

“

1) 03.11.2022 tarihli ve 7420 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 10'uncu maddesiyle 12.03.1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 6'ncı maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen cümlede yer alan “veya iştiraki şirketler” ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7420 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesiyle 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun “Doğal turizm kaynaklarının korunması ve kullanılması” kenar başlıklı 6'ncı maddesinin üçüncü fıkrasına “Bakanlık tarafından yapılan ücretsiz girişli günübirlik tesisler, münhasıran Bakanlık Döner Sermaye İşletmesi Merkez Müdürlüğü veya iştiraki şirketler tarafından işletilebilir, üçüncü kişilere devredilemez ve işlettirilemez.” şeklindeki cümle eklenmiştir. Ancak Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın yaptığı ücretsiz girişli günübirlik tesislerin, Bakanlık Döner Sermaye İşletmesi Merkez Müdürlüğü'nün iştiraki şirketleri tarafından işletilebilmesine cevaz veren ve iptali talep edilen ibare, Anayasa'ya aykırıdır.

Açıklamalara geçilmeden önce Bakanlık Döner Sermaye İşletmesi Merkez Müdürlüğü'nün iştiraki şirketlerinin hukuki statüsünü ortaya koymak gerekmektedir. 2252 Kültür Bakanlığı Döner Sermaye Kanunu'nun “Kuruluş” kenar başlıklı 6'ncı maddesinin birinci fıkrasıyla döner sermayenin bütçe, bilanço ve hesaplarını düzenleme, inceleme, döner sermaye ile ilgili bütün mali ve yönetsel işleri düzenlemek ve yönetmek üzere Kültür Bakanlığı merkez kuruluşunda ve saymanlık örgütüne sahip olmak üzere “Döner Sermaye İşletmesi Merkez Müdürlüğü (DÖSİMM)” kurulmuştur. Anılan 6'ncı maddenin üçüncü fıkrasına göre Bakanlık Döner Sermaye İşletmesi Merkez Müdürlüğü, kamu tüzel kişiliğini haizdir.

İptali talep edilen ibare uyarınca DÖSİMM'in iştiraki şirketler de Bakanlık tarafından yapılan ücretsiz girişli günübirlik tesisleri işletebilecektir. Elbette DÖSİMM, özel hukuk tüzel kişisi olan şirketlerin ortaklığına dahil olabilir. Ancak ne 2252 sayılı Kanun'da ne de 2634 sayılı Kanun'da DÖSİMM'in; bir şirketin, ortaklık yapısına hangi oranda dahil olduğu takdirde; “iştiraki” niteliği kazanacağı yer almaktadır. Söz gelimi 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin “Tanımlar ve kısaltmalar” başlıklı 2'nci maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendine göre iştirak; iktisadi devlet teşekküllerinin veya kamu iktisadi kuruluşlarının veya bağlı ortaklıklarının, sermayelerinin en az yüzde on beşine, en çok yüzde ellisine sahip buldukları anonim şirketlerdir. DÖSİMM'in iştiraki şirketlerinin sermaye dağılımı bakımından; bu türden bir yüzdelik dilim öngörülmemiştir. O halde DÖSİMM, bir şirketin hisselerinin %1'ine de %99'una da sahip olduğunda; bu şirket, DÖSİMM'in iştiraki şirketi olarak nitelendirilebilecektir.

Ancak her hâlükârda söz konusu DÖSİMM'in iştiraki şirketleri, özel hukuk tüzel kişisidir. Nitekim İktisadi Devlet Teşekküllerinin, Kamu İktisadi Kuruluşlarının veya bağlı ortaklıklarının kamu iştiraklerinin, kamu kurumu olmadığını Günday, şu biçimde ifade etmektedir:

“Tüm bunların dışında, İDT ve KİK'lerin veya bağlı ortaklıklarının sermayelerinin en az yüzde yirmi altısına en çok yüzde ellisine sahip buldukları anonim şirketlerdeki hisseleri kamu iştirakleri olarak adlandırılmaktadır.

Kamu iştirakleri, aslında bir İDT veya bir KİK'in ya da bir bağılı ortaklığın özel kesiminde yer alan ortaklıklardaki hisselerinden başka bir şey değildir. Bu nedenle, kamu sermayesinin katıldığı bu tür ortaklıkları kamu kurumu saymak mümkün değildir.”¹

Öte yandan DÖSİMM'in iştiraki şirketinin işletebileceği tesisler: “Bakanlık tarafından yapılan ücretsiz girişli günübirlik tesisler”dir. 2634 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine göre Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerde, bölgenin doğal ve kültürel özelliklerinin bozulmaması, turizm işletmelerine zarar verilmemesi, turizm yatırımı veya işletmesi belgesi alınması ve çevre kirliliğinin önlenmesine ilişkin tüm önlemlerin alınması ve 3621 sayılı Kıyı Kanunu'na uygun olması koşulu ile bu yerlerin kontrollü kullanımını sağlamak amacıyla; Bakanlık tarafından, “Taşınmaz malların turizm amaçlı kullanımı” kenar başlıklı 8'inci maddeye göre, imar planı gerektirmeyen, sabit olmayan, kamuya yararlı, konaklama içermeyen, ücretsiz girişli günübirlik tesis yapılabilir. Anılan cümlelerin lafzından anlaşılacağı üzere; ücretsiz girişli günübirlik tesisler, Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerde yapılacaktır. O halde DÖSİMM'in iştiraki şirketler tarafından ücretsiz girişli günübirlik tesislerin işletilmesi suretiyle; Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki (üzerinde ücretsiz girişli günübirlik tesis kurulan) yerler, özel hukuk tüzel kişilerinin (iştiraki şirketlerin) kullanımına açılacaktır.

(Bu noktada belirtmek gerekir ki; anılan 6'ncı maddenin ikinci fıkrası, 18.07.2021 tarihli ve 7334 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesiyle değiştirilmiştir. Anılan 6'ncı maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerde” ibaresi ile ikinci cümlesinin, Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle CHP tarafından 14.09.2021 tarihinde Anayasa Mahkemesi nezdinde yürütmeyi durdurma talepli iptal davası açılmıştır.)

Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler, kamu malı statüsündedir. Nitekim bu husus, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 23.10.2000 tarihli ve 2000/24 E.; 2000/41 K. sayılı Kararında vurgulanmıştır:

“Diğer taraftan, belirli bir süre için kullanım hakkının devri söz konusu olan bu yerler, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunması ve özel mülkiyete konu edilememesi nedeniyle "kamu malı" ("amme emlaki") niteliğini taşımakta; Devletin bu gibi yerler üzerindeki mülkiyet hakkı, medeni hukuktaki manasında bir mülkiyet hakkı olmayıp, bir nevi "idare hukuku mülkiyeti" olduğundan uyuşmazlığın özel hukuk ile bir ilgisi de bulunmamaktadır.”

Devletin kamu malları üzerindeki hakimiyetinin niteliği ise tartışmalıdır. Nitekim Sirmen'e göre;

“Bir görüşe göre, bu ilişkiye Özel Hukuk hükümleri uygulanamadığından, kamu malları üzerinde mülkiyet hakkı söz konusu değildir. Devlet bu mallar üzerinde sadece denetim ve gözetim yetkisine sahiptir. Diğer bir görüş de, Devletin kamu malları üzerindeki yetkisini kamu hukukuyla sınırlanmış bir özel mülkiyet türü olarak nitelendirmektedir. Uzun zaman uygulamadan da destek almış üçüncü görüş, Devletin kamu malları üzerinde, üstün yetkileri ile egemenlik unsurundan oluşan bir kamu mülkiyetinin bulunduğu biçimindedir. Son yıllarda taraftar bulmuş görüş ise, Devletin kamu malları üzerinde özel malları ile aynı nitelikte mülkiyet hakkı bulunduğunu, yalnız kamu mülkiyeti ile özel mülkiyet arasında hukuki rejim farklılığı olduğunu savunmaktadır (Gözübüyük/Tan, bu görüşü desteklemek üzere Anayasa Mahkemesinin, Anayasanın 35. maddesinde özel mülkiyet için getirilen korumanın kamu

¹ Günday, Metin, İdare Hukuku, Ankara, İmaj Yayınevi, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş B. 10, 2013, s. 543.

mülkiyeti için de geçerli olduğu hakkındaki 07.07.1994 tarihli ve 49/45-2 sayılı (RG. 10.9.1994, S. 22047) kararına da yollama yapmaktadır.’’²

Yine Anayasa Mahkemesi, 16.02.1965 tarihli ve 1963/126 E.; 1965/7 K. sayılı kararında; Devletin, tabii servetler ve kaynaklar özelindeki kamu malları üzerindeki hakkının; bunları, “Devletin, Devlet olmak niteliği ile eli altında tutmasından” kaynaklandığını ve özel mülkiyet rejiminden farklı kendine özgü bir rejime tabi olduğunu vurgulamaktadır:

“Görülüyor ki Anayasa tabii servetleri ve kaynaklarını Medeni Kanun hükümlerine bağlı özel mülkiyet düzeninin kapsamı dışında bırakmakta olanlara Devletin Devlet olmak niteliği ile eli altında tuttuğu nesnelere düzeni içinde yer verilmektedir. Her iki düzen başka başka koşullara ve kurallara bağlıdır; değişik niteliktedir; aralarında birbirlerine karıştırılmalarını önleyecek bellilik ve kesinlikte sınırlar vardır. Anayasa'nın 130 uncu maddesi, tabii servetlerin ve kaynaklarının Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğunu açıklamakla aynı zamanda bunların mülkiyet konusu olamayacağını da hükme bağlamıştır. İçmeğe ve yıkanmağa özgü, şifalı sıcak ve soğuk maden suları, tabii servetler ve kaynakları deyiminin kapsamı içindedir. Aslında mülkiyet düzenine bağlı bulunmayan bir nesnede mülkiyetin devri de öncelikle söz konusu olamaz. Oysa iptali dâva edilen fıkra, mülkiyetin devrini Öngörmekte ve böylece Anayasa'nın 130 uncu maddesine açıkça aykırı bulunmaktadır. Bu sebeple dâvanın kabulü ve hükmün iptali gerekir.”

O halde ücretsiz girişli günübirlik tesis yapılan yerler, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup; bunlar üzerinde Devlet tarafından tasarrufta bulunulması bakımından anayasal hukuki rejim öngörülmüştür. İptali talep edilen ibareyle bu tesislerin iştiraki şirketler tarafından işletilmesi ise; anayasal hukuki rejimin gereklerini karşılamamaktadır.

i) Kamu yararı ilkesi ve özelleştirme rejimi bakımından: İptali talep edilen ibare, özelleştirme rejiminin konusudur. Zira bir tesisin işletilmesi, o tesis üzerindeki mülkiyet hakkının kullanım biçimlerinden biridir. Buna ilave olarak 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un “Özelleştirme Yöntemleri, Değer Tespiti, İhale Yöntemleri” kenar başlıklı 18'inci maddesinde özelleştirme yöntemleri sayılmıştır. Anılan 18'inci maddenin birinci fıkrasının (c) bendi: “İşletme hakkının verilmesi; Kuruluşların bir bütün olarak veya aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimlerinin mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla bedel karşılığında belli süre ve şartlarla işletilmesi hakkının verilmesidir.” şeklindedir. O halde Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerde Bakanlık tarafından yapılan ücretsiz girişli günübirlik tesislerin, iştiraki şirketlerce işletilmesi de özelleştirme rejiminin kapsamında kalmaktadır.

Anayasa'nın 47'nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir. Özelleştirme usul ve esaslarına ilişkin kanun da diğer kanunlar gibi kamu yararını haiz olmalıdır. Zira Anayasa'nın 2'nci 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...

² Sirmen, 2014, s. 23, 24.

biçimde kullanılamaz ...” (Anayasa Mahkemesi’nin 24.01.2008 tarihli ve 2007/76 E.; 2008/46 K. sayılı Kararı).

Öte yandan Anayasa 13.08.1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanun’un 1’inci maddesiyle Anayasa’nın 47’nci maddesine özelleştirmeye ilişkin hükümler eklenmeden önce; Anayasa Mahkemesi de 07.07.1994 tarihli ve 1994/49 E.; 1994/45-2 K. sayılı kararında; “kamu mülkiyetinin” kamu yararı amacıyla sınırlanabileceğini ve toplum yararına aykırı biçimde kullanılamayacağını (başka bir anlatımla özelleştirme işlemlerinin de kamu yararını haiz olması gerektiğini) vurgulamıştır:

“Kimi özelleştirme türlerinde kamu mülkiyetine sınırlama getirildiği gibi kamu varlığının satışında da kamu mülkiyeti sona ermektedir. Kamu varlığının azalması, elden çıkarılmasıyla özelleştirilen alanda kamu mülkiyeti ortadan kalkmaktadır. Özel mülkiyet için Anayasa’nın getirdiği koruma ve güvence kamu mülkiyeti için de geçerli olduğundan, özel mülkiyet konusundaki özenin kamu mülkiyeti konusunda öncelikle düşünüleceğinde duraksanamaz. Bu nedenle, kamu mülkiyetinin sona erdirilmesine ilişkin esasların yasayla düzenlenmesi, Anayasa’nın 35. maddesinin getirdiği bir zorunluluktur. Kişisel mülkiyeti güvenceye bağlayan Anayasa’nın kamu mülkiyetini güvencesiz bıraktığı düşünülemez. Nitekim mülkiyet hakkını kişiler yönünden güvenceye alan 35. maddenin birinci fıkrası yanında, ikinci ve üçüncü fıkralarındaki bu hakkın ancak yasayla sınırlanabileceği ve kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hususları kamu mülkiyetini de kapsamaktadır. Kamu mülkiyeti için de geçerli olan bu güvence göz ardı edilemez. Kamu mülkiyeti de kamu yararı amacıyla sınırlanabilir ve toplum yararına aykırı biçimde kullanılamaz.”

O halde Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerde Bakanlık tarafından yapılan ücretsiz girişli günübirlik tesisleri işletilmesinin ratio legis’i özel teşebbüslerin iktisadi menfaatleri değil; halktan her kesimin turizm tesislerinden faydalanabilmesidir.³ Ancak 7420 sayılı Kanun’un 10’uncu maddesinin gerekçesinde bu tesislerin iştiraki şirketlerce işletilmesinin meşru sebebi temellendirilmemiştir.⁴

Başka bir anlatımla halktan her kesimin turizm tesislerinden faydalanabilmesi adına kamu yararı için ve kâr amacı gütmeksizin yapılan bu tesislerin iştiraki şirketlerce işletilmesinin; çağdaş ekonomik gerekler nazara alındığında kamu mallarının değerlendirilmesine ne türden katkı sağlayacağı objektif ve bilimsel biçimde (söz gelimi etki analizleriyle) ortaya konulmamıştır. Özelleştirme amacının aksine; bu tesislerin yalnız DÖSİMM tarafından işletilmesi ile iştiraki

³ Zira bu husus, 7420 sayılı Kanun’un genel gerekçesinde de vurgulanmıştır: “2634 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında yapılan değişiklikle, ücretsiz girişli günübirlik tesis ile 9 uncu maddenin (b) bendinde belirtilen altyapı tesislerinin Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından yapılması halinde, **bu tesislerin kamu yararı için yapıldığı ve kâr amacı da bulunmadığı** göz önüne alınarak, ağaçlandırma ve bakım bedeli ile orman köylüleri kalkındırma gelirinin yanı sıra tesisin bütünleyici unsuru olan denizle bağlantısını sağlayan kıyı kullanımlarından Devlet İhale Kanununun 75 inci maddesinden doğan bedellerin de alınmaması ve ayrıca, ücretsiz girişli günübirlik tesislerin üçüncü kişilere devredilmemesi ve işlettilmemesi öngörülmektedir.”. Kütahya Milletvekili Ahmet Tan ve 172 Milletvekilinin Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4618) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 6, Sıra Sayısı: 361, Ankara, TBMM Basımevi, 2022, s. 14.

⁴ Kütahya Milletvekili Ahmet Tan ve 172 Milletvekilinin Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4618) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 6, Sıra Sayısı: 361, Ankara, TBMM Basımevi, 2022, s. 14.

şirketleri tarafından işletilmesi arasında kamu bakımından çıkar dengesi gözetilmemiştir. Söz gelimi tesislerin uzun sürelerce (kırk dokuz yıl gibi) iştiraki şirketlerce işletilmesi (Devletin bunlardan el çekmesi); Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerde yapılan tesislerin amacı dışında kullanılmasına (katkı payı gibi adlandırmalarla kullanıcılardan birtakım ödemelerin alınmasına) neden olacak; bunları, denetimsiz bırakacaktır. Zira iştiraki şirketler, özel teşebbüs olduklarından basiretli bir tacir gibi davranmaları ve kâr amacı gütmeleri; hayatın olağan akışının gereğidir. O halde kâr amacı gütmeyen bir tesisin, (yalnız DÖSİMM tarafından işletilmesi yerine) kâr amacı güden bir iştiraki şirket tarafından işletilmesi; kamu yararı barındırmamaktadır. Yine DÖSİMM'in söz konusu iştiraki şirkete, işletme bedeli verip vermeyeceği öngörülemezdir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun seçtiği yöntemin kamu yararının gerçekleştirip gerçekleştirilmeyeceği bir yerindelik sorunu olsa da; en baştan bu türden bir işletme hakkının devrinin kamu yararı barındırmaması (kamu yararı amacıyla yapılmaması), hukukilik / anayasallık denetiminin konusudur.

Diğer bir söyleyişle, özelleştirmenin temel ilke ve esasları, Anayasa'da belirlenmiştir. Mevcut hukuki çerçeveye doğrultusunda; halktan her kesimin turizm tesislerinden faydalanabilmesi ve insan onuruna yaraşır bir yaşam sürdürebilmesi için Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerde Bakanlık tarafından yapılan ücretsiz girişli günübirlik tesisler, münhasıran DÖSİMM tarafından işletilebilir. Ancak işletme hakkının (kamu malı niteliği bulunan ve değerli taşınmazlar üzerinde inşa edilen söz konusu tesislerin birtakım özel teşebbüslerce işletilerek; bu özel teşebbüslerin iktisadi menfaatlerinin Devlet eliyle himaye edilmesi gibi) hangi sebeple iştiraki şirketlere devredildiği bilinmemektedir. Bu da Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerin (ve bu yerlerde inşa edilen söz konusu tesislerin) uzun vadede (farklı sektörlerde) etkin kullanılarak korunmasını engelleyecektir.

Yine Anayasa'nın 47'nci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "kanun" ibaresi, hem şekli anlamda hem maddi anlamda kanuna tekabül etmektedir. Hal böyle olunca özelleştirmeye ilişkin iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın diğer hükümlerinde yer alan güvence ölçütlerinin gereklerini karşılamalıdır. Ancak aşağıda açıklandığı üzere; iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın diğer hükümlerine de aykırı olduğundan; maddi anlamda kanuna tekabül etmemesi hasebiyle de; Anayasa'nın 47'nci maddesini ihlal etmektedir.

Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2 ve 47'nci maddelerine aykırıdır.

ii) Eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri, sözleşme özgürlüğü ile teşebbüs hürriyeti, rekabetin korunması bakımından:

Beklenen kamu yararının en üst düzeyde sağlanabilmesi için; özelleştirme sürecinde, katılımcıların faaliyetlerini rekabet içinde yürütmeleri gerekmektedir. Rekabetin oluşturulması ise; Anayasa'nın 10'uncu ve 48'inci maddelerinin gereklerinin yerine getirilmesiyle mümkündür. Zira iptali talep edilen ibareye konu hukuki işlem, (Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerde Bakanlık tarafından yapılan ücretsiz girişli günübirlik tesislerin işletme hakkının iştiraki şirketlere, sözleşme akdetmek suretiyle devredildiğinden: işletme hakkı devir sözleşmesi); Anayasa'nın 48'inci maddesinde güvencelenen sözleşme özgürlüğünü kapsamında kalmaktadır. Özelleştirme sürecine katılmaya istekli iştiraki şirketler/özel teşebbüsler; sözleşme özgürlüğüne, Anayasa'nın 10'uncu maddesi bağlamında eşit biçimde sahiptir. Bu durum, onlara aynı olanaklara sahip biçimde rekabet edebilme kabiliyeti tanımaktadır.

Yine Anayasa'nın 48'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devletin, özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasına yönelik tedbirleri almaya ilişkin pozitif

yükümlülüğü vardır ve Anayasa'nın 10'uncu 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. Bunun yanında, Anayasa'nın 167'nci maddesinde, Devlete, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli

işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma yükümlülüğü yüklenmiştir. Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerde Bakanlık tarafından yapılan ücretsiz girişli günübirlik tesislerin işletilmesi özelinde iştiraki şirketler bakımından bu yükümlülüğün ifası, Devlet tarafından (regülasyon yapılarak) rekabetçi piyasa koşullarının hazırlanmasıyla mümkündür.

Buna ilave olarak Anayasa Mahkemesi Türkiye Denizcilik İşletmeleri Anonim Şirketi ve Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğüne ait bazı limanların işletme hakkı verilmesi/devri yöntemiyle özelleştirilmeleri neticesinde imzalanan kırk dokuz yıldan az süreli sözleşme sürelerinin; birtakım şartlar altında kırk dokuz yıla kadar uzatılacağını düzenleyen bir hüküm hakkında verdiği (iptal) kararında bu hususu vurgulamıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 20.07.2022 tarihli ve 2022/22 E.; 2022/92 K. sayılı Kararı):

"15. Anayasa'nın 47. maddesinin üçüncü fıkrasında "Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir." denilmiştir. Anılan maddenin dördüncü fıkrasında da "Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilirliği veya devredilebilirliği kanunla belirlenir." hükmüne yer verilmiştir. Anılan hükümler uyarınca kanunla yapılacak düzenlemelerde Anayasa'nın diğer maddeleri de dikkate alınmalıdır.

16. Anayasa'nın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir" denilmek suretiyle çalışma ve sözleşme özgürlüğü güvence altına alınmıştır.

17. Sözleşme özgürlüğü devletin, kişilerin istedikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belirli hukuki sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukuki sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması anlamına gelmektedir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir. Anayasa'nın anılan maddesinde koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir (AYM, E.2017/154, K.2019/18, 10/4/2019, § 11).

18. Dava konusu kural 4046 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde TDİAŞ ve TCDDİGM'ye ait bazı limanların işletme hakkı verilmesi/devri yöntemiyle özelleştirilmeleri neticesinde imzalanan kırk dokuz yıldan az süreli özelleştirme sözleşmelerinin taraflarına bu sözleşmelerin sürelerini kırk dokuz yıla kadar uzatma imkânı tanımakta ve sözleşme süresinin uzatılabilmesi için gerekli ön şartları düzenlemektedir. Bu yönüyle kural, sözleşme süresinin sonunda yeniden özelleştirme sürecine konu olabilecek limanların bu sürecin dışına çıkarılmasına, dolayısıyla katılımcılar arasında rekabeti mümkün kılan ihale süreci

uygulanmaksızın dolaylı olarak özelleştirilmelerine imkân tanımaktadır. Bu itibarla kural, sadece hâlihazırda özelleştirme sözleşmelerinin tarafı olan kişilere ek sözleşme yapma imkânı tanımakla özelleştirme sözleşmelerinin tarafı olmayan kişileri mevcut sözleşme süreleri sonunda sözleşme yapma imkânından yoksun bırakmak suretiyle sözleşme özgürlüğünü sınırlamaktadır.

19. Anayasa'nın 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." denilmektedir. Buna göre temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren düzenlemelerin kanunla yapılması, Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun ve ölçülü olması gerekir.

20. Bu kapsamda sözleşme özgürlüğünü sınırlamaya yönelik bir kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir.

21. Esasen temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, kişilerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddesinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.

22. Kuralla bazı limanların işletme hakkı verilmesi/devri yöntemiyle özelleştirilmeleri neticesinde imzalanan kırk dokuz yıldan az süreli sözleşmelerin taraflarına, bu sözleşmeleri kırk dokuz yıla kadar uzatma imkânı tanınmış ve bu imkânın kullanılabilmesi için aranan ön şartlar açık ve net biçimde düzenlenmiştir. Dolayısıyla kuralın belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olduğu ve bu yönüyle kanunilik şartını taşıdığı anlaşılmaktadır.

23. Öte yandan Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun olması gerekir. Anayasa'nın 48. maddesinde sözleşme özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da o hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevler, özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebilir.

24. Bu bağlamda Anayasa'nın 167. maddesinin birinci fıkrasında "Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır;..." denilmek suretiyle devlete, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirler alma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu kapsamda liman hizmetlerinin sağlıklı ve düzenli işleminin sağlanmasını ve geliştirilmesini konu alan sözleşmelerde, sözleşme özgürlüğüne yönelik sınırlamaların öngörülmesi mümkündür.

25. Dava konusu kuralın gerekçesinde, 4046 sayılı Kanun çerçevesinde özelleştirilen bazı limanların sosyo-ekonomik çerçevede Türkiye'nin ekonomisine ve dış ticaretine katkısı dikkate alındığında bu limanların herhangi bir zaman kaybı yaşanmadan küresel rekabet güçlerini korumaları için bugünden yatırımların yapılarak büyütülmeleri amacı doğrultusunda özelleştirme sözleşmelerinin sürelerinin kırk dokuz yıla kadar uzatılmasının hedeflendiği ifade edilmiştir. Bu itibarla kuralın kapsam dâhilindeki limanların rekabet güçlerinin zaman kaybı yaşanmadan artırılması biçimindeki meşru amaca yönelik olduğu görülmektedir.

26. Anayasa'nın 13. maddesinde güvence altına alınan ölçülülük ilkesi ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, orantılılık ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

27. 21. yüzyılda dünya ticaretinin gösterdiği gelişmenin ulaştırma ve nakliye hizmetlerine talebi çoğaltarak taşınan yük miktarında artışa yol açması, uluslararası ticaretteki artışın enerji ve hammadde talebinin karşılanması ve malların farklı pazarlara ulaştırılması ihtiyacını beraberinde getirmesi, deniz yolu taşımacılığının ucuz ve güvenli bir taşıma sistemi olması, liman sayısı ve kapasitesinin ülkelerin rekabet gücünü belirleyen önemli bir ölçüt hâline gelmesi sonucuna yol açmıştır. Liman işletmeciliğinin gerek bölgesel gerek uluslararası ekonomiye katkısının limanların geliştirilmesini gerekli kıldığı kuşkusuzdur. Bu nedenle kuralın özelleştirilen limanların zaman kaybı yaşanmadan kapasitelerinin artırılması ve geliştirilmesi amacına ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez.

28. Kural özelleştirme sözleşmelerindeki süreler sonunda, özelleştirme öncesindeki hukuki statülerini tekrar kazanacak olmaları sebebiyle yeniden özelleştirme uygulamalarının konusu olabilecek limanların, özelleştirme sözleşmelerinin sürelerinin uzatılmasını öngörmek suretiyle mevcut özelleştirme süresi sonrasında da işletme hakkının devamının sağlanmasına, başka bir ifadeyle dolaylı olarak özelleştirilmelerine imkân tanımaktadır. Söz konusu dolaylı özelleştirmeye taraf olabilecekler ise mevcut özelleştirme sözleşmelerinin tarafları ile sınırlandırılmaktadır. İstekli olan başkaca kişilerin bu sürece dâhil olamaması ise özelleştirmede hâkim olması gereken serbest rekabet ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmamakta olup kurala konu limanların gerçek özelleştirme değerlerine ulaşılmamasını engelleyebilecek niteliktedir. Nitekim özelleştirme sürelerinin sonunda limanların yeniden özelleştirme uygulamasına konu olması hâlinde 4046 sayılı Kanun'daki şartları taşıyan herkesin rekabet koşulları çerçevesinde özelleştirme sözleşmesine taraf olma imkânı olacakken kuralla bu imkân ortadan kaldırılmaktadır.

29. Bu bağlamda kuralla ulaşılmak istenen meşru amaç ile sözleşme özgürlüğü arasında bulunması gereken makul dengenin gözetilmediği anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralın orantısız bir sınırlamaya neden olduğu, dolayısıyla anılan özgürlüğe ölçsüz bir sınırlama getirdiği sonucuna ulaşılmıştır.

30. Anayasa'nın 10. maddesinde "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir./Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz./Çocuklar, yaşlılar, özürllüer, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler

eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz./Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz./Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” denilmek suretiyle kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir.

31. Anayasa'nın anılan maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemler değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

32. Sözleşme özgürlüğü bağlamında eşitlik ilkesi yönünden yapılacak anayasallık denetiminde öncelikle Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde aynı ya da benzer durumda bulunan kişilere farklı muamelenin mevcut olup olmadığı tespit edilmeli, bu bağlamda aynı ya da benzer durumdaki kişiler arasında sözleşme özgürlüğüne müdahale bakımından farklılık gözetilip gözetilmediği belirlenmelidir. Yapılacak bu belirlemenin ardından ise farklı muamelenin nesnel ve makul bir temele dayanıp dayanmadığı ve ölçülü olup olmadığı hususları irdelenmelidir.

33. Kuralla mevcut özelleştirme sözleşmelerinin taraflarına tanınan ek sözleşme yapma imkânının özelleştirme sonucunu doğurduğu dikkate alındığında özelleştirme usulünün uygulanması hâlinde sözleşmeye taraf olabilecek kişiler ile özelleştirme sözleşmesinin tarafı olmaları sebebiyle ek sözleşme yapma imkânı tanınan kişilerin sözleşme özgürlüğü bağlamında karşılaştırma yapılmaya müsait olacak şekilde benzer durumda oldukları açıktır. Bu itibarla kuralın özelleştirme usulünün uygulanması imkânını ortadan kaldırmak suretiyle benzer durumda olanlar arasında farklı muameleye yol açtığı anlaşılmaktadır.

34. Öte yandan özelleştirme sözleşmesinin imzalanması öncesinde sözleşmeye konu ihaleye katılarak teklif verenlerden ihaleyi kaybeden kişiler ile ihaleyi kazanarak özelleştirme sözleşmesine taraf olan kişilerin de sözleşme özgürlüğü bağlamında karşılaştırma yapılmaya müsait olacak şekilde benzer durumda oldukları görülmektedir. Dolayısıyla kuralın mevcut özelleştirme sözleşmesinin taraflarına sözleşme süresini uzatma imkânını tanımak suretiyle ihaleye katılanlar arasında da farklı bir muameleye yol açtığı anlaşılmaktadır.

35. Kuralın zaman kaybı yaşanmadan yapılacak yatırımlar ile limanların rekabet güçlerinin korunması yönündeki gerekçesi gözetildiğinde farklı muamelenin objektif ve makul bir temele dayanmadığı söylenemez.

36. Kural, ek sözleşme yapma imkânını sadece mevcut özelleştirme sözleşmesi taraflarına tanımak suretiyle öncesinde özelleştirme ihalesini kaybetmiş olanlar ile özelleştirme usulünün uygulanması hâlinde ek sözleşmeye taraf olabileceklerin bu sözleşmeye taraf olabilmelerini engellemektedir. Anayasa'nın 167. maddesinin gerekçesinde “Bu madde Devlete üç görev yüklemektedir./Birincisi, özel teşebbüsün rekabet koşulları içinde yararlı yönde gelişmesine yardımcı olacaktır. Rekabet koşullarını sağlamanın tabii sonucu ise, buna

bağlı olan diğer iki görevdir...” denilmek suretiyle özel teşebbüsler arasında rekabet koşullarının sağlanması gerektiği belirtilmiştir.

37. Bu bağlamda mevcut özelleştirme sözleşmesinin tarafları dışında istekli olan başkaca kişilerin ek sözleşmeye taraf olabilme imkânının engellenmesi özelleştirmede hâkim olması gereken serbest rekabet ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmamakta olup kurala konu limanların gerçek özelleştirme değerlerine ulaşılmasını da engelleyebilecek niteliktedir. Ayrıca sözleşmeye konu önceki ihaleyi kaybeden kişilerin sonradan ek sözleşme yapma imkânı sağlanarak sözleşme süresinin uzatılacağını bilmelerinin söz konusu ihalede buldukları teklifi etkilemeyeceği de söylenemez. Bu itibarla farklı muamelenin ölçüsüz olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

38. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 10., 13. ve 48. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”

Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı nazara alındığında da anlaşılacağı üzere; iptali talep edilen ibareyle (yukarıda ayrıntılı biçimde açıklandığı üzere) bir türden özelleştirme süreci öngörülmüş ve fakat bu sürecin, Anayasa'nın 10'uncu ve 48'inci maddelerine istinaden eşitlik ve rekabet ilkeleri çerçevesinde yürütülmesini temin eden kanun düzeyinde mekanizmalar (söz gelimi ihale süreci gibi) düzenlenmemiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan kanunilik kaydının aksine; ihale süreci gibi (kanun düzeyinde idarenin takdir yetkisini sınırlandırmaya elverişli) mekanizmaların öngörülmemesi suretiyle; idareye/DÖSİMM'e, iptali talep edilen ibareye konu hukuki ilişkinin karşı tarafını seçme hususunda keyfi uygulamalara neden olabilecek takdir yetkisi bırakılmıştır. Bu durum, Devletin (Anayasa'nın 10 ve 48'inci maddelerinden doğan) pozitif yükümlülüğüne hâle getirerek; özel teşebbüslerin/iştiraki şirketlerin, sözleşme özgürlüğüne binaen eşit koşullarda yarışarak söz konusu hukuki ilişkinin karşı tarafı olamamasına (Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan sınırlandırmanın sınırlarının öngördüğü bir kanun hükmü olmaksızın sözleşme hürriyetine müdahale edilmesine) ve bazı özel teşebbüslerin/iştiraki şirketlerin haklı neden olmaksızın karşı taraf kılınmasına (idare tarafından himaye edilmesine); aynı şartlara sahip ve eşit durumda bulunan tüm özel teşebbüsler/iştiraki şirketler bakımından teşebbüs hürriyetinin eşit düzeyde sağlanamamasına (haksız rekabete) neden olacaktır.

Başka bir anlatımla DÖSİMM'in; iştirak edeceği şirketi, hangi objektif ölçütlere göre seçeceği kanun düzeyinde belirlenmemiştir. DÖSİMM, iştirak edeceği şirketin diğer ortaklarının kimlerden teşekkül edeceğini, belirsiz ve öngörülemez şekilde ve keyfi uygulamalara neden olabilecek biçimde seçebilecektir. Kaldı ki kanun koyucu, tek bir cümle hükmünde; bu tesislerin mülkiyetinin üçüncü kişilere devredilememesini ve işletirilememesini düzenlemiş, diğer bir deyişle bu tesislerin özelleştirilmesi neticesini doğuracak diğer işlemleri yasaklamış ve fakat iştiraki şirketlere işletme hakkı devretmek suretiyle bu tutumundan vazgeçmiştir.

Aynı zamanda Devlet tarafından, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerde Bakanlık tarafından yapılan ücretsiz girişli günübirlik tesislerin işletilmesi bakımından; kanun hükümleriyle rekabetçi piyasa oluşturulmadığından; Anayasa'nın 167'nci maddesinde yer alan yükümlülük de ifa edilemeyecektir.

Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 10, 13, 48 ve 167'nci maddelerine aykırıdır.

iii)Hukuk devleti ile idarenin 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 önkoşullarından 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.

İlk fıkrası “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir” hükmünü içeren Anayasa'nın 123'üncü maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Bu nedenle DÖSİMM'in iştiraki olacak şirketi seçmeye yönelik işleminin hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak DÖSİMM, bir şirketi iştiraki kılarken objektif kıstaslarla (söz gelimi iştirak edilecek şirketin söz konusu tesisleri işletmeye yeterli finansal kapasitesinin olması, çevre mevzuatının gereklerini karşılması) kanun düzeyinde kısıtlanmamıştır. Başka bir deyişle DÖSİMM, belirsiz ve öngörülemez şekilde ve keyfi uygulamalara neden olabilecek biçimde bir şirkete ortak olmak suretiyle; onu iştiraki kılacaktır. Oysa normlar arasında hukuka uygun kademelenmenin sağlanabilmesi, diğer bir deyişle normlar hiyerarşisinde iştiraki şirketi belirlemeye yönelik idarenin düzenleyici ve dahi birel işlemlerinin 2634 sayılı Kanun'a uygun olması, yalnız bu Kanun'un temel ilkeleri ortaya koymasıyla mümkündür. Aksi takdirde, Kanun'un genel çerçeveyi çizmemesi, idari işlemlerin hukuka uygunluk denetiminde gözetilecek (özel) ölçü normun maddi anlamda kanunun asgari öğelerini karşılamaması durumunda, idari işlem hukuki dayanaktan yoksun kılınacaktır. Bir şirketi iştiraki kılarken esas alacağı kıstasları belirleme yetkisini idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine tevdi eden ve yukarıda tanımlandığı anlamda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin gereklerini yerine getirmeyen ihtilaflı ibare, Anayasa'nın 2 ve 123'üncü maddelerine aykırıdır.

iv)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7'nci maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde

yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümle hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (DÖSİMM'e) iştiraki şirketi belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7'nci maddesine aykırılık oluşturur.

v) Erklar ayrılığı ilkesi, hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153'üncü 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 -(ii) numaralı açıklama altında detaylandırıldığı üzere-;

“ ... 37. Bu bağlamda mevcut özelleştirme sözleşmesinin tarafları dışında istekli olan başkaca kişilerin ek sözleşmeye taraf olabileme imkânın engellenmesi özelleştirmede hâkim olması gereken serbest rekabet ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmamakta olup kuralla konu limanların gerçek özelleştirme değerlerine ulaşılmasını da engelleyebilecek niteliktedir. Ayrıca sözleşmeye konu önceki ihaleyi kaybeden kişilerin sonradan ek sözleşme yapma imkânı sağlanarak sözleşme süresinin uzatılacağını bilmelerinin söz konusu ihalede buldukları teklifi etkilemeyeceği de söylenemez. Bu itibarla farklı muamelenin ölçüsüz olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

38. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 10., 13. ve 48. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir. ...”

şeklindeki gerekçeyi kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 27.09.2012 tarihli ve 2013/6 E.; 2012/131 K. sayılı Kararı).

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 10, 13 ve 48'inci maddelerine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen ibareyi kanunlaştırması, Anayasa'nın 153'üncü maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6'ncı maddesine ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de hâle getirmektedir.

vi) Kıyılardan, toprak mülkiyetinden, tarım arazileri ile çayır ve meralarından, tabiat varlıklarından ve ormanlardan yararlanmada kamu yararı gözetilmesi bakımından:

Anayasa'nın 43'üncü maddesinde kıyıların, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu ve deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetileceği; Anayasa'nın 44'üncü maddesinde Devletin toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek, erozyonla kaybedilmesini önlemek ve topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçilikle uğraşan köylüye toprak sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri alacağı; Anayasa'nın 45'inci maddesinde Devletin, tarım arazileri ile çayır ve mer'aların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek, tarımsal üretim planlaması ilkelerine uygun olarak bitkisel ve hayvansal üretimi artırmak maksadıyla, tarım ve hayvancılıkla uğraşanların işletme araç ve gereçlerinin ve diğer girdilerinin sağlanmasını kolaylaştıracağı; Anayasa'nın 63'üncü maddesinde Devletin, tabiat varlıklarının ve

değerlerinin korunmasını sağlayacağı, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alacağı; Anayasa'nın 169'uncu maddesinde ormanların kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır.

Yine Anayasa Mahkemesi, kıyılar hakkında verdiği 24.09.2008 tarihli ve 2008/26 E.; 2008/147 K. sayılı Kararında aşağıdaki gerekçeyi hüküm altına almıştır:

“Anayasa'nın 43. maddesinde kıyıların Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu, deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararının gözetileceği belirtilmektedir.

Kıyıların devletin hüküm ve tasarrufu altında olması, buraların özel mülkiyete konu olamayacağı ve doğasına uygun olarak, genellik, eşitlik ve serbestlik ilkeleri gereği herkesin ortak kullanımına açık bulunmaları gerektiği anlamına gelmektedir. Hukukumuzda kıyılar, sahihsiz doğal nitelikli ve herkese açık bir kamu malı olarak düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 43. maddesi kıyıların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu hükmünü içermektedir. Buna göre anayasa koyucu kıyıların toplum için önemini dikkate alarak mülkiyet konusu olmasını yasaklamaktadır.” .

Anayasa'nın özellikle 169'uncu maddesinin üçüncü fıkrası, ormanların aleyhine yapılan hiçbir faaliyet ve eyleme hiçbir istisna tanınamaktadır. Bu anayasal düzenlemeyle, sadece bulunduğu ülkenin değil ama tüm insanlığın ortak değeri olan ormanların korunması ve gelecek kuşaklara aktarılması; kesin, katı, istisnasız hükümlerle korumaya alınmıştır: “Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez ...”.

Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi, ormanlar hakkında verdiği 07.05.2007 tarihli ve 2006/169 E.; 2007/55 K. sayılı Kararında aşağıdaki gerekçeyi hüküm altına almıştır:

“Anayasa'nın 169. maddesinde, ormanların ülke yönünden taşıdığı büyük önem gözetilerek, korunmaları ve geliştirilmeleri konusunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu özel ve ayrıntılı düzenlemelerin ülkemizde orman örtüsünün sürekli yok edilmesi gerçeğinden kaynaklandığı kuşkusuzdur. Anayasanın 169. maddesinin birinci fıkrası gereğince Devlet, doğal kaynaklarımızın en önemlilerinden birisi olan ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gereken tedbirleri alıp kanun koymak ve bütün ormanların gözetimi ödevini yerine getirmek durumundadır. ” .

Bunun yanında, Türkiye'nin de taraf olduğu 1972 tarihli Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunması Sözleşmesi'nin 4'üncü maddesi uyarınca: “Bu Sözleşmeye taraf olan devletlerden her biri 1. ve 2. maddelerde sözü edilen ve topraklarında bulunan kültürel ve doğal mirasın saptanması, korunması, muhafazası, teşhiri ve gelecek kuşaklara iletilmesinin sağlanması görevinin öncelikle kendisine ait olduğunu kabul eder. Bunun için kaynaklarını sonuna kadar kullanarak ve uygun olduğunda özellikle mali, sanatsal, bilimsel ve teknik alanlarda her türlü uluslararası yardım ve işbirliği sağlayarak elinden geleni yapacaktır”. Türkiye'nin de taraf olduğu 1979 tarihli Avrupa'nın Yaban Hayatı ve Yaşama Ortamlarını Koruma Sözleşmesi'nin 2'nci maddesine göre: “Âkit Taraflar, ekonomik ve rekreasyonel gereksinimleri ve yerel olarak risk altında bulunan alt türler, varyeteler veya formların isteklerini dikkate alırken, yabancı flora ve faunanın, özellikle ekolojik, bilimsel ve kültürel gereksinimlerini de karşılayacak düzeyde, popülasyonlarının devamı veya bu düzeye

ulaştırılması için gerekli önlemleri alacaktır”. Türkiye’nin de taraf olduğu 1992 tarihli Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi’nin öngörülen ilk amacı, biyolojik çeşitliliğin korunmasıdır (madde 1).

O halde Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerde Bakanlık tarafından yapılan ücretsiz girişli günübirlik tesislerin işletilmesi yoluyla etkin biçimde değerlendirilmesinin anayasal sınırını, Anayasa’nın 43, 44, 45, 63 ve 169’uncu maddeleri çizmektedir. Ancak yukarıda açıklandığı üzere söz konusu işletim hakkının iştiraki şirketlere devriyle amaçlanan kamu yararı, bilimsel ve objektif biçimde ortaya konulmadığından; iptali talep edilen ibare, söz konusu anayasal sınırları ihlal etmektedir.

Başka bir anlatımla üzerinde ücretsiz girişli günübirlik tesislerin yapıldığı Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler, bizatihi kıyıları çevreleyen sahil şeridi, verimli toprak, tarım arazisi ile çayır ve mera, tabiat varlığı ve orman olabileceği gibi; bunlara çok yakın yerde konumlanmış taşınmazlar da olabilir. O halde kamu yararı olmaksızın bu tesislerin iştiraki şirketlerce işletilmesi, Devletin anılan anayasal hükümlerdeki pozitif yükümlülüklerini yerine getirememesine; kıyıları çevreleyen sahil şeridinin, verimli toprakların, tarım arazisi ile çayır ve meraların, tabiat varlığı ve ormanların muhafaza edilememesine, bu alanların bütünlüğünün bozulmasına ve daralmasına neden olacaktır. Söz konusu özel ve ayrıntılı anayasal hükümler, bir yandan Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlere ilişkin hukuki işlem yaparken onu kayıtlayacak sınırlar ihtiva ederken; diğer yandan gelecek nesillere miras kalacak ülke bütünlüğünün korunmasına hizmet etmektedir. Ancak iptali istenen ibare; Devletin Anayasa’nın anılan amir hükümleri uyarınca yüklendiği koruma yükümlülüğüne uyulduğunu gösterecek asgari güvenceleri içermemektedir. Gerçekten de; üzerinde Bakanlık tarafından yapılan ücretsiz girişli günübirlik tesisler olan Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerin bizatihi kıyıları çevreleyen sahil şeridi, verimli toprak, tarım arazisi ile çayır ve mera, tabiat varlığı ve orman olmasına engel olacak bir kanuni sınır öngörülmemiştir. Şu halde, ihtilafı ibare sonucunda bir kez bu tesisler iştiraki şirketlerce işletilince, anılan işletme hakkının doğası gereği, Devletin söz konusu anayasal yükümlülüklerini yerine getirmesi imkansız hale gelecek ya da en azından ancak kısmen ve çok zor ifa şeklinde edilebilecektir. Oysa, görüldüğü üzere, ortada, Devletin Anayasa uyarınca yüklendiği pozitif yükümlülüklerini etkisiz hale getirecek şekilde bu tesislerin iştiraki şirketlerce işletilmesini gerektirecek bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 43, 44, 45, 63 ve 169’uncu maddelerine aykırıdır.

vii)Sağlıklı, dengeli ve yaşanılabilir, güvenli ve planlı bir çevrede yaşama hakkı, tabiat varlıklarının ve ormanların korunması ile kıyıları, toprak mülkiyeti ve tarım arazileri ile çayır ve meralar, tabii servetler ve kaynakların korunması ile temel hak ve hürriyetlerin niteliği bakımından:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2 ve Anayasa’nın 17’nci maddelerinde temelini bulan yaşam hakkı ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8 ve Anayasa’nın 56’ncı maddelerinde örtülü biçimde ve doğrudan 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 3’üncü maddesiyle “Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür.” şeklindeki değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez düzenleme, hüküm altına alınmış ve Anayasa’nın 5’inci 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.

“Anayasa’nın 56. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.” hükmüne yer verilmek suretiyle, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı güvenceye bağlanmıştır. Anılan maddenin ikinci fıkrasında, çevreyi geliştirmenin, çevre sağlığını korumanın ve çevre kirlenmesini önlemenin devletin ve vatandaşların ödevi olduğu belirtilmiştir. Madde gerekçesinde de vurgulandığı üzere, devlete, vatandaşın korunmuş çevre şartlarında, beden ve ruh sağlığı içinde yaşamını sürdürmesini sağlamanın yanında, hem kirlenmenin önlenmesi hem de doğal çevrenin korunması ve geliştirilmesi için gereken tedbirleri alma ödevi yüklenmiştir. 2872 sayılı Kanun’un, Anayasa’nın 56. maddesiyle devlete yüklenen, çevre kirlenmenin önlenmesi, doğal çevrenin korunması ve geliştirilmesi için gereken tedbirleri alma ödevinin ifası amacıyla çıkarıldığı anlaşılmaktadır” (Anayasa Mahkemesi’nin 03.07.2014 tarihli ve 2013/89 E.; 2014/116 K. sayılı Kararı).

“2872 sayılı Yasa’nın değiştirilen 2. maddesinde, sürdürülebilir çevre “Gelecek kuşakların ihtiyaç duyacağı kaynakların varlığını ve kalitesini tehlikeye atmadan, hem bugünün hem de gelecek kuşakların çevresini oluşturan tüm çevresel değerlerin her alanda (sosyal, ekonomik, fizikî vb.) ıslahı, korunması ve geliştirilmesi sürecini ifade eder”; sürdürülebilir kalkınma ise, “Bugünkü ve gelecek kuşakların, sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına alan çevresel, ekonomik ve sosyal hedefler arasında denge kurulması esasına dayalı kalkınma ve gelişmeyi ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkelerinin içeriği itibarıyla hem bugünün hem de gelecek kuşakların çevresini oluşturan tüm çevresel değerlerin her alanda ıslahı, korunması ve geliştirilmesi ile sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına aldığı açıktır” (Anayasa Mahkemesi’nin 15.01.2009 tarihli ve 2006/99 E.; 2009/9 K. sayılı Kararı).

Kanun koyucu tarafından saygı gösterilmesi gereken sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, uluslararası seviyedeki bağlayıcı normlar ve yumuşak hukuk (soft law) belgeleri tarafından öngörülmektedir. Türkiye’nin de taraf olduğu 1966 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m.12/1-b, sağlık hakkının bir unsuru olarak ve dolaylı şekilde sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına atıf yapmaktadır. 1972 Stockholm Birleşmiş Milletler İnsan ve Çevre Konferansı Bildirgesi’nin 2’nci maddesine göre: “İnsan çevresinin korunması ve geliştirilmesi dünyamızın her yerinde insanların refahını ve kalkınmasını etkileyen önemli bir konu, bütün insanların özlemi ve bütün hükümetlerin görevidir”. 1992’de Rio de Janeiro’da ilan edilen Rio Bildirgesi’nin 1’inci maddesi uyarınca: “İnsanların, tabiatla uyum içinde, sağlıklı ve üretken bir yaşam hakları vardır”.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) ifade ettiği üzere; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) madde 8 uyarınca, Devletlerin, öncelikle, çevreye ve insan sağlığına yönelik zararları etkili şekilde önlemeye yönelik yasal ve idari bir çerçeve oluşturma ödevi vardır (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 27.01.2009 tarihli ve 67021/01 Başvuru No’lu, Tatar/Romanya, Kararı, § 88). 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, § 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). AİHM, çevreye verilen ağır zararların, sağlığı açısından ciddi bir tehlike oluşturmadığında dahi, kişinin esenliğini etkileyebileceğini ve özel ve aile yaşamı hakkına zarar verecek şekilde, konutundan yararlanmasını engelleyebileceğini ifade etmiştir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 09.12.1994 tarihli ve 16798/90 Başvuru No’lu López Ostra/İspanya Kararı, § 51). Yetkili merciler tarafından çevresel risk ve tehlikelerle ilgili bilgilerin aktarılmaması, 8’inci maddeyi ihlal edebilir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 19.02.1998 tarihli ve 14967/89 Başvuru No’lu Guerra ve diğerleri/İtalya Kararı; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 27.01.1994 tarihli ve 67021/01 Başvuru No’lu Tatar/Romanya Kararı). AİHM, ihtiyatlılık ilkesinin, devletlere, bilimsel ve teknik kesinlik yokluğunda, çevreye ağır ve geri dönüşü olmayan bir zarar riskini engellemeye yönelik etkili ve ölçülü tedbirleri almakta gecikmemeyi tavsiye ettiğini belirtmektedir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 27.01.1994 tarihli ve 67021/01 Başvuru No’lu Tatar/Romanya Kararı, § 109).

Çevresel meselelerin sıklıkla çevresel kirlilik bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne taşındığı ve Mahkemece, söz konusu çevresel rahatsızlığın, devletin veya özel kişilerin faaliyetleri sonucunda oluşması arasında bir ayırım gözetilmeksizin, Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamında güvence altına alınan hukuksal çıkarlarla bağlantı kurulmak suretiyle incelendiği anlaşılmaktadır (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 18.06.2013 tarihli ve 50474/08 Başvuru No’lu Bor/Macaristan Kararı, § 25 ve bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 30.06.2016 tarihli ve 2014/3977 Başvuru No’lu D. Ö. Kararı).

O halde AİHM’in Devletin, bireyin sağlıklı ve güvenli bir çevrede yaşamasını sağlamak için önlemleri almaya dair kesin bir yükümlülüğü olduğunu vurgulayan içtihatları da göz önünde alındığında; turizm alanında yapılan düzenlemeler, çevrenin korunmasına yönelik gereklilikleri karşılayacak biçimde kaleme alınmalıdır.

Bu çerçevede Birleşmiş Milletler Dünya Turizm Örgütü de “sürdürülebilir turizm” kavramıyla çevre ve turizm arasında ilişki kurmuştur: “mevcut ve gelecekteki ekonomik, sosyal ve çevresel etkileri tam olarak hesaba katan; ziyaretçilerin, endüstrinin, çevrenin ve ev sahibi toplulukların ihtiyaçlarını karşılayan turizm”⁵.

Yine 3. Turizm Şûrasında “300. Turizm tesislerinde çevre dostu yönetim sisteminin oluşturulması (ISO 14001 Çevre Yönetim Sisteminin kurulması) ve hayvansal ve bitkisel atıklardan elde edilen biyogaz ünitelerinin turizm tesislerinde enerji kaynağı olarak kullanılması,⁶” şeklinde karar alınmıştır.

Ayrıca Anayasa, 63’üncü maddesiyle de Devlete tabiat varlıklarını ve değerlerini koruma yükümlülüğü yüklemiştir. Anayasa’nın 169’uncu 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

⁵ The United Nations World Tourism Organization: Sustainable Development
<https://www.unwto.org/sustainable-development> (Erişim Tarihi: 22.12.2022).

⁶3. Turizm Şûrası, Turizmde Ürün Çeşitliliği ve Sürdürülebilirlik Komisyonu, T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı
<https://turizmsurasi.ktb.gov.tr/Eklenti/57385,turizmdeuruncesitililigisurdurulebilirlikkomisyonraporu-.pdf?0> (Erişim Tarihi: 21.12.2022).

müsaade edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Buna ek olarak; Devlete, Anayasa'nın 43'üncü maddesiyle deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilerek işlem yapılması yükümlülüğü; 44'üncü maddesiyle toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek amacıyla tedbir alma yükümlülüğü; 45'inci maddesiyle Devlet, tarım arazileri ile çayır ve mer'aların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek yükümlülüğü yüklenmiştir.

Daha genel olarak, Anayasa'nın 56'ncı maddesinde "önlemek", "korumak" ve "geliştirmek" şeklinde Devlet için öngörülen üçlü yükümlülük, Anayasa'nın çevre-doğa ve ülkenin bileşenlerine ilişkin hükümler bütünü için geçerlidir⁷. Bu bağlamda, Anayasamızda kamu yararı ile özdeşleşen kırsal-kentsel ve kültürel çevreye ilişkin hükümlerin sistematik bir biçimde ve bütün olarak değerlendirilmesi, anayasal kurgunun "Türkiye ekosistemi"ni korumaya elverişli olduğunu ortaya koymaktadır⁸. Bu itibarla, Türkiye ekosistemi açısından risk yaratma olasılığı yüksek olan sektör ve alanlara ilişkin yasal düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluk yönünden değerlendirilmesi büyük önem taşımaktadır.

İptali istenen ibarenin yer aldığı cümle hükmüne konu Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerde Bakanlık tarafından yapılan ücretsiz girişli günübirlik tesisler işletilirken aranan kamu yararı, bu bağlamda ele alınmalıdır. Zira Kaboğlu'nun da belirttiği üzere;

“-“KORUMAK”: Madde 56 gereğince, “çevre sağlığını korumak,” devletin, yurttaşların ve yatırımcıların ödevidir. Devletin koruma yükümlülüğü, çevre sağlığı ile sınırlı olmayıp, uyumlu ve dengeli bir çevre korumasını kapsamına almaktadır. Aslında koruma yükümlülüğü, madde 63'te belirtildiği üzere, “tarihsel, kültürel, doğal mirası” da içermektedir. Madde 43'e göre, “Kıyıları, devletin hüküm ve tasarrufu altındadır”. Yine madde 168'e göre, “Tabii servetler ve kaynaklar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır”. Dahası, “Devlet, ormanların korunması ve sahaların genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır” (md. 169).

Bu koruma ödevi, devletin doğrudan faaliyetlerine ilişkin olduğu gibi, özel sektör açısından da geçerlidir: İlgili devlet organları gerekli düzenlemeleri yapar; ilgili kuruluşların etkinliklerini düzenleme çerçevesinde yerine getirip getirmediğini denetler ve kuralları ihlal edenlere yaptırım uygular. Ne var ki kamu makamları, bu üçlü yükümlülüklerini yerine getirmediği için, Türkiye çevresi, koruma bir yana sürekli yağmalanır hale gelmiş bulunuyor.

Öte yandan “Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder” şeklindeki düzenleme (md.12/2), ödev ve sorumlulukların, sadece toplumsal ilişkiler değil, doğal ortamın korunması bakımından da geçerli olduğu biçiminde yorumlanmalıdır.”⁹

⁷ “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 bilgi için bkz. Kaboğlu / Özalp, *Çevre Hakkı*, Tümüyle Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Tekin y., 2021, s. 64 vd.

⁸ Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. “Anayasa'nın ekosistem açısından okunması” (SUNUŞ, İ. Kaboğlu), *Anayasa Hukuku Dergisi*, 19-2021, s. VI- XXII.

⁹ Kaboğlu, İbrahim Ö., Özalp, Nihan Yancı, *Çevre Hakkı*, İstanbul, Tekin Yayınevi, Tümüyle Yenilenmiş ve Genişletilmiş B. 4, 2022, s. 70, 71.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de turizm yatırımları ile çevrenin korunması arasında makul bir denge gözetilmesi gerektiğini 04.12.2014 tarihli ve 2013/114 E.; 2014/184 K. sayılı kararında vurgulamıştır:

“182. Dava konusu kuralla kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgesi veya turizm merkezi ilan edilen yerlerin sınırları içinde kalan mera, yaylak ve kışlakların herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın tümüyle mera, yaylak ve kışlak vasfından çıkarılmasına olanak tanınması, Anayasa'nın 45. ve 56. maddeleriyle çayır, meralar ve çevrenin korunması yönünde devlete yüklenen görevin yerine getirilmesi imkânını ortadan kaldırmakta ve turizm yatırımları yoluyla milli gelirin artırılması şeklindeki kamu yararı ile çayır, meralar ve çevrenin korunmasına yönelik kamu yararı arasında bulunması gereken makul dengeyi çayır ve meralar ile çevrenin korunması aleyhine bozmaktadır.”

İptali istenen ibareyle söz konusu tesislerin DÖSİMM'in iştiraki şirketler tarafından kamu yararı olmaksızın işletilmesi, Devletin anılan anayasal koruma yükümlülüğünü ve doğal ortamın korunması bakımından ödev ve sorumluluklarını yerine getirememesine neden olacaktır. Zira Anayasa'nın 3'üncü maddesinde vurgulandığı üzere; ülke, bir bütündür ve bu bütünlüğün içinde: tabiat varlıkları ile ormanların yanı sıra kıyılar, toprak, tarım arazileri ile çayır ve meralar, tabii servetler ve kaynaklar bulunmaktadır. Bunlardan yararlanma usulleri (DÖSİMM tarafından işletilmesi opsiyonu ile iştiraki şirketler tarafından işletilmesi opsiyonu) arasında tercihte bulunurken, kamu yararı gözetilmemesi; bunların korunmasına yönelik özel anayasal rejimin (Anayasa'nın 3, 5, 12, 17, 43, 44, 45, 56, 63, 168 ve 169 maddelerinde yer alan hükümlerin) fiilen etkisiz hale getirilmesine neden olacaktır. O kadar ki; iptali istenen ibare; Devletin Anayasa'nın anılan amir hükümleri uyarınca yüklendiği koruma yükümlülüğüne uyulduğunu gösterecek asgari güvenceleri içermemektedir. Gerçekten de; iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümlede, Devletin sağlıklı, dengeli ve yaşanılabilir, planlı bir çevrede yaşama hakkının güvencelenmesi için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünü temin edecek hiçbir kayıt bulunmamaktadır.

Bu çerçevede son olarak belirtmek gerekir ki çevrenin korunması ve turizmin gelişmesi, birbirine tezat değil; bilakis birbirini destekleyen olgulardır. Zira çevre, korunduğu ölçüde; bu alanlar, turizmin cazibe merkezi haline gelecektir. Yine turizm tesislerinin, çevrenin korunmasına yönelik mevzuatın gereklerini karşılayarak inşası ve işletilmesi; o alanın, gelecek nesillere tahribe uğramadan miras kalmasını sağlayacaktır. Her ikisinin de birey açısından önemi, kıyaslanamayacak ve yadsınamayacak düzeydedir. Birey için en makbulü, birinin diğerine feda edilmemesidir. Bunu sağlamanın yollarından biri de söz konusu tesisler işletilirken kamu yararının gözetilmesidir. Ancak iptali talep edilen ibare, kamu yararını haiz değildir. Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare; Devletin insanların sağlıklı, dengeli ve yaşanılabilir, planlı bir çevrede yaşanması ile tabiat ve ormanların, kıyıların, toprağın, tarım arazileri ile çayır ve meraların, tabii servetler ve kaynakların korunmasını sağlamaya yönelik pozitif yükümlülüklerini ve doğal ortamın korunması bakımından ödev ve sorumluluklarını yerine getirmesini zaafa uğratacağından, Anayasa'nın 3, 5, 12, 17, 43, 44, 45, 56, 63, 168 ve 169'uncu maddelerine aykırıdır.

viii)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından:

Türkiye Cumhuriyeti tarafından imzalanmış çevrenin korunmasına yönelik birçok sözleşme (söz gelimi Viyana Sözleşmesi, Montreal Protokolü, BMİDÇS, KP, BÇS, Kartagena Protokolü, BMÇMS, CITES, Ramsar, Barselona Sözleşmesi, Boşaltma Protokolü, Tehlikeli Atık Protokolü, LBS Protokolü, Müdahale ve Acil Durum Protokolü, SPA ve Biyoçeşitlilik

Protokolü, Bükreş Sözleşmesi, LBS Protokolü, Acil Durum Protokolü, Boşaltma Protokolü, Biyolojik Çeşitlilik ve Peyzaj Protokolü, Basel Sözleşmesi, BAN Değişikliği, Stockholm Sözleşmesi, CLRTAP, EMEP Protokolü, Bern Sözleşmesi, ICCAT, Avrupa Peyzaj Sözleşmesi, Antarktika Andlaşması, Madrid Protokolü¹⁰) bulunmaktadır.

7420 sayılı Kanun'un, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin taraf olduğu anılan Sözleşme ve Antlaşmaların ortaya koyduğu temel ilkelerin aksine kaleme alınması, Devletin uluslararası sorumluluğunu doğuracak; çevrenin korunmasına yönelik temel ilkelerle çelişen kanun hükümleri uygulamada hukuki belirliliği ortadan kaldıracaktır. O halde iptali talep edilen ibaredeki hukuka aykırılıklar, söz konusu Sözleşme ve Antlaşmaların gereklerinin karşılanmasına engeldir.

Ayrıca, Anayasa'nın 90'ıncı maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen 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'inci maddeleri, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 3 ve 25'inci 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) ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90'ıncı maddesine de aykırıdır. Üstelik unutulmamalıdır ki uluslararası hukuk; çevre hakkının korunması bakımından Devletlerin taraf olmadığı antlaşmaların dahi Devletler bakımından yükümlülük doğuracağı yönünde gelişmektedir. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çevre sözleşmelerini, söz konusu sözleşmelere taraf olmayan Devletlere ilişkin kararlarda da referans norm olarak kullanmaktadır.

Son olarak 7420 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesiyle 2634 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen cümlede yer alan "iştiraki şirketler" ibaresini kendinden önce gelen "Bakanlık Döner Sermaye İşletmesi Merkez Müdürlüğü" ibaresine bağlayan "veya" bağlacı, "iştiraki şirketler" ibaresinin iptal edilmesiyle işlevini yitirecektir.

Tüm bu nedenlerle, 7420 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesiyle 12.03.1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 6'ncı maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen cümlede yer alan "veya iştiraki şirketler" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 3, 5, 6, 7, 10, 12, 13, 17, 43, 44, 45, 47, 48, 56, 63, 90, 123, 153, 167, 168 ve 169'uncu maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

2) 03.11.2022 tarihli ve 7420 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12'nci maddesinin Anayasa'ya aykırılığı

7420 sayılı Kanun'un 12'nci maddesiyle 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'na geçici 17'nci madde eklenmiştir. Anılan geçici 17'nci maddeye göre; bu Kanun'un geçici 12'nci maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki başvurular için 28.07.2023 tarihine kadar ek süre

¹⁰ <https://www.mfa.gov.tr/data/DISPOLITIKA/Anlasmalar.pdf> (Erişim Tarihi: 03.11.2022).

verilmiştir. Ancak söz konusu geçici 12'nci maddenin birinci fıkrası kapsamındaki başvurular için; 28.07.2023 tarihine kadar ek süre verilmesi, Anayasa'ya aykırıdır.

Anılan geçici 17'nci maddenin atıfta bulunduğu geçici 12'nci maddenin birinci fıkrası:

“Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce (7334 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinin delaletiyle 28.07.2021 tarihinden önce) mevzuatı uyarınca orman sayılan alanlar ve milli parklar üzerinde, turizm yatırımı gerçekleştirilmek amacıyla, Tarım ve Orman Bakanlığınca konaklama ve kış turizm merkezlerindeki günübirlik ile mekanik tesis hattı amaçlı yapılan kiralama sözleşmeleri ile ön izin ve kesin izin verilen, bu izne bağlı olarak Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca irtifak hakkı tesis edilen veya kullanma izni verilen yatırımcı ve işletmecilerin sözleşmeleri; bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren söz konusu kiralama, ön izin, kesin izin, irtifak hakkı veya kullanma iznine ilişkin olarak varsa açılan davalardan tüm yargılama giderleri üstlenilerek kayıtsız ve şartsız olarak feragat edilmesi, ödenmesi gereken herhangi bir borcunun bulunmaması ve bir yıl içinde başvurulması halinde Bakanlıkça yeniden belirlenecek bedel ve tahsis koşullarının kabul edilerek yeniden sözleşme düzenlenmek suretiyle, bu Kanunun 8 inci maddesine uyarlanır. Bu şekilde uyarlanan sözleşmeler kapsamında tespit edilen yeni bedeller ilgili idareler tarafından tahsil edilmeye devam edilir.”

şeklindedir. O halde anılan geçici 12'nci maddeye konu sözleşme türleri: (28.07.2021 tarihinden önce mevzuatı uyarınca)

- 1) Tarım ve Orman Bakanlığı'nın akdettiği konaklama ve kış turizm merkezlerindeki günübirlik ile mekanik tesis hattı amaçlı yapılan kiralama sözleşmeleri
- 2) (ön izin ve kesin izin verilen ve bu izne bağlı olarak) Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın irtifak hakkı tesis ettiği ve kullanma izni verdiği yatırımcı ve işletmecilerin sözleşmeleridir.

-Bu sözleşme türleri, orman sayılan alanlar ve milli parklar hakkındadır.

-Bu sözleşmeler, belirli şartlar (28.07.2021 tarihinden itibaren söz konusu kiralama, ön izin, kesin izin, irtifak hakkı veya kullanma iznine ilişkin olarak varsa açılan davalardan tüm yargılama giderleri üstlenilerek kayıtsız ve şartsız olarak feragat edilmesi, ödenmesi gereken herhangi bir borcunun bulunmaması ve bir yıl içinde başvurulması halinde Bakanlıkça yeniden belirlenecek bedel ve tahsis koşullarının kabul edilmesi) altında adaptasyona tabi tutulacaktır. Başka bir anlatımla 2634 sayılı Kanun'un taşınmaz malların turizm amaçlı kullanımını düzenleyen özel hükmünün icaplarını karşılayacak “yeniden sözleşmeler” akdedilecektir.

-Bu sürecin sonucunda uyarlanan sözleşmeler kapsamında tespit edilen yeni bedeller; ilgili idarelerce tahsil edilmeye devam edilecektir.

Ezcümle anılan geçici 12'nci maddenin birinci fıkrasında; yeniden sözleşme düzenlenmesine ilişkin genel esaslar hüküm altına alınmış; yeniden sözleşme düzenlemek için birtakım şartlar öngörülmüş ve yeniden sözleşme düzenlendiğinde bu sürecin sonuna akçeli netice bağlanmıştır. İptali talep edilen maddeyle başvuru özelinde bu süreç, 28.07.2023 tarihine kadar uzatılmaktadır. Bu durum, Anayasa'ya aykırıdır.

(Bu noktada belirtmek gerekir ki; anılan geçici 12'nci maddenin, iptali talep edilen maddeye konu birinci fıkrasının gerekçesi:

“Daha önce mevzuatı uyarınca orman sayılan alanlar ve milli parklar üzerinde turizm yatırımı gerçekleştirilmek amacıyla Tarım ve Orman Bakanlığınca düzenlenen sözleşmelerin, başvuru üzerine ve Kültür ve Turizm Bakanlığınca yeniden sözleşme düzenlenmek suretiyle devralınması, bu şekilde devralınan sözleşmeler uyarınca mevzuatı gereğince ormanlık alanlar ve milli parklarda ilgili idareler tarafından özel bütçesine gelir kaydedilen veya döner sermaye geliri olarak alınan tutarların bu idarelerce tahsil edilmesine devam edilmesi, diğerlerinin ise genel bütçe geliri olarak kaydedilmesi öngörülmektedir.”¹¹

şeklinde olup söz konusu geçici 12'nci madde, 2634 sayılı Kanun'a 18.07.2021 tarihli ve 7334 sayılı Kanun'un 18'inci maddesiyle eklenmiştir. Anılan geçici 12'nci maddenin birinci fıkrasında yer alan “bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren söz konusu kiralama, ön izin, kesin izin, irtifak hakkı veya kullanma iznine ilişkin olarak varsa açılan davalardan tüm yargılama giderleri üstlenilerek kayıtsız ve şartsız olarak feragat edilmesi” ibaresinin, Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle CHP tarafından 14.09.2021 tarihinde Anayasa Mahkemesi nezdinde yürütmeyi durdurma talepli iptal davası açılmıştır.)

Buna ilave olarak 2634 sayılı Kanun'un 8'nci maddesine istinaden 21.07.2006 tarihli ve 26235 Resmi Gazete'de Kamu Taşınmazlarının Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik yayımlanmıştır. 7334 sayılı Kanunla 2634 sayılı Kanun'a eklenen geçici 12'nci maddenin akabinde; söz konusu Yönetmelik'e 14.05.2022 tarihli ve 31835 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu Taşınmazlarının Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 14'üncü maddesiyle “Tarım ve Orman Bakanlığınca yapılan sözleşmelerin uyarlanması” kenar başlıklı geçici 13'üncü madde eklenmiştir. Yönetmelik'in geçici 13'üncü maddesi; Kanun'un geçici 12'nci maddesine ilişkin usul ve esaslarını düzenlemektedir.

Açıklamalara geçilmeden önce söz konusu sözleşme tiplerinin karşı taraflarının hukuki statülerini ortaya koymak gerekmektedir. 2634 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca turizm işletmeleri, Türk veya yabancı uyruklu, gerçek veya tüzel kişilerce birlikte veya ayrı ayrı gerçekleştirilen ve turizm sektöründe faaliyet gösteren ticari işletmeleri ifade etmektedir. O halde işletmeciler, Türk veya yabancı uyruklu, gerçek veya tüzel kişiler olabilir. Yine anılan Yönetmelik'in 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (s) bendi uyarınca yatırımcı, turizm yatırımı belgesine sahip tüzel kişileri ifade etmektedir. Kiralamaya ilişkin hükümler olmasına karşın; ne anılan Kanun'da ne de anılan Yönetmelik'te kiracı tanımı yapılmıştır, o halde Anayasa'nın 48'inci maddesinde güvencelenen sözleşme hürriyetinin herkese tanındığı göz önüne alındığında; buradaki kiracıların da gerçek veya tüzel kişiler olabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Ezcümle yukarıda sayılı sözleşme tiplerinin (“Tarım ve Orman Bakanlığı'nın akdettiği konaklama ve kış turizm merkezlerindeki gününbirlik ile mekanik tesis hattı amaçlı yapılan kiralama sözleşmeleri” ile “(ön izin ve kesin izin verilen ve bu izne bağlı olarak) Çevre ve

¹¹ Anılan geçici 12'nci madde, 2634 sayılı Kanun'a 18.07.2021 tarihli ve 7334 sayılı Kanun'un 18'inci maddesiyle eklenmiştir: 7334 sayılı Kanun hakkındaki Antalya Milletvekili Atay Uslu ve 23 Milletvekilinin Turizmi Teşvik Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/3517) ve Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 255, Ankara, TBMM Basımevi, 2021, s. 14.

Şehircilik Bakanlığı'nın irtifak hakkı tesis ettiği ve kullanma izni verdiği yatırımcı ve işletmecilerin sözleşmeleri") karşı tarafı, özel hukuk tüzel kişileri yahut gerçek kişiler olabilecektir.

Öte yandan bu sözleşme türleri, orman sayılan alanlar ve milli parklar hakkındadır. 31.08.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 1'inci maddesinin birinci fıkrasına göre tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları yerleriyle birlikte orman sayılır. (Anılan 1'inci maddenin ikinci fıkrasında, istisnalar düzenlenmektedir.) 09.08.1983 tarihli ve 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu'nun 1'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre milli park; bilimsel ve estetik bakımından, milli ve milletlerarası ender bulunan tabii ve kültürel kaynak değerleri ile koruma, dinlenme ve turizm alanlarına sahip tabiat parçalarını ifade eder. Aşağıda detaylandırılacağı üzere Anayasa'nın 3, 43, 44, 45, 63, 168 ve 169'uncu maddeleri ile anılan Kanunlar birlikte ele alındığında; bu alanların ekseriyetinin kamu malı niteliği ve Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu ortaya çıkacaktır. O halde orman sayılan alanlar ve milli parklar hakkındaki bu sözleşme tiplerinin yenilenmesi/uyarlanması suretiyle; 28.07.2023 tarihine kadar bu alanlar, gerçek kişilerin ve özel hukuk tüzel kişilerinin kullanımına açılacaktır.

Belirtmek gerekir ki Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler, kamu malı statüsündedir. Nitekim bu husus, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 23.10.2000 tarihli ve 2000/24 E.; 2000/41 K. sayılı Kararında vurgulanmıştır:

“Diğer taraftan, belirli bir süre için kullanım hakkının devri söz konusu olan bu yerler, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunması ve özel mülkiyete konu edilememesi nedeniyle "kamu malı" ("amme emlaki") niteliğini taşımakta; Devletin bu gibi yerler üzerindeki mülkiyet hakkı, medeni hukuktaki manasında bir mülkiyet hakkı olmayıp, bir nevi "idare hukuku mülkiyeti" olduğundan uyuşmazlığın özel hukuk ile bir ilgisi de bulunmamaktadır.”

Devletin kamu malları üzerindeki hakimiyetinin niteliği ise tartışmalıdır. Nitekim Sirmen'e göre;

“Bir görüşe göre, bu ilişkiye Özel Hukuk hükümleri uygulanamadığından, kamu malları üzerinde mülkiyet hakkı söz konusu değildir. Devlet bu mallar üzerinde sadece denetim ve gözetim yetkisine sahiptir. Diğer bir görüş de, Devletin kamu malları üzerindeki yetkisini kamu hukukuyla sınırlanmış bir özel mülkiyet türü olarak nitelendirmektedir. Uzun zaman uygulamadan da destek almış üçüncü görüş, Devletin kamu malları üzerinde, üstün yetkileri ile egemenlik unsurundan oluşan bir kamu mülkiyetinin bulunduğu biçimindedir. Son yıllarda taraftar bulmuş görüş ise, Devletin kamu malları üzerinde özel malları ile aynı nitelikte mülkiyet hakkı bulunduğunu, yalnız kamu mülkiyeti ile özel mülkiyet arasında hukuki rejim farklılığı olduğunu savunmaktadır (Gözübüyük/Tan, bu görüşü desteklemek üzere Anayasa Mahkemesinin, Anayasanın 35. maddesinde özel mülkiyet için getirilen korumanın kamu mülkiyeti için de geçerli olduğu hakkındaki 07.07.1994 tarihli ve 49/45-2 sayılı (RG. 10.9.1994, S. 22047) kararına da yollama yapmaktadır.)”¹²

Yine Anayasa Mahkemesi, 16.02.1965 tarihli ve 1963/126 E.; 1965/7 K. sayılı kararında; Devletin, tabii servetler ve kaynaklar özelindeki kamu malları üzerindeki hakkının;

¹² Sirmen, 2014, s. 23, 24.

bunları, “Devletin, Devlet olmak niteliği ile eli altında tutmasından” kaynaklandığını ve özel mülkiyet rejiminden farklı kendine özgü bir rejime tabi olduğunu vurgulamaktadır:

“Görülüyor ki Anayasa tabii servetleri ve kaynaklarını Medeni Kanun hükümlerine bağlı özel mülkiyet düzeninin kapsamı dışında bırakmakta olanlara Devletin Devlet olmak niteliği ile eli altında tuttuğu nesnelere düzeni içinde yer verilmektedir. Her iki düzen başka başka koşullara ve kurallara bağlıdır; değişik niteliktedir; aralarında birbirlerine karıştırılmalarını önleyecek bellilik ve kesinlikte sınırlar vardır. Anayasa'nın 130 uncu maddesi, tabii servetlerin ve kaynaklarının Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğunu açıklamakla aynı zamanda bunların mülkiyet konusu olamayacağını da hükme bağlamıştır. İçmeğe ve yıkanmağa özgü, şifalı sıcak ve soğuk maden suları, tabii servetler ve kaynakları deyiminin kapsamı içindedir. Aslında mülkiyet düzenine bağlı bulunmayan bir nesnede mülkiyetin devri de öncelikle söz konusu olamaz. Oysa iptali dâva edilen fıkra, mülkiyetin devrini Öngörmekte ve böylece Anayasa'nın 130 uncu maddesine açıkça aykırı bulunmaktadır. Bu sebeple dâvanın kabulü ve hükmün iptali gerekir.”

O halde orman sayılan alanlar ve milli parklar (ekseriyeti), Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup; bunlar üzerinde Devlet tarafından tasarrufta bulunulması bakımından anayasal hukuki rejim öngörülmüştür. İptali talep edilen maddeyle yeniden sözleşme düzenlenmesine ilişkin başvurular bakımından 28.07.2023 tarihine kadar ek süre verilmesi ise; anayasal hukuki rejimin gereklerini karşılamamaktadır.

i)Kamu yararı ilkesi ve özelleştirme rejimi bakımından: İptali talep edilen madde, özelleştirme rejiminin konusudur. Zira (28.07.2023 tarihine kadar) kiralama, (ön izin ve kesin izin verilen, bu izne bağlı olarak) irtifak hakkı tesisi veya kullanma izni, o orman sayılan alan ve milli park üzerindeki mülkiyet hakkının kullanım biçimlerinden biridir. Buna ilave olarak 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un “Özelleştirme Yöntemleri, Değer Tespiti, İhale Yöntemleri” kenar başlıklı 18'inci maddesinde özelleştirme yöntemleri sayılmıştır. Anılan 18'inci maddenin birinci fıkrasının (b) bendi: “Kiralama; kuruluşların aktiflerindeki varlıklarının kısmen veya tamamen bedel karşılığında ve belli bir süre ile kullanma hakkının verilmesidir.” ve (d) bendi: “Mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi; Kuruluşların aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimleri ile varlıklarının, mülkiyeti ilgili kuruluşa ait olmak kaydıyla, Türk Medeni Kanununda öngörülen şekil ve şartlar dahilinde, malike ait kullanma hakkına ilişkin bazı tasarruflara rıza gösterilmesine veya malikin mülkiyete bağlı haklarını kullanmasından vazgeçmesi sonucunu doğurmasına ilişkin hakların tesisidir.” şeklindedir. Yine anılan Yönetmelik'in 19'uncu maddesinde kiralama, irtifak hakkı, kullanma izninin kamu taşınmazlarının tahsis şekilleri olduğu hüküm altına alınmıştır. O halde 28.07.2021 tarihinden önce mevzuatı uyarınca orman sayılan alanlar ve milli parklar üzerinde, turizm yatırımı gerçekleştirilmek amacıyla, Tarım ve Orman Bakanlığınca konaklama ve kış turizm merkezlerindeki günübirlik ile mekanik tesis hattı amaçlı yapılan kiralama sözleşmeleri ile ön izin ve kesin izin verilen, bu izne bağlı olarak Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca irtifak hakkı tesis edilen veya kullanma izni verilen yatırımcı ve işletmecilerin sözleşmeleri ve 28.07.2023 tarihine kadar bu sözleşmelerin yenilenmesine yönelik başvurular için ek süre verilmesi de özelleştirme rejiminin kapsamında kalmaktadır.

Anayasa'nın 47'nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir. Özelleştirme usul ve esaslarına ilişkin kanun da diğer kanunlar gibi kamu yararını haiz olmalıdır. Zira Anayasa'nın 2'nci 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).

Öte yandan Anayasa 13.08.1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanun'un 1'inci maddesiyle Anayasa'nın 47'nci maddesine özelleştirmeye ilişkin hükümler eklenmeden önce; Anayasa Mahkemesi de 07.07.1994 tarihli ve 1994/49 E.; 1994/45-2 K. sayılı kararında; "kamu mülkiyetinin" kamu yararı amacıyla sınırlanabileceğini ve toplum yararına aykırı biçimde kullanılamayacağını (başka bir anlatımla özelleştirme işlemlerinin de kamu yararını haiz olması gerektiğini) vurgulamıştır:

"Kimi özelleştirme türlerinde kamu mülkiyetine sınırlama getirildiği gibi kamu varlığının satışında da kamu mülkiyeti sona ermektedir. Kamu varlığının azalması, elden çıkarılmasıyla özelleştirilen alanda kamu mülkiyeti ortadan kalkmaktadır. Özel mülkiyet için Anayasa'nın getirdiği koruma ve güvence kamu mülkiyeti için de geçerli olduğundan, özel mülkiyet konusundaki özenin kamu mülkiyeti konusunda öncelikle düşünüleceğinde duraksanamaz. Bu nedenle, kamu mülkiyetinin sona erdirilmesine ilişkin esasların yasayla düzenlenmesi, Anayasa'nın 35. maddesinin getirdiği bir zorunluluktur. Kişisel mülkiyeti güvenceye bağlayan Anayasa'nın kamu mülkiyetini güvencesiz bıraktığı düşünülemez. Nitekim mülkiyet hakkını kişiler yönünden güvenceye alan 35. maddenin birinci fıkrası yanında, ikinci ve üçüncü fıkralarındaki bu hakkın ancak yasayla sınırlanabileceği ve kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hususları kamu mülkiyetini de kapsamaktadır. Kamu mülkiyeti için de geçerli olan bu güvence göz ardı edilemez. Kamu mülkiyeti de kamu yararı amacıyla sınırlanabilir ve toplum yararına aykırı biçimde kullanılamaz."

O halde orman sayılan alanlar ve milli parklar hakkında kiralama sözleşmesi yapılmasının, (izin ve kesin izin verilen, bu izne bağlı olarak) irtifak hakkı tesis edilmesinin, kullanma izni verilmesinin ve bu sözleşmelerin yeniden düzenlenmesi için başvuru süresinin 28.07.2023 tarihine kadar uzatılmasının ratio legis'i özel teşebbüslerin (kiracıların, yatırımcıların, işletmecilerin) iktisadi menfaatleri değil; turizm yatırımının gerçekleştirilmesidir.¹³ Ancak 7420 sayılı Kanun'un 12'nci maddesinin gerekçesi, "... turizm amaçlı tahsislerle ilgili olarak Tarım ve Orman Bakanlığı ile Kültür ve Turizm Bakanlığının uyguladığı mevzuattan kaynaklanan farklılıkların ortadan kaldırılması ve bu tahsislerin Kültür ve Turizm Bakanlığınca tek elden ve belirli standartlar dahilinde yürütülmesine imkan sağlamak üzere ..." şeklinde kaleme alınmış ve fakat 28.07.2023 tarihine kadar yeniden sözleşme

¹³ Zira bu husus, 2634 sayılı Kanun'un geçici 12'nci maddesinin lafzında açıkça vurgulanmıştır: "Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce mevzuatı uyarınca orman sayılan alanlar ve milli parklar üzerinde, **turizm yatırımı gerçekleştirilmek amacıyla**, Tarım ve Orman Bakanlığınca konaklama ve kış turizm merkezlerindeki günübirlik ile mekanik tesis hattı amaçlı yapılan kiralama sözleşmeleri ile ön izin ve kesin izin verilen, bu izne bağlı olarak Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca irtifak hakkı tesis edilen veya kullanma izni verilen yatırımcı ve işletmecilerin sözleşmeleri; bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren söz konusu kiralama, ön izin, kesin izin, irtifak hakkı veya kullanma iznine ilişkin olarak varsa açılan davalardan tüm yargılama giderleri üstlenilerek kayıtsız ve şartsız olarak feragat edilmesi, ödenmesi gereken herhangi bir borcunun bulunmaması ve bir yıl içinde başvurulması halinde Bakanlıkça yeniden belirlenecek bedel ve tahsis koşullarının kabul edilerek yeniden sözleşme düzenlenmek suretiyle, bu Kanunun 8 inci maddesine uyarlanır. Bu şekilde uyarlanan sözleşmeler kapsamında tespit edilen yeni bedeller ilgili idareler tarafından tahsil edilmeye devam edilir."

düzenleyerek uyarılama süreci bakımından özelleştirme rejiminin öngördüğü (rekabet gibi) ilkelerin gereklerinin karşılanmasına yönelik bir asgari güvence temellendirilmemiştir.¹⁴

Başka bir anlatımla 28.07.2023 tarihine kadar turizm yatırımı gerçekleştirmek amacıyla yapılan bu tip sözleşmelerin yeniden düzenlenmesi suretiyle 2634 sayılı Kanun'un 8'inci maddesine uyarlanması bakımından kanun düzeyinde kamu yararını barındıran, çağdaş ekonomik gerekler doğrultusunda kamu mallarının değerlendirilmesine objektif ve bilimsel katkı sağlayan bir rejim öngörülmemiştir. Zira iptali talep edilen maddenin atıfta bulunduğu geçici 12'nci maddenin lafzında yer alan "Bakanlıkça yeniden belirlenecek bedel ve tahsis koşulları" ibaresiyle; idareye, yeniden sözleşme düzenlemek suretiyle özelleştirme yapması bakımından keyfi uygulamalara neden olabilecek takdir yetkisi bırakılmıştır. Özelleştirme amacının aksine; aynı kiracı, yatırımcı, işletmeci ile yeniden sözleşme düzenlenmesi ve düzenlenmemesi arasında kamu bakımından çıkar dengesi gözetilmemiştir. Söz gelimi orman sayılan alanlar ile milli parklar üzerinde bu tip sözleşmelerin uzun uzun sürelerce (kırk dokuz yıl gibi) devam etmesi (Devletin bunlardan el çekmesi); turizm yatırımlarının amacı dışında kullanılmasına neden olacak; bunları, denetimsiz bırakacaktır. Bu noktada belirtmek gerekir ki kanun koyucunun seçtiği yöntemin kamu yararının gerçekleştirip gerçekleştirilemeyeceği bir yerindelik sorunu olsa da; en baştan yeniden sözleşme düzenlenmesinin ve iptali talep edilen maddeyle bu başvuruların 28.07.2023 tarihine uzatılmasının kamu yararı barındırmaması, hukukilik / anayasallık denetiminin konusudur.

Diğer bir söyleyişle özelleştirmenin temel ilke ve esasları, Anayasa'da belirlenmiştir. Mevcut hukuki çerçeve doğrultusunda; mevcut sözleşmeler, sürelerini tamamladıklarında sona erdirilebilir. Akabinde 2634 sayılı Kanun'un öngördüğü şartlar karşısında yeni sözleşmeler akdedilebilir. Ancak mevcut sözleşmelerin; süresini tamamlamadan 28.07.2023 tarihine kadar uyarlamaya tabi kılınmasının diğer bir deyişle bu sözleşmelerin karşı tarafı ile hukuki ilişkilerin devam ettirilmesi iradesinin nedeni anlaşılammaktadır. Kaldı ki anılan geçici 12'nci maddenin lafzında yer alan "Bakanlıkça yeniden belirlenecek bedel ve tahsis koşulları" ibaresinin delaletiyle) uyarılama ilişkin koşullar, Bakanlıkça belirlenecektir. Bu durum, sözleşmelerin karşı tarafı bakımından da hukuki ve iktisadi öngörülebilirliğe hanel getirmektedir.

Yine Anayasa'nın 47'nci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "kanun" ibaresi, hem şekli anlamda hem maddi anlamda kanuna tekabül etmektedir. Hal böyle olunca özelleştirmeye ilişkin iptali talep edilen madde, Anayasa'nın diğer hükümlerinde yer alan güvence ölçütlerinin gereklerini karşılamalıdır. Ancak aşağıda açıklandığı üzere; iptali talep edilen madde, Anayasa'nın diğer hükümlerine de aykırı olduğundan; maddi anlamda kanuna tekabül etmemesi hasebiyle de; Anayasa'nın 47'nci maddesini ihlal etmektedir.

Bu nedenlerle iptali talep edilen madde, Anayasa'nın 2 ve 47'nci maddelerine aykırıdır.

ii)Eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri, sözleşme özgürlüğü ile teşebbüs hürriyeti, rekabetin korunması bakımından:

Beklenen kamu yararının en üst düzeyde sağlanabilmesi için; özelleştirme sürecinde, katılımcıların faaliyetlerini rekabet içinde yürütmeleri gerekmektedir. Rekabetin oluşturulması ise; Anayasa'nın 10'uncu ve 48'inci maddelerinin gereklerinin yerine getirilmesiyle mümkündür. Zira iptali talep edilen maddeyle 28.07.2023 tarihine kadar süresi uzatılan hukuki işlem, (orman sayılan

¹⁴ Kütahya Milletvekili Ahmet Tan ve 172 Milletvekilinin Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4618) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 6, Sıra Sayısı: 361, Ankara, TBMM Basımevi, 2022, s. 14.

alanlar ile milli parklar hakkındaki sayılı sözleşmelerin yeniden sözleşme düzenlenmek suretiyle 2634 sayılı Kanun'un 8'inci maddesine uyarlanması); Anayasa'nın 48'inci maddesinde güvencelenen sözleşme özgürlüğünü kapsamında kalmaktadır. Özelleştirme sürecine katılmaya istekli kiracılar, yatırımcılar, işletmeciler/özel teşebbüsler; sözleşme özgürlüğüne, Anayasa'nın 10'uncu maddesi bağlamında eşit biçimde sahiptir. Bu durum, onlara aynı olanaklara sahip biçimde rekabet edebilme kabiliyeti tanımaktadır.

Yine Anayasa'nın 48'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devletin, özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasına yönelik tedbirleri almaya ilişkin pozitif yükümlülüğü vardır ve Anayasa'nın 10'uncu 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. Bununla birlikte Anayasa'nın 167'nci maddesinde Devlete para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli

işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma yükümlülüğü yüklenmiştir. Orman sayılan alanlar ile milli parklar üzerinde kiralama sözleşmeleri ile (ön izin ve kesin izin verilen, bu izne bağlı olarak) irtifak hakkı tesisi veya kullanma izni verilmesi özelinde kiracılar, yatırımcılar, işletmeciler bakımından bu yükümlülüğün ifası, Devlet tarafından (regülasyon yapılarak) rekabetçi piyasa koşullarının hazırlanmasıyla mümkündür.

Buna ilave olarak Anayasa Mahkemesi Türkiye Denizcilik İşletmeleri Anonim Şirketi ve Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğüne ait bazı limanların işletme hakkı verilmesi/devri yöntemiyle özelleştirilmeleri neticesinde imzalanan kırk dokuz yıldan az süreli sözleşme sürelerinin; birtakım şartlar altında kırk dokuz yıla kadar uzatılacağını düzenleyen bir hüküm hakkında verdiği (iptal) kararında bu hususu vurgulamıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 20.07.2022 tarihli ve 2022/22 E.; 2022/92 K. sayılı Kararı):

"15. Anayasa'nın 47. maddesinin üçüncü fıkrasında "Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir." denilmiştir. Anılan maddenin dördüncü fıkrasında da "Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir." hükmüne yer verilmiştir. Anılan hükümler uyarınca kanunla yapılacak düzenlemelerde Anayasa'nın diğer maddeleri de dikkate alınmalıdır.

16. Anayasa'nın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir" denilmek suretiyle çalışma ve sözleşme özgürlüğü güvence altına alınmıştır.

17. Sözleşme özgürlüğü devletin, kişilerin istedikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belirli hukuki sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukuki sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması anlamına gelmektedir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir. Anayasa'nın anılan maddesinde koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra yapılan

sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir (AYM, E.2017/154, K.2019/18, 10/4/2019, § 11).

18. Dava konusu kural 4046 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde TDİAŞ ve TCDDİGM'ye ait bazı limanların işletme hakkı verilmesi/devri yöntemiyle özelleştirilmeleri neticesinde imzalanan kırk dokuz yıldan az süreli özelleştirme sözleşmelerinin taraflarına bu sözleşmelerin sürelerini kırk dokuz yıla kadar uzatma imkânı tanımakta ve sözleşme süresinin uzatılabilmesi için gerekli ön şartları düzenlemektedir. Bu yönüyle kural, sözleşme süresinin sonunda yeniden özelleştirme sürecine konu olabilecek limanların bu sürecin dışına çıkarılmasına, dolayısıyla katılımcılar arasında rekabeti mümkün kılan ihale süreci uygulanmaksızın dolaylı olarak özelleştirilmelerine imkân tanımaktadır. Bu itibarla kural, sadece hâlihazırda özelleştirme sözleşmelerinin tarafı olan kişilere ek sözleşme yapma imkânı tanımakla özelleştirme sözleşmelerinin tarafı olmayan kişileri mevcut sözleşme süreleri sonunda sözleşme yapma imkânından yoksun bırakmak suretiyle sözleşme özgürlüğünü sınırlamaktadır.

19. Anayasa'nın 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." denilmektedir. Buna göre temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren düzenlemelerin kanunla yapılması, Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun ve ölçülü olması gerekir.

20. Bu kapsamda sözleşme özgürlüğünü sınırlamaya yönelik bir kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kuralların keyfilğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir.

21. Esasen temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, kişilerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddesinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.

22. Kuralla bazı limanların işletme hakkı verilmesi/devri yöntemiyle özelleştirilmeleri neticesinde imzalanan kırk dokuz yıldan az süreli sözleşmelerin taraflarına, bu sözleşmeleri kırk dokuz yıla kadar uzatma imkânı tanınmış ve bu imkânın kullanılabilmesi için aranan ön şartlar açık ve net biçimde düzenlenmiştir. Dolayısıyla kuralın belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olduğu ve bu yönüyle kanunilik şartını taşıdığı anlaşılmaktadır.

23. Öte yandan Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun olması gerekir. Anayasa'nın 48. maddesinde sözleşme özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da o hakkın doğasından kaynaklanan bazı

sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevler, özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebilir.

24. Bu bağlamda Anayasa'nın 167. maddesinin birinci fıkrasında "Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır;..." denilmek suretiyle devlete, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirler alma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu kapsamda liman hizmetlerinin sağlıklı ve düzenli işlemlerinin sağlanması ve geliştirilmesini konu alan sözleşmelerde, sözleşme özgürlüğüne yönelik sınırlamaların öngörülmesi mümkündür.

25. Dava konusu kuralın gerekçesinde, 4046 sayılı Kanun çerçevesinde özelleştirilen bazı limanların sosyo-ekonomik çerçevede Türkiye'nin ekonomisine ve dış ticaretine katkısı dikkate alındığında bu limanların herhangi bir zaman kaybı yaşanmadan küresel rekabet güçlerini korumaları için bugünden yatırımların yapılarak büyütülmeleri amacı doğrultusunda özelleştirme sözleşmelerinin sürelerinin kırk dokuz yıla kadar uzatılmasının hedeflendiği ifade edilmiştir. Bu itibarla kuralın kapsam dâhilindeki limanların rekabet güçlerinin zaman kaybı yaşanmadan artırılması biçimindeki meşru amaca yönelik olduğu görülmektedir.

26. Anayasa'nın 13. maddesinde güvence altına alınan ölçülülük ilkesi ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, orantılılık ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

27. 21. yüzyılda dünya ticaretinin gösterdiği gelişmenin ulaştırma ve nakliye hizmetlerine talebi çoğaltarak taşınan yük miktarında artışa yol açması, uluslararası ticaretteki artışın enerji ve hammadde talebinin karşılanması ve malların farklı pazarlara ulaştırılması ihtiyacını beraberinde getirmesi, deniz yolu taşımacılığının ucuz ve güvenli bir taşıma sistemi olması, liman sayısı ve kapasitesinin ülkelerin rekabet gücünü belirleyen önemli bir ölçüt hâline gelmesi sonucuna yol açmıştır. Liman işletmeciliğinin gerek bölgesel gerek uluslararası ekonomiye katkısının limanların geliştirilmesini gerekli kıldığı kuşkusuzdur. Bu nedenle kuralın özelleştirilen limanların zaman kaybı yaşanmadan kapasitelerinin artırılması ve geliştirilmesi amacına ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez.

28. Kural özelleştirme sözleşmelerindeki süreler sonunda, özelleştirme öncesindeki hukuki statülerini tekrar kazanacak olmaları sebebiyle yeniden özelleştirme uygulamalarının konusu olabilecek limanların, özelleştirme sözleşmelerinin sürelerinin uzatılmasını öngörmek suretiyle mevcut özelleştirme süresi sonrasında da işletme hakkının devamının sağlanmasına, başka bir ifadeyle dolaylı olarak özelleştirilmelerine imkân tanımaktadır. Söz konusu dolaylı özelleştirmeye taraf olabilecekler ise mevcut özelleştirme sözleşmelerinin tarafları ile sınırlandırılmaktadır. İstekli olan başkaca kişilerin bu sürece dâhil olamaması ise özelleştirmede hâkim olması gereken serbest rekabet ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmamakta olup kurula konu limanların gerçek özelleştirme değerlerine ulaşılmamasını engelleyebilecek niteliktedir. Nitekim özelleştirme sürelerinin sonunda limanların yeniden özelleştirme uygulamasına konu olması hâlinde 4046 sayılı Kanun'daki şartları taşıyan herkesin rekabet koşulları çerçevesinde özelleştirme sözleşmesine taraf olma imkânı olacakken kurulla bu imkân ortadan kaldırılmaktadır.

29. Bu bağlamda kuralla ulaşılmak istenen meşru amaç ile sözleşme özgürlüğü arasında bulunması gereken makul dengenin gözetilmediği anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralın orantısız bir sınırlamaya neden olduğu, dolayısıyla anılan özgürlüğe ölçsüz bir sınırlama getirdiği sonucuna ulaşılmıştır.

30. Anayasa'nın 10. maddesinde "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir./Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz./Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz./Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz./Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." denilmek suretiyle kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir.

31. Anayasa'nın anılan maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

32. Sözleşme özgürlüğü bağlamında eşitlik ilkesi yönünden yapılacak anayasallık denetiminde öncelikle Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde aynı ya da benzer durumda bulunan kişilere farklı muamelenin mevcut olup olmadığı tespit edilmeli, bu bağlamda aynı ya da benzer durumdaki kişiler arasında sözleşme özgürlüğüne müdahale bakımından farklılık gözetilip gözetilmediği belirlenmelidir. Yapılacak bu belirlemenin ardından ise farklı muamelenin nesnel ve makul bir temele dayanıp dayanmadığı ve ölçülü olup olmadığı hususları irdelenmelidir.

33. Kuralla mevcut özelleştirme sözleşmelerinin taraflarına tanınan ek sözleşme yapma imkânının özelleştirme sonucunu doğurduğu dikkate alındığında özelleştirme usulünün uygulanması hâlinde sözleşmeye taraf olabilecek kişiler ile özelleştirme sözleşmesinin tarafı olmaları sebebiyle ek sözleşme yapma imkânı tanınan kişilerin sözleşme özgürlüğü bağlamında karşılaştırma yapılmaya müsait olacak şekilde benzer durumda oldukları açıktır. Bu itibarla kuralın özelleştirme usulünün uygulanması imkânını ortadan kaldırmak suretiyle benzer durumda olanlar arasında farklı muameleye yol açtığı anlaşılmaktadır.

34. Öte yandan özelleştirme sözleşmesinin imzalanması öncesinde sözleşmeye konu ihaleye katılarak teklif verenlerden ihaleyi kaybeden kişiler ile ihaleyi kazanarak özelleştirme sözleşmesine taraf olan kişilerin de sözleşme özgürlüğü bağlamında karşılaştırma yapılmaya müsait olacak şekilde benzer durumda oldukları görülmektedir. Dolayısıyla kuralın mevcut özelleştirme sözleşmesinin taraflarına sözleşme süresini uzatma imkânını tanımak suretiyle ihaleye katılanlar arasında da farklı bir muameleye yol açtığı anlaşılmaktadır.

35. Kuralın zaman kaybı yaşanmadan yapılacak yatırımlar ile limanların rekabet güçlerinin korunması yönündeki gerekçesi gözetildiğinde farklı muamelenin objektif ve makul bir temele dayanmadığı söylenemez.

36. Kural, ek sözleşme yapma imkânını sadece mevcut özelleştirme sözleşmesi taraflarına tanımak suretiyle öncesinde özelleştirme ihalesini kaybetmiş olanlar ile özelleştirme usulünün uygulanması hâlinde ek sözleşmeye taraf olabileceklerin bu sözleşmeye taraf olabilmelerini engellemektedir. Anayasa'nın 167. maddesinin gerekçesinde "Bu madde Devlete üç görev yüklemektedir./Birincisi, özel teşebbüsün rekabet koşulları içinde yararlı yönde gelişmesine yardımcı olacaktır. Rekabet koşullarını sağlamanın tabii sonucu ise, buna bağlı olan diğer iki görevdir..." denilmek suretiyle özel teşebbüsler arasında rekabet koşullarının sağlanması gerektiği belirtilmiştir.

37. Bu bağlamda mevcut özelleştirme sözleşmesinin tarafları dışında istekli olan başkaca kişilerin ek sözleşmeye taraf olabilme imkânının engellenmesi özelleştirmede hâkim olması gereken serbest rekabet ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmamakta olup kurala konu limanların gerçek özelleştirme değerlerine ulaşılmasını da engelleyebilecek niteliktedir. Ayrıca sözleşmeye konu önceki ihaleyi kaybeden kişilerin sonradan ek sözleşme yapma imkânı sağlanarak sözleşme süresinin uzatılacağını bilmelerinin söz konusu ihalede buldukları teklifi etkilemeyeceği de söylenemez. Bu itibarla farklı muamelenin ölçüsüz olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

38. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 10., 13. ve 48. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."

Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı nazara alındığında da anlaşılacağı üzere; iptali talep edilen maddenin atıfta bulunduğu geçici 12'nci maddeyle (yukarıda ayrıntılı biçimde açıklandığı üzere) bir türden özelleştirme süreci öngörülmüş ve fakat bu sürecin, Anayasa'nın 10'uncu ve 48'inci maddelerine istinaden eşitlik ve rekabet ilkeleri çerçevesinde yürütülmesini temin eden kanun düzeyinde mekanizmalar (söz gelimi ihale süreci gibi) düzenlenmemiştir. İptali talep edilen maddeyle Anayasa'ya aykırı olan bu süreç, 28.07.2023 tarihine kadar uzatılmıştır. Yine 28.07.2023 tarihine kadar orman sayılan alanlar ve milli parklar hakkındaki mevcut sözleşmelerin yenilenmesi suretiyle; bu alanlarda faaliyette bulunmaya talip özel teşebbüsler, sürecin dışında bırakılmıştır. Bu durum, Devletin (Anayasa'nın 10 ve 48'inci maddelerinden doğan) pozitif yükümlülüğüne hâlel getirerek; özel teşebbüslerin, sözleşme özgürlüğüne binaen eşit koşullarda yarışarak söz konusu hukuki ilişkilerin karşı tarafı olamamasına (Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan sınırlandırmanın sınırlarının öngördüğü bir kanun hükmü olmaksızın sözleşme hürriyetine müdahale edilmesine) ve bazı özel teşebbüslerin haklı neden olmaksızın karşı taraf olmasına devam edilmesine (idare tarafından himaye edilmesine); aynı şartlara sahip ve eşit durumda bulunan tüm özel teşebbüsler bakımından teşebbüs hürriyetinin eşit düzeyde sağlanamamasına (haksız rekabete) neden olacaktır.

Ayrıca Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan kanunilik kaydının aksine; ihale süreci gibi (kanun düzeyinde idarenin takdir yetkisini sınırlandırmaya elverişli) mekanizmaların öngörülmemesi suretiyle; idareye/Bakanlığa, yeni bedel ve tahsis koşullarını belirleme hususunda belirsiz ve öngörülemeyen şekilde, keyfi uygulamalara neden olabilecek bir takdir yetkisi bırakılmıştır.

Aynı zamanda Devlet tarafından, orman sayılan alanlar ve milli parklar hakkında kiralama sözleşmeleri yapılması, (ön izin ve kesin izin verilen, bu izne bağlı olarak) irtifak hakkı tesis

edilmesi veya kullanma izni verilmesi bakımından; kanun hükümleriyle rekabetçi piyasa oluşturulmadığından; Anayasa'nın 167'nci maddesinde yer alan yükümlülük de ifa edilemeyecektir.

Bu nedenlerle iptali talep edilen madde, Anayasa'nın 10, 13, 48 ve 167'nci maddelerine aykırıdır.

iii)Hukuk devleti ile idarenin 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 önkoşullarından 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.

İlk fıkrası "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir" hükmünü içeren Anayasa'nın 123'üncü maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Bu nedenle 28.07.2023 tarihine kadar başvuruların uzatılması suretiyle Bakanlığa verilen bedel ve tahsis koşullarını belirleme yetkisinin 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 Bakanlık, bedel ve tahsis koşullarını belirleme hususunda objektif ve bilimsel kıstaslarla (söz gelimi enflasyon karşısında bedelin yenilenmesi; yenilenme anına kadar mevcut sözleşmeden doğan borçların tam olarak ifa edilmesi, çevresel etki değerlendirmelerinin olumlu olması) kanun düzeyinde kısıtlanmamıştır. 28.07.2023 tarihine kadar başvuruların uzatılması suretiyle Bakanlığa verilen bedel ve tahsis koşullarını belirleme yetkisinin kanuni tek sınırı, ödenmesi gereken herhangi bir borcun bulunmamasıdır. Başka bir deyişle Bakanlık, 28.07.2023 tarihine kadar, keyfi uygulamalara neden olabilecek biçimde her bir sözleşme tipi bakımından bedel ve tahsis koşullarını belirleyebilecektir. Oysa normlar arasında hukuka uygun kademelenmenin sağlanabilmesi, diğer bir deyişle normlar hiyerarşisinde bedel ve tahsis koşullarını belirlemeye yönelik idarenin düzenleyici ve dahi birel işlemlerinin 2634 sayılı Kanun'a uygun olması, yalnız bu Kanun'un temel ilkeleri ortaya koymasıyla mümkündür. Aksi takdirde, Kanun'un genel çerçeveyi çizmemesi, idari işlemlerin (yönetmelik gibi) hukuka uygunluk denetiminde gözetilecek (özel) ölçü normun maddi anlamda kanunun asgari öğelerini karşılamaması durumunda, idari işlem hukuki dayanaktan

yoksun kılınacaktır. 28.07.2023 tarihine kadar bedel ve tahsis koşullarını belirleme yetkisini idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine tevdi eden ve yukarıda tanımlandığı anlamda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin gereklerini yerine getirmeyen ihtilaflı madde, Anayasa'nın 2 ve 123'üncü maddelerine aykırıdır.

iv)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7'nci maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen madde (ve atıfta bulunduğu geçici 12'nci madde) hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Bakanlığa) 28.07.2023 tarihine kadar bedel ve tahsis koşullarını belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7'nci maddesine aykırılık oluşturur.

v) Erklar ayrılığı ilkesi, hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153'üncü 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 -(ii) numaralı açıklama altında detaylandırıldığı üzere-;

“ ... 37. Bu bağlamda mevcut özelleştirme sözleşmesinin tarafları dışında istekli olan başkaca kişilerin ek sözleşmeye taraf olabilme imkânın engellenmesi özelleştirmede hâkim olması gereken serbest rekabet ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmamakta olup kurala konu limanların gerçek özelleştirme değerlerine ulaşılmasını da engelleyebilecek niteliktedir. Ayrıca sözleşmeye konu önceki ihaleyi kaybeden kişilerin sonradan ek sözleşme yapma imkânı sağlanarak sözleşme süresinin uzatılacağını bilmelerinin söz konusu ihalede buldukları teklifi etkilemeyeceği de söylenemez. Bu itibarla farklı muamelenin ölçüsüz olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

38. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 10., 13. ve 48. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir. ...”

şeklindeki gerekçeyi kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 27.09.2012 tarihli ve 2013/6 E.; 2012/131 K. sayılı Kararı).

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 10, 13 ve 48'inci maddelerine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen maddeyi kanunlaştırması (diğer bir deyişe yukarıda açıklandığı üzere Anayasa'ya aykırı olan başvurular için 28.07.2023 tarihine kadar ek süre verilmesi), Anayasa'nın 153'üncü maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6'ncı maddesine ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de hâlel getirmektedir.

vi) Kıyılardan, toprak mülkiyetinden, tarım arazileri ile çayır ve meralarından, tabiat varlıklarından ve ormanlardan yararlanmada kamu yararı gözetilmesi bakımından:

Anayasa'nın 43'üncü maddesinde kıyıların, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu ve deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetileceği; Anayasa'nın 44'üncü maddesinde Devletin toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek, erozyonla kaybedilmesini önlemek ve topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçilikle uğraşan köylüye toprak sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri alacağı; Anayasa'nın 45'inci maddesinde Devletin, tarım arazileri ile çayır ve mer'aların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek, tarımsal üretim planlaması ilkelerine uygun olarak bitkisel ve hayvansal üretimi artırmak maksadıyla, tarım ve hayvancılıkla uğraşanların işletme araç ve gereçlerinin ve diğer girdilerinin sağlanmasını kolaylaştıracağı; Anayasa'nın 63'üncü maddesinde Devletin, tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlayacağı, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alacağı; Anayasa'nın 169'uncu maddesinde ormanların kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır.

Yine Anayasa Mahkemesi, kıyılar hakkında verdiği 24.09.2008 tarihli ve 2008/26 E.; 2008/147 K. sayılı Kararında aşağıdaki gerekçeyi hüküm altına almıştır:

“Anayasa'nın 43. maddesinde kıyıların Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu, deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararının gözetileceği belirtilmektedir.

Kıyıların devletin hüküm ve tasarrufu altında olması, buraların özel mülkiyete konu olamayacağı ve doğasına uygun olarak, genellik, eşitlik ve serbestlik ilkeleri gereği herkesin ortak kullanımına açık bulunmaları gerektiği anlamına gelmektedir. Hukukumuzda kıyılar, sahihsiz doğal nitelikli ve herkese açık bir kamu malı olarak düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 43. maddesi kıyıların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu hükmünü içermektedir. Buna göre anayasa koyucu kıyıların toplum için önemini dikkate alarak mülkiyet konusu olmasını yasaklamaktadır.” .

Anayasa'nın özellikle 169'uncu maddesinin üçüncü fıkrası, ormanların aleyhine yapılan hiçbir faaliyet ve eyleme hiçbir istisna tanınamaktadır. Bu anayasal düzenlemeyle, sadece bulunduğu ülkenin değil ama tüm insanlığın ortak değeri olan ormanların korunması ve gelecek kuşaklara aktarılması; kesin, katı, istisnasız hükümlerle korumaya alınmıştır: “Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez ...”.

Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi, ormanlar hakkında verdiği 07.05.2007 tarihli ve 2006/169 E.; 2007/55 K. sayılı Kararında aşağıdaki gerekçeyi hüküm altına almıştır:

“Anayasa'nın 169. maddesinde, ormanların ülke yönünden taşıdığı büyük önem gözetilerek, korunmaları ve geliştirilmeleri konusunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu özel ve ayrıntılı düzenlemelerin ülkemizde orman örtüsünün sürekli yok edilmesi gerçeğinden kaynaklandığı kuşkusuzdur. Anayasanın 169. maddesinin birinci fıkrası gereğince Devlet, doğal kaynaklarımızın en önemlilerinden birisi olan ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gereken tedbirleri alıp kanun koymak ve bütün ormanların gözetimi ödevini yerine getirmek durumundadır. ” .

Bunun yanında, Türkiye'nin de taraf olduğu 1972 tarihli Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunması Sözleşmesi'nin 4'üncü maddesi uyarınca: "Bu Sözleşmeye taraf olan devletlerden her biri 1. ve 2. maddelerde sözü edilen ve topraklarında bulunan kültürel ve doğal mirasın saptanması, korunması, muhafazası, teşhiri ve gelecek kuşaklara iletilmesinin sağlanması görevinin öncelikle kendisine ait olduğunu kabul eder. Bunun için kaynaklarını sonuna kadar kullanarak ve uygun olduğunda özellikle mali, sanatsal, bilimsel ve teknik alanlarda her türlü uluslararası yardım ve işbirliği sağlayarak elinden geleni yapacaktır". Türkiye'nin de taraf olduğu 1979 tarihli Avrupa'nın Yaban Hayatı ve Yaşama Ortamlarını Koruma Sözleşmesi'nin 2'nci maddesine göre: "Âkit Taraflar, ekonomik ve rekreasyonel gereksinimleri ve yerel olarak risk altında bulunan alt türler, varyeteler veya formların isteklerini dikkate alırken, yabancı flora ve faunanın, özellikle ekolojik, bilimsel ve kültürel gereksinmelerini de karşılayacak düzeyde, popülasyonlarının devamı veya bu düzeye ulaştırılması için gerekli önlemleri alacaktır". Türkiye'nin de taraf olduğu 1992 tarihli Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'nin öngörülen ilk amacı, biyolojik çeşitliliğin korunmasıdır (madde 1).

O halde orman sayılan alanlar ve milli parklar hakkındaki söz konusu mevcut sözleşmelerin yenilenmesi için başvuru yapılması yoluyla etkin biçimde değerlendirilmesinin anayasal sınırını, Anayasa'nın 43, 44, 45, 63 ve 169'uncu maddeleri çizmektedir. Ancak yukarıda açıklandığı üzere bu başvurularla ve bu başvurular için 28.07.2023 tarihine kadar ek süre verilmesiyle amaçlanan kamu yararı, bilimsel ve objektif biçimde ortaya konulmadığından; iptali talep edilen madde, söz konusu anayasal sınırları, ihlal etmektedir.

Başka bir anlatımla, yenilenmesine yönelik başvuru tarihinin 28.07.2023 tarihine kadar uzatıldığı sözleşmelere konu yerler, bizatihi kıyıları çevreleyen sahil şeridi, verimli toprak, tarım arazisi ile çayır ve mera, tabiat varlığı ve orman olabileceği gibi; bunlara çok yakın yerde konumlanmış taşınmazlar da olabilir. O halde kamu yararı olmaksızın bu başvurular için 28.07.2023 tarihine kadar ek süre verilmesi, Devletin anılan anayasal hükümlerdeki pozitif yükümlülüklerini yerine getirememesine; kıyıları çevreleyen sahil şeridinin, verimli toprakların, tarım arazisi ile çayır ve meraların, tabiat varlığı ve ormanların muhafaza edilememesine, bu alanların bütünlüğünün bozulmasına ve daralmasına neden olacaktır. Söz konusu özel ve ayrıntılı anayasal hükümler, bir yandan orman sayılan alanlara ve milli parklara ilişkin hukuki işlem yaparken onu kayıtlayacak sınırlar ihtiva ederken; diğer yandan gelecek nesillere miras kalacak ülke bütünlüğünün korunmasına hizmet etmektedir. Ancak iptali istenen madde; Devletin Anayasa'nın anılan amir hükümleri uyarınca yüklendiği koruma yükümlülüğüne uyulduğunu gösterecek asgari güvenceleri içermemektedir. Gerçekten de; yenilenmesine yönelik başvuru tarihinin 28.07.2023 tarihine kadar uzatıldığı sözleşmelere konu yerlerin bizatihi kıyıları çevreleyen sahil şeridi, verimli toprak, tarım arazisi ile çayır ve mera, tabiat varlığı ve orman olmasına engel olacak bir kanuni sınır öngörülmemiştir. Şu halde, ihtilafı madde sonucunda 28.07.2023 tarihine kadar mevcut sözleşmeler bir kez uyarlanınca, yenilenen sözleşmelerin doğası gereği, Devletin söz konusu anayasal yükümlülüklerini yerine getirmesi imkansız hale gelecek ya da en azından ancak kısmen ve çok zor ifa şeklinde edilebilecektir. Oysa, görüldüğü üzere, ortada, Devletin Anayasa uyarınca yüklendiği pozitif yükümlülüklerini etkisiz hale getirecek şekilde (sözleşmelerin yenilenmesini ve) yenilenmesine yönelik başvuru tarihinin 28.07.2023 tarihine kadar uzatılmasını gerektirecek bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu nedenle iptali talep edilen madde, Anayasa'nın 43, 44, 45, 63 ve 169'uncu maddelerine aykırıdır.

vii)Sağlıklı, dengeli ve yaşanılabilir, güvenli ve planlı bir çevrede yaşama hakkı, tabiat varlıklarının ve ormanların korunması ile kıyıları, toprak mülkiyeti ve tarım arazileri ile çayır

ve meralar, tabii servetler ve kaynakların korunması ile temel hak ve hürriyetlerin niteliği bakımından:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2 ve Anayasa'nın 17'nci maddelerinde temelini bulan yaşam hakkı ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8 ve Anayasa'nın 56'ncı maddelerinde örtülü biçimde ve doğrudan 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 3'üncü maddesiyle "Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür." şeklindeki değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez düzenleme, hüküm altına alınmış ve Anayasa'nın 5'inci 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.

"Anayasa'nın 56. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir." hükmüne yer verilmek suretiyle, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı güvenceye bağlanmıştır. Anılan maddenin ikinci fıkrasında, çevreyi geliştirmenin, çevre sağlığını korumanın ve çevre kirlenmesini önlemenin devletin ve vatandaşların ödevi olduğu belirtilmiştir. Madde gerekçesinde de vurgulandığı üzere, devlete, vatandaşın korunmuş çevre şartlarında, beden ve ruh sağlığı içinde yaşamını sürdürmesini sağlamanın yanında, hem kirlenmenin önlenmesi hem de doğal çevrenin korunması ve geliştirilmesi için gereken tedbirleri alma ödevi yüklenmiştir. 2872 sayılı Kanun'un, Anayasa'nın 56. maddesiyle devlete yüklenen, çevre kirlenmenin önlenmesi, doğal çevrenin korunması ve geliştirilmesi için gereken tedbirleri alma ödevinin ifası amacıyla çıkarıldığı anlaşılmaktadır" (Anayasa Mahkemesi'nin 03.07.2014 tarihli ve 2013/89 E.; 2014/116 K. sayılı Kararı).

"2872 sayılı Yasa'nın değiştirilen 2. maddesinde, sürdürülebilir çevre "Gelecek kuşakların ihtiyaç duyacağı kaynakların varlığını ve kalitesini tehlikeye atmadan, hem bugünün hem de gelecek kuşakların çevresini oluşturan tüm çevresel değerlerin her alanda (sosyal, ekonomik, fizikî vb.) ıslahı, korunması ve geliştirilmesi sürecini ifade eder"; sürdürülebilir kalkınma ise, "Bugünkü ve gelecek kuşakların, sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına alan çevresel, ekonomik ve sosyal hedefler arasında denge kurulması esasına dayalı kalkınma ve gelişmeyi ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkelerinin içeriği itibarıyla hem bugünün hem de gelecek kuşakların çevresini oluşturan tüm çevresel değerlerin her alanda ıslahı, korunması ve geliştirilmesi ile sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına aldığı açıktır" (Anayasa Mahkemesi'nin 15.01.2009 tarihli ve 2006/99 E.; 2009/9 K. sayılı Kararı).

Kanun koyucu tarafından saygı gösterilmesi gereken sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, uluslararası seviyedeki bağlayıcı normlar ve yumuşak hukuk (soft law) belgeleri tarafından da öngörülmektedir. Türkiye'nin de taraf olduğu 1966 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m.12/1-b, sağlık hakkının bir unsuru olarak ve dolaylı şekilde sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına atıf yapmaktadır. 1972 Stockholm Birleşmiş Milletler İnsan ve Çevre Konferansı Bildirgesi'nin 2'nci maddesine göre: "İnsan çevresinin korunması ve geliştirilmesi dünyamızın her yerinde insanların refahını ve kalkınmasını etkileyen önemli bir konu, bütün insanların özlemi ve bütün hükümetlerin görevidir". 1992'de

Rio de Janeiro’da ilan edilen Rio Bildirgesi’nin 1’inci maddesi uyarınca: “İnsanların, tabiatla uyum içinde, sağlıklı ve üretken bir yaşam hakları vardır”.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) ifade ettiği üzere; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) madde 8 uyarınca, Devletlerin, öncelikle, çevreye ve insan sağlığına yönelik zararları etkili şekilde önlemeye yönelik yasal ve idari bir çerçeve oluşturma ödevi vardır (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 27.01.2009 tarihli ve 67021/01 Başvuru No’lu, Tatar/Romanya, Kararı, § 88). 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, § 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). AİHM, çevreye verilen ağır zararların, sağlığı açısından ciddi bir tehlike oluşturmadığında dahi, kişinin esenliğini etkileyebileceğini ve özel ve aile yaşamı hakkına zarar verecek şekilde, konutundan yararlanmasını engelleyebileceğini ifade etmiştir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 09.12.1994 tarihli ve 16798/90 Başvuru No’lu López Ostra/İspanya Kararı, § 51). Yetkili merciler tarafından çevresel risk ve tehlikelerle ilgili bilgilerin aktarılmaması, 8’inci maddeyi ihlal edebilir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 19.02.1998 tarihli ve 14967/89 Başvuru No’lu Guerra ve diğerleri/İtalya Kararı; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 27.01.1994 tarihli ve 67021/01 Başvuru No’lu Tatar/Romanya Kararı). AİHM, ihtiyatlılık ilkesinin, devletlere, bilimsel ve teknik kesinlik yokluğunda, çevreye ağır ve geri dönüşü olmayan bir zarar riskini engellemeye yönelik etkili ve ölçülü tedbirleri almakta gecikmemeyi tavsiye ettiğini belirtmektedir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 27.01.1994 tarihli ve 67021/01 Başvuru No’lu Tatar/Romanya Kararı, § 109).

Çevresel meselelerin sıklıkla çevresel kirlilik bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne taşındığı ve Mahkemece, söz konusu çevresel rahatsızlığın, devletin veya özel kişilerin faaliyetleri sonucunda oluşması arasında bir ayırım gözetilmeksizin, Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamında güvence altına alınan hukuksal çıkarlarla bağlantı kurulmak suretiyle incelendiği anlaşılmaktadır (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 18.06.2013 tarihli ve 50474/08 Başvuru No’lu Bor/Macaristan Kararı, § 25 ve bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 30.06.2016 tarihli ve 2014/3977 Başvuru No’lu D. Ö. Kararı).

O halde AİHM’in Devletin, bireyin sağlıklı ve güvenli bir çevrede yaşamasını sağlamak için önlemleri almaya dair kesin bir yükümlülüğü olduğunu vurgulayan içtihatları da göz önünde alındığında; turizm alanında yapılan düzenlemeler, çevrenin korunmasına yönelik gereklilikleri karşılayacak biçimde kaleme alınmalıdır.

Bu çerçevede Birleşmiş Milletler Dünya Turizm Örgütü de “sürdürülebilir turizm” kavramıyla çevre ve turizm arasında ilişki kurmuştur: “mevcut ve gelecekteki ekonomik,

sosyal ve çevresel etkileri tam olarak hesaba katan; ziyaretçilerin, endüstrinin, çevrenin ve ev sahibi toplulukların ihtiyaçlarını karşılayan turizm”¹⁵.

Yine 3. Turizm Şûrasında “300. Turizm tesislerinde çevre dostu yönetim sisteminin oluşturulması (ISO 14001 Çevre Yönetim Sisteminin kurulması) ve hayvansal ve bitkisel atıklardan elde edilen biyogaz ünitelerinin turizm tesislerinde enerji kaynağı olarak kullanılması,¹⁶” şeklinde karar alınmıştır.

Ayrıca Anayasa, 63’üncü maddesiyle de Devlete tabiat varlıklarını ve değerlerini koruma yükümlülüğü yüklemiştir. Anayasa’nın 169’uncu 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. Buna ek olarak; Devlete, Anayasa’nın 43’üncü maddesiyle deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilerek işlem yapılması yükümlülüğü; 44’üncü maddesiyle toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek amacıyla tedbir alma yükümlülüğü; 45’inci maddesiyle Devlet, tarım arazileri ile çayır ve mer’aların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek yükümlülüğü yüklenmiştir.

Daha genel olarak, Anayasa’nın 56’ncı maddesinde “önlemek”, “korumak” ve “geliştirmek” şeklinde Devlet için öngörülen üçlü yükümlülük, Anayasa’nın çevre-doğa ve ülkenin bileşenlerine ilişkin hükümler bütünü için geçerlidir¹⁷. Bu bağlamda, Anayasamızda kamu yararı ile özdeşleşen kırsal-kentsel ve kültürel çevreye ilişkin hükümlerin sistematik bir biçimde ve bütün olarak değerlendirilmesi, anayasal kurgunun “Türkiye ekosistemi”ni korumaya elverişli olduğunu ortaya koymaktadır¹⁸. Bu itibarla, Türkiye ekosistemi açısından risk yaratma olasılığı yüksek olan sektör ve alanlara ilişkin yasal düzenlemelerin Anayasa’ya uygunluk yönünden değerlendirilmesi büyük önem taşımaktadır.

İptali istenen maddeyle orman sayılan alanlar ve milli parklar hakkındaki söz konusu mevcut sözleşmelerin yenilenmesine yönelik yapılacak başvurular için 28.07.2023 tarihine kadar ek süre verilirken aranan kamu yararı, bu bağlamda ele alınmalıdır. Zira Kaboğlu’nun da belirttiği üzere;

“-“KORUMAK””: Madde 56 gereğince, “çevre sağlığını korumak,” devletin, yurttaşların ve yatırımcıların ödevidir. Devletin koruma yükümlülüğü, çevre sağlığı ile sınırlı olmayıp, uyumlu ve dengeli bir çevre korumasını kapsamına almaktadır. Aslında koruma

¹⁵ The United Nations World Tourism Organization: Sustainable Development <https://www.unwto.org/sustainable-development> (Erişim Tarihi: 22.12.2022).

¹⁶3. Turizm Şûrası, Turizmde Ürün Çeşitliliği ve Sürdürülebilirlik Komisyonu, T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı <https://turizmsurasi.ktb.gov.tr/Eklenti/57385.turizmdeuruncesitililigisurdurulebilirlikkomisyonraporup.pdf?0> (Erişim Tarihi: 21.12.2022).

¹⁷ “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 bilgi için bkz. Kaboğlu / Özalp, *Çevre Hakkı*, Tümüyle Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Tekin y., 2021, s. 64 vd.

¹⁸ Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. “Anayasa’nın ekosistem açısından okunması” (SUNUŞ, İ. Kaboğlu), *Anayasa Hukuku Dergisi*, 19-2021, s. VI- XXII.

yükümlülüğü, madde 63'te belirtildiği üzere, "tarihsel, kültürel, doğal mirası" da içermektedir. Madde 43'e göre, "Kıyılar, devletin hüküm ve tasarrufu altındadır". Yine madde 168'e göre, "Tabii servetler ve kaynaklar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır". Dahası, "Devlet, ormanların korunması ve sahaların genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır" (md. 169).

Bu koruma ödevi, devletin doğrudan faaliyetlerine ilişkin olduğu gibi, özel sektör açısından da geçerlidir: İlgili devlet organları gerekli düzenlemeleri yapar; ilgili kuruluşların etkinliklerini düzenleme çerçevesinde yerine getirip getirmediğini denetler ve kuralları ihlal edenlere yaptırım uygular. Ne var ki kamu makamları, bu üçlü yükümlülüklerini yerine getirmedikleri için, Türkiye çevresi, koruma bir yana sürekli yağmalanır hale gelmiş bulunuyor.

Öte yandan "Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder" şeklindeki düzenleme (md.12/2), ödev ve sorumlulukların, sadece toplumsal ilişkiler değil, doğal ortamın korunması bakımından da geçerli olduğu biçiminde yorumlanmalıdır."¹⁹

Nitekim Anayasa Mahkemesi de turizm yatırımları ile çevrenin korunması arasında makul bir denge gözetilmesi gerektiğini 04.12.2014 tarihli ve 2013/114 E.; 2014/184 K. sayılı kararında vurgulamıştır:

"182. Dava konusu kurulla kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgesi veya turizm merkezi ilan edilen yerlerin sınırları içinde kalan mera, yaylak ve kışlakların herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın tümüyle mera, yaylak ve kışlak vasfından çıkarılmasına olanak tanınması, Anayasa'nın 45. ve 56. maddeleriyle çayır, meralar ve çevrenin korunması yönünde devlete yüklenen görevin yerine getirilmesi imkânını ortadan kaldırmakta ve turizm yatırımları yoluyla milli gelirin artırılması şeklindeki kamu yararı ile çayır, meralar ve çevrenin korunmasına yönelik kamu yararı arasında bulunması gereken makul dengeyi çayır ve meralar ile çevrenin korunması aleyhine bozmaktadır."

İptali istenen maddeyle kamu yararı olmaksızın orman sayılan alanlar ve milli parklar hakkındaki söz konusu mevcut sözleşmelerin yenilenmesine yönelik yapılacak başvurular için 28.07.2023 tarihine kadar ek süre verilmesi, Devletin anılan anayasal koruma yükümlülüğünü ve doğal ortamın korunması bakımından ödev ve sorumluluklarını yerine getirememesine neden olacaktır. Zira Anayasa'nın 3'üncü maddesinde vurgulandığı üzere; ülke, bir bütündür ve bu bütünlüğün içinde: tabiat varlıkları ile ormanların yanı sıra kıyılar, toprak, tarım arazileri ile çayır ve meralar, tabii servetler ve kaynaklar bulunmaktadır. Bunlardan yararlanma usulleri (28.07.2023 tarihine kadar ek süre verilmek suretiyle sözleşmelerin yenilenmesi opsiyonu ile mevcut mevzuatına uygun biçimde sözleşmenin -süresinin bitmesiyle- sona erdirilmesi opsiyonu) arasında tercihte bulunurken, kamu yararı gözetilmemesi; bunların korunmasına yönelik özel anayasal rejimin (Anayasa'nın 3, 5, 12, 17, 43, 44, 45, 56, 63, 168 ve 169 maddelerinde yer alan hükümlerin) fiilen etkisiz hale getirilmesine neden olacaktır. O kadar ki; iptali istenen madde; Devletin Anayasa'nın anılan amir hükümleri uyarınca yüklendiği koruma yükümlülüğüne uyulduğunu gösterecek asgari güvenceleri içermemektedir. Gerçekten de; iptali talep edilen maddede, Devletin sağlıklı, dengeli ve yaşanılabilir, planlı bir çevrede yaşama

¹⁹ Kaboğlu, İbrahim Ö., Özalp, Nihan Yancı, Çevre Hakkı, İstanbul, Tekin Yayınevi, Tümüyle Yenilenmiş ve Genişletilmiş B. 4, 2022, s. 70, 71.

hakkının güvencelenmesi için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünü temin edecek hiçbir kayıt bulunmamaktadır.

Bu çerçevede son olarak belirtmek gerekir ki çevrenin korunması ve turizmin gelişmesi, birbirine tezat değil; bilakis birbirini destekleyen olgulardır. Zira çevre, korunduğu ölçüde; bu alanlar, turizmin cazibe merkezi haline gelecektir. Yine turizm tesislerinin, çevrenin korunmasını yönelik mevzuatın gereklerini karşılayarak anılan sözleşmelere konu olması; o alanın, gelecek nesillere tahribe uğramadan miras kalmasını sağlayacaktır. Her ikisinin de birey açısından önemi, kıyaslanamayacak ve yadsınamayacak düzeydedir. Birey için en makbulü, birinin diğerine feda edilmemesidir. Bunu sağlamanın yollarından biri de söz konusu sözleşmeler yapılırken ve yenilenirken kamu yararının gözetilmesidir. Ancak iptali talep edilen madde, kamu yararını haiz değildir. Bu nedenlerle iptali talep edilen madde; Devletin insanların sağlıklı, dengeli ve yaşanılabilir, planlı bir çevrede yaşanması ile tabiat ve ormanların, kıyıların, toprağın, tarım arazileri ile çayır ve meraların, tabii servetler ve kaynakların korunmasını sağlamaya yönelik pozitif yükümlülüklerini ve doğal ortamın korunması bakımından ödev ve sorumluluklarını yerine getirmesini zaafa uğratacağından, Anayasa'nın 3, 5, 12, 17, 43, 44, 45, 56, 63, 168 ve 169'uncu maddelerine aykırıdır.

viii)Hukuk devleti ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri, hak arama hürriyeti, temel hak ve hürriyetlerin korunması, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması bakımından:

İptali talep edilen maddeye göre 28.07.2023 tarihine kadar süre uzatımına konu başvuruların yapılabilmesi için; söz konusu kiralama, ön izin, kesin izin, irtifak hakkı veya kullanma iznine ilişkin olarak varsa açılan davalardan tüm yargılama giderleri üstlenilerek kayıtsız ve şartsız olarak feragat edilmesi şarttır. O halde 28.07.2023 tarihine kadar yeniden sözleşme düzenlemeye talip başvuruçular; kiralama, ön izin, kesin izin, irtifak hakkı veya kullanma iznine ilişkin davaların müddeabihlerinden vazgeçmeye zorlanmaktadır.

İdare (Tarım ve Orman Bakanlığı ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığı); sayılı kiralama, ön izin, kesin izin, irtifak hakkı veya kullanma iznine ilişkin sözleşmelerin bir tarafıdır. O halde söz konusu davaların ekseriyetinde husumet, idareye (Tarım ve Orman Bakanlığı ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na) yöneltilecektir. Bu durum da nazara alındığında görüleceği üzere; bu türden davalar, Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36'ncı maddesinde teminat altına alınan adil yargılanma hakkının, Anayasa'nın 40'inci maddesinde güvencelenen Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkının ve Anayasa'nın 125'inci maddesinde yer alan idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olmasına yönelik hükmün bir gereğidir. Başka bir anlatımla Devletin hakimiyet kudretinden (jure imperii) kaynaklanan orman sayılan alanlar ve milli parklar hakkında (anayasal sınırlar içinde) tasarrufta bulunma yetkisine istinaden; idarenin (Tarım ve Orman Bakanlığı ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın) akdettiği sayılı kiralama, ön izin, kesin izin, irtifak hakkı veya kullanma iznine ilişkin sözleşmelerin hukuka uygun kılınması; bu sözleşmelerin (sözleşmesel sürecin: öneri ve kabul beyanının oluşması, sunulması, imzalanması süreci...), Anayasa'nın diğer hükümlerinin gereklerini karşılamasıyla mümkündür. Ancak kanun koyucu, iptali talep edilen maddeyle bu türden başvuruların süresini uzatmak suretiyle; 28.07.2023 tarihine kadar yeniden sözleşme düzenlemeye talip başvuruçular için kiralama, ön izin, kesin izin, irtifak hakkı veya kullanma iznine ilişkin davalar bakımından âdeta yasama kısıntısı oluşturmakta; kanun hükmüyle idarenin birtakım işlemlerini yargı denetimi dışında bırakmaktadır. Diğer bir deyişle 28.07.2023 tarihine kadar yeniden sözleşme düzenlemeye talip başvuruçular; Anayasa'nın 36,

40 ve 125'inci maddelerinin kendisine tanıdığı haklardan “yeniden sözleşme düzenleme” lehine feragat etmeye zorlanmaktadır.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği üzere;

“92. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

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).

Benzer biçimde Anayasa Mahkemesi bir başka kararında:

“Anayasanın hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip bulunduğu belirtilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımanın ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur.

Anayasa'nın 40. maddesinde; 'Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır...' denilmektedir.”

şeklindeki gerekçe kaleme alınmıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 25.06.2009 tarihli ve 2008/30 E.; 2009/96 K. sayılı Kararı). Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin belirttiği üzere: “Şüphesiz ki, mahkemeye erişim hakkı mutlak bir hak değildir: Zımni olarak kabul edilen sınırlamalara olanak verir ... uygulanan sınırlamalar, ancak meşru bir amaç izliyorlarsa ve kullanılan araçlarla hedeflenen amaç arasında makul bir ölçülülük ilişkisi bulunuyorsa 6. maddenin birinci fıkrasıyla bağdaşır.” (AIHM, Ashingdane-Birleşik Krallık, 28/05/1985, başvuru no: 8225/78, § 57)²⁰.

Ancak iptali talep edilen maddeyle bu türden başvuruların süresi uzatılmak suretiyle; 28.07.2023 tarihine kadar yeniden sözleşme düzenlemeye talip başvuru sahipleri, derdest davalarındaki yargılama sürecini tamamlamaktan caydırılmaktadır. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin (borcun ve gecikme zammının ödenmesi, cebri icra, sözleşmeden dönme/iptal/uyarlama, tazminat, cezai koşul gibi) ifası suretiyle mülkiyet hakkına yapılacak hukuka aykırı müdahalenin dava yolu ile bertaraf edilmesinin kanun hükmüyle önüne geçilmektedir. Kanun koyucu, 28.07.2023 tarihine kadar yeniden sözleşme düzenlemeye talip başvuru sahipleri bakımından mahkemelere 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'inci maddesinin aksine; idarenin söz konusu kiralama, ön izin, kesin izin, irtifak hakkı veya kullanma iznine ilişkin davalara konu işlemleri, yargı denetiminden çıkarılmaktadır. Her ne kadar 28.07.2023 tarihine kadar yeniden sözleşme düzenlemeye talip olmayanların açılmış olan davaları sürdürülebilmesinin mümkün olduğu ileri sürülse de; burada hukuki sorun, 28.07.2023 tarihine kadar yeniden sözleşme düzenlemeye talip başvuru sahiplerinin “söz konusu kiralama, ön izin, kesin izin, irtifak hakkı veya kullanma iznine ilişkin olarak açılan davaları sürdürme ve bu nedenle yeniden sözleşme düzenleyememe” ile “söz konusu kiralama, ön izin, kesin izin, irtifak hakkı veya kullanma iznine ilişkin olarak açılan davalardan tüm yargılama giderleri üstlenilerek kayıtsız ve şartsız olarak feragat etme ve bu nedenle yeniden sözleşme düzenleme” opsiyonlarıyla sınırlandırılmasıdır. Hak arama hürriyeti (davalardan feragat etmek suretiyle); sözleşme hürriyeti (yeniden sözleşme düzenlemek suretiyle) için feda edilmektedir. Halbuki kanun koyucu, hukuk düzeninde tanıyacağı herhangi bir hak ya da avantajı, temel bir hakkın kullanımından feragat koşuluna bağlayamaz. Ancak burada başvuru sahipleri, anılan hak ve hürriyet arasında tercih yapması için mecbur bırakılmaktadır. Öte yandan anılan davaların ret ya da kabul neticelenmesinin uygulamada karışıklığa yol açacağı ileri sürülebilirse de; bu durum, bekletici mesele yapılmak suretiyle aşılabılır. O halde 28.07.2023 tarihine kadar yeniden sözleşme düzenlemek için davalardan feragati gerektirecek meşru bir neden, zorunlu bir durum da bulunmamaktadır. Diğer bir söyleyişle Anayasa'nın 2'ni maddesinde temelini bulan hukuk devleti ile 13'üncü maddesinde sayılan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütlerinin aksine; demokratik bir toplumda olmayacak biçimde; hakkın özüne dokunularak; hak arama hürriyeti ve etkili başvuru hakkının kullanımını tümten ortadan kaldırılmakta; temel hak ve hürriyetler, korunmasız bırakılmaktadır.

Bu nedenlerle iptali talep edilen madde, Anayasa'nın 2, 13, 36, 40 ve 125'inci maddelerine aykırıdır.

ix)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından:

20 Ayrıca bkz. 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.

Türkiye Cumhuriyeti tarafından imzalanmış çevrenin korunmasına yönelik birçok sözleşme (söz gelimi Viyana Sözleşmesi, Montreal Protokolü, BMİDÇS, KP, BÇS, Kartagena Protokolü, BMÇMS, CITES, Ramsar, Barselona Sözleşmesi, Boşaltma Protokolü, Tehlikeli Atık Protokolü, LBS Protokolü, Müdahale ve Acil Durum Protokolü, SPA ve Biyoçeşitlilik Protokolü, Bükreş Sözleşmesi, LBS Protokolü, Acil Durum Protokolü, Boşaltma Protokolü, Biyolojik Çeşitlilik ve Peyzaj Protokolü, Basel Sözleşmesi, BAN Değişikliği, Stockholm Sözleşmesi, CLRTAP, EMEP Protokolü, Bern Sözleşmesi, ICCAT, Avrupa Peyzaj Sözleşmesi, Antarktika Andlaşması, Madrid Protokolü²¹) bulunmaktadır.

7420 sayılı Kanun'un, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin taraf olduğu anılan Sözleşme ve Antlaşmaların ortaya koyduğu temel ilkelerin aksine kaleme alınması, Devletin uluslararası sorumluluğunu doğuracak; çevrenin korunmasına yönelik temel ilkelerle çelişen kanun hükümleri uygulamada hukuki belirliliği ortadan kaldıracaktır. O halde iptali talep edilen maddedeki hukuka aykırılıklar, söz konusu Sözleşme ve Antlaşmaların gereklerinin karşılanmasına engeldir.

Ayrıca, Anayasa'nın 90'ıncı maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen madde; yaşam ve çevre haklarına ilişkin Anayasa hükümleriyle benzer hükümler içeren Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmaları ve yumuşak hukuk (soft law) belgelerinin hükümlerini (söz gelimi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2 ve 8'inci maddeleri, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 3 ve 25'inci 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 adil yargılanma hakkına ilişkin 6'ncı ve etkili başvuru hakkına ilişkin 13'üncü maddelerini ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90'ıncı maddesine de aykırıdır.

Üstelik unutulmamalıdır ki uluslararası hukuk; çevre hakkının korunması bakımından Devletlerin taraf olmadığı antlaşmaların dahi Devletler bakımından yükümlülük doğuracağı yönünde gelişmektedir. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çevre sözleşmelerini, söz konusu sözleşmelere taraf olmayan Devletlere ilişkin kararlarda da referans norm olarak kullanmaktadır.

Tüm bu nedenlerle, 7420 sayılı Kanun'un 12'nci maddesi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 3, 5, 6, 7, 10, 12, 13, 17, 36, 40, 43, 44, 45, 47, 48, 56, 63, 90, 123, 125, 153, 167, 168 ve 169'uncu maddelerine aykırıdır; anılan maddenin iptali gerekir.

3) 03.11.2022 tarihli ve 7420 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 23'üncü maddesinin Anayasa'ya aykırılığı

7420 sayılı Kanun'un 23'üncü maddesiyle 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun geçici 14'üncü maddesinde birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda anılan geçici maddenin ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında yer alan "2022 yılı sonuna" ibareleri "31/12/2023 tarihine" şeklinde; dördüncü fıkrasının "Cumhurbaşkanı istisnayı 30/6/2022

²¹ <https://www.mfa.gov.tr/data/DISPOLITIKA/Anlasmalar.pdf> (Erişim Tarihi: 03.11.2022).

ve/veya 30/9/2022 tarihli bilançolarda yer alan yabancı paralar itibarıyla da uygulatmaya yetkilidir.” şeklindeki son cümlesi, “Cumhurbaşkanı bu istisnayı 31/12/2023 tarihine kadar her bir geçici vergi veya yıllık hesap dönemleri sonu itibarıyla kurumların bilançolarında yer alan yabancı paralar için ayrı ayrı veya birlikte uygulatmaya yetkilidir.” şeklinde; yedinci fıkrasında yer alan “ve üçüncü” ibaresi “; üçüncü ve dördüncü” şeklinde değiştirilmiştir. Söz konusu değişikliklerin tümü, Anayasa’ya aykırıdır.

(7420 sayılı Kanun’un 48’inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendiyle “23’üncü maddesi ile 5520 sayılı Kanun’un geçici 14’üncü maddesinin yedinci fıkrasında değişiklik yapan hükmün, 26.05.2022 tarihinden itibaren uygulanmak üzere yayımı -09.11.2022-tarihinde; diğer hükümlerinin ise, yayımı -09.11.2022- tarihinde” yürürlüğe girmesi öngörülmüştür.)

Öncelikle Kur Korumalı Vadeli TL Mevduat Hesabı finansal aracına ilişkin tarihsel süreci ortaya koymak gerekmektedir. 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 12’nci maddesiyle 28.03.2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’a eklenen Geçici madde 35, finansal istikrara katkı sağlamak ve gerçek kişilerin mevduat ve katılma hesaplarının getirilerini kur artışlarına karşı desteklemek amacıyla gerçek kişilere verilecek destek ödemesini düzenlemektedir. Söz konusu geçici maddenin ilgili hükümlerine karşı, 18.03.2022 tarihinde, (3033 E. sayılı dosya üzerinden) Anayasa Mahkemesi’nde Anayasa’ya aykırılık iddiasıyla iptal davası açılmıştır. Anılan geçici madde 35’in ardından; 20.01.2022 tarihli ve 7352 sayılı Vergi Usul Kanunu ile Kurumlar Vergisi Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 2’nci maddesiyle 13.06.2006 tarihli ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’na kurumlar vergisinden müstesna tutulacak (Kur Korumalı Vadeli TL Mevduat Hesabı mekanizmasından doğan) kazançları düzenleyen geçici 14’üncü madde eklenmiştir. Eklenen Geçici madde 14’ün Anayasa’ya aykırı olması nedeniyle; CHP’li milletvekilleri tarafından Anayasa Mahkemesi nezdinde 25.03.2022 tarihinde 2022/34 E. sayılı dosya üzerinden iptal davası açılmıştır. Bunun akabinde 26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 12’nci maddesiyle 5520 sayılı Kanun’un geçici 14’üncü maddesine istisna hükümlerinin kapsamını genişleten fıkralar eklenmiştir. Yine anılan ek fıkraların Anayasa’ya aykırı olması nedeniyle; CHP’li milletvekilleri tarafından Anayasa Mahkemesi nezdinde 22.07.2022 tarihinde 2022/91 E. sayılı dosya üzerinden iptal davası açılmıştır. Nihayetinde 7420 sayılı Kanun’un iptali talep edilen 23’üncü maddesiyle anılan geçici 14’üncü maddede birtakım değişiklikler yapılmıştır.

Başka bir anlatımla, 7352 sayılı Kanun’un 2’nci maddesiyle 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’na geçici 14’üncü madde eklenmiştir. Anılan geçici maddenin ratio legis’i:

“bankacılık sistemindeki toplam mevduat ve katılım fonu büyüklüğü içerisinde Türk Lirasının payının artırılarak finansal istikrarın desteklenmesi amacıyla, yabancı paralarını Türk Lirasına çeviren kurumlar vergisi mükelleflerinin dönüşüm esnasında oluşan kur farkı kazançları da dahil olmak üzere bu kapsamda açılan vadeli Türk Lirası mevduat ve katılma hesaplarından elde edecekleri faiz ve kar paylarının vergiden istisna edilmesi”

şeklindedir.²² 7407 sayılı Kanun'un 12'nci maddesiyle anılan geçici maddeye eklenen fıkraların gerekçesi;

“5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun geçici 14 üncü maddesinin mevcut halinde kurumların 31/12/2021 tarihli bilançolarında mevcut olan yabancı paralarını maddede belirtilen sürelerde Türk lirasına çevirmeleri durumunda istisna düzenlemeleri yer almaktadır. Maddeyle 31/12/2021 tarihli bilançolarda yer almasa dahi 31/3/2022 tarihli bilançolarında yer alan yabancı paraların 2022 yılı sonuna kadar Türk lirasına dönüştürülmesi durumunda, bu kapsamda açılacak mevduata tahakkuk ettirilecek faiz ve kâr payları ile diğer kazançlar istisna kapsamına alınmaktadır. Ayrıca Cumhurbaşkanına 30/6/2022 tarihli veya 30/9/2022 tarihli bilançolarda bulunan yabancı paraların Türk lirasına dönüşümünde de istisnanın uygulanabilmesi hususunda yetki verilmektedir. Eklenen diğer fıkrayla da Türk Lirasına dönüşen bu hesapların 2022 yılı sonuna kadar geçerli olmak üzere vade sonunda Merkez Bankasının düzenlemelerine uygun olarak yenilenmesi durumunda istisnanın yenilenen hesaplara da uygulanması amaçlanmaktadır.”

şeklindedir.²³ İptali talep edilen maddenin gerekçesi ise;

“Kurumlar Vergisi Kanununun geçici 14 üncü maddesinin ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarına göre mükelleflerin 2022 yılı sonuna kadar yabancı paraların ve altın hesabı bakiyelerinin Türk lirası mevduat ve katılma hesaplarına dönüşümün desteklenmesi kapsamında dönüşüm fiyatı üzerinden Türk lirasına çeviren mükelleflerin bu kapsamda açılacak mevduata tahakkuk ettirilecek faiz ve kâr payları ile diğer kazançları istisna kapsamına alınmıştır. Yapılan düzenleme ile Türk lirasına çevrilmesi gereken yabancı paraların ve altın hesabı bakiyelerinin Türk lirası mevduat ve katılma hesaplarına dönüşümün desteklenmesi kapsamında dönüşüm fiyatı üzerinden Türk lirasına çevrilmesi gereken son tarih 31/12/2023 olarak belirlenmektedir. Ayrıca söz konusu maddenin dördüncü fıkrasının son cümlesinde yapılan değişiklik ile Cumhurbaşkanına istisnayı, 31/12/2023 tarihine kadar her bir geçici vergi veya yıllık hesap dönemleri sonu itibarıyla kurumların bilançolarında yer alan yabancı paralar için ayrı ayrı veya birlikte uygulatma konusunda yetki verilmektedir.”

şeklindedir.²⁴ Kanun koyucu, anılan geçici 14'üncü maddenin amacına istinaden; 7407 sayılı Kanun'un 12'nci maddesiyle anılan geçici maddeye fıkralar eklemek suretiyle istisnanın kapsamını genişletmiş; iptali talep edilen maddeyle anılan geçici maddenin ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları yönünden istisnanın süresini uzatmış, Cumhurbaşkanını istisnanın uygulama biçimini belirleme yetkisiyle donatmış, bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükelleflerinin kazançları hakkında uygulanacak istisna hükümlerinin kapsamını genişletmiştir. Ancak Devletin, bu amaca istinaden; iptali talep edilen maddeyle anılan geçici

22Manisa Milletvekili Uğur Aydemir ve 42 Milletvekilinin Vergi Usul Kanunu ile Kurumlar Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4092) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 303, Ankara, TBMM Basımevi, 2022, s. 6.

23 Denizli Milletvekili Nilgün Ök ve 45 Milletvekilinin Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4389) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 327, Ankara, TBMM Basımevi, 2022, s. 12.

24 Kütahya Milletvekili Ahmet Tan ve 172 Milletvekilinin Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4618) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 6, Sıra Sayısı: 361, Ankara, TBMM Basımevi, 2022, s. 18.

maddede sayılı kazançlar bakımından (istisnaların süresi uzatılmak ile uygulama alanı genişletilmek ve Cumhurbaşkanı yetkilendirilmek suretiyle) vergi alacağından feragat etmesi, Anayasa'ya aykırıdır.

Açıklamalara geçilmeden önce son olarak belirtmek gerekir ki; 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun kurumlar vergisi ve geçici vergi oranını düzenleyen 32'nci maddesi ikinci fıkrası, "Kurumlar vergisi mükelleflerince, (dar mükellefiyete tâbi kurumlarda ticarî ve ziraî kazançlarla sınırlı olarak) câri vergilendirme döneminin kurumlar vergisine mahsup edilmek üzere Gelir Vergisi Kanununda belirtilen esaslara göre ve câri dönemin kurumlar vergisi oranında geçici vergi ödenir. Tam mükellef kurumlar için geçerli olan esaslar, dar mükellef kurumlara da aynen uygulanır." şeklindedir. 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun mükerrer 120'nci maddesinin üçüncü fıkrası "Hesaplanan geçici vergi, üç aylık dönemi izleyen ikinci ayın on dördüncü günü akşamına kadar bağlı olunan vergi dairesine beyan edilir ve on yedinci günü akşamına kadar ödenir. Aynı dönem içinde tevkif edilmiş bulunan gelir vergisi (42 nci maddede belirtilen kazançlardan yapılan tevkifat hariç) hesaplanan geçici vergiden mahsup edilir." şeklindedir. Anılan hükümler uyarınca 2022 yılı birinci geçici vergi dönemine (Ocak-Şubat-Mart) ilişkin beyannamenin verilme tarihi, 17.05.2022 tarihine tekabül etmektedir. Bu tarih, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun beyanname verme ve ödeme sürelerinde yetkiyi düzenleyen mükerrer 28'inci maddesindeki hükme istinaden; Hazine ve Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından, 13.05.2022 tarihli ve VUK-140/ 2022-3 sayılı Vergi Usul Kanunu Sirküleri/140 ile, 20.05.2022 tarihine kadar uzatılmıştır.²⁵

İptali talep edilen maddeyle vergiden istisna tutulan haller, aşağıdaki şekilde (üç kalemde) sıralanmıştır:

1) Söz konusu geçici 14'üncü maddenin ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında yer alan "2022 yılı sonuna" ibarelerinin "31.12.2023 tarihine" şeklinde değiştirilmesi (istisnaların süresinin uzatılması) suretiyle;

a)ikinci fıkra yönünden: birinci fıkra kapsamına girmeyen ve fakat kurumlar, 31.12.2021 tarihli bilançolarında yer alan yabancı paralarını 31.12.2023 tarihine kadar Türk lirası mevduat ve katılma hesaplarına dönüşümün desteklenmesi kapsamında dönüşüm kuru üzerinden Türk lirasına çevirir ve bu suretle elde edilen Türk lirası varlığını en az üç ay vadeli Türk lirası mevduat ve katılma hesaplarında değerlendirir ise "oluşan kur farkı kazançlarının, geçici vergi dönemi sonu değerlemesiyle Türk lirasına çevrildiği tarih arasına isabet eden kısmı ile dönem sonu değerlemesinden kaynaklananlar da dahil olmak üzere vade sonunda elde edilen faiz ve kar payları ile diğer kazançlar" kurumlar vergisinden müstesna olacaktır,

b)üçüncü fıkra yönünden: kurumlar, 31.12.2021 tarihli bilançolarında yer alan altın hesabı ile bu tarihten sonra açılacak işlenmiş ve hurda altın karşılığı altın hesabı bakiyelerini 31.12.2023 tarihine kadar Türk lirası mevduat ve katılma hesaplarına dönüşümün desteklenmesi kapsamında dönüşüm fiyatı üzerinden Türk lirasına çevirir ve bu suretle elde edilen Türk lirası varlığını en az üç ay vadeli Türk lirası mevduat ve katılma hesaplarında değerlendirir ise; "Türk lirasına çevrildiği tarihte oluşan kazançlar ile dönem sonu değerlemesinden kaynaklananlar da dahil olmak üzere vade sonunda elde edilen faiz ve kar payları ile diğer kazançlar" kurumlar vergisinden müstesna olacaktır,

²⁵<https://www.gib.gov.tr/17-mayis-2022-gunu-sonuna-kadar-verilmesi-gereken-2022-i-gecici-vergi-donemine-ocak-subat-mart-ait> (Erişim Tarihi: 18.06.2022).

c) dördüncü fıkra yönünden: kurumlar, 31.03.2022 tarihli bilançolarında yer alan yabancı paralarını 31.12.2023 tarihine kadar Türk lirası mevduat ve katılma hesaplarına dönüşümün desteklenmesi kapsamında dönüşüm kuru üzerinden Türk lirasına çevirir ve bu suretle elde edilen Türk lirası varlığını en az üç ay vadeli Türk lirası mevduat ve katılma hesaplarında değerlendirir ise; “söz konusu hesapların dönem sonu değerlemesinden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere vade sonunda elde edilen faiz ve kar payları ile diğer kazançlar” kurumlar vergisinden müstesna olacaktır,

2) İptali talep edilen maddeyle Cumhurbaşkanı, bu istisnayı 31.12.2023 tarihine kadar her bir geçici vergi veya yıllık hesap dönemleri sonu itibarıyla kurumların bilançolarında yer alan yabancı paralar için ayrı ayrı veya birlikte uygulamaya yetkisiyle donatılmıştır (Cumhurbaşkanının yetkilendirilmesi),

ç) beşinci fıkra yönünden: bu madde kapsamındaki istisnalar, 31.12.2023 tarihine kadar vade sonunda yenilenen hesaplara da uygulanacaktır,

3) Yedinci fıkrasında yer alan “ve üçüncü” ibaresinin “, üçüncü ve dördüncü” şeklinde değiştirilmesi (istisnanın uygulama alanının genişletilmesi) suretiyle;

bu maddenin birinci, ikinci, üçüncü fıkralarının yanı sıra dördüncü fıkrasında yer alan istisna hükümleri, aynı şartlarla geçerli olmak üzere bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükelleflerinin kazançları hakkında da uygulanacaktır.

İptali talep edilen maddeyle (istisnaların süresi uzatılmak ile uygulama alanı genişletilmek ve Cumhurbaşkanı yetkilendirilmek suretiyle) kur korumalı Türk lirası vadeli mevduat hesaplarına yönelik finansal aracın kurumlar vergisi mükellefleri bakımından teşvik edilmesi amacıyla getirilen bu vergi istisnası, aşağıda sıralanan gerekçelerle Anayasa’ya aykırıdır.

i) Sosyal devlet ilkesi, kamu yararı, eşitlik ilkesi, vergi yükümlüsünün hakları bakımından:

“Vergilendirme yetkisi, devletin ülkesi üzerindeki egemenliğine dayanarak vergi alma konusunda sahip olduğu hukuki ve fiili gücü olarak tanımlanabilir. Bu yetki devletin mali alanda sürdürdüğü egemenliğin içerdiği yetkilerin (harcama, bütçe yapma, borçlanma vb.) en önemlilerinden biridir. Devlet, kamu hizmetlerinin görülmesi için gereksinim duyduğu mali kaynakları vergilendirme yetkisini kullanarak karşılar. ... Her şeyden önce dar anlamda vergilendirme yetkisi, devletin kamu giderlerini karşılamak üzere gerçek ve tüzel kişiler üzerine koyduğu her çeşit mali yükümlülüğe ilişkin yetkiyi kapsar”.²⁶ Vergi toplanmasının nedeni, kamu giderlerinin finansmanını teminen bütçe oluşturulmasıdır. Öte yandan bütçeleme ilkeleri arasında yer alan denklik ilkesinden, “devletin ne kadar gelir topluyorsa o kadar harcama yapması, açık bütçe uygulamasına başvurmaması anlaşılır”. Planlama ilkesi ise, “geleceğe yönelik gelir ve gider tahminlerinin sadece bir yılla sınırlı kalmamasını, birden fazla

26 Öncel, Muallâ, Kumrulu, Ahmet, Çağan, Nami, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Değişiklikler İşlenmiş B. 24, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 33.

yılı kapsayacak şekilde yapılmasını ifade eder”²⁷. O halde kamu giderleri ve kamu gelirleri arasında bir program dahilinde denge gözetilmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte Devlet, hakimiyet kudretine (jure imperii) dayanarak tahsil ettiği ve kamu gelirleri arasında büyük bir paya sahip olan vergi alacağından feragat edebilir. Ancak söz konusu feragat müessesesi, anayasal vergilendirme ilkelerin gereklerini karşılamalıdır. Aksi bir tutum (iptali talep edilen madde hükmünde olduğu gibi); bütçe dengesinin bozulmasına, planlanan çerçevenin dışına çıkılmasına, kamu harcamalarının karşılanamamasına, mükelleflerin haklarının ve son tahlilde Anayasa'nın ihlal edilmesine sebep olur.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında, “Vergi yasalarında sosyal, ekonomik, mali ve kültürel amaçlı kimi muaflık, istisna ve indirimler getirilmesi, yasa koyucunun takdirine bağlı bir konudur. Verginin bir bölümünden (indirim) veya tümünden vazgeçme ya da vergi kapsamındaki kimi konuları (istisna) veya kişileri (muaflık) vergi dışında tutma işlemi de en az vergi koyma ölçüsünde büyük önem taşımaktadır. Vergilendirmede esas kural, vergilerin yasayla konulup, değiştirilmesi veya kaldırılmasıdır. Buna göre, birtakım nedenlerle, kimi kişi veya konuların vergi dışında bırakılması ya da bir kısım vergiden vazgeçilmesi hususlarının da yasalarla belirlenmiş olması gerekmektedir.” şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 15.07.2004 tarihli ve 2003/33 E.; 2004/101 K. sayılı Kararı). O halde kanun koyucu, istisnanın kapsamını (istisnaların süresinin uzatılmasını ile uygulama alanının genişletilmesini ve Cumhurbaşkanının yetkilendirilmesini) belirlemeye yönelik takdir yetkisini hukuka uygun kullanılmalıdır. Ancak iptali talep edilen madde hükmü, kanun koyucu tarafından takdir yetkisinin hukuka aykırı ve kamu yararı amacı göz ardı edilerek kullanımının açık bir örneğini teşkil etmektedir.

Ekonomik koşulların kötüleşmesi ve kamu maliye politikasının gereği gibi oluşturulamaması minvalindeki ve diğer mahiyetteki sebepler neticesinde ortaya çıkan kur artışlarına karşı; (anılan geçici 14'üncü maddenin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarına konu) yabancı paralarını, altın hesaplarını (ve anılan geçici 14'üncü maddenin beşinci fıkrasına konu yenilenen hesaplarını) Türk Lirasına çeviren kurumlar vergisi mükelleflerinin (ve yedinci fıkrasında yapılan değişikliğin delaletiyle bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükelleflerinin) desteklenmesi amacıyla; iptali talep edilen 23'üncü maddenin değişiklik yaptığı anılan geçici maddenin fıkralarında sayılı kazançlar ve yenilenen hesaplar bakımından kurumlar vergisi istisnası öngörülmesi, kamu yararı barındırmamaktadır. Zira; ihtilafı kural ihdas edilirken izlenen amaçla kullanılan araç (Türk lirasına güvenenleri karşılaştırmalı olarak bu avantajdan mahrum bırakacak kapsamda bir vergi istisnası) arasında bir ölçülülük ilişkisi bulunmamasının yanında; ne kadarlık bir vergi alacağından feragat edildiğinin öngörülemez olması (ve bu meblağın katlanarak artışı); toplumun, refah, huzur ve mutluluğunun sağlanmasının finansal aracı olan bütçenin dengesinin kamu gelirleri aleyhine bozulmasına, kamu hizmetlerinin verilmesinde aksaklıklara sebep olacaktır.

Başka bir anlatımla kurumlar vergisi mükelleflerinden (ve bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükelleflerinden) tahsil edilecek vergiden feragat edilmesi; vergi yükümlülerinin haklarını ihlal etmektedir. Anayasa'nın 10'uncu maddesi bağlamında vergi ödevi değerlendirildiğinde; nimet ve külfetlerin dağılımı, hakkaniyeti gerektirir. Diğer bir deyişle bir kimse, vergi yükümlüsü olmakla; bir taraftan kamu nimetlerinden eşit biçimde yararlanır, diğer taraftan da kamu külfetleri karşısında eşittir. Söz konusu vergi istisnasının

27 Bilici, Nurettin, Bilici, Adem, Kamu Maliyesi, Güncelleştirilmiş ve Geliştirilmiş B. 4, Ankara, Savaş Yay., 2014, s. 71.

kapsamında genel olarak; ikinci fıkra uyarınca 31.12.2022 tarihli bilançolarında yabancı para bulunan (ve 31.12.2023 tarihine kadar Türk lirasına çeviren) kurumlar vergisi mükellefleri; üçüncü fıkra uyarınca 31.12.2022 tarihli bilançolarında altın hesabı bulunan (ve 31.12.2023 tarihine kadar Türk lirasına çeviren) kurumlar vergisi mükellefleri; dördüncü fıkra uyarınca 31.03.2022 tarihli bilançolarında yabancı para bulunan (ve 31.12.2023 tarihine kadar Türk lirasına çeviren) kurumlar vergisi mükellefleri; beşinci fıkra uyarınca 31.12.2023 tarihine kadar vade sonunda yenilenen hesaplar; yedinci fıkra uyarınca birinci, ikinci, üçüncü fıkraların yanı sıra dördüncü fıkrada öngörülen istisnalar bakımından bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükellefleri bulunmaktadır.

Diğer bir deyişle Türk lirasına güvenip; 31.12.2022 ve 31.03.2022 ilâ 31.12.2023 tarihli bilançolarında Türk lirası bulunan mükellefler, bu istisnadan yararlanamayacaktır. Haklı neden olmaksızın; vergisini ödemek suretiyle kamu külfetine katlanan mükellefler arasında; 31.12.2022 ve 31.03.2022 tarihli bilançosunda yabancı para, altın hesabı bulunup bulunmadığı (ve 31.12.2023 tarihine kadar Türk lirasına çevirim çevirmediği ve 31.12.2023 tarihine kadar vade sonunda hesap yenileyip yenilemediği) esas alınarak; vergi istisnası tanınması suretiyle ayırım yapılmaktadır. Devlet bütçesinde büyük bir paya sahip kurumlar vergisinin yükü, Türk lirasına güvenip 31.12.2022 ve 31.03.2022 ilâ 31.12.2023 tarihli bilançolarında Türk lirası bulunan mükellefler üzerinde bırakılmaktadır. Halbuki istisna hükmünün getiriliş amaçlarından biri, Türk lirasının değerini korumaktır. Türk lirasına güvenip 31.12.2022 ve 31.03.2022 ilâ 31.12.2023 tarihli bilançolarında Türk lirası bulunan mükelleflerin kur artışlarına karşı desteklenmesi amacıyla kanun koyucu tarafından bu türden bir tedbir alınmamıştır. Ezcümle istisna hükmünün (istisnaların süresinin uzatılması ile uygulama alanının genişletilmesi ve Cumhurbaşkanının yetkilendirilmesi) amacı ile neticesi, çelişmektedir. Öte yandan, kanun yoluyla avantajların dağıtımını (somut vakada vergi istisnası tanınması) bakımından anılan kategoriler arasında muamele farklılığını meşrulaştıracak haklı bir sebep bulunmamaktadır. Soyut olarak kamu yararı içeren Türk lirasının korunması hedefine, ekonomi bilimine uygun tedbirlerle, Devletin vergi kaybına yol açmadan ve eşitlik ilkesi çiğnenmeden ulaşılabileceği mümkündür. Bu açıdan, Türk lirasının değerinin korunması hususundaki yönetsel zayıflık, Anayasa'nın yasakladığı ayrımcılığın haklı sebebi addedilemez. İhtilafı kural, bu itibarla Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırıdır.

Söz konusu düzenleme, "Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır." hükmünü öngören Anayasa madde 73/2'ye de aykırıdır.

Yukarıda tanımlanan bu durum; (Anayasa'nın 2 ve 5'inci maddelerinde yer alan) sosyal devlet ilkesine aykırılık oluşturacak şekilde sosyal adaletsizliğe neden olacaktır. Halbuki bir sosyal devlette; maliye politikası, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ile verginin kamu giderleri karşılığında toplanması, kamu gelirleri ile kamu giderleri arasında denge gözetilmesi anlayışı üzerinden şekillendirilir. O halde, Hazine'nin büyük bir vergi kaybına neden olacak iptali talep edilen maddede, bir kamu yararı bulunmamaktadır. Oysa Anayasa'nın 2'nci 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).

Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında:

"4. Anayasa'nın 73. maddesinin birinci fıkrasında "Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür" denilmek suretiyle diğer ilkelerin yanı sıra verginin kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesine de yer verilmiştir. Bu

ilke, kamu giderlerinin vergi ile finanse edileceğini ve kamu giderleri gerektirmedikçe vergi alınmayacağını ifade etmektedir. Anılan fıkrada mali yükümlülüklerden sadece verginin belirtilmiş olması dolayısıyla bu ilke vergi ile ilgili olup diğer mali yükümlülüklerle ilgili değildir.

5. Anayasa Mahkemesi kararlarında vergi, “kamu giderlerini karşılamak amacıyla yasalarla gerçek ve tüzelkişilere malî güçlerine göre getirilen bir yükümlülüktür. Belirli bir hizmetten doğrudan yararlanma karşılığı olmayan vergi tüm kamu hizmetleri için yapılan giderlere ortak katılma payıdır.” biçiminde tanımlanmıştır (AYM, E.1995/24, K.1995/52, 28/9/1995; E.2003/9, K.2004/47, 1/4/2004; E.2013/66, K.2014/19, 29/1/2014).

6. Verginin bireysel faydalanma karşılığı olmaksızın tüm kamu giderlerini karşılamak üzere mükelleflerin mali güçlerine göre alınması; bir tercihin değil bir zorunluluğun sonucudur. Bu zorunluluk, genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetlerden elde edilen bireysel faydaların tamamen veya kısmen ölçülememesinden kaynaklanmaktadır. Bu hizmetlerin sunulması dolayısıyla tüm topluma yayılan faydanın bireyselleştirilememesi, bu hizmetlerin finansmanında faydalanmadan başka bir ölçütün geliştirilmesini zorunlu kılmış ve verginin mükelleflerin gelir, servet ve harcamaları dikkate alınarak belirlenen mali güçlerine göre alınması yoluna gidilmiştir. Buna göre bireysel faydanın ölçülemediği kamu hizmetlerinin esas olarak mükelleflerin mali güçlerine göre ödediği vergilerle finanse edilmesi gerekmektedir. Vergiler bütün bu hizmetlerin anonim karşılığı olarak toplanacak ve bu hizmetlerin finansmanında kullanılacaktır. Vergi mükellefleri de bu hizmetlerden bireysel karşılık sağlamamakla birlikte bütün toplumla birlikte faydalanacaktır. Dolayısıyla faydası topluma yayılmayan kamu hizmetlerinin finansmanına verginin tahsis edilmemesi gerekmektedir.”

şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi’nin 13. 10. 2021 karar tarihli ve 2018/135 E.; 2021/71 K. sayılı Kararı). Anılan hükme rağmen kanun koyucu, kamu giderlerinin finansmanında kullanılan ve büyük bir meblağa karşılık gelen vergi kaleminden feragat etmektedir. (O kadar ki, istisnanın Hazine’ye getireceği yük tahmin edilebilir dahi değildir. Zira, istisna edilecek vergi miktarına ilişkin bir üst sınır öngörülmemiştir ve bu meblağ, katlanarak artmaktadır.) Diğer bir deyişle; kur artışlarından kaynaklanan zarar neticesinde bütçe dengesi – üstelik öngörülemeyen bir seviyede– bozulmaktadır. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen madde; Anayasa’nın 2, 5, 10 ve 73’üncü maddelerine aykırıdır.

ii)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa’dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaması ve bütçe hakkı bakımından:

Yasama organının, halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırları belirleyerek yetki vermesi ve sonuçlarını denetlemesine bütçe hakkı denilmektedir. “Bütçe hakkı”, vergi ve benzeri gelirlerle kamu harcamalarının çeşit ve miktarını belirleme ve onaylama hakkıdır. Bu hak, halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşan yasama organına aittir. Bütçe, yürütmenin Meclis’e karşı temel sorumluluk düzeneğidir. Meclis, bütçe ile yürütmeye gelir toplama ve gider yapma yetkisi vermekte, bütçede yıllık gelir ve giderleri arasında fark bulunması halinde bu farkın ne kadarının borçlanma yöntemiyle karşılanacağı hususunu da belirlemekte, bu yetkinin uygun kullanılmasını da bütçe sürecinin bir parçası olan kesin hesap kanunu ile denetlemektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin çeşitli kararlarında da belirtildiği üzere; “Yasama organının, halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırlarını belirleyerek yetki vermesi ve sonuçlarını denetlemesine bütçe hakkı

denilmektedir. (...) Bu hak, demokratik parlamenter yönetim sistemini benimsemiş olan ülkelerde, halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşan ve en yetkili organ olan yasama organına ait bulunmaktadır. (...) Bütçe yapısının fonksiyonunu ifa edebilmesi, temel bütçe ilkelerine uyulması ile mümkün olmaktadır. Bütçe ilkeleri; bütçenin hazırlanması, görüşülüp onaylanması, uygulanması ve denetlenmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulması gereken kuralları ifade eder. Bu ilkeler, devlet bütçelerinin temel özellikleri ve amaçlarının gerçekleşmesi için uygulanması zorunlu olan ulusal ve uluslararası alanda kabul görmüş klasik maliye biliminin ilkeleridir.” (AYM’nin 30.12.2010 tarihli ve 2008/84 E.; 2010/121 K. ve 27.12.2012 tarihli ve 2012/102E.; 2012/+207 K. sayılı Kararları).

Bütçe hakkı, Anayasa’nın 87’nci maddesiyle, yalnızca TBMM’ye tanınmıştır. Bu nedenle bütçe hakkının diğer organlar tarafından kullanılması; bir fonksiyon gaspına sebep olacak, Anayasa’nın Başlangıç bölümünde yer alan erkler ayrılığı ilkesini ve 6’ncı maddesinde öngörülen hiçbir organın kaynağını Anayasa’dan almayan bir devlet yetkisi kullanmamasına yönelik hükmü ihlal edecektir.

Ne var ki iptali talep edilen madde hükmüyle; sayılı hallerde kurumlar vergisinden (ve gelir vergisinden) feragat edilmek suretiyle; 17.12.2021 tarihli ve 7344 sayılı 2022 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ile 16.12.2022 tarihli ve 7427 sayılı 2023 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu’nun gelir kalemlerinde ciddi ve öngörülemez bir azalma meydana gelecektir. Kamu gelirleri, bütçe kanununun bütçe hakkı kapsamında öngörmediği biçimde düşecektir; dolayısıyla kamu harcamalarının finansmanı için ayrılan kaynakta azalma ve kamu hizmetlerinin görülmesinde aksaklık meydana gelecektir. TBMM tarafından kabul edilen bütçe kanununda yer alan gelir-gider dengesini bozacak ve bunun kesin hesap kanunu ile denetlenmesini zorlaştıracak olan anılan madde hükmü; TBMM’nin bütçe hakkını, erkler ayrılığı ilkesini, hiçbir organın kaynağını Anayasa’dan almayan bir devlet yetkisi kullanmamasına yönelik hükmü ihlal etmektedir. Bu nedenlerle iptali talep edilen madde, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 87’inci maddelerine aykırıdır.

iii)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 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).

Bankacılık sistemindeki toplam mevduat ve katılım fonu büyüklüğü içerisinde Türk Lirasının payının artırılarak finansal istikrarın desteklenmesi amacıyla kanunlaştırılan geçici

madde 14'te yer alan istisnaların, (iptali talep edilen maddeyle) süresinin uzatılması, uygulama alanının genişletilmesi ve Cumhurbaşkanının yetkilendirilmesi, açıklandığı üzere kamu yararı barındırmadığından; bankacılık sektörüne zarar gelmesine; Hazine üzerine öngörülemez büyüklükte yük bırakılmasına; bütçe dengesinin bozulmasına ve bütçe açığının artmasına; iktisadi büyümenin gerilemesine; kamu harcamalarının finanse edilememesine; kamu yararına aykırı şekilde genel olarak "ikinci fıkra uyarınca 31.12.2022 tarihli bilançolarında yabancı para bulunan (ve 31.12.2023 tarihine kadar Türk lirasına çeviren) kurumlar vergisi mükelleflerinin; üçüncü fıkra uyarınca 31.12.2022 tarihli bilançolarında altın hesabı bulunan (ve 31.12.2023 tarihine kadar Türk lirasına çeviren) kurumlar vergisi mükelleflerinin; dördüncü fıkra uyarınca 31.03.2022 tarihli bilançolarında yabancı para bulunan (ve 31.12.2023 tarihine kadar Türk lirasına çeviren) kurumlar vergisi mükellefleri; beşinci fıkra uyarınca 31.12.2023 tarihine kadar vade sonunda hesap yenileyenlerin; yedinci fıkra uyarınca birinci, ikinci, üçüncü fıkraların yanı sıra dördüncü fıkra da öngörülen istisnalar bakımından bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükelleflerinin" himaye edilmesine; 31.12.2022 ve 31.03.2022 ilâ 31.12.2023 tarihli bilançolarında Türk lirası bulunan kurumlar vergisi mükelleflerinin (ve gelir vergisi mükelleflerinin) mameleklerinin korunmasına elverişli ortam hazırlanamamasına; ekonomik istikrarın sürdürülemez hale gelmesine; öngörülebilir bir ekonomik denge oluşturulamamasına; para politikasının fayda – maliyet özelinde etki analizinde beklenmedik sonuçlar görülmesine; gerçekçi ekonomik değerlendirme yapılamamasına; hesap verilebilir ve şeffaf bir mali politika yönetilememesine; Türk parasının kıymetinin korunamamasına; dolayısıyla milli ekonominin zarara uğramasına ve sonuç olarak, kişilerin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olacağından; Anayasa'nın 5 ve 167'nci maddelerine de aykırıdır.

iv)Eşitlik ilkesi ve teşebbüs hürriyeti bakımından: 5520 sayılı Kanun'un 1'inci maddesi gereğince sermaye şirketlerinin, kooperatiflerin, iktisadi kamu kuruluşlarının, dernek veya vakıflara ait iktisadi işletmelerin, iş ortaklıklarının kazançları; kurumlar vergisine tabidir. Anılan maddenin lafzından anlaşılacağı üzere; kurumlar vergisinin mükellefleri (ekseriyeti), özel teşebbüs niteliğindedir. Anayasa'nın 48'inci 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 kur artışları karşısında finansal istikrarın desteklenmesi amacıyla, kurumlar vergisi mükelleflerine sayılı hallerde tanınan ve geçici madde 14'te yer alan vergi istisnalarının süresinin uzatılmasına, uygulama alanının genişletilmesine ve Cumhurbaşkanının yetkilendirilmesine yönelik iptali talep edilen 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, söz konusu tedbir alma yükümlülüğü doğrultusunda; özel teşebbüsleri, kur artışları karşısında desteklemek amacıyla; sayılı hallerde kurumlar vergisinden varestesiz tutmuştur. Ancak Devlet, bu yükümlülüğünü sadece "ikinci fıkra uyarınca 31.12.2022 tarihli bilançolarında yabancı para bulunan (ve 31.12.2023 tarihine kadar Türk lirasına çeviren) kurumlar vergisi mükellefleri; üçüncü fıkra uyarınca 31.12.2022 tarihli bilançolarında altın hesabı bulunan (ve 31.12.2023 tarihine kadar Türk lirasına çeviren) kurumlar vergisi mükellefleri; dördüncü fıkra uyarınca 31.03.2022 tarihli bilançolarında yabancı para bulunan (ve 31.12.2023 tarihine kadar Türk lirasına çeviren) kurumlar vergisi mükellefleri; beşinci fıkra uyarınca 31.12.2023 tarihine kadar vade sonunda hesap yenileyenler" bakımından yerine getirmiştir. Diğer bir deyişle 31.12.2022 ve 31.03.2022 ilâ 31.12.2023 tarihli bilançolarında Türk lirası hesabı bulunan kurumlar vergisi mükellefleri, istisnadan yararlanamayacaktır. Oysa anılan koşul, söz konusu iki kategoriyi kamusal avantajların dağıtımında birbirinden ayırmayı

haklı kılacak şekilde ilgili bir koşul değildir. Ezcümle haklı bir neden olmaksızın, aynı durumda bulunan özel teşebbüslere sağlanan destek bakımından bir muamele farklılığı yapılmıştır. Halbuki eşitlik ilkesi bağlamında teşebbüs özgürlüğü gereğince; Devlet, kur artışlarından etkilenen tüm özel teşebbüsler bakımından gerekli tedbirleri almalıdır. Bu yükümlülüğün aksine; bilançolarında Türk lirası hesabı bulunan özel teşebbüslere, vergi istisnası tanınmayarak; onlar bakımından, çalışma ortamları güvensiz ve belirsiz hale getirilmiştir. Avantajların dağıtımında (somut vakada vergi istisnası tanınması) anılan kategoriler arasında muamele farklılığını meşrulaştıracak haklı bir sebep bulunmamaktadır. Soyut olarak kamu yararı içeren Türk lirasının korunması hedefine, ekonomi bilimine uygun tedbirlerle, devletin vergi kaybına yol açmadan ve eşitlik ilkesi çiğnenmeden ulaşılması mümkündür. Bu açıdan, Türk lirasının değerinin korunması hususundaki yönetsel zaaf, ayrımcılığın haklı sebebi addedilemez. Öte yandan vergi istisnasının bir kısım özel teşebbüslere tanınıp diğerlerine tanınmaması, piyasa koşullarında firmaların rekabet kabiliyetine, yatırım ve istihdam politikalarına etki edecektir. Bu nedenle anılan madde, Anayasa'nın 10, 13 ve 48'inci maddelerine aykırıdır.

v)Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları bakımından: Anayasa'nın Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırlarını düzenleyen 65'inci maddesine göre Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir. Anılan anayasal hüküm; Anayasa'nın 2 ve 5'inci maddelerinde nitelendirilen sosyal Devletin, anayasal temel hak ve özgürlüklere ilişkin (bilhassa pozitif) yükümlülüğünü yerine getirirken esas alacağı mali ölçüttür. Bu hüküm, “işin mahiyetinin gerektirdiği bir düzenlemedir; çünkü aksi halde, devletin hareketsizliği ya da yeterince sosyal katkı sağlayamaması, sürekli anayasa ihlâli iddialarıyla karşılaşmak gibi bir rahatsızlık doğurur. Fakat böyle bir hüküm sosyal ödevlerini savsaklayan devlet organlarını ve iktidarlar için de bir mazeret ya da sığınak oluşturabilir.”²⁸ O halde anılan vergilerden feragat edilmesi (başka bir deyişle sayılı istisnaların süresinin uzatılması ile uygulama alanının genişletilmesi ve Cumhurbaşkanının yetkilendirilmesi) suretiyle; Devletin mali kaynaklarının azalması sonucunu doğuracak iptali talep edilen madde, temel hak ve özgürlükler bakımından Devlete yüklenen yükümlülüğün gereği gibi yerine getirilememesi sonucunu doğuracağından; Anayasa'nın 2, 6 ve 65'inci maddelerine de aykırıdır.

Öyle ki, Anayasa'nın 65'inci maddesi açık şekilde “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir” hükmünü öngörmektedir. Güçsüzlerin koruyucusu olan sosyal devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevini ifa ederken; kendi iradesine binaen vergiden feragat edilmesi (başka bir deyişle sayılı istisnaların süresinin uzatılması ile uygulama alanının genişletilmesi ve Cumhurbaşkanının yetkilendirilmesi) sebebiyle mali kaynakların azaldığına yönelik bir mazereti ileri sürememelidir. Bu hüküm, Devletin, mali kaynaklarını sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek yerine getirme imkanını bilerek ve isteyerek ve ölçüsüz şekilde azaltmaması yükümlülüğünü de içerir. 65'inci maddede bu türden bir ön yükümlülüğün bulunduğunu kabul etmemek, bu düzenlemenin etkililiğini son tahlilde ortadan kaldırır; zira, malî kaynaklarının yeterliliğinin keyfi, hakkaniyetsiz ve ölçüsüz kanunlarla açık şekilde zayıflatılmasının değerlendirilmesi bu madde dışına çıkarıldığında, siyasi iktidar, mali kaynakların (kendisinin öngörülebilir şekilde sebebiyet verdiği) yetersizliğini her seferinde sosyal devletin inkarı gerekçesi olarak öne sürebilecek ve Anayasa'nın 2, 5 ve 65'inci maddeleri, bu açıdan

28 Tanör, Bülent, Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1892 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Güncelleştirilmiş B. 19, İstanbul, Beta Basım, 2019, s. 202.

uygulanması olmayan, etkisiz normlara indirgenebilecektir. Soyut olarak kamu yararı içeren Türk lirasının korunması hedefine, ekonomi bilimine uygun tedbirlerle, devletin şirketler nezdinde vergi kaybına yol açmadan ve eşitlik ilkesi çiğnenmeden ulaştırılması mümkündür. Bu açıdan, Türk lirasının değerinin korunması hususundaki yönetsel zayıflık, Hazine'nin, Anayasa'nın 2, 5 ve 65'inci maddelerinin gereklerinin uygulanamayacağı bir duruma düşürülmesini meşru kılmaz. Kaldı ki, iptali talep edilen maddenin kendinde yahut değişiklik yaptığı geçici madde hükmünde vergi istisnasına ilişkin bir üst sınır da öngörülmemiştir ve kanundaki bu eksiklik, kanunun lehine değil, aksine, onun tehdit ettiği anayasal ilkenin somut duruma uygulanması bakımından dikkate alınmak gerekir. Bir başka deyişle, üst sınırsız söz konusu vergi istisnasının (sayılı istisnaların süresinin uzatılmasının, uygulama alanının genişletilmesinin ve Cumhurbaşkanının yetkilendirilmesinin) Hazine üzerinde oluşturacağı yükün öngörülemezliğinin, Anayasa'nın 2, 5 ve 65'inci maddelerinin etkililiğini ortadan kaldırmasına ilişkin yalnızca (ucu bucağı belirsiz) bir riskin varlığı, Anayasa Mahkemesi'nin burada ihlal kararı vermesi için yeterlidir. Hiçbir kanuni düzenleme, uygulanması sırasında potansiyel olarak Anayasa'nın bir hükmünü ihlal edebileceği bir kapsamda ya da belirsizlikte kaleme alınamaz. İhtilafı madde, Anayasa'nın 2, 5 ve 65'inci maddelerine de aykırıdır.

vi)Eşitlik ilkesi ve mülkiyet hakkı bakımından: Anılan geçici maddeye eklenen ve iptali talep edilen fıkralar, mülkiyet hakkı bağlamında eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1'inci maddesinde ve Anayasa'nın 35'inci maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi 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).

Öte yandan 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. 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 haklı neden olmaksızın (31.12.2023 tarihine kadar) bilançolarında –Türk lirası değil- yabancı para / altın hesabı bulunan kurumlar vergisi mükellefleri (ile bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükellefleri) (ve 31.12.2023 tarihine kadar vade sonunda hesap yenileyenler) vergiden istisna tutulurken; aynı konumda bulunmalarına rağmen kanun koyucu tarafından bilançolarında Türk lirası bulunan kurumlar vergisi mükellefleri (ile bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükellefleri) bakımından bu türden bir tedbir alınmamıştır. Bilançolarında yabancı para /altın hesabı bulunan ve bulunmayan kurumlar vergisi mükellefleri (ve 31.12.2023 tarihine kadar vade sonunda hesap yenileyen ve yenilemeyen), vergi istisnası

şeklinde tezahür eden böyle bir ekonomik avantajdan faydalanabilecek olmak bakımından aynı durumdadırlar. Bu iki kategori arasında vergi istisnası şeklinde somutlaşan ekonomik bir avantaja sahip olmak bakımından yapılan muamele farklılığını meşrulaştıran (nihayetinde mülkiyet hakkına müdahale edilmesi sonucunu doğuran) haklı bir sebep bulunmamaktadır. Bu nedenle iptali talep edilen madde, Anayasa'nın 10 ve 35'inci maddelerine aykırıdır.

vii)Hukuk devleti, vergilerin kanuniliği 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 önkoşullarından 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.

Öte yandan Anayasa'nın 73'üncü maddesinin amir hükmü uyarınca, vergiler (istisnaları) kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır.

İlk fıkrası, “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir” hükmünü içeren Anayasa'nın 123'üncü maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Anılan vergi istisnasının uygulanmasına (süresinin uzatılmasına ve uygulama alanının genişletilmesine) yönelik alt düzenleyici işlemler, asıl olarak Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından tesis edilecektir. İdarenin düzenleyici işlemlerinin normlar hiyerarşisinin ana halkası olarak hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerinin karşılanması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için ve vergilerin (istisnanın) kanuniliği ilkesi gereğince; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak iptali talep edilen madde, birçok muğlak ibareyi muhtevasında barındıran (ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci) fıkraların uygulama süresini uzatmakta; bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükellefleri bakımından uygulama alanını genişletmektedir. Nitekim iptali talep edilen maddenin değişiklik yaptığı ikinci ve dördüncü fıkraların lafzında yer alan (ve beşinci fıkroda yer alan “yenilenen hesaplar” ibaresinin kapsamında kalan) “yabancı paralar” ibaresinin hangi paraları (söz gelimi Kanada Doları, İsviçre Frangı, Japon Yeni, Çin Yuani) kapsadığı belirsizdir. Her ne kadar Tebliğ'de “ABD doları, Euro ve İngiliz Sterlini” cinsi esas alınsa da; normlar hiyerarşisi teorisi, hukuki belirlilik ilkesi, yasama yetkisinin devredilmezliği,

vergilerin (istisnanın) kanuniliği, idarenin kanuniliği ilkesi gereğince asıl olan ilgili yabancı paraların türünün kanun lafzında zikredilmesidir. Yine iptali talep edilen maddenin değişiklik yaptığı ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarda istisnadan yararlanmanın koşulu, “bu suretle elde edilen Türk lirası varlığı, en az üç ay vadeli Türk lirası mevduat ve katılma hesaplarında değerlendirme” şeklinde belirlenmiş iken; normlar hiyerarşisi teorisi, hukuki belirlilik ilkesi, yasama yetkisinin devredilmezliği, vergilerin (istisnanın) kanuniliği, idarenin kanuniliği ilkesinin aksine Tebliğ’de “6 ay veya 1 yıl vadeli Türk lirası mevduat veya katılma hesabı açılacağı” öngörülmüştür. (2022/1 ve 2 sayılı Tebliğlerde yurt içi yerleşik tüzel kişiler için vade, 6 ay veya 1 yıl olarak öngörülmüşken; 2022/ 9 ve 10 sayılı Tebliğlerde 3 ay, 6 ay veya 1 yıl olarak öngörülmüştür.)²⁹. 7420 sayılı Kanun’un 48’inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin delaletiyle; 7420 sayılı Kanun’un 23’üncü maddesi ile 5520 sayılı Kanun’un geçici 14’üncü maddesinin yedinci fıkrasında değişiklik yapan hüküm, 26.05.2022 tarihinden itibaren uygulanmak üzere 09.11.2022 tarihinde; diğer hükümleri ise 09.11.2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Tekraren belirtmek gerekir ki iptali talep edilen madde, birçok muğlak ibareyi muhtevasında barındıran (ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci) fıkraların uygulama süresini

29-21.12.2021 tarihli ve 31696 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete’de Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından 2021/14 sayılı Türk Lirası Mevduat ve Katılma Hesaplarına Dönüşümün Desteklenmesi Hakkında Tebliğ

-29.12.2021 tarihli ve 31704 sayılı Resmi Gazete’de Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından 2021/16 sayılı Altın Hesaplarından Türk Lirası Mevduat ve Katılma Hesaplarına Dönüşümün Desteklenmesi Hakkında Tebliğ (Sayı: 2021/16)

-11.01.2022 tarihli ve 31716 sayılı Resmi Gazete’de Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından 2022/1 sayılı Türk Lirası Mevduat ve Katılma Hesaplarına Dönüşümün Desteklenmesi Hakkında Tebliğ (Sayı: 2021/14)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ

-11.01.2022 tarihli ve 31716 sayılı Resmi Gazete’de Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından 2022/2 sayılı Altın Hesaplarından Türk Lirası Mevduat ve Katılma Hesaplarına Dönüşümün Desteklenmesi Hakkında Tebliğ (Sayı: 2021/16)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ

-07.03.2022 tarihli ve 31771 sayılı Resmi Gazete’de Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından 2022/9 sayılı Türk Lirası Mevduat ve Katılma Hesaplarına Dönüşümün Desteklenmesi Hakkında Tebliğ (Sayı: 2021/14)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ

-07.03.2022 tarihli ve 31771 sayılı Resmi Gazete’de Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından 2022/10 sayılı Altın Hesaplarından Türk Lirası Mevduat ve Katılma Hesaplarına Dönüşümün Desteklenmesi Hakkında Tebliğ (Sayı: 2021/16)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ

-14.03.2022 tarihli ve 31778 sayılı Resmi Gazete’de Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından 2022/12 sayılı Altın Hesaplarından Türk Lirası Mevduat ve Katılma Hesaplarına Dönüşümün Desteklenmesi Hakkında Tebliğ (Sayı: 2021/16)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ

-22.03.2022 tarihli ve 31786 sayılı Resmi Gazete’de Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından 2022/14 sayılı Türk Lirası Mevduat ve Katılma Hesaplarına Dönüşümün Desteklenmesi Hakkında Tebliğ (Sayı: 2021/14)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ

-22.03.2022 tarihli ve 31786 sayılı Resmi Gazete’de Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından 2022/15 sayılı Altın Hesaplarından Türk Lirası Mevduat ve Katılma Hesaplarına Dönüşümün Desteklenmesi Hakkında Tebliğ (Sayı: 2021/16)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ

-08.04.2022 tarihli ve 31803 sayılı Resmi Gazete’de Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından 2022/16 sayılı Türk Lirası Mevduat ve Katılma Hesaplarına Dönüşümün Desteklenmesi Hakkında Tebliğ (Sayı: 2021/14)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ

-06.07.2022 tarihli ve 31888 sayılı Resmi Gazete’de Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından 2022/22 sayılı Türk Lirası Mevduat ve Katılma Hesaplarına Dönüşümün Desteklenmesi Hakkında Tebliğ (Sayı: 2021/14)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ

-30.09.2022 tarihli ve 31969 sayılı Resmi Gazete’de Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından 2022/27 sayılı Türk Lirası Mevduat ve Katılma Hesaplarına Dönüşümün Desteklenmesi Hakkında Tebliğ (Sayı: 2021/14)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ

uzatmakta; bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükellefleri bakımından uygulama alanını genişletmektedir.

Söz gelimi yine mükelleflerin yurt dışındaki yabancı paralarını veya altın hesaplarını yurt içine aktardığında nasıl bir hesaplama yöntemi izleneceği; bilançodaki yabancı paranın veya altın hesabının kısmen dönüşümünün mümkün olup olmadığı, 31.12.2023 tarihine kadar vade sonunda yenilenen hesapların kapsamı net değildir. Bu nitelikteki hususların kanun düzeyinde açık ve net bir şekilde düzenlenmemesi ve idarenin uhdesine bırakılması, istisnadan faydalanmak isteyen kurumlar vergisi mükelleflerinin (ve bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükelleflerinin) (ve 31.12.2023 tarihine kadar vade sonunda hesap yenileyenlerin) hukuki öngörülebilirliklerinin ortadan kaldırılmasına, keyfi uygulamalara neden olacaktır. Bu belirsizlik ise, söz konusu geçici maddenin lafzında zikredilen ratio legis'in gerçekleşmemesine ve iptali talep edilen maddenin gerekçesinin temelsiz kalmasına neden olacaktır; kur artışları karşısında yabancı paralarını veya altın hesaplarını Türk lirasına çeviren özel teşebbüslerin işletme risklerinin bertaraf edilmesine imkan vermeyecektir, Hazine üzerinde aşırı büyüklükte bir yük bırakacaktır. Bir başka deyişle ihtilafli kuralın yarattığı hukuki belirsizlik, hedeflediği kamu yararı amacının gerçekleşmesi bakımından da elverişsizliğe sebebiyet vermektedir. Öte yandan iptali talep edilen maddeyle anılan geçici maddenin dördüncü fıkrasının son cümlesi değiştirilmiştir. Bu kapsamda (tüm idari teşkilatın makamına bağlı bulunduğu ve yürütme ve devleti temsil yetkilerinin bir kişide birleştiği monist yapılı yürütme organının başı konumunda bulunan) Cumhurbaşkanına dördüncü fıkrada yer alan istisnayı 31.12.2023 tarihine kadar her bir geçici vergi veya yıllık hesap dönemleri sonu itibarıyla kurumların bilançolarında yer alan yabancı paralar için ayrı ayrı veya birlikte uygulatma yetkisi tanınması ve fakat Cumhurbaşkanının bu yetkiyi kullanırken kanuni, nesnel, somut, açık, anlaşılabilir bir ölçütle kayıtlanmaması; kurumlar vergisi mükellefleri (ve bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükellefleri) bakımından belirsiz ve keyfi uygulamalara neden olacaktır. Başka bir anlatımla Cumhurbaşkanı, bu istisnayı ayrı ayrı veya birlikte uygulatmaya yönelik işlemi tesis ederken kanuni düzeyde, objektif kriterlerle kayıtlanmamıştır; istisnanın uygulama yöntemi, (kanunilik ilkesine aykırı şekilde) Cumhurbaşkanıca belirlenecektir. Yine Cumhurbaşkanının, Bakanlığın veya TCMB'nin yapacağı düzenlemeleri, tek başına, herhangi bir öngörülebilirlik zemini bulunmadan ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; söz konusu özel teşebbüsler (ile bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükellefleri) bakımından hukuki ve iktisadi öngörülebilirliğe hanel getirmektedir. Dahası idarenin düzenleyici işlemleriyle istisnanın kapsamının genişletilmesi veya daraltılması, uygulama yönteminin belirlenmesi; vergilerin (istisnanın) kanuniliği ilkesinin aksine; şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarenin (düzenleyici) işlemlerine, maddi anlamda vergiye (istisnaya) ilişkin kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen madde, Anayasa'nın 2, 73 ve 123'üncü maddelerine aykırıdır.

viii) Sınırlandırma yetkisinin kötüye kullanılması nedeniyle Anayasa'nın 14'üncü maddesi bakımından: Anayasa'nın 14'üncü maddesi temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmamasını düzenlemektedir. Kaboğlu'na göre:

“Bu düzenleme biçimiyle, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması ile maddede sözü edilen eylemler arasında açık ve yakın bir nedensellik ilişkisi bulunduğu takdirde ancak 14. maddede yazılı amaçları gerçekleştirmek için kötüye kullanılmış sayılabilmelidir. “Yok etmeye yönelik faaliyette bulunma” deyimini açıkça bir eylemi ifade ettiğinden, belli bir özgürlüğün yok edilmesi ile söz konusu eylem arasında açık ve doğrudan bir ilişkinin, yani nedensellik bağının bulunması gerekir. “Hak kaybı” yerine “yasayla belirlenecek yaptırımları öngören” (cezalar) öngören madde 14'ün ilk şekli, özellikle yeni düzenleme şekliyle en

azından 2. fıkra bakımından İHAS'ın 17. maddesiyle uyumlu hale getirildi. Devlete, yok etme yasağı ve sınırlama ölçüsü yönünden yükümlülük getirmesi, Sözleşme ile uyum kaygısını yansıtmaktadır.”³⁰

Başka bir anlatımla Anayasa'nın 14'üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz. Anılan maddenin üçüncü fıkrası uyarınca bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir. Ancak iptali talep edilen kuralla; Anayasa'nın 14'üncü maddesinin ikinci fıkrasının aksine idareye (Bakanlığa, TCMB'ye, Cumhurbaşkanına) tanınan yetkinin süresinin uzatılması ve kapsamının genişletilmesi, geniş bir yelpazeye yayılmakla birlikte, kendilerine aykırılık oluşturduğu kurallar ve hak-özgürlükler çerçevesini aşmaktadır. Diğer bir deyişle idareye (Bakanlığa, TCMB'ye, Cumhurbaşkanına) tanınan yetkinin süresinin uzatılması ve kapsamının genişletilmesi, ilgili hak ve özgürlüklerin “Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılması” sonucunu doğurduğundan; bunun yaptırımını (Anayasa'nın 14'üncü maddesinin üçüncü fıkrası mucibince), iptali istenen kuralın AYM tarafından iptalidir. Kanun koyucu, idareye (Bakanlığa, TCMB'ye, Cumhurbaşkanına) tanıdığı çok geniş yetkilerin süresini uzatmak ve kapsamını genişletmek suretiyle; idare tarafından anılan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesine veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasına imkan verdiğinden; ihtilafli kural, Anayasa'nın 14'üncü maddesine aykırı olup iptali gerekir.

ix)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından; Anayasa'nın 7'nci maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). Yukarıda ayrıntılı şekilde gösterildiği üzere; iptali talep edilen maddeyle muhtevasında muğlaklık barındıran fıkraların uygulama süresinin uzatılması suretiyle; idareye (Bakanlığa, TCMB'ye) vergi istisnasının kapsamını belirleme ve Cumhurbaşkanına dördüncü fıkroda öngörülen istisnayı “31/12/2023 tarihine kadar her bir geçici vergi veya yıllık hesap dönemleri sonu itibarıyla kurumların bilançolarında yer alan yabancı paralar için ayrı ayrı veya birlikte uygulatma” yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7'nci maddesine aykırılık oluşturur.

x) Kuvvetler ayrılığı ilkesi, normlar hiyerarşisi, kanunların geriye yürümezliği ilkesi, hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaması ve vergilerin kanuniliği ile idarenin kanuniliği ilkesi bakımından:

İptali talep edilen 23'üncü maddenin değişiklik yaptığı anılan geçici 14'üncü maddede yer alan bir diğer hukuki sorun, istisnaya konu kazançlara ilişkin tarihlerin (31.12.2022 ve 31.03.2022 ilâ 31.12.2023 tarihleri) hangi ölçüt nazara alınarak belirlendiğidir.

³⁰ Kaboğlu, İbrahim Özden, Özgürlükler Hukuku 1 İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş, Yenilenmiş B. 7, Ankara, İmge Kitabevi, 2013, s. 92, 93.

Öncelikle yurt içi yerleşik gerçek kişilerin döviz tevdiat hesaplarının ve döviz cinsinden katılım fonlarının Türk lirası vadeli mevduat ve katılma hesaplarına dönüşmesi halinde mevduat ve katılım fonu sahiplerine sağlanacak desteğe ilişkin usul ve esasları düzenleyen 21.12.2021 tarihli ve 31696 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete’de Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından 2021/14 sayılı Türk Lirası Mevduat ve Katılma Hesaplarına Dönüşümün Desteklenmesi Hakkında Tebliğ yayımlanmıştır. Öte yandan gerçek kişiler hakkında Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından 21.12.2021 tarihinde basın açıklaması yapılmıştır.³¹

Bu Tebliğ ve basın açıklamasının ardından 11.01.2022 tarihli ve 31716 sayılı Resmi Gazete’de Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından 2022/1 sayılı Türk Lirası Mevduat ve Katılma Hesaplarına Dönüşümün Desteklenmesi Hakkında Tebliğ (Sayı: 2021/14)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ ile 2022/2 sayılı Altın Hesaplarından Türk Lirası Mevduat ve Katılma Hesaplarına Dönüşümün Desteklenmesi Hakkında Tebliğ (Sayı: 2021/16)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ yayımlanmıştır. Söz konusu Tebliğlerle, kur korumalı Türk lirası vadeli mevduat hesaplarına yönelik finansal aracın kapsamına (yurt içi yerleşik) tüzel kişiler de dahil edilmiştir.

Söz konusu Tebliğlerin akabinde, 20.01.2022 tarihli ve 7352 sayılı Kanun’un 2’nci maddesiyle 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’na Tebliğlere konu kazançlara ilişkin vergi istisnasını düzenleyen Geçici Madde 14 eklenmiştir. Söz konusu geçici maddenin lafzında yer alan tarihler (01.10.2021, 31.12.2021); 7352 sayılı Kanun’un yayımı tarihinden (anılan Kanun’un 3’üncü maddesinin delaletiyle 29.01.2022 tarihinden) önceki bir zaman dilimine tekabül etmektedir. Her ne kadar son radde olarak dördüncü geçici vergi dönemine ilişkin beyannamenin verilme tarihi (25.02.2022: 7352 sayılı Kanun’un Resmi Gazete’de yayımlanmasından -29.01.2022 tarihinden- sonraki bir tarih) esas alınsa da; 01.10.2021 ve 31.12.2021 tarihleri, kur korumalı Türk lirası vadeli mevduat hesaplarına yönelik finansal aracın, kamuoyu ile paylaşıldığı ve Tebliğlerin yayımlandığı tarih aralığıyla çakışmaktadır.

Yine kanun koyucu; 26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Kanun’un 12’nci maddesiyle anılan geçici 14’üncü maddeye, fıkralar eklemiş ve söz konusu fıkralarda esas alınacak bilanço tarihini, (7407 sayılı Kanun’un 21’inci maddesinin delaletiyle söz konusu fıkraların yürürlüğe girdiği tarih olan 28.05.2022 tarihinden önceki bir tarih) 31.03.2022 şeklinde belirlemiştir.

Nihayetinde kanun koyucu, 7420 sayılı Kanun’un 23’üncü maddesiyle anılan geçici 14’üncü maddede birtakım değişiklikler yapmış ve 7420 sayılı Kanun’un 48’inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca anılan 23’üncü maddeyle söz konusu geçici 14’üncü maddenin yedinci fıkrasında değişiklik yapan (bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükellefleri bakımından uygulanacak istisnalara ilişkin olan) hükmün, (7420 sayılı Kanun’un yayımı tarihinden önceki bir tarihe tekabül eden ve 7407 sayılı Kanun’un kabul tarihi olan) 26.05.2022 tarihinden itibaren uygulanmak üzere yayımı tarihinde (09.11.2022 tarihinde); diğer hükümlerin ise yayımı tarihinde (09.11.2022 tarihinde) yürürlüğe gireceğini düzenlemiştir.

O halde kanun koyucu, iktisadi ve hukuki öngörülebilirlik olmaksızın tarih tespiti yapmaya, de facto durumu de jure duruma dönüştürmeye yönelik tutumunu sürdürmektedir.

Fuller’in, kanun koyucunun kanun yaparken uyması gerektiğini belirttiği sekiz temel ilkenin biri, geçmişe yürümezlik ilkesidir. Ona göre; “Hukukun davranışa rehber olabilmesi

31 <https://www.hmb.gov.tr/duyuru/basin-aciklamasi-i-21-12-2021> (Erişim Tarihi: 08.03.2022).

için bu ilke, açık bir gerekliliktir. Vatandaşların davranışları henüz var olmayan kurallarla yönlendirilemez. Bununla birlikte politikacılar için geçmişe yürür yasa yapma, hataları düzeltmek ve hukuku kendi çıkarları için kullanmaları açısından ideal bir araçtır. ...”³²

Yine Anayasa Mahkemesi’nin bir kararına göre, “Hukuk devletinin gereği olan hukuk güvenliğini sağlama yükümlülüğü, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. “Yasaların geriye yürümezliği ilkesi” uyarınca yasalar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrık durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe giren yasaların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindedir.” (AYM’nin 22.12.2011 tarihli ve 2010/7 E.; 2011/172 K. sayılı Kararı). Görüldüğü üzere, Anayasa bakımından yasaların geçmişe yürütülmemesi kural, geçmişe yürütülmesi istisnadır.

Anılan Tebliğlerin, söz konusu geçici 14’üncü maddenin ratio legis’i, 7407 sayılı Kanun’un 12’nci maddesiyle eklenen fıkraların gerekçesi ile iptali talep edilen maddenin amacı; kur artışlarına karşı bilançolarında yabancı para veya altın hesabı bulunan kurumlar vergisi mükelleflerini (ve bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükelleflerini) korumaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki 7352 sayılı Kanunla 5520 sayılı Kanun’a eklenen geçici madde 14’e 7407 sayılı Kanun’un 12’nci maddesiyle söz konusu (ek) fıkralar eklenmeden önce; anılan Tebliğlere istinaden gerçekleştirilen işlemler sonucu elde edilen kazançlar, vergiden varestede tutulmaktaydı. Anılan Tebliğler ile söz konusu geçici madde, benzer finansal araçları havi idi. Bu Tebliğler uygulamaya konulduktan belli bir süre sonra, anılan geçici madde hükmü kanunlaştırılmış ve fakat kanun hükmüne konu bilançoların tarihi belirlenirken; Tebliğlerin yayım tarihi aralıkları esas alınmıştı. Diğer bir deyişle TCMB ve Bakanlık tarafından özel teşebbüslerin (ve bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükelleflerinin) yabancı paralarını veya altın hesaplarını Türk Lirasına çevirmesi için gerekli düzenleyici işlem zemini hazırlanmış daha sonra bu işlemlerden doğan kazançlar, anılan geçici madde hükmüyle vergiden varestede tutulmuştu. Her ne kadar son radde olarak dördüncü geçici vergi dönemine ilişkin beyannamenin verilme tarihi belirlense de; vergi doğuran olay, istisna hükmünün yürürlüğe girişinden önce gerçekleşmişti. Ezcümle kanun koyucu, söz konusu geçici maddenin kapsamını geçmişe etkili kılmıştı. Ancak anılan geçici maddenin bizatihi kendisi, (25.03.2022 tarihli ve 2022/34 E. sayılı dosyanın dava dilekçesinde belirttiğimiz üzere) Anayasa’ya aykırı olduğundan vergi istisnasının kapsamının geçmişe etkili kılınması, kanunların geçmişe yürüme yasağına istisna oluşturabilecek bir kamu yararı haline ilişkin değildi.

Kanun koyucu, Kur Korumalı Vadeli TL Mevduat Hesabı finansal aracının işlerliğinin arttırılması kapsamında kanunlaştırdığı geçici maddenin lafzını kaleme alırken; gösterdiği tutumu, 7407 sayılı Kanun’un 12’nci maddesiyle anılan geçici maddeye eklediği fıkralarda da sürdürmüştü. Başka bir anlatımla kanun koyucu; söz konusu fıkralarda esas alınacak bilanço tarihini; (söz konusu fıkraların yürürlüğe girdiği tarih olan 28.05.2022 tarihinden önceki bir tarih) 31.03.2022 şeklinde belirlemek suretiyle; ek dördüncü fıkranın kapsamını geçmişe etkili kılmıştı. Ancak anılan fıkranın bizatihi kendisi, (22.07.2022 tarihli ve 2022/91 E. sayılı dosyanın dava dilekçesinde belirttiğimiz üzere) Anayasa’ya aykırı olduğundan vergi

32 Wibren van der Burg, Lon L. Fuller’den Yasa Koyuculara Dersler (Çev. İrem Akı), Hukuk Kuramı, C. 1, S. 3., Mayıs- Haziran 2015, ss. 58-64.

istisnasının kapsamının geçmişe etkili kılınması, kanunların geçmişe yürüme yasağına istisna oluşturabilecek bir kamu yararı haline ilişkin değildir.

Yine kanun koyucu bu tutumunu devam ettirerek; 7420 sayılı Kanun'un 48'inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca anılan 23'üncü maddeyle söz konusu geçici 14'üncü maddenin yedinci fıkrasında değişiklik yapan (bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükellefleri bakımından uygulanacak istisnalara ilişkin olan) hükmün, (7420 sayılı Kanun'un yayımı tarihinden önceki bir tarihe tekabül eden ve 7407 sayılı Kanun'un kabul tarihi olan) 26.05.2022 tarihinden itibaren uygulanmak üzere yayımı tarihinde (09.11.2022 tarihinde); diğer hükümlerin ise yayımı tarihinde (09.11.2022 tarihinde) yürürlüğe gireceğini düzenlemiştir. Ancak anılan 23'üncü maddeyle söz konusu geçici 14'üncü maddenin yedinci fıkrasında değişiklik yapan (bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükellefleri bakımından uygulanacak istisnalara ilişkin olan) hükmün bizzat kendisi, açıklandığı üzere Anayasa'ya aykırı olduğundan vergi istisnasının kapsamının geçmişe etkili kılınması, kanunların geçmişe yürüme yasağına istisna oluşturabilecek bir kamu yararı haline ilişkin değildir.

Öte yandan hukuk devleti ilkesinin temelinde yer alan Kelsen'in normlar hiyerarşisi teorisine göre, "Devletin hukuk düzeni bir hiyerarşik normlar sistemidir. ... Bir hukuk normunun diğerine dayanması demek, bir hukuk normu geçerli olduğu için diğer normun geçerli olması demektir."³³ Diğer taraftan vergilerin kanuniliği ve idarenin kanuniliği ilkeleri ile hukuk mantığı gereğince, bir adsız düzenleyici işlemin (tebliğin) hukuki varlığının amacı bir üst normun (kanunun) somut olaya uygulanmasını mümkün kılmaktır. "Yasamanın iradesini yerine getirmeğe yürütme dersek"³⁴; bilakis anılan geçici madde (7352 sayılı Kanunla 5520 sayılı Kanun'a eklenmek suretiyle) kanunlaştırıldığında; önce yürütmenin iradesi (tebliğ) oluşmuş; sonra bu iradenin gerçekleştirilmesinin kolaylaştırılması için; kanun koyucu, iradesini (kanun) ortaya koymuştur. Bu şekilde, normlar hiyerarşisi ters yüz edilmiştir.

Başka bir anlatımla öncelikle tebliğle özel teşebbüslere (ve bilanço hesabına göre defter tutan gelir vergisi mükelleflerine) yabancı paralarını, altın hesaplarını Türk lirasına çevirmeleri için (hukuka aykırı) olanak tanınmış; ama bu olanağa beklenen seviyede talep gösterilmeyince; özel teşebbüsler (ve bilanço hesabına göre defter tutan gelir vergisi mükellefler), anılan geçici madde hükmüyle yabancı paralarını, altın hesaplarını Türk lirasına çevirmeleri için; bu işlemlerden sağlanan kazançları vergiden varestede tutmak suretiyle; teşvik edilmiştir. Diğer bir deyişle tebliğin işlevini yerine getirmesi, kanun hükmüyle sağlanmaya çalışılmıştır. 7407 sayılı Kanun'un 12'nci maddesiyle eklenen fıkralarla da istisnanın süre bakımından kapsamı geçmişe yürütülerek; tebliğin işlevini yerine getirmesini teminen kanun koymaya devam edilmiştir. Nihayetinde 7420 sayılı Kanun'un 48'inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca anılan 23'üncü maddeyle söz konusu geçici 14'üncü maddenin yedinci fıkrasında değişiklik yapan (bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükellefleri bakımından uygulanacak istisnalara ilişkin olan) hükmün, (7420 sayılı Kanun'un yayımı tarihinden önceki bir tarihe tekabül eden ve 7407 sayılı Kanun'un kabul tarihi olan) 26.05.2022 tarihinden itibaren uygulanacağı ve fakat yayımı tarihinde (09.11.2022 tarihinde) yürürlüğe gireceği öngörülmek suretiyle; 7420 sayılı Kanunla anılan yedinci fıkra kapsamında yapılan idari işlemlere kanuni dayanak oluşturulmaya çalışılmıştır.

33 Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, B. 10, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2014, s. 312, 313.

34 Derbil, Süheyp, İdare Hukuku, B. 5, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1959, s. 44.

O halde vergi istisnasının kapsamının geçmişe etkili olarak genişletilmesi suretiyle; tebliğin işlevini yerine getirmesi için kanunlaştırılan geçici madde 14, 7407 sayılı Kanunla eklenen fıkralar ve iptali talep edilen 23'üncü madde (23'üncü maddeyle anılan yedinci fıkrada yapılan değişikliğin 26.05.2022 tarihinden itibaren uygulanacağı öngörülmek suretiyle); bir fonksiyon gaspına sebep olacak, Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini ve 6'ncı maddesinde yer alan hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanmamasına yönelik hükmü ihlal edecektir. Zira Anayasa gereği idarenin bir kanun hükmünün uygulanması için işlem tesis etmesi gerekirken; kanun koyucu, bir idari işlemin uygulanması için kanun koymuş, bu kanun hükmüne 7407 sayılı Kanun'un 12'nci maddesinde yer alan fıkraları eklemiş ve bu kanun hükmünde iptali talep edilen maddeyle birtakım değişiklikler yapmış (23'üncü maddeyle anılan yedinci fıkrada yapılan değişikliğin 26.05.2022 tarihinden itibaren uygulanacağı öngörmüş); yasama kuvveti ile yürütme kuvveti arasındaki ayrılığa habel getirmiştir. O nedenle iptali talep edilen maddeyle yapılan değişikliğin 26.05.2022 tarihinden itibaren uygulanacağını öngörülmesi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 73 ve 123'üncü maddelerine aykırıdır.

xi)Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104'üncü maddelerine aykırılık: Anayasa'nın 104'üncü maddesinde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sayılmıştır. Bu görev ve yetkiler arasında "bu istisnayı 31.12.2023 tarihine kadar her bir geçici vergi veya yıllık hesap dönemleri sonu itibarıyla kurumların bilançolarında yer alan yabancı paralar için ayrı ayrı veya birlikte uygulamaya" görev ve yetkisi sayılmadığı gibi; anılan geçici 14'üncü maddenin dördüncü fıkrasının (7420 sayılı Kanun'un iptali talep edilen 23'üncü maddesiyle değiştirilen) son cümlesinde yer alan (ve iptali talep edilen 23'üncü maddenin değişiklik yaptığı beşinci ve yedinci fıkralara, kapsamının belirlenmesi bakımından, sirayet edecek) düzenlemeleri yapmayı dayandırabileceği (Anayasa'nın 104'üncü 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'ncı maddesinde yer alan hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanmamasına yönelik hükmü ve 104'üncü maddesini ihlal etmiştir. Kaldı ki Anayasa'nın 104'üncü maddesinin 17'nci 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 maddenin değişiklik yaptığı (Cumhurbaşkanının yetkilendirildiği dördüncü fıkranın son cümlesi dahil) tüm fıkralarda yer alan vergi istisnasının, açıklandığı üzere mülkiyet hakkı ile teşebbüs hürriyetinin uygulanma alanlarına ilişkin olduğu gözetildiğinde; açıkça öngörülmüş konu bakımından yetkisizlik hali sebebiyle, Cumhurbaşkanı tarafından bu hususlarda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi de çıkarılamaz. Bu nedenlerle iptali talep edilen madde, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104'üncü maddelerine aykırıdır.

xii)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Bunun yanında; Anayasa'nın 90'ıncı maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen madde, Anayasa'nın 35'inci maddesiyle benzer hükümler içeren Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün, mülkiyet hakkını düzenleyen 1'inci maddesini de ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90'ıncı maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7420 sayılı Kanun'un 23'üncü maddesi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 14, 35, 48, 65, 73, 87, 90, 104, 123 ve 167'nci maddelerine aykırıdır; anılan maddenin iptali gerekir.

4) 03.11.2022 tarihli ve 7420 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 48'inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer alan "26/5/2022 tarihinden itibaren uygulanmak üzere" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7420 sayılı Kanun'un 23'üncü maddesiyle 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun geçici 14'üncü maddesinde birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda anılan geçici maddenin yedinci fıkrasında yer alan "ve üçüncü" ibaresi "üçüncü ve dördüncü" şeklinde değiştirilmiştir. Başka bir anlatımla anılan geçici maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan istisna hükümlerinin yanı sıra dördüncü fıkrasında yer alan istisna hükümlerinin de aynı şartlarla geçerli olmak üzere bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükelleflerinin kazançları hakkında uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

7420 sayılı Kanun'un 48'inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendiyle 23'üncü maddesi ile 5520 sayılı Kanun'un geçici 14'üncü maddesinin yedinci fıkrasında değişiklik yapan hükmün, 26.05.2022 tarihinden itibaren uygulanmak üzere yayımı -09.11.2022-tarihinde; diğer hükümlerinin ise, yayımı -09.11.2022- tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. Ancak yedinci fıkrada yapılan değişikliğin 26.05.2022 tarihinden itibaren uygulanmak üzere yürürlüğe girmesi (yürürlük tarihinin geçmişe etkili kılınması), Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki yürürlüğü geçmişe etkili kılınan anılan geçici maddenin yedinci fıkrasında yapılan değişiklik, yukarıda "03.11.2022 tarihli ve 7420 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 23'üncü maddesinin Anayasa'ya aykırılığı" başlığı altında açıklandığı üzere; Anayasa'ya aykırı olduğundan; 7420 sayılı Kanun'un 23'üncü maddesiyle anılan geçici maddenin yedinci fıkrasında yapılan değişikliğin iptali halinde; bu değişikliğin uygulanma tarihini tayin eden ve iptali talep edilen ibarenin, uygulama kabiliyeti kalmayacaktır.

İptali talep edilen ibareyle yedinci fıkrada yapılan değişikliğin uygulanma tarihinin geçmişe etkili kılınmasının temelindeki hukuki sorun ile söz konusu 23'üncü maddenin değişiklik yaptığı anılan geçici 14'üncü maddede yer alan istisnaya konu kazançlara ilişkin tarihlerin (31.12.2022 ve 31.03.2022 ilâ 31.12.2023 tarihleri) hangi ölçüt nazara alınarak belirlendiğine yönelik hukuki sorun aynı doğrultudadır.

Öncelikle yurt içi yerleşik gerçek kişilerin döviz tevdiat hesaplarının ve döviz cinsinden katılım fonlarının Türk lirası vadeli mevduat ve katılma hesaplarına dönüşmesi halinde mevduat ve katılım fonu sahiplerine sağlanacak desteğe ilişkin usul ve esasları düzenleyen 21.12.2021 tarihli ve 31696 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından 2021/14 sayılı Türk Lirası Mevduat ve Katılma Hesaplarına Dönüşümün Desteklenmesi Hakkında Tebliğ yayımlanmıştır. Öte yandan gerçek kişiler hakkında Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından 21.12.2021 tarihinde basın açıklaması yapılmıştır.³⁵

35 <https://www.hmb.gov.tr/duyuru/basin-aciklamasi-i-21-12-2021> (Erişim Tarihi: 08.03.2022).

Bu Tebliğ ve basın açıklamasının ardından 11.01.2022 tarihli ve 31716 sayılı Resmi Gazete’de Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından 2022/1 sayılı Türk Lirası Mevduat ve Katılma Hesaplarına Dönüşümün Desteklenmesi Hakkında Tebliğ (Sayı: 2021/14)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ ile 2022/2 sayılı Altın Hesaplarından Türk Lirası Mevduat ve Katılma Hesaplarına Dönüşümün Desteklenmesi Hakkında Tebliğ (Sayı: 2021/16)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ yayımlanmıştır. Söz konusu Tebliğlerle, kur korumalı Türk lirası vadeli mevduat hesaplarına yönelik finansal aracın kapsamına (yurt içi yerleşik) tüzel kişiler de dahil edilmiştir.

Söz konusu Tebliğlerin akabinde, 20.01.2022 tarihli ve 7352 sayılı Kanun’un 2’nci maddesiyle 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’na Tebliğlere konu kazançlara ilişkin vergi istisnasını düzenleyen Geçici Madde 14 eklenmiştir. Söz konusu geçici maddenin lafzında yer alan tarihler (01.10.2021, 31.12.2021); 7352 sayılı Kanun’un yayımı tarihinden (anılan Kanun’un 3’üncü maddesinin delaletiyle 29.01.2022 tarihinden) önceki bir zaman dilimine tekabül etmektedir. Her ne kadar son radde olarak dördüncü geçici vergi dönemine ilişkin beyannamenin verilme tarihi (25.02.2022: 7352 sayılı Kanun’un Resmi Gazete’de yayımlanmasından -29.01.2022 tarihinden- sonraki bir tarih) esas alınsa da; 01.10.2021 ve 31.12.2021 tarihleri, kur korumalı Türk lirası vadeli mevduat hesaplarına yönelik finansal aracın, kamuoyu ile paylaşıldığı ve Tebliğlerin yayımlandığı tarih aralığıyla çakışmaktadır.

Yine kanun koyucu; 26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Kanun’un 12’nci maddesiyle anılan geçici 14’üncü maddeye, fıkralar eklemiş ve söz konusu fıkralarda esas alınacak bilanço tarihini, (7407 sayılı Kanun’un 21’inci maddesinin delaletiyle söz konusu fıkraların yürürlüğe girdiği tarih olan 28.05.2022 tarihinden önceki bir tarih) 31.03.2022 şeklinde belirlemiştir.

Nihayetinde kanun koyucu, 7420 sayılı Kanun’un 23’üncü maddesiyle anılan geçici 14’üncü maddede birtakım değişiklikler yapmış ve 7420 sayılı Kanun’un 48’inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca anılan 23’üncü maddeyle söz konusu geçici 14’üncü maddenin yedinci fıkrasında değişiklik yapan (bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükellefleri bakımından uygulanacak istisnalara ilişkin olan) hükmün, (7420 sayılı Kanun’un yayımı tarihinden önceki bir tarihe tekabül eden ve 7407 sayılı Kanun’un kabul tarihi olan) 26.05.2022 tarihinden itibaren uygulanmak üzere yayımı tarihinde (09.11.2022 tarihinde); diğer hükümlerin ise yayımı tarihinde (09.11.2022 tarihinde) yürürlüğe gireceğini düzenlemiştir.

O halde kanun koyucu, iktisadi ve hukuki öngörülebilirlik olmaksızın tarih tespiti yapmaya, de facto durumu de jure duruma dönüştürmeye yönelik tutumunu sürdürmektedir.

Fuller’in, kanun koyucunun kanun yaparken uyması gerektiğini belirttiği sekiz temel ilkenin biri, geçmişe yürümezlik ilkesidir. Ona göre; ‘‘Hukukun davranışa rehber olabilmesi için bu ilke, açık bir gerekliliktir. Vatandaşların davranışları henüz var olmayan kurallarla yönlendirilemez. Bununla birlikte politikacılar için geçmişe yürür yasa yapma, hataları düzeltmek ve hukuku kendi çıkarları için kullanmaları açısından ideal bir araçtır. ...’’³⁶

Yine Anayasa Mahkemesi’nin bir kararına göre, ‘‘Hukuk devletinin gereği olan hukuk güvenliğini sağlama yükümlülüğü, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. ‘‘Yasaların geriye yürümezliği ilkesi’’ uyarınca yasalar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı

36 Wibren van der Burg, Lon L. Fuller’den Yasa Koyuculara Dersler (Çev. İrem Akı), Hukuk Kuramı, C. 1, S. 3., Mayıs- Haziran 2015, ss. 58-64.

durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe giren yasaların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindedir.” (AYM’nin 22.12.2011 tarihli ve 2010/7 E.; 2011/172 K. sayılı Kararı). Görüldüğü üzere, Anayasa bakımından yasaların geçmişe yürütülmemesi kural, geçmişe yürütülmesi istisnadır.

Anılan Tebliğlerin, söz konusu geçici 14’üncü maddenin ratio legis’i, 7407 sayılı Kanun’un 12’nci maddesiyle eklenen fıkraların gerekçesi ile 7420 sayılı Kanun’un 23’üncü maddesinin amacı; kur artışlarına karşı bilançolarında yabancı para veya altın hesabı bulunan kurumlar vergisi mükelleflerini (ve bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükelleflerini) korumaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki 7352 sayılı Kanunla 5520 sayılı Kanun’a eklenen geçici madde 14’e 7407 sayılı Kanun’un 12’nci maddesiyle söz konusu (ek) fıkralar eklenmeden önce; anılan Tebliğlere istinaden gerçekleştirilen işlemler sonucu elde edilen kazançlar, vergiden vareste tutulmaktaydı. Anılan Tebliğler ile söz konusu geçici madde, benzer finansal araçları havi idi. Bu Tebliğler uygulamaya konulduktan belli bir süre sonra, anılan geçici madde hükmü kanunlaştırılmış ve fakat kanun hükmüne konu bilançoların tarihi belirlenirken; Tebliğlerin yayım tarihi aralıkları esas alınmıştı. Diğer bir deyişle TCMB ve Bakanlık tarafından özel teşebbüslerin (ve bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükelleflerinin) yabancı paralarını veya altın hesaplarını Türk Lirasına çevirmesi için gerekli düzenleyici işlem zemini hazırlanmış daha sonra bu işlemlerden doğan kazançlar, anılan geçici madde hükmüyle vergiden vareste tutulmuştu. Her ne kadar son radde olarak dördüncü geçici vergi dönemine ilişkin beyannamenin verilme tarihi belirlense de; vergi doğuran olay, istisna hükmünün yürürlüğe girişinden önce gerçekleşmişti. Ezcümle kanun koyucu, söz konusu geçici maddenin kapsamını geçmişe etkili kılmıştı. Ancak anılan geçici maddenin bizatihi kendisi, (25.03.2022 tarihli ve 2022/34 E. sayılı dosyanın dava dilekçesinde belirttiğimiz üzere) Anayasa’ya aykırı olduğundan vergi istisnasının kapsamının geçmişe etkili kılınması, kanunların geçmişe yürüme yasağına istisna oluşturabilecek bir kamu yararı haline ilişkin değildi.

Kanun koyucu, Kur Korumalı Vadeli TL Mevduat Hesabı finansal aracının işlerliğinin arttırılması kapsamında kanunlaştırdığı geçici maddenin lafzını kaleme alırken; gösterdiği tutumu, 7407 sayılı Kanun’un 12’nci maddesiyle anılan geçici maddeye eklediği fıkralarda da sürdürmüştü. Başka bir anlatımla kanun koyucu; söz konusu fıkralarda esas alınacak bilanço tarihini; (söz konusu fıkraların yürürlüğe girdiği tarih olan 28.05.2022 tarihinden önceki bir tarih) 31.03.2022 şeklinde belirlemek suretiyle; ek dördüncü fıkranın kapsamını geçmişe etkili kılmıştı. Ancak anılan fıkranın bizatihi kendisi, (22.07.2022 tarihli ve 2022/91 E. sayılı dosyanın dava dilekçesinde belirttiğimiz üzere) Anayasa’ya aykırı olduğundan vergi istisnasının kapsamının geçmişe etkili kılınması, kanunların geçmişe yürüme yasağına istisna oluşturabilecek bir kamu yararı haline ilişkin değildi.

Yine kanun koyucu bu tutumunu devam ettirerek; iptali talep edilen ibareyle 7420 sayılı Kanun’un 48’inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca anılan 23’üncü maddeyle söz konusu geçici 14’üncü maddenin yedinci fıkrasında değişiklik yapan (bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükellefleri bakımından uygulanacak istisnalara ilişkin olan) hükmün, (7420 sayılı Kanun’un yayımı tarihinden önceki bir tarihe tekabül eden ve 7407 sayılı Kanun’un kabul tarihi olan) 26.05.2022 tarihinden itibaren uygulanmak üzere yayımı tarihinde (09.11.2022 tarihinde); diğer hükümlerin ise yayımı tarihinde (09.11.2022 tarihinde) yürürlüğe gireceğini düzenlemiştir. Ancak anılan 23’üncü maddeyle söz konusu geçici 14’üncü maddenin yedinci fıkrasında değişiklik yapan (bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükellefleri

bakımından uygulanacak istisnalara ilişkin olan) hükmün bizatihi kendisi, yukarıda “03.11.2022 tarihli ve 7420 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 23’üncü maddesinin Anayasa’ya aykırılığı” başlığı altında açıklandığı üzere; Anayasa’ya aykırı olduğundan; vergi istisnasının kapsamının geçmişe etkili kılınması, kanunların geçmişe yürüme yasağına istisna oluşturabilecek bir kamu yararı haline ilişkin değildir.

Öte yandan hukuk devleti ilkesinin temelinde yer alan Kelsen’in normlar hiyerarşisi teorisine göre, “Devletin hukuk düzeni bir hiyerarşik normlar sistemidir. ... Bir hukuk normunun diğerine dayanması demek, bir hukuk normu geçerli olduğu için diğer normun geçerli olması demektir.”³⁷ Diğer taraftan vergilerin kanuniliği ve idarenin kanuniliği ilkeleri ile hukuk mantığı gereğince, bir adsız düzenleyici işlemin (tebliğin) hukuki varlığının amacı bir üst normun (kanunun) somut olaya uygulanmasını mümkün kılmaktır. “Yasamanın iradesini yerine getirmeğe yürütme dersek”³⁸; bilakis anılan geçici madde (7352 sayılı Kanunla 5520 sayılı Kanun’a eklenmek suretiyle) kanunlaştırıldığında; önce yürütmenin iradesi (tebliğ) oluşmuş; sonra bu iradenin gerçekleştirilmesinin kolaylaştırılması için; kanun koyucu, iradesini (kanun) ortaya koymuştur. Bu şekilde, normlar hiyerarşisi ters yüz edilmiştir.

Başka bir anlatımla öncelikle tebliğle özel teşebbüslere (ve bilanço hesabına göre defter tutan gelir vergisi mükelleflerine) yabancı paralarını, altın hesaplarını Türk lirasına çevirmeleri için (hukuka aykırı) olanak tanınmış; ama bu olanağa beklenen seviyede talep gösterilmeyince; özel teşebbüsler (ve bilanço hesabına göre defter tutan gelir vergisi mükellefler), anılan geçici madde hükmüyle yabancı paralarını, altın hesaplarını Türk lirasına çevirmeleri için; bu işlemlerden sağlanan kazançları vergiden varestede tutmak suretiyle; teşvik edilmiştir. Diğer bir deyişle tebliğin işlevini yerine getirmesi, kanun hükmüyle sağlanmaya çalışılmıştır. 7407 sayılı Kanun’un 12’nci maddesiyle eklenen fıkralarla da istisnanın süre bakımından kapsamı geçmişe yürütülerek; tebliğin işlevini yerine getirmesini teminen kanun koymaya devam edilmiştir. Nihayetinde iptali talep edilen ibareyle 7420 sayılı Kanun’un 48’inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca anılan 23’üncü maddeyle söz konusu geçici 14’üncü maddenin yedinci fıkrasında değişiklik yapan (bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükellefleri bakımından uygulanacak istisnalara ilişkin olan) hükmün, (7420 sayılı Kanun’un yayımı tarihinden önceki bir tarihe tekabül eden ve 7407 sayılı Kanun’un kabul tarihi olan) 26.05.2022 tarihinden itibaren uygulanacağı ve fakat yayımı tarihinde (09.11.2022 tarihinde) yürürlüğe gireceği öngörülmek suretiyle; 7420 sayılı Kanunla anılan yedinci fıkra kapsamında yapılan idari işlemlere kanuni dayanak oluşturulmaya çalışılmıştır.

O halde vergi istisnasının kapsamının geçmişe etkili olarak genişletilmesi suretiyle; tebliğin işlevini yerine getirmesi için kanunlaştırılan geçici madde 14, 7407 sayılı Kanunla eklenen fıkralar ve iptali talep edilen ibareyle söz konusu 23’üncü maddeyle anılan yedinci fıkrada yapılan değişikliğin 26.05.2022 tarihinden itibaren uygulanmasının öngörülmesi; bir fonksiyon gaspına sebep olacak, Anayasa’nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini ve 6’ncı maddesinde yer alan hiçbir organın kaynağını Anayasa’dan almayan bir devlet yetkisi kullanmamasına yönelik hükmü ihlal edecektir. Zira Anayasa gereği idarenin bir kanun hükmünün uygulanması için işlem tesis etmesi gerekirken; kanun koyucu, bir idari işlemin uygulanması için kanun koymuş, bu kanun hükmüne 7407 sayılı Kanun’un 12’nci maddesinde yer alan fıkraları eklemiş ve bu kanun hükmünde söz konusu 23’üncü maddeyle birtakım değişiklikler yapmış ve bu 23’üncü maddeyle anılan yedinci fıkrada yapılan değişikliğin

37 Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, B. 10, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2014, s. 312, 313.

38 Derbil, Süheyp, İdare Hukuku, B. 5, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1959, s. 44.

26.05.2022 tarihinden itibaren uygulanacağını öngörmüş; yasama kuvveti ile yürütme kuvveti arasındaki ayrılığa hanel getirmiştir. O nedenle iptali talep edilen ibareyle 7420 sayılı Kanun'un 23'üncü maddesiyle anılan yedinci fıkrada yapılan değişikliğin, 26.05.2022 tarihinden itibaren uygulanacağını öngörülmesi; Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 73 ve 123'üncü maddelerine aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7420 sayılı Kanun'un 48'inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer alan "26/5/2022 tarihinden itibaren uygulanmak üzere" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 73 ve 123'üncü maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

I. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

03.11.2022 tarihli ve 7420 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile getirilen iptali talep edilen düzenlemeler, çeşitli kanunlarda 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.

II. SONUÇ VE İSTEM

03.11.2022 tarihli ve 7420 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un

1) 10'uncu maddesiyle 12.03.1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 6'ncı maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen cümlede yer alan "veya iştiraki şirketler" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 3, 5, 6, 7, 10, 12, 13, 17, 43, 44, 45, 47, 48, 56, 63, 90, 123, 153, 167, 168 ve 169'uncu maddelerine,

2) 12'nci maddesi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 3, 5, 6, 7, 10, 12, 13, 17, 36, 40, 43, 44, 45, 47, 48, 56, 63, 90, 123, 125, 153, 167, 168 ve 169'uncu maddelerine,

3) 23'üncü maddesi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 14, 35, 48, 65, 73, 87, 90, 104, 123 ve 167'nci maddelerine,

4) 48'inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer alan "26/5/2022 tarihinden itibaren uygulanmak üzere" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 73 ve 123'üncü maddelerine

Esas Sayısı : 2023/9
Karar Sayısı : 2024/183

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. ”