış ve bir malvarlığının bütünü veya gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceği anlaşılan her türlü geliri veya ekonomik değeri olan hakların vakfedebileceği belirtilmiştir.

Vakıf kurulabilmesi, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre mümkün olmakla birlikte, Türk Medeni Kanunu’nun yürürlük tarihinden önce kurulmuş olan vakıflara da, tarihten gelen özellikleri, kuruluş irade ve amaçları ile vakıf senetlerindeki koşullar gereği korunmaları ve sürekliliklerinin sağlanması hususları gözetilerek, Vakıflar Kanunu kapsamında yer verilmiş ve mazbut vakıflar, mülhak vakıflar, cemaat vakıfları, esnaf vakıfları ve yeni vakıfların yönetimi, faaliyetleri ve denetimi, yurt içi ve yurt dışındaki taşınır ve taşınmaz vakıf kültür varlıklarının tescili, muhafazası, onarımı ve yaşatılması, vakıf varlıklarının ekonomik şekilde işletilmesi ve değerlendirilmesinin sağlanmasına ilişkin usul ve esaslar 20.02.2008 tarihli ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu’nda düzenlenmiştir.

5737 sayılı Vakıflar Kanunu’nun 3. maddesinde ise,

“Akar: Vakıf amaç ve faaliyetlerinin yerine getirilmesi için gelir getirici şekilde değerlendirilmesi zorunlu olan taşınır ve taşınmazları” hükmüne,

“Vakıfların mal edinmesi, akar cinsinden olan malların değiştirilmesi” başlıklı 12’nci maddesinde ise,

“Vakıflar; mal edinebilirler, malları üzerinde her türlü tasarrufta bulunabilirler.

Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait akar mallar ile hakların daha yararlı olanları ile değiştirilmesine, paraya çevrilmesine veya değerlendirilmesine Meclis yetkilidir.

Mülhak, cemaat, esnaf vakıfları ile yeni vakıflara, başlangıçta özgülenen mal ve haklar, vakıf yönetiminin başvurusu üzerine, haklı kılan sebepler varsa, Denetim Makamının görüşü alınarak mahkeme kararı ile sonradan iktisap ettikleri mal ve hakları ise bağımsız ekspertiz kuruluşlarınca düzenlenecek rapora dayalı olarak vakıf yetkili organının kararı ile daha yararlı olanları ile değiştirilebilir veya paraya çevrilebilir.”

hükümlerine yer verilmiştir.

Tüzel kişiliği haiz bulunan vakıfların kamuya yararlı hayır kuruluşları oldukları hususu gözetilmeksizin, vakıfların mülkiyetinin sınırlandırılmasının gerekçesi olan üstün kamu yararının ne olduğu ve gerekçesi açık ve net bir şekilde ortaya konulmaksızın mülkiyeti

vakıflara ait bulunan hisseler karşılığındaki devir bedelinin vakıf tüzel kişilikleri yerine Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne verilecek kira sertifikaları ile ödenmesi öngörülerek Banka'nın söz konusu hisselerinin Hazine'ye devri; vakıfların mülkiyet hakkını (Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerini) ihlal etmiştir. Bununla birlikte vakıflara ait bulunan ve bunlar bakımından düzenli gelir kaynağı niteliğindeki Vakıflar Bankası hisselerine Bakanlar Kurulunca tek taraflı olarak belirlenecek bedel üzerinden el konulmasına imkân sağlandığından, bu süreçte hisse sahibi vakıfları yönetme ve temsiline yetkili bulunan Vakıflar Genel Müdürlüğü ile Vakıflar Meclisi'ne herhangi söz, pazarlık ve değerlendirme hakkı verilmediğinden, Vakıflar Bankası hisselerinin maliki olan vakıflar, devre yönelik söz konusu kural ile kamuya yararlı hizmetlerinin yürütülmesi bakımından kritik öneme sahip düzenli gelir kaynaklarından yoksun bırakıldığından, ödenecek hisse alım bedelinin dört yılı aşan bir süreye yayılarak ve kira sertifikaları ile ödenmesi öngörüldüğünden ve böylece vakıfların mali yapılarının zayıflamasına yol açtığından, ancak Vakıflar Kanunu'nun 12. maddesinde akar niteliğindeki malların elden çıkarılması daha yararlı olanları ile değiştirilmesi, paraya çevrilmesi veya değerlendirilmesi koşuluna bağlanarak vakıf malvarlığının ve gelirlerinin korunması, mali yapısını zayıflatacak tasarrufların engellenmesi amaçlandığından söz konusu devir, Anayasa'nın 2. maddesine de aykırıdır.”

O halde Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün hisselerinin Hazine ve Maliye Bakanlığı'na nihayetinde Türkiye Varlık Fonu'na devredildiği olgusu da göz önünde bulundurulduğunda Banka'nın uhdesinde bulunan bu türden gayrimenkul yatırım ortaklıklarının 4734 sayılı Kanun'dan (dolayısıyla bu Kanun'daki güvencelerden) istisna tutulması, Anayasa'nın 2. maddesinin yanı sıra 13. ve 35. maddelerine de aykırıdır.

Zira 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 imkânı sağlar. Bununla birlikte mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme) şeklinde tanımlamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve 1988/ 34 E., 1989/26 K. sayılı Kararı). Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen 13. maddesi gereğince mülkiyet hakkı da kanunla ve Anayasa'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesinde öngörülen özel sınırlama sebebi olan kamu yararının varlığı halinde sınırlandırılabilir.

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).

Diğer bir deyişle mülkiyet hakkı bağlamında Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün hisselerinin devri işleminin kamu yararını haiz olmadığı da göz önünde bulundurulduğunda; Banka'nın söz konusu gayrimenkul yatırım ortaklıklarını Kamu İhale Kanunu'ndan varesten tutmak, dolaylı olarak vakıfların söz konusu kuruluş amacının ihlal edilmesine ve vakıf

kaynaklarının (vakfın uhdesinde bulunan gayrimenkullerin) etkin, verimli, şeffaf olarak değerlendirilmesine engel olacaktır. Bu durum, Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır.

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 cümle, mülkiyet hakkına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesini ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7247 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 11.01.1954 tarihli ve 6219 sayılı Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanunu'nun 18. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümle, Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 90. maddelerine aykırıdır; anılan cümlelerin iptali gerekir.

2) 18.06.2020 tarihli ve 7247 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 5. maddesiyle 16.06.2005 tarihli ve 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun'a eklenen geçici madde 1'in birinci fıkrasının birinci cümlesi ile üçüncü cümlesinde yer alan "davanın açılmamış sayılmasına karar verilir" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7247 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle 5366 sayılı Kanun'a eklenen geçici madde 1'in birinci fıkrasına göre 5366 sayılı Kanun hükümleri uyarınca, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten (7247 sayılı Kanun'un 26. maddesi gereğince 26.06.2020 tarihinden) önce alınmış olan kamulaştırma kararları üzerine, mahkeme kararıyla idare adına tescil edilen taşınmazların kamulaştırılmasına ilişkin işlemlerin iptali istemiyle idari yargı mercilerine açılmış olan davalarda iptal kararı verilmesi sebebiyle idare aleyhine açılacak davalarda; taşınmazın idare adına tesciline karar verilmesi üzerine idarece ödenmiş olan kamulaştırma bedelinin davacı tarafından mahkeme veznesine depo edilmesi şarttır. Mahkeme veznesine depo edilecek kamulaştırma bedeli, taşınmazın idare adına tescil edildiği tarih başlangıç kabul edilmek üzere, davanın açıldığı tarihe kadar yasal faizi işletilerek depo edilir. Bu bedel depo edilmeden açılan davalarda, mahkemece verilecek iki haftalık kesin süre içinde bedelin mahkeme veznesine depo edilmemesi halinde davanın açılmamış sayılmasına karar verilir ve yargılama gideri ile vekâlet ücreti taraflar üzerinde bırakılır. İkinci fıkrasına göre, birinci fıkra hükmü kanun yolu aşamasında bulunanlar dahil derdest davalar hakkında da uygulanır. Geçici madde 1'in birinci fıkrasının birinci cümlesi ile üçüncü cümlesinde yer alan "davanın açılmamış sayılmasına karar verilir" ibaresi Anayasa'ya aykırıdır.

5366 sayılı Kanun'un amacı, 1. maddesine göre büyükşehir belediyeleri, büyükşehir belediyeleri sınırları içindeki ilçe ve ilk kademe belediyeleri, il, ilçe belediyeleri ve nüfusu 50.000'in üzerindeki belediyelerce ve bu belediyelerin yetki alanı dışında il özel idarelerince, yıpranan ve özelliğini kaybetmeye yüz tutmuş; kültür ve tabiat varlıklarını koruma kurullarınca sit alanı olarak tescil ve ilan edilen bölgeler ile bu bölgelere ait koruma alanlarının, bölgenin gelişimine uygun olarak yeniden inşa ve restore edilerek, bu bölgelerde konut, ticaret, kültür, turizm ve sosyal donatı alanları oluşturulması, tabii afet risklerine karşı tedbirler alınması, tarihi ve kültürel taşınmaz varlıkların yenilenerek korunması ve yaşatılarak kullanılmasıdır.

Söz konusu Geçici madde 1 ise, bu alanlarda yapılan kamulaştırma işleminin kamulaştırma aşamalarına ve malikin idare aleyhine açacağı davalara (örneğin geri alma talepli davalara) ilişkin düzenleme getirmektedir.

İdare satın alma yoluyla mal edinebileceği gibi kamu gücü kullanarak (örneğin Anayasa'nın 46. maddesi gereğince kamulaştırma yoluyla) taşınmaz malların mülkiyetini uhdesine geçirebilir. Söz konusu Geçici madde 1 kamulaştırma aşamalarına ilişkindir.

Kamulaştırma aşamaları, birtakım basamaklardan oluşur. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 3. maddesine göre idarenin kamulaştırma işlemine başlayabilmesi için yeterli ödenek temin etmesi gerekir. Anılan Kanun'un 5. ve 6. maddeleri gereğince yetkili makam kamu yararı kararı alır ve onay mercii, bu kararı onaylar. Anılan Kanun'un 7., 8. ve 9. maddeleri gereğince kamulaştırılacak taşınmaz belirlenir ve kamulaştırma kararı alınır. Kamulaştırma kararı alındıktan sonra öncelikle satın alma usulü uygulanır. Ancak idare satın alma usulüyle taşınmazı edinemezse; anılan Kanun'un 10. maddesi gereğince idare, taşınmazın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesinde dava açarak kamulaştırma bedelinin tespiti ile bu bedelin peşin ya da (şartları sağlanıyorsa) taksitle ödenmesi karşılığında idare adına tapuda tesciline karar verilmesini talep eder. Anılan Kanun'un 14. maddesine göre kamulaştırmaya konu taşınmaz malın maliki, bedel tespiti ve tescili davasını gören Asliye Hukuk Mahkemesince kendisine yapılan tebligat gününden (tebligat yapılamayanlara tebligat yerine geçmek üzere mahkemece gazete ile yapılan ilan tarihinden) itibaren otuz gün içinde, kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda iptal davası açabilir.<sup>3</sup>

Geçici madde 1'in iptali talep edilen birinci cümlesinin uygulanabilmesi için "26.06.2020 tarihinden önce bir kamulaştırma kararının alınmış olması, mahkeme (adli yargı: kural olarak Asliye Hukuk Mahkemesi) tarafından kamulaştırma bedelinin tespiti ve idare adına tapuda tescil kararının verilmiş olması, söz konusu bedelin idare tarafından taşınmaz malikine ödenmiş olması, taşınmaz maliki tarafından kamulaştırma işleminin iptali için idare aleyhine idari yargıda açılan davada kamulaştırma işleminin iptal edilmiş olması" gerekir. Bunun üzerine davacının (taşınmaz malikinin), idare aleyhine açacağı davada, Asliye Hukuk Mahkemesi'nin bedel tespiti ve idare adına taşınmazın tescili kararı vermesi üzerine idarenin taşınmaz malikine ödediği kamulaştırma bedelini mahkeme veznesine depo etmesi öngörülmektedir. İptali talep edilen ibareye göre bu bedel (depo edilmeden açılan davalarda mahkemece verilecek iki haftalık kesin süre içinde mahkeme veznesine) depo edilmezse, mahkeme tarafından davanın açılmamış sayılmasına karar verilecektir. İptali talep edilen cümle ve ibare, Anayasa'ya aykırıdır.

Zira Anayasa'nın 46. maddesinde öngörülen kamulaştırma, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkına getirilmiş anayasal bir sınırlamadır. Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri uyarınca mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla sınırlanabilir. Kamu yararı kavramı, devlet organlarının takdir yetkisini de beraberinde getiren bir kavram olup objektif bir tanıma elverişli olmayan bu ölçütün her somut olay temelinde ayrıca değerlendirilmesi gerekir (Anayasa Mahkemesi'nin 10.04.2019 tarihli ve 2018/156 E.; 2019/22 K. sayılı Kararı, § 30, 35).

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddiada bulunma ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla mahkemeye erişim hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama

<sup>3</sup>Günday, Metin, İdare Hukuku, B. 10, Ankara, İmaj Yay., 2013, s. 257-271.

özgürlüğünün bir unsurudur. Diğer yandan Anayasa'nın 36. maddesine adil yargılanma ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dahil edildiği vurgulanmıştır. AİHS'yi yorumlayan AİHM, AİHS'nin 6. maddesinin 1 numaralı fıkrasının mahkemeye erişim hakkını içerdiğini belirtmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 20.04.2017 tarihli ve 2014/13156 Bireysel Başvuru No'lu Özbakım Özel Sağlık Hiz. İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti. Kararı, § 34. Mahkemeye erişim hakkının adil yargılanma hakkının düzenlendiği AİHS'nin 6. maddesine içkin olduğuna ilişkin içtihat, AİHM'nin bundan 45 yıl önceki Golder-Birleşik Krallık kararıyla doğmuştur: AİHM, Golder-Birleşik Krallık, 21 Şubat 1975, Başvuru No: 4451/70). Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkı mutlak olmayıp sınırlamalara konu olabilir. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi uyarınca anılan sınırlamaların mahkemeye erişimi imkânsız hâle getirmemesi ya da aşırı derecede zorlaştırmaması gerekir. Kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen hukuki veya fiili sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir (Anayasa Mahkemesi'nin 07.11.2013 tarihli ve 2012/791 Bireysel Başvuru No'lu Özkan Şen Kararı, § 52). AİHM de, her ne kadar mahkemeye erişim hakkının mutlak bir nitelik taşımadığını belirtse de, bu hakka getirilecek sınırlamaların, hakkın özüne dokunacak şekil ya da derecede kısıtlayıcı olamayacağını ifade etmektedir (AİHM, Baka-Macaristan, 23 Haziran 2016, başvuru no: 20261/12 §120). Mahkemeye erişim hakkı, somut ve etkili bir hak hüviyetinde olmalıdır (AİHM, Bellet-Fransa, 4 Aralık 1995, başvuru no: 23805/94, §38). AİHM, bir kararında davanın kendine özgü koşulları karşısında masrafların miktarı, bu sınırlamanın yargılamanın hangi aşamasında getirildiği, ödeme gücü gibi unsurların mahkemeye erişim hakkının kısıtlanmasının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacağına işaret etmiştir. (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 21.02.2008 tarihli ve 20400/03 Başvuru Numaralı Tunç-Türkiye Kararı, benzer yönde: AİHM, Kreuz-Polonya, 19 Haziran 2001, başvuru no; 28249/95 §60-67; AİHM, Weissman ve diğerleri-Romanya, 24 Mayıs 2006, başvuru no: 63945/00: §37-44).

Geçici madde 1'in iptali talep edilen birinci cümlesinden de anlaşılacağı üzere burada kamulaştırma işlemi yapılmış ve fakat bu işlem hukuka aykırı olduğundan bahisle idari yargı merciince iptal edilmiştir. Diğer bir deyişle taşınmaz malikinin mülkiyetine idare tarafından hukuka aykırı şekilde müdahale edilmiş ve bu durum idari yargı merciince hüküm altına alınmıştır. Anılan cümleye ve ibareye göre taşınmaz maliki, idarece ihlal edilen mülkiyet hakkını yeniden tesis etmek, mevcut hak kayıplarını gidermek amacıyla idare aleyhine açacağı davada, söz konusu kamulaştırma bedelini mahkeme veznesine (dava açarken veya dava açarken depo etmemişse mahkemece verilecek iki haftalık kesin süre içinde) depo etmekle yükümlüdür; aksi takdirde dava açılmamış sayılacaktır. Bu bedeli dava açtığında (veya depo etmeden dava açıysa mahkemenin vereceği iki haftalık kesin süre içinde) depo edemeyen ve bu nedenle davası açılmamış sayılan taşınmaz maliki, kamulaştırma işlemi iptal edilmiş olsa dahi, mülkiyet hakkına idare tarafından yapılan hukuka aykırı müdahaleye katlanmak zorunda bırakılmaktadır. Diğer bir deyişle taşınmaz malikinin taşınmazı hukuka aykırı biçimde elinden alınmakta ve malike ağır bir külfet (depo şartı ve açılmamış sayılma kararı) getirilmekte, mülkiyet hakkı kamu yararı olmaksızın sınırlandırılmaktadır. Bununla birlikte taşınmazın idarenin mülkiyetinde iken yıkılmış veya değer kaybetmiş olma, taşınmaz malikinin uzun süre boyunca taşınmazdan kaynaklanan gelirlerini elde edememe olasılığı da göz önünde bulundurulmamıştır. Kişinin, hayatın olağan akışında karşılaşılabilecek herhangi bir engel sebebiyle ilgili tutarı zamanında depo edememesine, bir temel hak ihlali oluşturan idarenin hukuka aykırı kamulaştırma işleminin sonuçlarını ortadan kaldırmaya mani olan bir anlam izafe etmek; kamu yararına açık şekilde aykırıdır. Bu nedenle anılan cümle ve ibare, Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır.



Taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını yeniden tesis etmek, mevcut hak kayıplarını gidermek için idare aleyhine açtığı davada bedelin (dava açarken veya dava açarken depo etmemişse mahkemece verilecek iki haftalık kesin süre içinde) depo edilmesi şartı getirilmesi ve bu nedenle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi, mahkemeye erişim hakkını da ihlal etmektedir. AİHM, mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlamaların meşru bir amaç taşımaları ve başvuru araçlarıyla izlenen amaç arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin bulunması gerektiğini belirtmektedir (AİHM, Baka-Macaristan, 23 Haziran 2016, başvuru no: 20261/12 §120). Davanın başında bu bedelin depo edilmesi, depo edilmezse mahkeme tarafından verilen iki haftalık “kesin süre” içinde depo edilmesi aksi takdirde davanın açılmamış sayılması, mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması bakımından ölçülü değildir. Diğer bir deyişle taşınmaz malikine, kamulaştırma bedelinin makul bir kısmını dava açarken depo etme veya bu bedeli dava devam ederken taksitle ödeme imkanı sağlamak yerine doğrudan davanın açılmamış sayılmasına karar vermek, mahkemeye erişim hakkının makul olmayan bir şekilde sınırlandırılmasına, mahkemeye erişimin aşırı derecede zorlaştırılmasına neden olacaktır. Öyle ki, kamulaştırma bedelinin tamamının depo edilme yükümlülüğünün bulunduğu zaman zarfında, kişinin taşınmaza bağlı olası gelirlerinden de mahrum kalabileceği göz ardı edilmiştir. Üstelik, yatırılması gereken tutar, taşınmazın idare adına tescil edildiği tarih başlangıç kabul edilmek üzere, davanın açıldığı tarihe kadar yasal faizi işletilerek hesaplanan (yükselmiş) bir tutardır. Mahkemeye erişim hakkının bu ölçüde zorlaştırılması, taşınmaz malikinin dava açarken güttüğü hukuki yararı (taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının yeniden tesisine ve uğradığı hak kayıplarının giderilmesine yönelik yararı) ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle anılan cümle ve ibare, Anayasa'nın 13. ve 36. maddesine aykırıdır.

Öte yandan; 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 cümle ve ibare, mülkiyet ve adil yargılanma haklarına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddelerini ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Ayrıca kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi de hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Hukuk devletinde güven ve istikrarın korunabilmesi için kural olarak kanunlar, yürürlüğe girdiği tarihten sonraki olaylara uygulanır. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca kanunlar, kamu yararının ve kamu düzeninin gerektirmesi, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi bazı istisnai durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır (Anayasa Mahkemesi'nin 20.12.2018 tarihli ve 2016/181 E.; 2018/111 K. sayılı Kararı, § 24).

Ancak Geçici madde 1'in birinci fıkrasının iptali talep edilen birinci cümlesi ile üçüncü cümlesinde yer alan ibare, Geçici madde 1'in yürürlüğe girdiği tarihten önce (7247 sayılı Kanun'un 26. maddesinin delaletiyle 26.06.2020 tarihinden önce) alınmış kamulaştırma kararları için uygulanacaktır. İptali talep edilen cümle ve ibarenin geçmişteki işlemler için uygulanacak olması, kanunların geriye yürümezliği ilkesine aykırı olduğu gibi bu hükmün istisnaen geriye yürütülmesinde de kamu yararı yoktur. Zira mağdur taşınmaz maliki söz konusu depo şartının ve buna bağlı olan davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kararın varlığını bilseydi, eldeki kamulaştırma bedelinin değerlendirilmesine yönelik davranışlarını bu duruma

göre şekillendirebilirdi. (Örneğin eldeki kamulaştırma bedelini -faiziyle birlikte- bir bütün olarak muhafaza edebilirdi.) O halde iptali talep edilen cümle ve ibare, kanunların geriye yürümezliği ve hukuki güvenilirlik ilkelerini ihlal ettiğinden Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7247 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle 16.06.2005 tarihli ve 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun'a eklenen Geçici madde 1'in birinci fıkrasının birinci cümlesi ile üçüncü cümlesinde yer alan "davanın açılmamış sayılmasına karar verilir" ibaresi Anayasa'nın 2., 13., 35., 36., 46. ve 90. maddelerine aykırıdır; anılan cümlenin ve ibarenin iptali gerekir.

3) 18.06.2020 tarihli ve 7247 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 17. maddesiyle 28.11.2017 tarihli ve 7061 sayılı Bazı Vergi Kanunları ile Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 123. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (e) bendinin Anayasa'ya aykırılığı

7247 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile 7061 sayılı Bazı Vergi Kanunları ile Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 123. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi değiştirilmiş ve fıkra (e) bendinden sonra gelmek üzere yeni bir (f) fıkrası eklenmiştir. Bu değişikliklerin amacı 7061 sayılı Kanunla 4733 sayılı Kanun'un 6. maddesine eklenen onuncu fıkrası ile 5607 sayılı Kanun'un 3. maddesinin yeniden düzenlenen yirminci fıkrasının yürürlük tarihini değiştirmektir.

4733 sayılı Kanun'un 6. maddesinin onuncu fıkrası "Ticari amaçla; makaron veya yaprak sigara kâğıdı içine kıyılmış tütün, parçalanmış tütün, tütün harici herhangi bir madde doldurmak, bu şekilde üretilen ürünleri satışa arz etmek, satmak, bulundurmak veya nakletmek yasaktır." hükmünü içermektedir.

5607 sayılı Kanun'un 3. maddesinin yirminci fıkrası ise, "Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumundan yetki belgesi almadan veya bildirimde bulunmadan tütün ticareti yapanlar ile ticari amaçla; makaron veya yaprak sigara kâğıdını, içine kıyılmış tütün, parçalanmış tütün ya da tütün harici herhangi bir madde doldurulmuş olarak satanlara, satışa arz edenlere, bulunduran ve nakledenlere üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir." hükmünü içermektedir.

Görüldüğü gibi 4733 sayılı Kanun belli fiilleri yasaklamakta, 5607 sayılı Kanun ise bu yasaklara uymayanlara uygulanacak yaptırımları düzenlemektedir. Söz konusu değişiklikleri yapan 7061 sayılı Kanun 28.11.2017 tarihli olup bu Kanun'un 93. maddesiyle yapılan bu düzenlemenin yürürlük tarihi 1/7/2018 iken 16/5/2018 tarihli ve 7144 sayılı Kanun'un 21'inci maddesiyle 1/7/2018 ibaresi 1/7/2019 şeklinde değiştirilmiş, daha sonra 30/5/2019 tarihli ve 7176 sayılı Kanun'un 18'inci maddesiyle 1/7/2019 ibaresi 1/7/2020 olarak değiştirilmiştir. Şimdi, 7247 sayılı Kanun'un 17'nci maddesi ile yürürlük tarihi bir kez daha değiştirilmektedir. Ancak fıkroda yer alan fiillerden bir kısmı için yürürlük tarihi 01.07.2020 olarak belirlenirken diğer bazı fiiller için ise yürürlük tarihi 01.07.2021 tarihi olarak belirlenmiştir. Buna göre yasaklar ve ceza normu, "Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumundan yetki belgesi almadan veya bildirimde bulunmadan tütün ticareti yapanlar" için 01.07.2021 tarihinde yürürlüğe girecek iken "ticari amaçla; makaron veya yaprak sigara kâğıdını, içine kıyılmış tütün, parçalanmış tütün ya da tütün harici herhangi bir madde doldurulmuş olarak satanlar, satışa arz edenler, bulunduran ve nakledenler" için 01.07.2020 tarihinde yürürlüğe girecektir.

Görüldüğü gibi izinsiz tütün ticareti yapmaya ilişkin yasak ve ceza normunun yürürlüğe girişi bir daha ertelenirken, tütünü ticari amaçla işleyerek makaron veya sarma sigara haline getirerek satışı arz etme, satma, bulundurma ve nakletmeye ilişkin yasak ve ceza normu, 01.07.2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bu kuralın yürürlüğe girişinin ertelenmesinin nedeni, 7061 sayılı Kanun'da öngörülen altyapının henüz kurulmamış olmasıdır. Yasa bazı fiilleri yasaklarken tütün yetiştiriciliği ve piyasaya sunumu konusunda meşru yasal yolları da kurmaya çalışmıştır. Buna göre 4733 sayılı Kanun'un 6. maddesine eklenen on birinci fıkra uyarınca: "Tek başına kıyılıp içilebilme vasfına sahip tütün çeşitlerinin üretildiği Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığınca belirlenen merkezlerdeki tütün üreticilerinin bir araya gelerek kurduğu kooperatiflere, müracaatları halinde Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı tarafından tütün ticareti yetki belgesi ve sarmalık kıyılmış tütün tesisi kurulması için yetki verilir. Bu kooperatifler ihtiyaç duydukları tütünü sözleşmeli olarak temin edebilecekleri gibi sözleşme dışı üretilmiş tütünleri de Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığınca bildirmek kaydı ile satın alabilirler. Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının izni ile tütün iç ve dış ticareti ve sarmalık kıyılmış tütün üretim ve ticaretini yapabilirler."

Görüldüğü gibi yasa, kıyılarak içilebilen tütün ticaretini ve bu tütünleri işleyerek satışı sunma yetkisini tütün üreticileri tarafından bir araya gelerek kurulacak kooperatiflere tanımış, bunun dışındaki ticareti ise yasaklamıştır. Ancak çiftçinin ürettiği tütünü işleyerek satışı arz edecek kooperatifler, henüz kurulmadığı gibi buna ilişkin yönetmelik de henüz çıkarılmamıştır. Yasanın uygulanmasına ilişkin altyapı oluşturulmadan tütün ticaretinin ve işlenerek satışı sunulmasının yasaklanması ve cezai yaptırıma tabi tutulması, tütün üreticisi köylünün ürünlerini satamamasına neden olacağından üreticiyi açlığa mahkûm etmek anlamına gelmektedir.

Bütün tarımsal ürünlerde olduğu gibi tütünün de üretimi belli bir süreç almaktadır. Daha önce yürürlüğe girişi iki kez ertelenmiş olan yasanın yürürlüğe girişinin yine erteleneceği düşüncesiyle tarlasına tütün eken üreticinin bu saatten sonra ürünü söküp yerine başka bir bitki ekmesi gerektiğini söylemek mümkün değildir.

Hukuki güvenlik bakımından; Anayasanın 2. maddesinde cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden birisi, hukuk sisteminin bireyler açısından öngörülebilirlik sağlamasıdır. Bir yasanın uygulanmasına ilişkin altyapıyı kurmadan, gerekli alt düzenlemeleri çıkarmadan ve kooperatiflerin kurulmasını sağlamadan yasaklama hükmünün kısmen yürürlüğe sokulması, üreticiler açısından öngörülemez bir durum yaratmıştır. Daha önce iki kez yürürlüğe girişi ertelenmiş olan yasak hükmünün kısmen yürürlüğe girmesi ile tütün ekmiş olan üreticilerin ürünlerini satmalarını olanaksız hale getirmiştir. Üstelik tütün ticaretini yasaklayan hükmün yürürlüğe girişi bir yıl daha ertelenirken, ürünü işleyerek satışı arz etmenin yasaklanması tütün ticaretini de yapılamaz hale getirmiştir. Zira hammaddenin işlenerek mamul mal haline getirilmesi yasaklanmışsa, hammaddenin ticaretinin serbest bırakılmasının bir anlamı olmayacaktır.

TBMM'deki görüşmeler sırasında yasanın uygulanmasının altyapısı oluşturuluncaya kadar hükmün tamamının yürürlüğe girişinin ertelenmesi yönündeki öneriler, iktidar çoğunluğunca kabul edilmeyerek reddedilmiştir. Ancak bu sorun, tütün üreticisi köylü açısından öngörülemez bir durum yaratmış ve ürünlerini satamayacak hale gelmelerine ve açlığa mahkûm olma tehlikesini beraberinde getirmiştir. Bu nedenle iptali istenen kural

öncelikle Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Diğer taraftan belirtilen öngörülemezlik, suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini de zedelemiştir. Anayasanın 38. maddesinde “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez” denilerek kanunilik ilkesi güvence altına alınmıştır. AYM'nin de ifade ettiği üzere:

“Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan 'suçta ve cezada kanunilik' ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yasa da gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.” (Anayasa Mahkemesi'nin 20.10.2011 tarihli ve 2010/28 E.; 2011/139 K. sayılı Kararı, Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2015 tarihli ve 2014/100 E.; 2015/6 K. sayılı Kararı).

Bu maddede güvence altına alınan kanunilik ilkesi, suç ve ceza tekeli elinde bulunduran devlet karşısında bireyin özgürlüklerinin güvencesidir. Kanunilik ilkesi, yasa koyucunun ve diğer devlet organlarının keyfi işlem ve eylemlerini önleyerek bireylerin öngörülemez ve rastlantısal yaptırımlarla karşılaşmalarına engel olur. Böylece bireyler önceden kendi fiillerinin sonuçlarını öngörerek davranışlarını ona göre ayarlayabilirler. Aksi halde hukuk düzeni öngörülemez ise, kişilerin davranışlarını bilinçli bir şekilde ayarlayarak kendi tercihleri doğrultusunda yaşamlarını sürdürmeleri de imkânsız hale gelir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin somutlaştırıldığı uluslararası sözleşmelerde de yer almaktadır. Bu ilke Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) “Kanunsuz ceza olmaz” kenar başlıklı 7. maddesinin birinci paragrafında, “Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.” şeklinde; Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 15. maddesinin birinci paragrafında ise, “Hiç kimse, işlendiği zamanda ulusal ya da uluslararası hukuk bakımından suç sayılmayan bir fiil ya da ihmal yüzünden suçlu sayılamaz. Suç sayılan bir fiile, işlendiği zaman yürürlükte olan bir cezadan daha ağır ceza verilemez. Fiilin işlenmesinden sonra yasalarda bu fiile karşılık daha hafif bir ceza öngörülecek olursa, fiili işleyene bu ikinci ceza uygulanır.” biçiminde düzenlenmiştir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin kuralın suç ve cezalar yönünden özel düzenlemesi olarak değerlendirilebilir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, cezalandırmanın temel haklara etkisinden kaynaklanan özel önemi nedeniyle zaman içinde bir ceza hukuku kavramı olarak alt ilkeler de içerecek şekilde gelişmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 11.04.2019 tarihli ve 2019/9 E.; 2019/27 K. sayılı Kararı, § 15).

Yukarıda açıklandığı gibi yasanın yürürlüğüne ilişkin yaratılan öngörülemezlik, aynı zamanda ceza normlarının geçmişe yürütülmesi sonucunu da doğurmaktadır, zira ticari hayatın

gereklerine uygun olarak mal almış, mamul mal üretmiş olan kişiler, 26.06.2020 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan yasa ile yasak hükmününün 01.07.2020 tarihinde yürürlüğe girmesi öngörüldüğünden birkaç gün içinde ellerindeki malları tüketmeleri ve bütün işletmelerini tasfiye etmeleri imkânı bulunmamaktadır. Kişiler iflastan kurtulmak için ellerindeki malları bir şekilde satmak zorundadırlar. Ancak böyle bir satış yasaklandığı ve suç olarak düzenlendiğinden ilgili kişilerin cezalandırılması söz konusu olacaktır. Hatta kurala göre söz konusu malları elde bulundurmamak da suç teşkil etmektedir. Kişiler dört-beş gün içinde tüm işletmelerini tasfiye edemeyeceğine göre, daha önce ürettikleri mallar ellerinde olduğundan kural kapsamında suç işlemiş sayılacaklardır. Bir başka deyişle; iptali istenen kural, kişilerin ceza normuna uymalarına fiilen olanak tanımayan ve öngörülebilirlik gereğini makul şekilde yerine getirmeyecek bir şekilde kaleme alınmıştır. Bu düzenleme tarzı, açık bir şekilde ceza normununun geçmişe yürütülmesi niteliğindedir, kanunilik ilkesinin de ihlali anlamına gelmektedir. Açıklanan nedenle kural, Anayasa’nın 38. maddesine de aykırıdır.

Ayrıca, 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 kanuna göre öncelikli konumlanır. İptali talep edilen kural, yukarıda anılan sebeplerle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin “Kanunsuz ceza olmaz” başlıklı 7. maddesini de ihlal ettiğinden, Anayasa’nın 90. maddesine de aykırıdır.

Ayrıca Anayasa’nın 48. maddesine göre “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.”

Anayasa Mahkemesince belirtildiği gibi suçta ve cezada kanunilik ilkesi temel hakların kanunla sınırlandırılması ilkesinin özel bir görünümü olup temel hakları sınırlandıran yasal düzenlemelerin de öngörülebilirlik ölçütlerini karşılaması zorunludur. Yukarıda açıklandığı gibi belli tütün ürünlerinin ticaretinin yapılmasının yasaklanması, teşebbüs hürriyetine bir müdahale oluşturmaktadır. Kuralın yürürlüğe girişi konusunda oluşturulan belirsizlik, aynı zamanda teşebbüs hürriyetine yönelik sınırlamanın da belirsizliği anlamına gelmektedir ve Anayasa’nın 48. ve 13. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Tüm bu nedenlerle 7247 sayılı Kanun’un 17. maddesiyle 28.11.2017 tarihli ve 7061 sayılı Bazı Vergi Kanunları ile Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 123. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (e) bendi, Anayasa’nın 2., 13., 38., 48. ve 90. maddelerine aykırıdır; anılan bendin iptali gerekir.

4) 18.06.2020 tarihli ve 7247 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 18. maddesiyle 27.06.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin ek 35. maddesinin değiştirilen 9. fıkrasının (c) bendinin (3) numaralı alt bendinde yer alan “veya uygun görülecek diğer kadro ve pozisyonlara” ibaresi ile son cümlesinde yer alan “ek gösterge şartı aranmaksızın” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

7247 sayılı Kanun’un 18. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin (KHK’nin) ek 35. maddesinin değiştirilen 9. fıkrası, genel olarak kamu görevlileri arasından üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine atananlardan görevlerinden alınanlar veya görevleri sona erenlerin Cumhurbaşkanınca veya bakanlarca ya da atamaya yetkili amirlerce atanacakları kadro ve pozisyonlara ve söz konusu kimselerin özlük işlerine ilişkin birtakım düzenlemeler getirmektedir. Ancak anılan Kanun’un 18. maddesiyle 375 sayılı KHK’nin değiştirilen 9. fıkrasının (c) bendinin (3) numaralı alt bendinde yer alan “veya uygun

görülebcek diğer kadro ve pozisyonlara” ibaresi ile son cümlesinde yer alan “ek gösterge şartı aranmaksızın” ibaresi Anayasa’ya aykırıdır.

a) 18.06.2020 tarihli ve 7247 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 18. maddesiyle 27.06.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükümünde Kararname’nin ek 35. maddesinin değiştirilen 9. fıkrasının (c) bendinin (3) numaralı alt bendinde yer alan “veya uygun görülecek diğer kadro ve pozisyonlara” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

7247 sayılı Kanun’un 18. maddesiyle 375 sayılı KHK’nin ek 35. maddesinin değiştirilen 9. fıkrasının (c) bendine göre, kamu görevlileri arasından üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine atanarlardan; (a) ve (b) bentleri [ (a) bendi: ek göstergesi (6400) ve daha yüksek tespit edilen üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerinden alınanlar veya görevleri sona erenler ve (b) bendi: il valilerinden görevden alınanlar] dışında kalanlardan görevlerinden alınanlar veya görevleri sona erenler; 1) yönetici kadroları dışında daha önce buldukları veya öğrenim durumları itibarıyla ihraz etmiş oldukları unvanlara ilişkin kadro veya pozisyonlara, 2) denetim elemanı ya da uzman kadro veya pozisyonlarına, 3) araştırmacı veya uygun görülecek diğer kadro ve pozisyonlara Cumhurbaşkanınca veya bakanlarca ya da atamaya yetkili amirlerce atanırlar. Ancak iptali talep edilen ibarenin işaret ettiği kamu görevlileri arasından üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine atanarlardan (a) ve (b) bentleri dışında kalanlardan görevlerinden alınan veya görevi sona erenlerin (veya) uygun görülecek diğer kadro ve pozisyonlara, Cumhurbaşkanınca veya bakanlarca ya da atamaya yetkili amirlerce atanmasını öngören düzenleme Anayasa’ya aykırıdır.

Zira kanun koyucu Anayasa’ya uygun olmak kaydıyla kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin koşulları belirleyerek kadro düzenlemesi yapabilir ve bu kapsamda kamu hizmetinin gerekleri yönünden ve kamu yararı amacıyla yeni kadrolar ihdas edebileceği gibi mevcut bazı kadroları da kaldırabilir. Ayrıca kamu idareleri ile kamu görevlileri arasındaki ilişkiler kural tasarruflarla düzenlendiğinden kamu görevlilerinin statülerine ilişkin yeni kurallar koyabilir ya da var olan kuralları değiştirebilir (Anayasa Mahkemesi’nin 28.12.2017 tarihli ve 2017/160 E.; 2017/178 K. sayılı Kararı, § 13).

İptali talep edilen ibarenin yer aldığı düzenlemede de kamu görevlileri arasından üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine atanarlardan (a) ve (b) bentleri dışında kalanlardan görevlerinden alınan veya görevleri sona erenlerin atanacakları kadro ve pozisyonlar kanun düzeyinde belirlenmiştir. Ancak anılan düzenlemede yer alan “veya uygun görülecek diğer kadro ve pozisyonlara” şeklindeki ibare, kamu görevlilerinin statülerinin belirlenmesi hususunda bağlı kalınacak Anayasa hükümlerinin gereklerini yerine getirmemektedir. Diğer bir deyişle, iptali talep edilen ibareyle fıkranın (ve dolayısıyla (c) bendinin) lafzında da belirtildiği üzere kamu görevlisi olan (ve Cumhurbaşkanı, bakan, atamaya yetkili amirlerce atanacak olan, kamu bünyesindeki kadro ve pozisyonlara yapılan bu atamalar sonrasında kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri genel idare esaslarına göre yürütmeye devam edecek olan) söz konusu kimselerin atanmalarına ilişkin temel usul ve esasları belirleyen anayasal ilkeler karşılanmamıştır.

Nitekim 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). 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.

Ancak iptali talep edilen ibareyle, (c) bendindekilerin (kamu görevlileri arasından üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine atananlardan (a) ve (b) bentleri dışında kalanlardan görevlerinden alınan veya görevleri sona erenlerin) atanacakları "uygun görülecek diğer kadro ve pozisyonları" belirleme yetkisi, keyfiliği önleyecek herhangi bir kayıt getirilmeksizin idarenin (Cumhurbaşkanının, bakanların, atamaya yetkili amirlerin) uhdesine bırakılmıştır. "Uygun görülecek" ibaresi, kuralın uygulanmasında esas alınacak herhangi bir nesnel ölçüt öngörmemektedir.

Diğer bir deyişle, bir sınırlama (örneğin anılan bentte sayılı söz konusu kimselerin tespit edilen ek göstergesi, eğitim durumu, iş tecrübesi, yabancı dil seviyesine göre izleme, değerlendirme, rehberlik, proje, eğitim gibi hizmetlere ilişkin kadro ve pozisyonlara atama) söz konusu olmadığından idare, (c) bendindekileri (kamu görevlileri arasından üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine atananlardan (a) ve (b) bentleri dışında kalanlardan görevlerinden alınanları veya görevleri sona erenleri) kendi sübjektif takdirine göre dilediği kadro ve pozisyonlara atayabilecektir. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

Öte yandan; Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundumlegem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intralegem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Bu nedenle (c) bendindekiler (kamu görevlileri arasından üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine atananlardan (a) ve (b) bentleri dışında kalanlardan görevlerinden alınan veya görevleri sona erenler) hakkında idare (Cumhurbaşkanı, bakanlar, atamaya yetkili amirler) tarafından yapılan atamaların kanuna dayanması ve aykırı olmaması için, "uygun görülecek diğer kadro ve pozisyonların" genel çerçevesinin kanun hükümleriyle net, açık, anlaşılabilir şekilde çizilmesi gerekir. Diğer bir deyişle kanun düzeyinde, idare tarafından gerçekleştirilecek "uygun görülme" eylemine ilişkin nesnel ölçütlerin ve "diğer" kadro ve pozisyonların ne olduğunun açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Ancak söz konusu düzenlemede bu türden bir genel çerçeve çizilmediğinden, iptali talep edilen ibare Anayasa'nın 123. maddesine aykırıdır.

Yine Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında memurlar ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, hakları ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödeneklerinin, diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Kanuni düzenleme ilkesi, düzenlenen alanda temel ilkelerin kanunla konulmasını ve çerçevenin kanunla çizilmesini ifade etmektedir. Bu ilke uyarınca kamu görevlilerinin nitelikleri ve atanmalarına ilişkin kuralların kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 24.07.2019 tarihli ve 2018/73 E.; 2019/65 K. sayılı Kararı, § 164-165).

İptali talep edilen ibarenin yer aldığı düzenleme, (c) bendindekilerin (kamu görevlileri arasından üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine atananlardan (a) ve (b) bentleri dışında kalanlardan görevlerinden alınan veya görevleri sona erenlerin) atanmasına ilişkindir. Kanuni düzenleme ilkesi gereğince bunların atanacakları kadro ve pozisyonların açık, anlaşılır şekilde kanun düzeyinde belirlenmesi gerekirken; konunun bu şekilde düzenlenmemesi, Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.

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 madde hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Cumhurbaşkanı'na, bakanlara, atamaya yetkili amirlere) uygun görülecek diğer kadro ve pozisyonları belirleme hususunda düzenleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

Son olarak; “uygun görülecek diğer kadro ve pozisyonlara” ibaresini kendinden önce gelen “Araştırmacı” ibaresine bağlayan “veya” bağlacı, “uygun görülecek diğer kadro ve pozisyonlara” ibaresinin iptal edilmesiyle işlevini yitirecektir.

Tüm bu nedenlerle 7247 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle 27.06.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek 35. maddesinin değiştirilen 9. fıkrasının (c) bendinin (3) numaralı alt bendinde yer alan “veya uygun görülecek diğer kadro ve pozisyonlara” ibaresi Anayasa'nın 2., 7., 123. ve 128. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

b) 18.06.2020 tarihli ve 7247 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 18. maddesiyle 27.06.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek 35. maddesinin değiştirilen 9. fıkrasının son cümlesinde yer alan “ek gösterge şartı aranmaksızın” ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7247 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle 375 sayılı KHK'nin ek 35. maddesinin değiştirilen 9. fıkrasının son cümlesine göre kamu görevlileri arasından Cumhurbaşkanlığına bağlı ofislere başkan ve başkan yardımcısı atananlardan görevlerinden alınanlar hakkında (a) bendi ile bu bende bağlı hükümler ek gösterge şartı aranmaksızın aynı esas, usul ve şartlarla uygulanır. Kamu görevlileri arasından Cumhurbaşkanlığına bağlı ofislere atananlardan görevlerinden alınanları ek gösterge şartından istisna tutmak Anayasa'ya aykırıdır.

Anılan 9. fıkranın (a) bendine göre kamu görevlileri arasından üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine atananlardan ek göstergesi (6400) ve daha yüksek tespit edilen üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerinden alınanlar veya görevleri sona erenler Cumhurbaşkanlığı'na bağlı, ilgili, ilişkili kurum ve kuruluşlarda müşavir veya danışman kadro veya pozisyonlarına ya da bakanlıkların merkez teşkilatlarında bakanlık müşaviri unvanlı kadrolara Cumhurbaşkanı, bakanlar veya atamaya yetkili amirler tarafından atanır.

Söz konusu (a) bendine bağlı hükümler genel olarak “atama yapılincaya kadar bunların görev yaptıkları kadro, pozisyon veya görevlere ilişkin almakta oldukları her türlü ödemelerin,



görev yaptıkları kurum tarafından verilmeye devam edileceğini; (a) bendine göre atanmaların üst yönetici tarafından izleme, değerlendirme, araştırma, rehberlik, proje ve eğitim gibi hizmetlerde görevlendirileceğini; (a) bendine göre atanmalardan bir ay içinde talepte bulunanların, atamaya yetkili amirler tarafından yönetici kadro veya pozisyonları dışındaki daha önce buldukları veya öğrenim durumları itibarıyla ihraz etmiş oldukları unvanlara ilişkin kadro veya pozisyonlara atanacağını; (a) bendine göre (veya 9. fıkraya göre) talep üzerine atanmalardan (a) bendindeki yönetici kadro, pozisyon veya görevlerinde kesintisiz olarak en az iki yıl fiilen görev yapmış olanların mali haklarının, atandıkları söz konusu kadro veya pozisyonlarda bulunmaları kaydıyla, atandıkları tarihi takip eden ay başından itibaren ikinci yılın sonuna kadar, fiili çalışmaya bağlı ödemeler hariç önceki görevine ait ödeme unsurları esas alınarak verilmeye devam edileceğini; (a) bendi ve 9. fıkranın münhasıran bu bende bağlı hükümlerinin; hakim ve savcılar, 926 sayılı Kanun'a tabi personel, Dışişleri meslek memurları, mülki idare amirliği hizmetleri sınıfı, milli istihbarat hizmetleri sınıfı, emniyet hizmetleri sınıfı, jandarma hizmetleri sınıfı, sahil güvenlik hizmetleri sınıfı kapsamına giren yönetici kadrolarında bulunanlar hakkında uygulanmayacağını; talep üzerine olanlar da dahil 9. fıkraya göre atanmaların kadro veya pozisyonlarının başka bir işleme gerek kalmaksızın ihdas edilmiş ve kurumların kadro veya pozisyon cetvellerinin ilgili bölümlerine eklenmiş sayılacağını; ihdas edilmiş sayılan kadro ve pozisyonların herhangi bir şekilde boşalmalarını müteakiben, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş ve kadro ve pozisyonlara ilişkin mevzuatın eki cetvellerin ilgili kurumlara ait bölümlerinden çıkarılmış sayılacağını; (a) bendi kapsamında atama yapılan müşavir veya danışman kadro veya pozisyonlarının mali ve sosyal hak ve yardımlar ile diğer özlük hakları bakımından bakanlık müşaviri kadrosuna denk olacağını; bakanlık müşavirlerine yapılan ödemelerden vergi ve diğer yasal kesintilere tabi olmayanların, ek 35. maddeye göre de vergi ve diğer kesintilere tabi olmayacağını; bunların emeklilik hakları bakımından da bakanlık müşavirine denk kabul edileceğini; (a) bendinin kapsamının tespitinde; mali ve/veya emeklilik hakları denk veya emsal unvanla belirlenmiş yönetici kadro, pozisyon ve görevleri için bu şekilde belirlenmiş denk veya emsal unvanın ek gösterge rakamlarının dikkate alınacağını ve mali hakları ile emeklilik hakları için farklı ek gösterge rakamları belirlenmiş olması halinde bunlardan yüksek olanının esas alınacağını; açıktan atandığı (a) bendi kapsamındaki yönetici kadro, pozisyon veya görevlerinden alınan veya görevleri sona erenler hakkında, bir ay içinde talepte bulunmaları halinde, sekizinci fıkraya göre ödeme yapılmamak kaydıyla (a) bendinin uygulanabileceğini; talepleri neticelendirilinceye kadar bunların görev yaptıkları kadro, pozisyon veya görevlere ilişkin almakta oldukları her türlü ödemelerin görev yaptıkları kurum tarafından verilmeye devam edileceğini; bunlardan talepleri uygun görülmeyenlerin memuriyetle ilişkilerinin kesileceğini; (a) bendine göre atanmak suretiyle memuriyete girenlerin, atanmalarına esas görevlerinde ve kamu kurum ve kuruluşlarının kadro veya pozisyonlarında geçirdikleri hizmet sürelerinin kazanılmış hak aylık derece ve kademeleri ile kıdeme bağlı haklarında değerlendirileceğini; bunlara önceki statülerinin sona ermiş olmasından dolayı kıdem tazminatı veya iş sonu tazminatı ya da benzer nitelikte başkaca bir tazminat ödenmeyeceğini ve bu tazminatlara esas sürelerin sonraki hizmetlerine göre hak kazanacakları emekli ikramiyesi, iş sonu tazminatı veya kıdem tazminatı ya da benzer nitelikteki tazminatların hesabında dikkate alınacağını; bunlardan bu fıkranın dördüncü cümlesine göre talep üzerine kamu kurum ve kuruluşlarının memuriyet dışındaki statülerine atanmalar için de anılan hizmet ve kıdem değerlendirmesinin kıyasen yapılacağını” düzenlemektedir.

Kamu görevlileri arasından Cumhurbaşkanlığına bağlı ofislere başkan ve başkan yardımcısı atanmalardan görevlerinden alınanlar hakkında (a) bendi ile bu bende bağlı hükümlerini ek gösterge şartı aranmadan aynı esas, usul ve şartlarla uygulamak, anılan fıkra hükmünde yer alan özlük işlerine ilişkin hakların tanınacağı kimseler arasındaki dengenin kamu

görevlileri arasında Cumhurbaşkanlığına bağlı ofislere başkan ve başkan yardımcısı atananlardan görevlerinden alınanlar lehine bozulmasına sebep olacaktır.

Zira 1 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 525. maddesine göre Cumhurbaşkanlığına bağlı, özel bütçeli, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip; Dijital Dönüşüm Ofisi, Finans Ofisi, İnsan Kaynakları Ofisi ve Yatırım Ofisi kurulmuştur. Anılan Kararname'nin 528. maddesine göre başkan, ofisin en üst amiri olup ofisin genel yönetim ve temsilinden Cumhurbaşkanı'na karşı sorumludur ve ofislerde başkana yardımcı olmak üzere başkan yardımcısı görevlendirilebilir. Cumhurbaşkanlığı Ofis Başkanları, 3 No'lu Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne Ekli (I) sayılı Cetvel'in delaletiyle Cumhurbaşkanı tarafından atanır.

Ayrıca Cumhurbaşkanlığına bağlı ofislere başkan ve başkan yardımcısı olarak atananlardan görevden alınanlar, iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümlelerin lafzından ("Kamu görevlileri arasında" Cumhurbaşkanlığına bağlı ofislere başkan ve başkan yardımcısı olarak atananlardan görevden alınanlar) da anlaşılacağı üzere, Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında kamu görevlisidir. Zira kamu tüzel kişiliğini haiz olan bu ofislere başkan ve başkan yardımcısı olarak atananlar; genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini icra ederler ve kamu hizmetlerinin ifasına sürekli olarak katılırlar, icrai karar alırlar ve merkezi idare ile aralarında tam bir statü ilişki vardır (Anayasa Mahkemesi'nin 23.01.2020 tarihli ve 2019/78 E.; 2020/6 sayılı Kararı, §20).

Bununla birlikte unvan, derece, hizmet sınıfına göre farklılık gösteren ek gösterge rakamları; aylık ücret, zam oranı, yaşlılık aylığı, emekli ikramiyesi, tazminat gibi hususların tespitinde esas alınan unsurlardan biridir. Diğer bir deyişle ek gösterge ile mali haklardan yararlanma arasında bir orantı söz konusudur, örneğin ek göstergenin yükselmesi yaşlılık aylığı miktarının artmasına katkıda bulunur.

Söz konusu (a) bendi de kamu görevlileri arasında üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine atananlardan ek göstergesi (6400) ve daha yüksek tespit edilen üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerinden alınanlar veya görevleri sona erenlerin atama usul ve esaslarına ilişkindir. Ancak iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümledeki düzenleme nedeniyle (a) bendi ve bu bende bağlı hükümler, ek gösterge (örneğin (6400) ve daha yüksek ek gösterge) şartı aranmaksızın kamu görevlileri arasında Cumhurbaşkanlığına bağlı ofislere başkan ve başkan yardımcısı atananlardan görevlerinden alınanlar hakkında da uygulanabilecektir.

Kamu görevlileri arasında üst kademe kamu yöneticileri arasında, Cumhurbaşkanlığına bağlı ofislere başkan ve başkan yardımcısı atananlardan görevlerinden alınanlar lehine bir eşitsizlik yaratılmıştır. Söz konusu ayırım, aşağıda da belirtileceği üzere, Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesi anlamında eşitlik ilkesine aykırı bir durumun ortaya çıkmaması için varlığı zorunlu olan bir "haklı neden"e de dayanmamaktadır. Örneğin 02.11.2011 tarihli ve 28103 sayılı (Mükerrer) Resmi Gazete'de yayınlanan 666 sayılı Kamu Görevlilerinin Mali Haklarının Düzenlenmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin Ekli (IV) sayılı Cetveli'nde Devlet Denetleme Kurulu Başkanı için ek gösterge (7600) olarak belirlenmiştir. 3 No'lu Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 2. maddesi uyarınca hem Devlet Denetleme Kurulu Başkanı hem de Cumhurbaşkanlığı Ofis Başkanı, anılan Kararname'nin Ekli

(1) sayılı Cetveli’nde yer aldığından Cumhurbaşkanlığı kararı ile atanacaktır. Diğer bir deyişle bunlar, atanma usul ve esasları bakımından aynı mevzuata tabi olup, benzer şekilde üst kademe kamu yöneticisi statüsündedirler.

Ancak (a) bendinin ve bu bende bağlı hükümlerin, kamu görevlileri arasından ek göstergesi (6400) ve daha yüksek tespit edilen (örneğin (7600) ek göstergeye sahip Devlet Denetleme Kurulu Başkanı) üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerinden alınanlar veya görevi sona erenler bakımından uygulanabilmesi için ek gösterge şartı aranıp; kamu görevlileri arasından Cumhurbaşkanlığına bağlı ofislere başkan ve başkan yardımcısı atananlardan görevlerinden alınanlar bakımından ek gösterge şartı aranmaksızın uygulanabilmesi ayrımcılık yaratmaktadır.

Örneğin (7600) ek göstergeye sahip Devlet Denetleme Kurulu Başkanı ile Cumhurbaşkanlığı Ofisi Başkanı kamu görevlileri arasından üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine aynı mevzuat kapsamında atanmış, benzer usullerle görevlerinden alınmış veya görevleri sona ermiş ve fakat yeni kadrolara atanma bakımından farklı uygulamalara (ek gösterge şartının aranması- aramaması) tabi tutulmuştur.

Oysa ki, Anayasa’nın “Genel Esaslar” başlıklı birinci kısmında yer alan 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi, anayasal bir norm şeklinde düzenlenmiş olup mutlak ve nispi olmak üzere iki anlam taşır. Anayasa’nın 10. maddesinin ilk fıkrası mutlak eşitliği başka bir deyişle kanunların herkese eşit şekilde uygulanmasını düzenler. Nispi eşitlik ise, aynı durumda bulunanların aynı işleme başka bir deyişle farklı durumlarda bulunanların, farklı işlemlere tâbi tutulabilmesini ifade eder. Anayasa Mahkemesi, mutlak eşitlik anlayışının yanında nispi eşitlik anlayışını da benimseyerek, “Eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı hükümlere bağlı olması gerektiği anlamına gelmez. Bu ilke ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır.” şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi’nin 13.04.1976 tarih ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti ise, somut olayda “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır. Ancak kamu görevlileri arasından Cumhurbaşkanlığına bağlı ofislere başkan ve başkan yardımcısı atananlardan görevlerinden alınanlar bakımından ek gösterge şartının aranmamasını haklılaştıracak bir neden yoktur. İptali talep edilen ibareyle, benzer durumda olan kamu görevlilerine nazaran söz konusu kimseler lehine yapılan ayırım, Anayasa’nın 10. maddesini ihlal eder.

Tüm bu nedenlerle 7247 sayılı Kanun’un 18. maddesiyle 27.06.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin ek 35. maddesinin değiştirilen 9. fıkrasının son cümlesinde yer alan “ek gösterge şartı aranmaksızın” ibaresi, Anayasa’nın 10. maddesine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

5) 18.06.2020 tarihli ve 7247 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 22. maddesiyle 22.01.1990 tarihli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname’ye eklenen ek madde 4’ün üçüncü fıkrasının (c) bendinde yer alan “ve temsil yeteneğine” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

7247 sayılı Kanun’un 22. maddesiyle 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ye eklenen ek madde 4’te genel olarak, kamu iktisadi teşebbüslerinde ve bağlı ortaklıklarında iç kontrol sisteminin oluşturulması ve iç denetçi istihdamı düzenlenmektedir. ek madde 4’ün

üçüncü fıkrasında kamu iktisadi teşebbüslerine ve bağlı ortaklıklarına iç denetçi olarak atanacaklarda aranacak şartlar sayılmıştır. Bu şartlar:“657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 48. maddesinde belirtilenler ile a) en az dört yıllık yükseköğrenim görmüş olmak, b) en az beş hizmet yılını doldurmuş olmak (Bu sürenin hesaplanmasında hangi statüde olursa olsun kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmet süreleri ile kamu kurum ve kuruluşlarında geçmese dahi devlet memurlarının kazanılmış hak aylıklarında değerlendirilen hizmet süreleri dikkate alınır.), c) mesleğin gerektirdiği bilgi, ehliyet ve temsil yeteneğine sahip olmak, d) 08.06.1984 tarihli ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca yayımlanan ilgili yıl Genel Yatırım ve Finansman Programı Kararında belirtilen sertifika ve diğer şartları taşımak” şeklindedir. Ancak iptali istenen “ve temsil yeteneğine” şeklindeki ibarenin işaret ettiği temsil yeteneğine sahip olma şartı Anayasa’ya aykırıdır.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun 63. maddesine göre iç denetim, kamu idaresinin çalışmalarına değer katmak ve geliştirmek için kaynakların ekonomiklik, etkililik ve verimlilik esaslarına göre yönetilip yönetilmediğini değerlendirmek ve rehberlik yapmak amacıyla yapılan bağımsız, nesnel güvence sağlama ve danışmanlık faaliyetidir ve iç denetim, iç denetçiler tarafından yapılır. Söz konusu ek eadde 4’ün ikinci fıkrası gereğince kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıklarında yürütülecek iç denetim faaliyetleri ve istihdam edilecek iç denetçiler hakkında 5018 sayılı Kanun’un anılan ikinci fıkarda yazılı ilgili hükümleri uygulanır. ek madde 4’ün dördüncü fıkrası gereğince kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıkların kadrolarında istihdam edilen iç denetçiler, mali ve sosyal haklar ve yardımlar ile diğer özlük hakları bakımından bakanlık iç denetçisine denktir ve bunların harcırahları hakkında 5018 sayılı Kanun’a göre atanan iç denetçilere uygulanan hükümler esas alınır.

O halde kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıklarına iç denetçi olarak atanacak kimseler, kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri genel idare esaslarına göre yürüteceğinden kamu görevlisidir. Diğer bir deyişe bu kimselerin, ek madde 4’ün ikinci fıkrası gereğince bir tür kolluk faaliyeti olan denetim görevlerini İç Denetim Koordinasyon Kurulu tarafından belirlenen kamu iç denetim standartlarına uygun şekilde yerine getirdiği, dördüncü fıkrası gereğince özlük hakları bakımından bakanlık iç denetçilerine denk olduğu göz önünde bulundurulduğunda iç denetçilerin kamu görevlisi olduğu sonucu ortaya çıkacaktır.

O halde kamu iktisadi teşebbüslerine ve bağlı ortaklıklarına iç denetçi olarak atanacaklarda “temsil yeteneğine” sahip olma şartını aramak hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Zira 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). Başka bir deyişle hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye işlemlerini tesis ederken ve eylemlerde 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.

Ancak temsil yeteneğinin ne olduğuna, (ek madde 4’ün ikinci fıkrası gereğince) iç denetçileri atamaya yetkili yönetim kurulunun hangi ölçütü esas alarak bir kimsenin temsil

yeteneğine sahip olup olmadığını tespit edeceğine dair açık, net, anlaşılır bir kural bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle (hizmet yönünden yerinden yönetime ilişkin) idari teşkilat içinde yer alan kamu iktisadi teşebbüslerinin yönetim kuruluna temsil yeteneğine sahip olma şartının tespiti özelinde herhangi bir kayıt getirmeksizin yetki vermek, keyfi atamalara sebep olabilecektir.

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.

Bu nedenle kamu iktisadi teşebbüslerinde ve bağlı ortaklıklarında iç denetçi olacak kimseler hakkında idare (Kamu İktisadi Teşebbüsü Yönetim Kurulu) tarafından yapılan atamaların idarenin kanuniliği ilkesinin gereğini sağlaması için, "temsil yeteneğine" sahip olma şartının içeriğinin genel çerçevesi kanun hükümleriyle net, açık, anlaşılabilir şekilde çizilmelidir. Diğer bir deyişle kanun düzeyinde, idare tarafından belirlenecek "temsil yeteneğine" sahip olma şartının ne olduğunun açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Ancak söz konusu düzenlemede bu türden bir genel çerçeve çizilmediğinden, iptali talep edilen ibare Anayasa'nın 123. maddesine aykırıdır.

Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında memurlar ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, hakları ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödeneklerinin, diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Kanuni düzenleme ilkesi, düzenlenen alanda temel ilkelerin kanunla konulmasını ve çerçevenin kanunla çizilmesini ifade etmektedir. Bu ilke uyarınca kamu görevlilerinin nitelikleri ve atanmalarına ilişkin kuralların kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 24.07.2019 tarihli ve 2018/73 E.; 2019/65 K. sayılı Kararı, § 164-165).

İptali talep edilen ibarenin yer aldığı düzenleme, kamu iktisadi teşebbüslerinde ve bağlı ortaklıklarındaki iç denetçilerin atanmasına ilişkindir. Kanuni düzenleme ilkesi gereğince kamu görevlisi olan iç denetçilerin atanmalarına ilişkin şartların açık, anlaşılır şekilde kanun düzeyinde belirlenmesi gerekirken; "temsil yeteneğine" sahip olma ibaresinin işaret ettiği gibi muğlak nitelikte ve kapsamı idarenin keyfî takdirine terk edilen bir şart getirmek, Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.

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 ayrımın yalnızca ödev-nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektirdiğini 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 iyi biçimde 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). Ancak iptali talep edilen ibarenin yer aldığı madde hükmünde iç denetçinin atanmasına ilişkin temsil yeteneğine

sahip olma şartının içeriği kanun düzeyinde açıkça belirlenmemiştir. Atamada aranacak söz konusu şartın kanunda belirlenmemesi, uygulamada kaçınılmaz olarak keyfiliklere yol açacak ve söz konusu hakkın vatandaşlar bakımından eşit düzeyde güvence altına alınmasına engel olacaktır. Bir başka deyişle, liyakate dair objektif bir ölçüt koymak yerine, söz konusu alanda yapılacak atamaları idarenin keyfi takdirine terk eden ihtilafli kural; kamu hizmetine girme hakkını somut ve etkili bir hak olmaktan çıkarmakta, göstermelik ve etkisiz bir hak konumuna indirgemektedir. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 70. maddesine de aykırıdır.

Son olarak; “temsil yeteneğine” ibaresini kendinden önce gelen “ehliyet” ibaresine bağlayan “ve” bağlacı, “temsil yeteneğine” ibaresinin iptal edilmesiyle işlevini yitirecektir.

Tüm bu nedenlerle 7247 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle 22.01.1990 tarihli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen ek madde 4'ün üçüncü fıkrasının (c) bendinde yer alan “ve temsil yeteneğine” ibaresi Anayasa'nın 2., 70., 123. ve 128. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

### III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

18.06.2020 tarihli ve 7247 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile getirilen iptali talep edilen düzenlemeler birden fazla kanunda, kanun hükmünde kararnamede 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

18.06.2020 tarihli ve 7247 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un

1) 1. maddesiyle 11.01.1954 tarihli ve 6219 sayılı Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanunu'nun 18. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümle Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 90. maddelerine,

2) 5. maddesiyle 16.06.2005 tarihli ve 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun'a eklenen geçici madde 1'in birinci fıkrasının birinci cümlesi ile üçüncü cümlesinde yer alan “davanın

Esas Sayısı : 2020/68  
Karar Sayısı: 2023/230

açılmamış sayılmasına karar verilir” ibaresi Anayasa’nın 2., 13., 35., 36., 46. ve 90.maddelerine,

3) 17. maddesiyle 28.11.2017 tarihli ve 7061 sayılı Bazı Vergi Kanunları ile Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 123. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (e) bendi Anayasa’nın 2., 13., 38., 48. ve 90. maddelerine,

4) 18. maddesiyle 27.06.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin ek 35. maddesinin değiştirilen 9. fıkrasının (c) bendinin (3) numaralı alt bendinde yer alan “veya uygun görülecek diğer kadro ve pozisyonlara” ibaresi Anayasa’nın 2., 7., 123. ve 128. maddelerine ve son cümlesinde yer alan “ek gösterge şartı aranmaksızın” ibaresi Anayasa’nın 10. maddesine,

5) 22. maddesiyle 22.01.1990 tarihli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname’ye eklenen ek madde 4’ün üçüncü fıkrasının (c) bendinde yer alan “ve temsil yeteneğine” ibaresi Anayasa’nın 2., 70., 123. ve 128. maddelerine

aykırı olduğundan iptallerine ve uygulanmaları 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.”