

“1) 26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 8. maddesiyle değiştirilen 5411 sayılı Kanun’un 129. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “Devlet aleyhine açılan uluslararası davaların takibine ilişkin Cumhurbaşkanlığınca” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

7407 sayılı Kanun’un 8. maddesiyle 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun bütçesini düzenleyen 129. maddesinin ikinci fıkrası değiştirilmiştir. Değişik ikinci fıkraya göre Fon, bu Kanun’da belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde kendisine tahsis edilen kaynaklarını, bu Kanun ve ilgili diğer kanunlar ile Devlet aleyhine açılan uluslararası davaların takibine ilişkin Cumhurbaşkanlığınca verilen görev ve yetkilerinin gerektirdiği ölçüde, serbestçe kullanacaktır. Bu kapsamda Fonun kendisine tahsis edilen kaynakları, Devlet aleyhine açılan uluslararası davaların takibine ilişkin Cumhurbaşkanlığınca verilen görev ve yetkilerinin gerektirdiği ölçüde serbestçe kullanmasına cevaz veren, iptali talep edilen ibare Anayasa’ya aykırıdır.

a)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa’ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa’nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi’nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin ön koşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheyi yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi’nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye davranışta bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli oranda hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir.

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

Bu nedenle, Devlet aleyhine açılan uluslararası davaların hangi türden davaları kapsadığına; bu davaların takibine ilişkin görev ve yetkilerin ne olduğuna ilişkin usul ve esasların; normlar hiyerarşisinin ana halkası olarak hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerinin karşılanması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; –Anayasal ilkelerin aksine- Devlet aleyhine açılan uluslararası davaların takibine ilişkin görev ve yetkilerin neler olduğu, hangi türden davaların bu kapsamda kalacağına nasıl belirleneceği hakkında tamamen sessiz kalmış,

bu konuların düzenlenmesini idarenin (tüm idari teşkilatın makamına bağlı bulunduğu ve yürütme ve devleti temsil yetkilerinin bir kişide birleştiği monist yapılı yürütme organının başı konumunda bulunan Cumhurbaşkanının en üst amiri olduğu Cumhurbaşkanlığının) uhdesine bırakmıştır. Bu hususların kanun düzeyinde açık ve net bir şekilde düzenlenmemesi ve bunlara yönelik nesnel, somut ölçüt öngörülmemesi; farklı türden davalara ilişkin giderlerin (davaların takibine ilişkin görev ve yetkilerin) Fon bütçesinden karşılanmasına, keyfi uygulamalara neden olacaktır. Yine Cumhurbaşkanlığının yapacağı düzenlemeleri, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; davaların takibi bakımından hukuki öngörülebilirlik ilkesini zedelemektedir. Cumhurbaşkanlığının uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, Cumhurbaşkanlığının (düzenleyici) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

Yine, Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur (Anayasa Mahkemesi'nin 17. 06. 2015 karar tarihli ve 2014/179 E.; 2015/54 K. sayılı Kararı). Aynı yönde; "Yasa koyucuya verilen düzenleme yetkisi, hiçbir şekilde kamu yararını ortadan kaldıracak veya engelleyecek... biçimde kullanılamaz ..." (Anayasa Mahkemesi'nin 24.01.2008 tarihli ve 2007/76 E.; 2008/46 K. sayılı Kararı).

Cumhurbaşkanlığının bu alanda tesis edeceği düzenleyici ve birel işlemlerin dayanacağı ve Anayasayla bağdaşır olması gereken esasların kanun düzeyinde belirlenmemesi ve böylece tamamen öznel ve keyfi değerlendirme ve işlemlere açık olması, hukuki belirlilik ve güvenlik ilkelerine aykırı olduğu gibi; hukuk devleti ilkesinin içerdiği kamu yararı kavramı ile de bağdaşır değildir. Zira, 5411 sayılı Kanun'un 111. maddesi uyarınca Fon, bu Kanun ve ilgili diğer mevzuat ile verilen yetkiler çerçevesinde tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla, mevduatın ve katılım fonlarının sigorta edilmesi, Fon bankalarının yönetilmesi, malî bünyelerinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması, devri, birleştirilmesi, satışı, tasfiyesi, Fon alacaklarının takip ve tahsili işlemlerinin yürütülmesi ve sonuçlandırılması, Fon varlık ve kaynaklarının idare edilmesi ve Kanunla verilen diğer görevlerin ifası için kurulmuştur. O halde Fonun bütçesinin belirsiz bir biçimde kullanılmasına olanak tanıyan her düzenleme; Fonun amaçlarını gerçekleştirmesini engelleyecek; Fonun kurulmasıyla güdülen kamu yararına hanel gelecektir. Başka bir anlatımla kapsama alınacak davaların ve bunların takibine ilişkin görev ve yetkileri belirleme yetkisini hiçbir nesnel ve somut ölçüt olmadan Cumhurbaşkanlığının haiz olduğu hükmü, söz konusu alan bakımından kuşatıcı bir öngörülemezlik taşımasının yanında, Cumhurbaşkanlığının kanunca çerçevelenmemiş öznel ve keyfi kararlar almasını mümkün kılması itibarıyla da açıkça kamu yararına aykırıdır. İhtilafli düzenleme, bu sebeple Anayasa'nın 2. maddesini de ihlal etmektedir.

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

b)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından; Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve

2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; Cumhurbaşkanlığına; Devletin aleyhine açılan uluslararası davalardan hangilerinin kapsama alınacağını ve bu davaların takibine ilişkin görev ve yetkileri belirleme yetkisi, bir başka deyişle maddi anlamda kanun koyma yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

c)Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen ibarenin Cumhurbaşkanlığına verdiği sınırsız takdir yetkisi, Devlet aleyhine açılan uluslararası davalar arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır.

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

Ancak iptali talep edilen ibarenin Cumhurbaşkanlığına verdiği öznel ve keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi; söz gelimi bazı şirketler nedeniyle Devlet aleyhine açılan uluslararası davaların takibine ilişkin görev ve yetkilerin kapsama alınmasına; Fonun kuruluş amacıyla ilgisi olmayan (örneğin ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla) Devlet aleyhine açılan uluslararası davaların takibine ilişkin görev ve yetkilerin kapsama alınmasına; yargılamaya yönelik takip işlemleri ile icraya yönelik takip işlemleri arasında ayırım yapılmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Bir başka deyişle, Cumhurbaşkanlığına çerçevelenmemiş, sınırsız bir takdir yetkisi bırakan ihtilaflı kural; kanun yoluyla nimetlerin (avantajların) dağıtımında benzer durumda bulunan davalar arasında haklı sebebe dayanmayan, keyfi muamele farklılıklarını mümkün hale getirmektedir. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

ç)Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları ve mülkiyet hakkı bakımından: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi imkanı sağlar. Bununla birlikte mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme) şeklinde tanımlanmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve 1988/ 34 E., 1989/26 K. sayılı Kararı).

İdarenin (Fonun) bütçesi üzerinde mülkiyet hakkı bulunmaktadır. İptali talep edilen ibareyle idarenin (Cumhurbaşkanlığının) uhdesine sınırsız takdir yetkisi bırakılmak suretiyle; mülkiyet hakkına (Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlükleri

sınırlandırma ve güvence ölçütlerinin -bilhassa kanunilik- gereklerinin aksine) öngörülemez, belirsiz ve keyfiliğe açık idari işlemlerle, açıklandığı üzere kamu yararı olmaksızın, müdahale edilmesinin önü açılmaktadır. Maddi anlamda bir kanun yokluğunda mülkiyet hakkının sınırlandırılmasını mümkün kılan iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 13 ve 35. maddelerine aykırıdır.

d) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları ve adil yargılanma hakkı bakımından: Devlet aleyhine açılan uluslararası davalarda, husumet Devlet tüzel kişiliğine yöneltilmektedir. O halde bu türden davalar bakımından; Devlet tüzel kişiliğinin adil yargılanma hakkı söz konusudur. Davaların takibi, takibinin akçalanması; adil yargılanma hakkının verimli kullanımını etkileyecektir.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “bireyin maddi durumu nedeniyle yargılamaların engelleyici maliyeti”ni adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirmiştir:

“bir başvuru kapsamında ceza yargılamalarına taraf olarak katılmak için gerekli mahkeme masrafları teminat tutarının aşırı yüksek olması (Ait-Mouhoub/Fransa, §§ 57-58, bk. ayrıca Garcia Manibardo/İspanya, §§ 38-45);

aşırı yüksek mahkeme masrafları (Kreuz/Polonya (no. 1), §§ 60-67); Podbielski ve PPU PolPure/Polonya, §§ 65-66; Weissman ve Diğerleri/Romanya, § 42; Georgel and Georgeta Stoicescu/Romanya, §§ 69-70 ve Reuther /Almanya (k.k.)). Bu davalarda, Mahkeme, hukuk yargılamalarının tesis edilmesinden önce ödenmesi zorunlu tutulan mahkeme giderlerini ele almış ve bu giderlerin masrafları ödeyemeyen başvuranlar için ilk derece mahkemelerine veya daha sonraki aşamalarda yer alan mahkemelere erişimine karşı bir engel teşkil ettiği kanaatine varmıştır. Stankov/Bulgaristan, § 59 davasında, Mahkeme yargılamaların sonunda ortaya çıkan yüksek mahkeme giderlerinin de aynı zamanda mahkeme hakkına karşı bir kısıtlama teşkil edebileceğine karar vermiştir. Mahkeme giderlerini ilgilendiren davalarda, dava taraflarının tutumu da ayrıca göz önünde bulundurulmalıdır (Zubac/Hırvatistan [BD], § 120);”

O halde iptali talep edilen ibareyle (Devlet aleyhine açılan uluslararası davaların takibine ilişkin görev ve yetkilerin ve bunların hangilerinin giderlerinin Fon bütçesinden karşılanacağına Cumhurbaşkanlığınca belirlenmesi), Devlet tüzel kişiliğinin adil yargılanma hakkına, (Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan sınırlandırma ve güvence ölçütlerine –bilhassa kanunilik kaydı- hilafına) idari işlemlerle müdahale edilmesinin önü açılmıştır, söz konusu hakkın verimli kullanılabilmesi için gerekli nakdi kaynak temin edilmeyerek onun özüne dokunulmuştur.

e) Sınırlandırma yetkisinin kötüye kullanılması nedeniyle Anayasa'nın 14. maddesi bakımından: Anayasa'nın 14. maddesi temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamamasını 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” deyimi 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.”

Başka bir anlatımla Anayasa’nın 14. 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. maddesinin ikinci fıkrasının aksine Cumhurbaşkanına tanınan yetki, geniş bir yelpazeye yayılmakla birlikte, kendilerine aykırılık oluşturduğu kurallar ve hak-özgürlükler çerçevesini aşmaktadır. Diğer bir deyişle Cumhurbaşkanına tanınan yetki, ilgili hak ve özgürlükleri, “Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılması” sonucunu doğurduğundan; bunun yaptırımı (Anayasa’nın 14. maddesinin üçüncü fıkrası mucibince), iptali istenen ibarenin AYM tarafından iptalidir. Kanun koyucu, Cumhurbaşkanına çok geniş yetkiler tanımak suretiyle; Cumhurbaşkanına tarafından anılan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesine veya Anayasa’da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasına imkan verdiğinden; ihtilaflı kural, Anayasa’nın 14. maddesine aykırı olup iptali gerekir.

f)Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırılık: Anayasa’nın 104. maddesinde, (Cumhurbaşkanlığının en üst amiri konumunda bulunan) Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sayılmıştır. Bu görev ve yetkiler arasında “maddenin kapsamına alınacak Devlet aleyhine açılan uluslararası davaları ve bunların takibine ilişkin görev ve yetkileri belirleme” görev ve yetkisi sayılmadığı gibi; iptali talep edilen ibarede yer alan düzenlemeleri yapmayı dayandırabileceği (Anayasa’nın 104. maddesinde) genel ve kapsayıcı mahiyette bir hüküm de bulunmamaktadır. Yasama organı, görevi ve yetkisi dahilinde olmayan bir konuda Cumhurbaşkanlığını dolayısıyla söz konusu teşkilatın en üst konumunda bulunan Cumhurbaşkanını yetkilendirmek suretiyle; Anayasa’nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini ve 6. maddesinde öngörülen hiçbir organın kaynağını Anayasa’dan almayan bir devlet yetkisi kullanamamasına yönelik hükmü ve 104. maddesini ihlal etmiştir. Kaldı ki Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasının “Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.” şeklindeki ikinci cümlesi uyarınca; iptali talep edilen ibarede yer alan Devlet aleyhine açılan uluslar arası davaların takibine ilişkin görev ve yetkilerin, yukarıda açıklandığı üzere mülkiyet hakkı ile adil yargılanma hakkının kapsamında kaldığı gözetildiğinde; açıkça öngörülmüş konu bakımından yetkisizlik hali sebebiyle, (Cumhurbaşkanlığının en üst amiri konumunda bulunan) Cumhurbaşkanı tarafından bu hususlarda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi de çıkarılamaz. Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırıdır.

g)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Bunun yanında; Anayasa’nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 35 ve 36. maddeleriyle benzer hükümler içeren Türkiye’nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6.; Ek 1 No’lu Protokolü’nün mülkiyet hakkını düzenleyen 1. maddelerini de ihlal ettiğinden Anayasa’nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7407 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle değiştirilen 5411 sayılı Kanun'un 129. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Devlet aleyhine açılan uluslararası davaların takibine ilişkin Cumhurbaşkanlığınca" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 7, 10, 13, 14, 35, 36, 90, 104 ve 123. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

2) 26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. maddesiyle 13.06.2006 tarihli ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun geçici 14. maddesine üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkraların Anayasa'ya aykırılığı

7407 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun geçici 14. maddesine üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere; (4) ve (5) numaralı iki fıkra eklenmiştir. Anılan dördüncü fıkraya göre; kurumların 31.03.2022 tarihli bilançolarında yer alan yabancı paralarını 2022 yılı sonuna kadar Türk lirası mevduat ve katılma hesaplarına dönüşümün desteklenmesi kapsamında dönüşüm kuru üzerinden Türk lirasına çevirmeleri ve bu suretle elde edilen Türk lirası varlığı en az üç ay vadeli Türk lirası mevduat ve katılma hesaplarında değerlendirmeleri durumunda söz konusu hesapların dönem sonu değerlemesinden kaynaklananlar da dahil olmak üzere vade sonunda elde edilen faiz ve kar payları ile diğer kazançlar, kurumlar vergisinden müstesna olacaktır; Cumhurbaşkanı, istisnayı 30.06.2022 ve/veya 30.09.2022 tarihli bilançolarda yer alan yabancı paralar itibarıyla da uygulamaya yetkili olacaktır. Anılan beşinci fıkraya göre; bu geçici madde kapsamındaki istisnalar, 2022 yılı sonuna kadar vade sonunda yenilenen hesaplara da uygulanacaktır. Ancak söz konusu dördüncü ve beşinci fıkra, Anayasa'ya aykırıdır.

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. 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. 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. 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. Nihayetinde 7407 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle 5520 sayılı Kanun'un geçici 14. maddesine istisna hükümlerinin kapsamını genişleten ve iptali talep edilen fıkralar eklenmiştir.

Başka bir anlatımla, 7352 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'na geçici 14. 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. İptali talep edilen fıkraların gerekçesi ise; “5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun geçici 14. 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 fıkayla 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. Kanun koyucu, anılan geçici 14. maddenin amacına istinaden; iptali talep edilen fıkralarla istisnanın kapsamını genişletmiştir. Ancak Devletin, bu amaca istinaden; iptali talep edilen fıkraların lafzında sayılı kazançlar bakımından 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. maddesi ikinci fıkrası, “Kurumlar vergisi mükelleflerince, (dar mükellefiyete tâbi kurumlarda ticarî ve ziraî kazançlarla sınırlı olarak) cârî vergilendirme döneminin kurumlar vergisine mahsup edilmek üzere Gelir Vergisi Kanununda belirtilen esaslara göre ve cârî 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. 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. 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. 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.

İptali talep edilen fıkralarla vergiden istisna tutulan haller, aşağıdaki şekilde sıralanmıştır:

1) Kurumların “31.03.2022 tarihli bilançolarında yer alan yabancı paralarını 2022 yılı sonuna kadar Türk lirası mevduat ve katılma hesaplarına dönüşümün desteklenmesi kapsamında dönüşüm kuru üzerinden Türk lirasına çevirmeleri ve bu suretle elde edilen Türk lirası varlığı en az üç ay vadeli Türk lirası mevduat ve katılma hesaplarında değerlendirmeleri durumunda söz konusu hesapların dönem sonu değerlemesinden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere vade sonunda elde edilen faiz ve kâr payları ile diğer kazançlar” kurumlar vergisinden müstesna olacaktır. Cumhurbaşkanı istisnayı 30.06.2022 ve/veya 30.09.2022 tarihli bilançolarda yer alan yabancı paralar itibarıyla da uygulatmaya yetkili olacaktır.

2) 2022 yılı sonuna kadar vade sonunda yenilenen hesaplara, söz konusu geçici 14. madde kapsamındaki istisnalar uygulanacaktır.

İptali talep edilen fıkralarla 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.

a) 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 gelirleri içinde sadece vergi koymaya ilişkin yetkisini içerir. Geniş anlamda ise, devletin kamu giderlerini karşılamak üzere gerçek ve tüzel kişiler üzerine koyduğu her çeşit mali yükümlülüğe ilişkin yetkiyi kapsar.” 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 yılı kapsayacak şekilde yapılmasını ifade eder.” 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 edilebilir. Ancak söz konusu feragat müessesesi, Anayasal vergilendirme ilkelerin gereklerini karşılamalıdır. Aksi bir tutum (iptali talep edilen fıkralar 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 belirlemeye yönelik takdir yetkisini hukuka uygun kullanmalıdır. Ancak iptali talep edilen fıkraların 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, yabancı paralarını Türk Lirasına çeviren kurumlar vergisi mükelleflerinin desteklenmesi amacıyla, iptali talep edilen fıkralarda sayılı kazançlar ve yenilenen hesaplar bakımından kurumlar vergisi istisnası öngörülmesi, kamu yararı barındırmamaktadır. Zira; ihtilaflı 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; 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 tahsil edilecek vergiden feragat edilmesi; vergi yükümlülerinin haklarını ihlal etmektedir. Anayasa'nın 10. 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 kapsamında, (genel olarak) 31.03.2022 tarihli bilançolarında yabancı para bulunan (ve 2022 yılı sonuna kadar vade sonunda hesap yenilenen) kurumlar vergisi mükellefleri bulunmaktadır. Diğer bir deyişle Türk lirasına güvenip; 31.03.2022 tarihli bilançolarında Türk lirası bulunan mükellefler, bu istisnadan yararlanamayacaktır. Haklı neden olmaksızın; vergisini ödemek suretiyle kamu külfetine katlanan mükellefler arasında; 31.03.2022 tarihli bilançosunda yabancı para bulunup bulunmadığı (ve 2022 yılı sonuna 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 31.03.2022 tarihli bilançolarında Türk lirası bulunan mükellefler üzerinde bırakılmaktadır. Halbuki istisna hükmünün getiriliş amaçlarından biri, Türk lirasının değerini korumaktır. Türk lirasına güvenip 31.03.2022 tarihli bilançolarında Türk lirası bulunan mükelleflerin kur artışlarına karşı desteklenmesi amacıyla kanun koyucu tarafından bu türden bir tedbir alınmamıştır. Ezcümle istisna hükmünün amacı ile neticesi, çalışmaktadır. Öte yandan, 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 zayıflık, Anayasa'nın yasakladığı ayrımcılığın haklı sebebi addedilemez. İhtilafı kural, bu itibarla Anayasa'nın 10. 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. 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 anılan fıkralarda, bir kamu yararı bulunmamaktadır. Oysa Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur (Anayasa Mahkemesi'nin 17. 06. 2015 karar tarihli ve 2014/179 E.; 2015/54 K. sayılı Kararı).

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 alınamayacağını ifade etmektedir. Anılan fıkarda 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.) Diğer bir deyişle; kur artışlarından kaynaklanan zarar neticesinde bütçe dengesi – üstelik öngörülemez bir seviyede– bozulmaktadır. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen fıkralar; Anayasa’nın 2, 5, 10 ve 73. maddelerine aykırıdır.

b)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. 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. maddesinde öngörülen hiçbir organın kaynağını Anayasa’dan almayan bir devlet yetkisi kullanmamasına yönelik hükmü ihlal edecektir.

Ne var ki iptali talep edilen fıkraların hükmüyle; sayılı hallerde kurumlar vergisinden feragat edilmek suretiyle; 17.12.2021 tarihli ve 7344 sayılı 2022 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu’nun gelir kalemlerinde ciddi ve öngörülemeyen 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 fıkraların 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 fıkralar, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 87. maddelerine aykırıdır.

c) Devletin; mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma yükümlülüğü bakımından: “Anayasa’nın 167. maddesinin ilk fıkrasında; 'Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.' denilmektedir. Maddede yalnız, tekelleşme değil, tekel oluşturmamayan üretim ve hizmet kuruluşlarının 'fiyat anlaşmaları', 'coğrafi bölge paylaşma' ve 'benzeri suretle' gerçekleştirilecek kartelleşme de yasaklanmış; Devlet, bunu engelleyici önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Böylece rekabetin ortadan kaldırılması, tekellerin ve kartellerin fiyatları oluşturmaları 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’e eklenen ve iptali talep edilen fıkralar, açıklandığı üzere kamu yararı barındırmadığından; bankacılık sektörüne zarar gelmesine; Hazine üzerine öngörülemeyen büyüklükte yük bırakılmasına; bütçe dengesinin bozulmasına ve bütçe açığının artmasına;

iktisadi büyümenin gerilemesine; kamu harcamalarının finanse edilememesine; kamu yararına aykırı şekilde (genel olarak) 31.03.2022 tarihli bilançolarında yabancı para bulunan kurumlar vergisi mükelleflerinin (ve 2022 yılı sonuna kadar vade sonunda hesap yenileyenlerin) himaye edilmesine; 31.03.2022 tarihli bilançolarında Türk lirası bulunan kurumlar 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 olduğundan; Anayasa’nın 5 ve 167. maddelerine de aykırıdır.

ç) Eşitlik ilkesi ve teşebbüs hürriyeti bakımından: 5520 sayılı Kanun’un 1. maddesi gereğince sermaye şirketlerinin, kooperatiflerin, iktisadi kamu kuruluşlarının, dernek veya vakıflara ait iktisadi işletmelerin, iş ortaklıklarının kazançları; kurumlar vergisine tabidir. Anılan maddenin lafzından anlaşılabileceği üzere; kurumlar vergisinin mükellefleri (ekseriyeti), özel teşebbüs niteliğindedir. Anayasa’nın 48. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır. O halde kur artışları karşısında finansal istikrarın desteklenmesi amacıyla, kurumlar vergisi mükelleflerine sayılı hallerde tanınan vergi istisnasına ilişkin geçici 14. maddeye eklenen ve iptali talep edilen fıkraları, 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 varesten tutmuştur. Ancak Devlet, bu yükümlülüğünü sadece 31.03.2022 tarihli bilançolarında yabancı para bulunan kurumlar vergisi mükellefleri (ve 2022 yılı sonuna kadar vade sonunda hesap yenileyenler) bakımından yerine getirmiştir. Diğer bir deyişle bilançolarında Türk lirası hesabı bulunan kurumlar vergisi mükellefleri, istisnadan yararlanamayacaktır. Oysa anılan koşul, söz konusu iki kategoriye 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 fıkralar, Anayasa’nın 10, 13 ve 48. maddelerine aykırıdır.

d) Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları bakımından: Anayasa’nın Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırlarını düzenleyen 65. 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. 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.” O halde anılan vergilerden feragat edilmesi suretiyle; Devletin mali kaynaklarının azalması sonucunu doğuracak iptali talep edilen fıkralar, temel hak ve özgürlükler bakımından Devlete yüklenen yükümlülüğün gereği gibi yerine getirilememesi sonucunu doğuracağından; Anayasa'nın 2, 6 ve 65. maddelerine de aykırıdır.

Öyle ki, Anayasa'nın 65. maddesi açık şekilde “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali 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 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. 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. maddeleri, bu açıdan uygulaması 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 ulaşılabileceği mümkündür. Bu açıdan, Türk lirasının değerinin korunması hususundaki yönetsel zayıflık, Hazine'nin, Anayasa'nın 2, 5 ve 65. maddelerinin gereklerinin uygulanamayacağı bir duruma düşürülmesini meşru kılmaz. Kaldı ki, ihtilaflı fıkraların yer aldığı 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 Hazine üzerinde oluşturacağı yükün öngörülemezliğinin, Anayasa'nın 2, 5 ve 65. 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. İhtilaflı fıkralar, Anayasa'nın 2, 5 ve 65. maddelerine de aykırıdır.

e)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. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi imkanı sağlar. Bununla birlikte mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği

biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme) şeklinde tanımlamaktadır (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 bilançolarında –Türk lirası değil- yabancı para bulunan kurumlar vergisi mükellefleri (ve 2022 yılı sonuna kadar vade sonunda hesap yenileyenler) vergiden istisna tutulurken; aynı konumda bulunmalarına rağmen kanun koyucu tarafından bilançolarında Türk lirası bulunan kurumlar vergisi mükellefleri bakımından bu türden bir tedbir alınmamıştır. Bilançolarında yabancı para bulunan ve bulunmayan kurumlar vergisi mükellefleri (ve 2022 yılı sonuna 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 anılan fıkralar, Anayasa'nın 10 ve 35. maddelerine aykırıdır.

f)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. maddesinin amir hükmü uyarınca, vergiler (istisnaları) kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.

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

Anılan vergi istisnasının uygulanmasına yönelik alt düzenleyici işlemler, asıl olarak Hazine ve Maliye Bakanlığı ve 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 fıkralar, birçok muğlak ibareyi muhtevasında barındırmaktadır. Nitekim iptali talep edilen dördüncü fıkranın lafzında yer alan (ve beşinci fıkra da yer alan “yenilenen hesaplar” ibaresinin kapsamında kalan) “yabancı paralar” ibaresinin hangi paraları (söz gelimi Kanada Doları, İsviçre Frangı, Japon Yeni, Çin Yuanı) 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 yabancı paraların türünün kanun lafzında zikredilmesidir. Yine iptali talep edilen dördüncü fıkra da 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.) . 7407 sayılı Kanun’un 12. maddesiyle anılan geçici maddeye eklenen ve iptali talep edilen fıkralar, (7407 sayılı Kanun’un 21. maddesinin delaletiyle) 28.05.2022 tarihinde yürürlüğe girmiş ve fakat 28.05.2022 tarihinden itibaren geçen süre zarfında anılan fıkralara ilişkin tebliğ henüz yayınlanmamıştır.

Yine mükelleflerin yurt dışındaki yabancı paralarını yurt içine aktardığında nasıl bir hesaplama yöntemi izleneceği; bilançodaki yabancı paranın kısmen dönüşümünün mümkün olup olmadığı, 2022 yılı sonuna 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 2022 yılı sonuna 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 fıkraların gerekçesinin temelsiz kalmasına neden olacaktır; kur artışları karşısında yabancı paralarını Türk lirasına çeviren özel teşebbüslerin işletme risklerinin bertaraf edilmesine imkan vermeyecektir, Hazine üzerinde aşırı büyüklükte bir yük bırakacaktır. Öte yandan (tüm idari teşkilatın makamına bağlı bulunduğu ve yürütme ve devleti temsil yetkilerinin bir kişide birleştiği monist yapılı yürütme organının başı konumunda bulunan) Cumhurbaşkanına iptali talep edilen dördüncü fıkra da yer alan istisnayı 20.06.2022 ve/veya 30.09.2022 tarihli bilançolarda yer alan yabancı paralar itibarıyla da uygulatma yetkisi tanınması ve fakat Cumhurbaşkanının bu yetkiyi kullanırken kanuni, nesnel, somut, açık, anlaşılabilir bir ölçütle kayıtlanmaması; kurumlar vergisi mükellefleri bakımından belirsiz ve keyfi uygulamalara neden olacaktır. Yine Cumhurbaşkanının, Bakanlığın veya TCMB’nin yapacağı düzenlemeleri,

tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; söz konusu özel teşebbüsler bakımından hukuki ve iktisadi öngörülebilirliğe hanel getirmektedir. Dahası idarenin düzenleyici işlemleriyle istisnanın kapsamının genişletilmesi veya daraltılması; 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 fıkralar, Anayasa'nın 2, 73 ve 123. maddelerine aykırıdır.

g) Sınırlandırma yetkisinin kötüye kullanılması nedeniyle Anayasa'nın 14. maddesi bakımından: Anayasa'nın 14. 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” deyiimi 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.”

Başka bir anlatımla Anayasa'nın 14. 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. maddesinin ikinci fıkrasının aksine idareye (Bakanlığa, TCMB'ye, Cumhurbaşkanına) tanınan yetki, geniş bir yelpazeye yayılmakla birlikte, kendilerine aykırılık oluşturduğu kurallar ve hak-özgürlükler çerçevesini aşmaktadır. Diğer bir deyişle idareye (Bakanlığa, TCMB'ye, Cumhurbaşkanına) tanınan yetki, ilgili hak ve özgürlükleri, “Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılması” sonucunu doğurduğundan; bunun yaptırımı (Anayasa'nın 14. maddesinin üçüncü fıkrası mucibince), iptali istenen kuralın AYM tarafından iptalidir. Kanun koyucu, idareye (Bakanlığa, TCMB'ye, Cumhurbaşkanına) çok geniş yetkiler tanımak suretiyle; idare tarafından anılan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesine veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasına imkan verdiğinden; ihtilafı kural, Anayasa'nın 14. maddesine aykırı olup iptali gerekir.

ğ) Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından; Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen fıkraların hükmünde olduğu gibi muğlak ibareleri muhtevasında barındırması sebebiyle; idareye (Bakanlığa, TCMB'ye,

Cumhurbaşkanına) vergi istisnasının kapsamını belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturmaz.

h) 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 dördüncü fıkrada yer alan bir diğer hukuki sorun, istisnaya konu kazançlara ilişkin tarihlerin hangi ölçüt nazara alınarak belirlendiğidir.

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:

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. 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. 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 yayınlandığı tarih aralığıyla çakışmaktadır.

Yine kanun koyucu; iptali talep edilen fıkralarda esas alınacak bilanço tarihini; (iptali talep edilen fıkraların yürürlüğe girdiği tarih olan 28.05.2022 tarihinden önceki bir tarih) 31.03.2022 şeklinde belirlemiştir. O halde kanun koyucu, iktisadi ve hukuki öngörülebilirlik olmaksızın tarih tespiti yapmaya 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. ..."

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 ilkelerindendir." (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 ve söz konusu geçici maddenin ratio legis'i ve iptali talep edilen fıkraların gerekçesi kur artışlarına karşı bilançolarında yabancı para bulunan kurumlar vergisi mükelleflerini korumaktır.

7352 sayılı Kanunla 5520 sayılı Kanun'a eklenen geçici madde 14'e 7407 sayılı Kanunla iptali talep edilen 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 yabancı paralarını 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, 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, iptali talep edilen fıkralarda da sürdürmüştür. Başka bir anlatımla kanun koyucu; iptali talep edilen fıkralarda esas alınacak bilanço tarihini; (iptali talep edilen fıkraların yürürlüğe girdiği tarih olan 28.05.2022 tarihinden önceki bir tarih) 31.03.2022 şeklinde belirlemek suretiyle; söz konusu fıkranın kapsamını geçmişe etkili kılmıştır. Ancak anılan fıkranın bizatihi kendisi, 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." 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" ; 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 yabancı paralarını Türk lirasına çevirmeleri için (hukuka aykırı) olanak tanınmış; ama bu olanağa beklenen seviyede talep gösterilmeyince; özel teşebbüsler, anılan geçici madde hükmüyle yabancı paralarını 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. İptali talep edilen fıkralarla da istisnanın süre bakımından kapsamı geçmişe yürütülerek; tebliğin işlevini yerine getirmesini teminen kanun koymaya devam edilmektedir.

O halde vergi istisnasının kapsamının geçmişe etkili olarak genişletilmesi suretiyle; tebliğin işlevini yerine getirmesi için kanunlaştırılan geçici madde 14'e eklenen ve iptali talep edilen fıkralar; bir fonksiyon gaspına sebep olacak, Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini ve 6. 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 ve bu kanun hükmüne iptali talep edilen fıkraları eklemiş; yasama kuvveti ile yürütme kuvveti arasındaki ayrılığa halel getirmiştir. O nedenle iptali talep edilen dördüncü fıkra bakımından vergi istisnasının kapsamı belirlenirken 31.03.2022 tarihinin esas alınması, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 73 ve 123. maddelerine aykırıdır.

i)Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırılık: Anayasa'nın 104. maddesinde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sayılmıştır. Bu görev ve yetkiler arasında "istisnayı 30.06.2022 ve/veya 30.09.2022 tarihli bilançolarda yer alan yabancı paralar itibarıyla da uygulatma" görev ve yetkisi sayılmadığı gibi; iptali talep edilen dördüncü fıkrada yer alan (ve iptali talep edilen beşinci fıkraya, kapsamının belirlenmesi bakımından, sirayet edecek) düzenlemeleri yapmayı dayandırabileceği (Anayasa'nın 104. maddesinde) genel ve kapsayıcı mahiyette bir hüküm de bulunmamaktadır. Yasama organı, görevi ve yetkisi dahilinde olmayan bir konuda Cumhurbaşkanını yetkilendirmek suretiyle; Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini ve 6. maddesinde yer alan hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamamasına yönelik hükmü ve 104. maddesini ihlal etmiştir. Kaldı ki Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının "Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez." şeklindeki ikinci cümlesi uyarınca; iptali talep edilen fıkralarda yer alan vergi istisnasının, açıklandığı üzere mülkiyet hakkı ile teşebbüs hürriyeti kapsamında kaldığı gözetildiğinde; açıkça öngörülmüş konu bakımından yetkisizlik hali sebebiyle, Cumhurbaşkanı tarafından bu hususlarda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi de çıkarılamaz. Bu nedenlerle iptali talep edilen fıkralar, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırıdır.

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

Tüm bu nedenlerle 7407 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle 13.06.2006 tarihli ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun geçici 14. maddesine üçüncü fıkrasından sonra gelmek

üzere eklenen fıkralar, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 14, 35, 48, 65, 73, 87, 90, 104, 123 ve 167. maddelerine aykırıdır; anılan fıkraların iptali gerekir.

3) 26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14. maddesiyle 19.08.2016 tarihli ve 6741 sayılı Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesinin değiştirilen dördüncü fıkrasında yer alan "tabi değildir" ibaresi ile beşinci fıkrasına eklenen cümlede yer alan "uygulanmaz" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7407 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle 6741 sayılı Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un muafiyet ve istisnaları düzenleyen 8. maddesinde birtakım değişiklikler yapılmıştır.

a) 26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14. maddesiyle 19.08.2016 tarihli ve 6741 sayılı Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesinin değiştirilen dördüncü fıkrasında yer alan "tabi değildir" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7407 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle 6741 sayılı Kanun'un 8. maddesinin dördüncü fıkrası değiştirilmiştir. Buna göre Şirket (Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketi) ve Türkiye Varlık Fonu ile Şirket veya Türkiye Varlık Fonu tarafından hakim hissedar olarak kurulacak şirketler ve alt fonlar ile bunların bedellerini ödemek suretiyle sermayesinin veya katılım paylarının yarısından fazlasına sahip olduğu şirketler ve alt fonlar ile bunların bağlı ortaklıkları hisse devir tarihinden itibaren kamu iktisadi teşebbüsleri de dahil, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan veya özel kanunla kurulan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuat, uygulama ve kısıtlamalara tabi değildir.

Ancak iptali talep edilen ibareyle Şirket (Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketi) ve Türkiye Varlık Fonu ile (diğerleri:) Şirket veya Türkiye Varlık Fonu tarafından hakim hissedar olarak kurulacak şirketler ve alt fonlar ile bunların bedellerini ödemek suretiyle sermayesinin veya katılım paylarının yarısından fazlasına sahip olduğu şirketler ve alt fonlar ile bunların bağlı ortaklıklarının; hisse devir tarihinden itibaren; (ilgili:) kamu iktisadi teşebbüsleri de dahil, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan veya özel kanunla kurulan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuat, uygulama ve kısıtlamalardan vareste tutulması, Anayasa'ya aykırıdır.

Şirket ve Türkiye Varlık Fonunun (ile diğerlerinin) faaliyetlerinin, ilgili mevzuat, uygulama ve kısıtlamaların öngördüğü (Anayasal ilkelerin tecessüm ettiği) usul ve esaslar dahilinde yürütülmesi gerekmektedir. Ancak iptali talep edilen ibare, söz konusu faaliyetlerin anılan normatif çerçeve içinde yürütülmesine engeldir. Başka bir anlatımla Şirket ve Türkiye Varlık Fonunun (ile diğerlerinin) hisse devir tarihinden itibaren; ilgili mevzuat, uygulama ve kısıtlamalardan istisna edilmesi Anayasa'ya aykırıdır.

a) Kamu yararı ilkesi ve hukuk devleti bakımından: İptali talep edilen ibare, öncelikle Anayasa'nın hukuk devleti ilkesini öngören 2. maddesine aykırıdır. Zira kamu iktisadi teşebbüsleri de dahil, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan veya özel kanunla kurulan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuat, uygulama ve kısıtlamaların amacı genel olarak (söz gelimi 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu; 4046 sayılı Özelleştirme

Uygulamaları Hakkında Kanunu; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu; 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu; 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname; 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname) saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını, özerk bir tarzda ve ekonominin kurallarına uygun olarak yönetilmelerini, ekonomik gereklere uygun olarak verimlilik ve karlılık ilkeleri doğrultusunda kendi aralarında ve milli ekonomi ile uyum içinde çalışarak sermaye birikimine yardım etmelerini ve bu suretle daha fazla yatırım kaynağı yaratmalarını, kendilerine verilen görev ve kamu hizmetlerini ekonomik ve sosyal gereklere uygun olarak verimlilik ilkesi doğrultusunda yürütmelerini sağlamaktadır. Şirket ve Türkiye Varlık Fonunu (ile diğerlerini) hisse devir tarihinden itibaren; ilgili mevzuat, uygulama ve kısıtlamalardan, dolayısıyla sayılı ilkelere vareste tutmakta, (hukuk devleti ilkesinin öğelerinden olan) kamu yararı yoktur. Şirket (Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketi) ve Türkiye Varlık Fonu ile Şirket veya Türkiye Varlık Fonu tarafından hakim hissedar olarak kurulacak şirketler ve alt fonlar ile bunların bedellerini ödemek suretiyle sermayesinin veya katılım paylarının yarısından fazlasına sahip olduğu şirketler ve alt fonlar ile bunların bağlı ortaklıklarının faaliyetlerinin etkin, verimli, şeffaf, dürüst, hesap verilebilir, ekonomik şekilde yürütülmesi gerekir. Ancak bu istisna hükmü, kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik sayılı ilkeleri, kaynakların etkin kullanımına ilişkin güvenceleri dışarıda bırakmaktadır. Diğer bir deyişle iptali talep edilen ibare, Şirket ve Türkiye Varlık Fonunun (ile diğerlerinin) faaliyetlerinin, kamu yararı ilkesine taban tabana zıt şekilde, ranta açık hale gelmesine neden olabilecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin de birçok kararında (söz gelimi Anayasa Mahkemesi'nin 13.01.2016 tarihli ve 2015/60 E.; 2016/2 K. sayılı Kararı, § 8; 28.12.2017 tarihli ve 2016/150 E.; 2017/179 K. sayılı Kararı, § 158-161) işaret ettiği üzere; elbette Şirket ve Türkiye Varlık Fonunun (ile diğerlerinin) ilgili mevzuat, uygulama ve kısıtlamalara tabi olacağını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmadığından, kanun koyucunun Şirket ve Türkiye Varlık Fonu (ile diğerleri) yönünden farklı usuller benimsemesinde Anayasal açıdan bir engel yoktur. Ancak Şirket ve Türkiye Varlık Fonu (ile diğerleri), ilgili mevzuat, uygulama ve kısıtlamalarda öngörülen saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, verimlilik vb. esas alınarak belirlenen usullerin dışına çıkarılırken; hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kamu yararı amacı gözetilmelidir. Diğer bir deyişle Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur (Anayasa Mahkemesi'nin 17. 06. 2015 karar tarihli ve 2014/179 E.; 2015/54 K. sayılı Kararı).

Şu halde;

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

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

gerekir.

Başka bir anlatımla istisna hükümlerinin varlığı, Roma hukukuna kadar dayanmaktadır. Nitekim “Bu kuralın dayanağını bulduğu, Roma hukukunda genel hukuk kuralları veya genele ait olan hukuk (ius commune) karşısında; bu kuralları ihlal eden, özel durumlar gereği yaratılan ve bu özel durumların gerektirdiği menfaatleri gerçekleştirmeye hizmet eden hukuk kuralları da (ius singularia) bulunmaktaydı. Digestada ius singularia, “genel kurallara aykırı olarak, belirli bir menfaatin temini için kanun koyucunun otoritesi ile ihdas edilen hukuk” şeklinde tanımlanmıştır (D. 1.3.16 Paul).” Şirket ve Türkiye Varlık Fonu (ile diğerleri) hisse devir tarihinden itibaren; kamu yararına yönelik ilgili mevzuat, uygulama ve kısıtlamalardan bağışık tutulmuştur. Her ne kadar iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmü bakımından “...TVF’nin veya kurmuş olduğu alt şirketlerin değer kaybına uğramaması ve şirketlerin özel sektörlerle adil bir şekilde devam edebilmesi için... stratejik yatırımların Türkiye Varlık Fonu’nun sektöre (finans, teknoloji, liman yatırımları gibi) özgülenmiş şirketleri tarafından yapılmasının önünün açılması hedeflenmektedir...” şeklindeki gerekçe ileri sürülse de; iptali istenen ibareyle Şirket ve Türkiye Varlık Fonunun (ile diğerlerinin) ilgili mevzuat, uygulama ve kısıtlamalardan bağışık tutulmasını haklı kılacak herhangi bir somut kamu yararı ve kamu hizmeti gereği gösterilmemiştir ve bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla gerekçede gösterilen hedefin gerçekleştirilmesini sağlamaya yönelik yegane yöntem, istisna hükmünün ihdas edilmesi değildir. Bu nedenle, iptali istenen ibarenin kanun koyucunun takdir yetkisi alanında olduğu kabul edilemez. İhtilaflı düzenleme, gerekli bir tedbir oluşturmadığı gibi, bu şekilde, kamu yararına yönelik yürütülen Şirket ve Türkiye Varlık Fonunun (ile diğerlerinin) faaliyetlerinin öznal ve keyfi ilişkilere terk edilme riskine yol açma olasılığı da yüksektir. İptali istenilen kural; Şirket ve Türkiye Varlık Fonunu (ile diğerlerini) ilgili mevzuat, uygulama ve kısıtlamalardan bağışık tutarken, söz konusu mevzuat uygulanmazken; kamu yararının gerçekleştirilmesini sağlayacak alternatif güvenceler de öngörmemiştir. (Kaldı ki 6741 sayılı Kanun’un 8. maddesinde yapılan tüm değişiklikler -söz gelimi 16.04.2020 tarihli ve 7244 sayılı Kanun’un 16. maddesiyle yapılan değişiklikler-, muafiyet ve istisnanın kapsamını genişletmeye yönelik olup, Türkiye Varlık Fonu veya Şirket ile herhangi bir hukuki ilişkiye giren tüm şirketler için, anılan muafiyet ve istisna hükmü, kural haline getirilmektedir.) Tüm bu nedenlerle anılan ibare, hukuk devleti ilkesinin kamu yararı ögesi bakımından Anayasa’nın 2. maddesine aykırıdır.

b)Hukuk devleti ilkesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ve idarenin kanuniliği ilkesi bakımından: 6741 sayılı Kanun’un 2. maddesinin birinci fıkrasına göre Cumhurbaşkanlığına bağlı, ana faaliyet konusu bu Kanunla belirtilen Türkiye Varlık Fonu ve alt fonların kurulması ve yönetimi olan, profesyonel yönetim ilkelerine göre yönetilen, özel hukuk hükümlerine tabi Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketi kurulmuştur. Anılan Kanun’un 3. maddesinin birinci fıkrasına göre Şirketin yapısına ve işleyişine ilişkin usul ve esaslar Cumhurbaşkanı tarafından belirlenir. O halde Şirket ve Türkiye Varlık Fonu (ile diğerleri); ilgili mevzuat, uygulama ve kısıtlamalardan bağışık tutulduğu için; Şirket ve Türkiye Varlık Fonunun (ile diğerlerinin) faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin usul ve esasları, Cumhurbaşkanı belirleyecektir.

Bu belirleme işleminin, hiçbir kanuni kayıt, temel alınacak ilke bütünü ve çerçeve getirilmeksizin (tüm idari teşkilatın makamına bağlı bulunduğu ve yürütme ve devleti temsil yetkilerinin bir kişide birleştiği monist yapıyla yürütme organının başı konumunda bulunan) Cumhurbaşkanının öznal ve hatta sınırsız takdir yetkisine bırakılması, Anayasa’nın 2, 7 ve 123. maddelerine aykırıdır.

Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu

geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin ön koşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheyi 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 123. maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Ancak iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmü, Şirket ve Türkiye Varlık Fonunun (ile diğerlerinin) faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin hiçbir nesnel ölçüt ve usul öngörmemektedir. Oysaki, ilgili mevzuat, uygulama ve kısıtlamalar, Şirket ve Türkiye Varlık Fonunun (ile diğerlerinin) faaliyetlerinin kanuna dayanarak ve aykırı olmadan yürütülebilmesi adına; bunlara ilişkin ayrıntılı hükümler ihtiva etmektedir. İptali talep edilen ibare; Şirket ve Türkiye Varlık Fonunun (ile diğerlerinin) faaliyetlerinin yürütülmesini, söz konusu mevzuat, uygulama ve kısıtlamaların güvence ve öngörülebilirlik alanından çıkarmakta ve idarenin (tüm idari teşkilatın makamına bağlı bulunduğu ve yürütme ve devleti temsil yetkilerinin bir kişide birleştiği monist yapılı yürütme organının başı konumunda bulunan Cumhurbaşkanının) sınırları belirsiz keyfi düzenleme alanına bırakmaktadır. Bu durum, faaliyetlerin öngörülemez biçimde yürütülmesine, diğer bir deyişle Şirket ve Türkiye Varlık Fonunun (ile diğerlerinin) iş ve işlemlerinin denetimsiz ve verimsiz bir şekilde yapılmasına neden olacaktır. Öte yandan şekli ve maddi anlamda kanunilik ilkesinin gereği olarak; ilgili mevzuat, uygulama ve kısıtlamaların ne olduğu kanun düzeyinde belirlenmelidir. Zira “mevzuat”, “uygulama” ve “kısıtlama” kelimelerinin; hukuki normların (kanun, uluslararası sözleşme, cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik – 2017 Anayasa Değişikliği öncesinde tüzük, kanun hükmünde kararname) hangi türüne (başka bir anlatımla hangi normatif değere sahip olan düzenleme türüne) tekabül ettiği belirsizdir. Nitekim anılan kelimeler, Anayasal kavramlar değildir. Ekonomik perspektifte çok ciddi getirileri olan sayılı muafiyetlerin ve istisnaların kapsamı öngörülebilir olmalıdır. Zira istisnalar, dar yorumlanır. Ancak kelimelerdeki belirsizlik, muafiyetlerin ve istisnaların dar yorumlanmasını mümkün kılmaz. Bu nedenle kamuya ait (Zira 6741 sayılı Kanun'un kuruluş amacı, 1. maddesi uyarınca, yurtiçinde kamuya ait olan varlıkları ekonomiye kazandırmaktır.) nakdi kaynakların hukuki belirlilik ilkesine uygun ve kanunilik ilkesi çerçevesinde verimli harcanmasını bertaraf eden, Şirket ve Türkiye Varlık Fonu (ile diğerleri) ile hukuki işlem yapmaya talip özel teşebbüsler bakımından bir güvenlik ve öngörülebilirlik sağlamayan ve normlar hiyerarşisine uygun olmayan iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

Buna ek olarak Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu

nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibareyle Şirket ve Türkiye Varlık Fonu ile Şirket veya Türkiye Varlık Fonu tarafından hakim hissedar olarak kurulacak şirketler ve alt fonlar ile bunların bedellerini ödemek suretiyle sermayesinin veya katılım paylarının yarısından fazlasına sahip olduğu şirketler ve alt fonlar ile bunların bağlı ortaklıklarının hisse devir tarihinden itibaren kamu iktisadi teşebbüsleri de dahil, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan veya özel kanunla kurulan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuat, uygulama ve kısıtlamalardan bağışık tutulmasının ve (açıklandığı üzere) 6741 sayılı Kanun'un 2 ve 3. maddelerinin birinci fıkralarının delaletiyle; temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (tüm idari teşkilatın makamına bağlı bulunduğu ve yürütme ve devleti temsil yetkilerinin bir kişide birleştiği monist yapılı yürütme organının başı konumunda bulunan Cumhurbaşkanına) Şirket ve Türkiye Varlık Fonunun (ile diğerlerinin) faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

c)Eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları, teşebbüs hürriyeti bakımından: Kamu iktisadi teşebbüsleri de dahil, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan veya özel kanunla kurulan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuat, uygulama ve kısıtlamalar, hem Şirket ve Türkiye Varlık Fonu ile Şirket veya Türkiye Varlık Fonu tarafından hakim hissedar olarak kurulacak şirketler ve alt fonlar ile bunların bedellerini ödemek suretiyle sermayesinin veya katılım paylarının yarısından fazlasına sahip olduğu şirketler ve alt fonlar ile bunların bağlı ortaklıkları hem de bunlar ile yapılacak hukuki işlemlerin karşı tarafı olmayı talep edenleri korumaktadır. Diğer bir deyişle kamu iktisadi teşebbüsleri de dahil, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan veya özel kanunla kurulan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuat, uygulama ve kısıtlamalar; Şirket ve Türkiye Varlık Fonu ile Şirket veya Türkiye Varlık Fonu tarafından hakim hissedar olarak kurulacak şirketler ve alt fonlar ile bunların bedellerini ödemek suretiyle sermayesinin veya katılım paylarının yarısından fazlasına sahip olduğu şirketler ve alt fonlar ile bunların bağlı ortaklıkların, bunların var olduğu sektörlerdeki diğer özel teşebbüslerin ve bunlar ile yapılacak hukuki işlemlerin karşı tarafı olmayı talep eden özel teşebbüslerin fırsat eşitliği içinde rekabet edebilmesine olanak tanımaktadır. Bu durumun Anayasal temeli, eşitlik ilkesi bağlamında teşebbüs hürriyetindedir. Zira Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devletin, özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasına yönelik tedbirleri almaya ilişkin pozitif yükümlülüğü vardır ve Anayasa'nın 10. maddesi uyarınca Devlet, bu pozitif yükümlülüğü her bir özel teşebbüs bakımından (benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunanlar için) eşit şekilde yerine getirmekle mükelleftir. Bir özel teşebbüs bakımından eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti de, somut olayda benzer durumda olanlara ilişkin bir muamele farklılığı yapmayı meşrulaştıracak "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır. Ancak iptali talep edilen ibare ile Şirket ve Türkiye Varlık Fonunun (ile diğerlerinin) hisse devir tarihinden itibaren; ilgili mevzuat, uygulama ve kısıtlamalardan bağışık tutulması ve bunlar bakımından kanun düzeyinde alternatif usullerin belirlenmemesi, aynı şartları sağlayan iki özel teşebbüs arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10 ve 48. maddelerine aykırıdır. Diğer bir deyişle Devletin ihtilaflı kurala tabi olmayan bir alandaki bir özel teşebbüs bakımından pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesini ve fakat ihtilaflı kurala tabi alanda konumlanan bir diğerini gözetmemesini; daha somut bir anlatımla, benzer durumdaki özel teşebbüsler arasındaki muamele farklılığını haklı

kılacak bir nedenin temellendirilmesini sağlayacak nesnel bir ölçüt bulunmamaktadır. Yine bu durumda, Şirket ve Türkiye Varlık Fonu (ile diğerleri) ile hukuki işlem yapmaya talip iki teşebbüs, eşitsiz bir uygulamayla karşı karşıya kalabilecek, ilgili sektörlerdeki mal ve hizmet alımı, yapım işi vb. istikrarlı bir biçimde işleyemeyecektir. Ayrıca iptali talep edilen ibare; kamu yararı barındırmadan, idarenin düzenleyici işlemlerinin kanuni çerçevesini çizmeden, ayrımcı, öngörülemez ve keyfî işlem ve eylemlere açık uygulamalara sebep olarak teşebbüs hürriyetini sınırlandırdığından, bir başka deyişle yasallık ve gereklilik ölçütlerini karşılamadığından; Anayasa'nın 13. maddesine de aykırıdır.

ç)Hak arama özgürlüğü, etkili başvuru hakkı, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olması bakımından: İptali istenilen ibareyle Şirket ve Türkiye Varlık Fonunun (ile diğerlerinin) ilgili mevzuat, uygulama ve kısıtlamalardan bağışık tutulması; hak arama özgürlüğünü düzenleyen Madde 36, etkili başvuru hakkını koruyan Madde 40 ve "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu"nın açık olduğunu öngören Madde 125'e aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi bir kararında; "Anayasanın hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip bulunduğu belirtilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımanın ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını 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." şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 25.06.2009 tarihli ve 2008/30 E.; 2009/96 K. sayılı Kararı). Buna ilave olarak Anayasa'nın 125. maddesine göre idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır.

Ancak Şirket ve Türkiye Varlık Fonunu (ile diğerlerini), ilgili mevzuat, uygulama ve kısıtlamaların kapsamı dışında bırakmak; bu faaliyetler dolayısıyla hakları ihlal edilenlerin (söz gelimi ihaleye teklif sunanın 4734 sayılı Kanun'da öngörülen idareye şikayet usulüne, Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet usulüne başvuramaması, kamu ihalesi aşamaları sırasında gerçekleşen eylem ve işlemleri idari yargı huzuruna taşıyamaması, ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında yapılan yasaklı fiil ve davranışlara yönelik yasal yollara başvurulamaması; 4735 sayılı Kanun'da öngörülen sözleşme uygulamalarına yönelik itiraz başvurularının yapılamaması; ve anlaşmazlıkların çözüm usullerinin işletilememesi; Yüksek Fen Kurulu'na başvurulamaması nedeniyle) hak arama özgürlüğüne ve etkili başvuru hakkına halel getirecek ve (söz gelimi Kamu İhale Kurumu incelemesinin yapılamaması, Kamu İhale Kurumu kararları üzerinden ihalelerin yargısal denetimine ve görevlilerin sorumluluğuna başvurulamaması nedeniyle) idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olduğu kuralını ihlal edecektir. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 36, 40 ve 125. maddelerine de aykırıdır.

d)Sınırlandırma yetkisinin kötüye kullanılması nedeniyle Anayasa'nın 14. maddesi bakımından: Anayasa'nın 14. maddesi temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamamasını düzenlemektedir. Kabağlı'na göre:

“Bu düzenleme biçimiyle, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması ile maddede sözü edilen eylemler arasında açık ve yakın bir nedensellik ilişkisi bulunduğı takdirde ancak 14. maddede yazılı amaçları gerçekleştirmek için kötüye kullanılmış sayılabilmelidir. “Yok etmeye yönelik faaliyette bulunma” deyimi 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 yükümlölük getirmesi, Sözleşme ile uyum kaygısını yansıtmaktadır.”

Başka bir anlatımla Anayasa'nın 14. 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. maddesinin ikinci fıkrasının aksine Cumhurbaşkanına tanınan yetki, geniş bir yelpazeye yayılmakla birlikte, kendilerine aykırılık oluşturduğu kurallar ve hak-özgürlükler çerçevesini aşmaktadır. Diğer bir deyişle Cumhurbaşkanına tanınan yetki, ilgili hak ve özgürlükleri, “Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılması” sonucunu doğurduğundan; bunun yaptırımı (Anayasa'nın 14. maddesinin üçüncü fıkrası mucibince), iptali istenen kuralın AYM tarafından iptalidir. Kanun koyucu, Cumhurbaşkanına çok geniş yetkiler tanımak suretiyle; Cumhurbaşkanı tarafından anılan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesine veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasına imkan verdiğinden; ihtilaflı kural, Anayasa'nın 14. maddesine aykırı olup iptali gerekir.

e)Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırılık: Anayasa'nın 104. maddesinde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sayılmıştır. Bu görev ve yetkiler arasında “Şirket ve Türkiye Varlık Fonu ile Şirket veya Türkiye Varlık Fonu tarafından hakim hissedar olarak kurulacak şirketler ve alt fonlar ile bunların bedellerini ödemek suretiyle sermayesinin veya katılım paylarının yarısından fazlasına sahip olduğu şirketler ve alt fonlar ile bunların bağlı ortaklıklarının faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin usul ve esasları belirleme” görev ve yetkisi sayılmadığı gibi; bu türden düzenlemeleri yapmayı dayandırabileceğı (Anayasa'nın 104. maddesinde) bir hüküm de bulunmamaktadır. Yasama organı, görevi ve yetkisi dahilinde olmayan bir konuda Cumhurbaşkanını yetkilendirmek suretiyle; Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini ve 6. maddesinde yer alan hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamamasına yönelik hükmü ve 104. maddesini ihlal etmiştir. Kaldı ki Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının “Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.” şeklindeki ikinci cümlesi uyarınca; iptali talep edilen ibarenin bulunduğu fıkra da yer alan kamu iktisadi teşebbüsleri de dahil, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan veya özel kanunla kurulan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuat, uygulama ve kısıtlamaların adil yargılanma hakkının (ve teşebbüs hürriyetinin) kapsamında kaldığı gözetildiğinde; Cumhurbaşkanı tarafından bu hususlarda Cumhurbaşkanlığı

Kararnamesi de çıkarılamaz. Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırıdır.

f)Para kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının düzenlenmesi bakımından: “Anayasa'nın 167. maddesinin ilk fıkrasında; 'Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.' denilmektedir. Maddede yalnız, tekelleşme değil, tekel oluşturmaya üretim ve hizmet kuruluşlarının 'fiyat anlaşmaları', 'coğrafi bölge paylaşma' ve 'benzeri suretle' gerçekleştirilecek kartelleşme de yasaklanmıştır; Devlet, bunu engelleyici önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Böylece rekabetin ortadan kaldırılması, tekellerin ve kartellerin fiyatları oluşturmaya ve etkilemesi önlenmek istenmiştir. Devletin tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemek görevi, temelde tüketiciyi koruma amacı gütmektedir. Bu da ancak, tekelleşme ve kartelleşmelerin önlenerek özgür rekabet ortamının sağlanması ile güvenceye alınabilir. Piyasa ekonomisinin etkinliği, serbest rekabet koşullarının varlığına bağlıdır. Tekelleşmeye veya kartelleşmeye olanak veren ortamlarda piyasa ekonomisi etkinliğini yitirir. Bu nedenle, yasal düzenlemelerde, tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemeye, dolayısıyla bireyleri ve toplumu korumaya yönelik kuralların bulunması zorunludur. Bu husus, Anayasa'nın 5. maddesindeki Devlet'in 'kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak' görevleri ile de doğrudan ilgilidir” (Anayasa Mahkemesi'nin 16.06.2011 tarihli ve 2009/9 E.; 2011/103 K. sayılı Kararı). Öte yandan “Anayasa'nın 167. maddesinin ikinci fıkrasının vermiş olduğu yetkiye dayanarak Yasama Organı, "dış ticaretin düzenlenmesini yürütme organına bırakmıştır. O halde, Bakanlar Kurulu, Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla bu konunun çerçevesini, genel esaslarını, temel yönlerini ve ayrıntılarını tümüyle düzenleme yetkisine sahiptir.” (Anayasa Mahkemesi'nin 11.01.1985 tarihli ve 1984/6 E.; 1985/1 K. sayılı Kararı).

Ancak Şirket ve Türkiye Varlık Fonunu (ile diğerlerini), ilgili mevzuat, uygulama ve kısıtlamalardan varesten tutmak, Şirket ve Türkiye Varlık Fonunun (ile diğerlerinin) yürüttüğü faaliyetlere ilişkin sektörlerde, söz gelimi mal ve hizmet alımlarının, yapım işlerinin vb.'nin rekabet içinde yapılamamasına ve kamu yararına aykırı şekilde belli özel teşebbüslerin himaye edilmesine neden olacaktır. Başka bir anlatımla Şirket ve Türkiye Varlık Fonu (ile diğerleri), ilgili mevzuat, uygulama ve kısıtlamalardan bağışık tutulmasına rağmen; bu mevzuat, uygulama ve kısıtlamaların ratio legis'ine eşdeğer alternatif bir kanuni usul ihdas edilmeyerek; Şirket ve Türkiye Varlık Fonu (ile diğerleri) tarafından yürütülecek faaliyetler, hiçbir kanuni kayda tabi olmayan idari işlemlerin konusu yapılmıştır. Varesten tutulacak hükümlerin ekonomik etkisi, hukuki işlemlerin karşı tarafının seçiminin nesnel ölçütlere bağlanmaması; Fonun bünyesindeki değerlerin rayiç bedelinden daha düşük bir meblağ üzerinden işlem görmesine neden olabilecektir. Halbuki 6741 sayılı Kanun'un 1. maddesi gereğince Fonun ihdas edilmesindeki amaç sermaye piyasalarında araç çeşitliliği ve derinliğine katkı sağlamak, yurtiçinde kamuya ait olan varlıkları ekonomiye kazandırmak, dış kaynak temin etmek, stratejik, büyük ölçekli yatırımlara iştirak etmektir. İptali talep edilen ibare, 6741 sayılı Kanun'un amacıyla uyum içinde değildir. Başka bir anlatımla Şirket ve Türkiye Varlık Fonunun (ile diğerlerinin) büyük meblağlar mukabilinde yapacağı faaliyetler için rekabetçi piyasa koşullarının hazırlanamaması ve sürekli aynı firmalar lehine söz konusu hukuki işlemlerin sonuçlanabilmesi; bu faaliyetlerin ilgili olduğu sektörlerin tekelleşmesine, (kamuya ait değerleri kullanan) Şirket ve Türkiye Varlık Fonunun (ile diğerlerinin) mali bakımdan zarara uğramasına ve dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olduğundan; iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 5 ve 167. maddelerine de aykırıdır.

g)Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibare, adil yargılanma hakkına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesini ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7407 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle 19.08.2016 tarihli ve 6741 sayılı Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesinin değiştirilen dördüncü fıkrasında yer alan "tabi değildir" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 14, 36, 40, 48, 90, 104, 123, 125 ve 167. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

b) 26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14. maddesiyle 19.08.2016 tarihli ve 6741 sayılı Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesinin beşinci fıkrasına eklenen cümlede yer alan "uygulanmaz" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7407 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle 6741 sayılı Kanun'un 8. maddesinin beşinci fıkrasına cümle eklenmiştir. Buna göre Şirketin (Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketi), Türkiye Varlık Fonunun veya bunlar tarafından hakim hissedar olarak kurulan ve kurulacak şirketlerin veya alt fonların; kurucusu olduğu veya bedellerini ödemek suretiyle sermayesinin ya da katılım paylarının yarısından fazlasına sahip olduğu şirketler, alt fonlar ve bunların bağlı ortaklıkları hakkında 6741 sayılı Kanun'un beşinci fıkrasındaki Kanunlardan 6362 sayılı Kanun ile 4054 sayılı Kanun haricindekiler uygulanmayacaktır. Ancak iptali talep edilen ibareyle Şirketin (Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketi), Türkiye Varlık Fonunun veya bunlar tarafından hakim hissedar olarak kurulan ve kurulacak şirketlerin veya alt fonların; kurucusu olduğu veya bedellerini ödemek suretiyle sermayesinin ya da katılım paylarının yarısından fazlasına sahip olduğu şirketler, alt fonlar ve bunların bağlı ortaklıkları hakkında beşinci fıkradaki Kanunlardan 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun haricindekilerin uygulanmaması, Anayasa'ya aykırıdır.

6741 sayılı Kanun'un 8. maddesinin beşinci fıkrası:

"3/12/2010 tarihli ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu, 6362 sayılı Kanun ile bu Kanun uyarınca yürürlüğe konulan ikincil mevzuat, 8/6/1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 22/1/1990 tarihli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 4/7/2001 tarihli ve 631 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 18/5/1994 tarihli ve 527 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri ile İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, 10/2/1954 tarihli ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu, 2/4/1987 tarihli ve 3346 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 8/9/1983 tarihli ve

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 5/1/1961 tarihli ve 237 sayılı Taşıt Kanunu, 9/11/1983 tarihli ve 2946 sayılı Kamu Konutları Kanunu, 2/1/1961 tarihli ve 195 sayılı Basın-İlân Kurumu Teşkiline Dair Kanun, 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun ile bunların ek ve değişikliklerine ilişkin hükümler Türkiye Varlık Fonu ve Şirket ile alt fonlar ve Şirket veya Türkiye Varlık Fonu tarafından hakim hissedar olarak kurulan diğer şirketler hakkında uygulanmaz.”

şeklindedir. O halde iptali talep edilen ibareyle Şirketin, Türkiye Varlık Fonunun veya bunlar tarafından hakim hissedar olarak kurulan ve kurulacak şirketlerin veya alt fonların; kurucusu olduğu veya bedellerini ödemek suretiyle sermayesinin ya da katılım paylarının yarısından fazlasına sahip olduğu şirketler, alt fonlar ve bunların bağlı ortaklıkları hakkında 6085 sayılı Sayıştay Kanunu, 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 631 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 527 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri ile İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, 6245 sayılı Harcırah Kanunu, 3346 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 237 sayılı Taşıt Kanunu, 2946 sayılı Kamu Konutları Kanunu, 195 sayılı Basın-İlân Kurumu Teşkiline Dair Kanun, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun ile bunların ek ve değişikliklerine ilişkin hükümler uygulanmayacaktır. Halbuki Şirketin, Türkiye Varlık Fonunun veya bunlar tarafından hakim hissedar olarak kurulan ve kurulacak şirketlerin veya alt fonların; kurucusu olduğu veya bedellerini ödemek suretiyle sermayesinin ya da katılım paylarının yarısından fazlasına sahip olduğu şirketler, alt fonlar ve bunların bağlı ortaklıklarının (sayılı hukuki öznelerin) faaliyetlerini, anılan Kanunların öngördüğü (Anayasal ilkelerin tecessüm ettiği) usul ve esaslar dahilinde yürütülmesi gerekmektedir. Ancak iptali talep edilen ibare, söz konusu faaliyetlerin anılan normatif çerçeve içinde yürütülmesine engeldir. Başka bir anlatımla sayılı hukuki öznelerin anılan Kanunlardan istisna edilmesi, hukuka aykırıdır.

a)Kamu yararı ilkesi ve hukuk devleti bakımından: İptali talep edilen ibare, öncelikle Anayasa'nın hukuk devleti ilkesini öngören 2. maddesine aykırıdır. Zira anılan Kanunların amacı genel olarak saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliliği, gizliliği, hesap verilebilirliği, TBMM ve kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını, özerk bir tarzda ve ekonominin kurallarına uygun olarak yönetilmelerini, ekonomik gereklere uygun olarak verimlilik ve karlılık ilkeleri doğrultusunda kendi aralarında ve milli ekonomi ile uyum içinde çalışarak sermaye birikimine yardım etmelerini ve bu suretle daha fazla yatırım kaynağı yaratmalarını, kendilerine verilen görev ve kamu hizmetlerini ekonomik ve sosyal gereklere uygun olarak verimlilik ilkesi doğrultusunda yürütmelerini, kamu giderlerinin azalmasını, Hazine'ye ait taşınmazları değerlendirilmesini, kamuya gelir elde edilmesini, kamu konutlarının - taşıtların verimli kullanımını, bünyelerinde istihdam edilecek personel rejiminin - harcıraha ilişkin usul ve esasların düzenlenmesini vd. sağlamaktadır. Sayılı hukuki özneleri, anılan Kanunlardan dolayısıyla sayılı ilkelerden varestede tutmakta, (hukuk devleti ilkesinin öğelerinden olan) kamu yararı yoktur.

Şirketin, Türkiye Varlık Fonunun veya bunlar tarafından hakim hissedar olarak kurulan ve kurulacak şirketlerin veya alt fonların; kurucusu olduğu veya bedellerini ödemek suretiyle sermayesinin ya da katılım paylarının yarısından fazlasına sahip olduğu şirketler, alt fonlar ve bunların bağlı ortaklıklarının faaliyetlerinin etkin, verimli, şeffaf, dürüst, hesap verilebilir, ekonomik şekilde yürütülmesi gerekir. Ancak bu istisna hükmü, kamu yararı gerçekleştirmeye yönelik sayılı ilkeleri, kaynakların etkin kullanımına ilişkin güvenceleri dışarıda bırakmaktadır. Diğer bir deyişle iptali talep edilen ibare, sayılı hukuki öznelerin faaliyetlerinin, kamu yararı ilkesine taban tabana zıt şekilde, ranta açık hale gelmesine neden olabilecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin de birçok kararında (söz gelimi Anayasa Mahkemesi'nin 13.01.2016 tarihli ve 2015/60 E.; 2016/2 K. sayılı Kararı, § 8; 28.12.2017 tarihli ve 2016/150 E.; 2017/179 K. sayılı Kararı, § 158-161) işaret ettiği üzere; elbette sayılı hukuki öznelerin anılan Kanunlara tabi olacağını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmadığından, kanun koyucunun sayılı hukuki özneler yönünden farklı usuller benimsemesinde Anayasal açıdan bir engel yoktur. Ancak sayılı hukuki özneler, anılan Kanunlarda öngörülen saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, verimlilik vb. esas alınarak belirlenen usullerin dışına çıkarılırken; hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kamu yararı amacı gözetilmelidir. Diğer bir deyişle Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararı gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur (Anayasa Mahkemesi'nin 17. 06. 2015 karar tarihli ve 2014/179 E.; 2015/54 K. sayılı Kararı).

Şu halde;

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

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

gerekir.

Başka bir anlatımla istisna hükümlerinin varlığı, Roma hukukuna kadar dayanmaktadır. Nitekim “Bu kuralın dayanağını bulduğu, Roma hukukunda genel hukuk kuralları veya genele ait olan hukuk (ius commune) karşısında; bu kuralları ihlal eden, özel durumlar gereği yaratılan ve bu özel durumların gerektirdiği menfaatleri gerçekleştirmeye hizmet eden hukuk kuralları da (ius singularia) bulunmaktaydı. Digestada ius singularia, “genel kurallara aykırı olarak, belirli bir menfaatin temini için kanun koyucunun otoritesi ile ihdas edilen hukuk” şeklinde tanımlanmıştır (D. 1.3.16 Paul).” Sayılı hukuki özneler, kamu yararına yönelik anılan Kanunlardan bağışık tutulmuştur. Her ne kadar iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmü bakımından “...satın alınan şirketlerin kamu sermayeli şirketlere uygulanan mevzuata tabi olmamaları ve özel sektörde rekabetlerine devam edebilmelerinin sağlanması amaçlanmaktadır...” şeklindeki gerekçe ileri sürülse de; iptali istenen ibareyle sayılı hukuki öznelerin anılan Kanunlardan bağışık tutulmasını haklı kılacak herhangi bir somut kamu yararı ve kamu hizmeti gereği gösterilmemiştir ve bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla gerekçede gösterilen hedefin gerçekleştirilmesini sağlamaya yönelik yegane yöntem, istisna hükmünün ihdas edilmesi değildir. Bu nedenle, iptali istenen ibarenin kanun koyucunun takdir yetkisi alanında olduğu kabul edilemez. İhtilafli düzenleme, gerekli bir tedbir oluşturmadığı gibi, bu şekilde, kamu yararına yönelik yürütülen sayılı hukuki öznelerin faaliyetlerinin öznel ve keyfi

ilişkilere terk edilme riskine yol açma olasılığı da yüksektir. İptali istenilen ibare; sayılı hukuki özneleri anılan Kanunlardan bağışık tutarken, söz konusu mevzuat uygulanmazken; kamu yararının gerçekleştirilmesini sağlayacak alternatif güvenceler de öngörmemiştir. (Kaldı ki 6741 sayılı Kanun'un 8. maddesinde yapılan tüm değişiklikler -söz gelimi 16.04.2020 tarihli ve 7244 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle yapılan değişiklikler-, muafiyet ve istisnanın kapsamını genişletmeye yönelik olup, Türkiye Varlık Fonu veya Şirket ile herhangi bir hukuki ilişkiye giren tüm şirketler için, anılan muafiyet ve istisna hükmü, kural haline getirilmektedir.)

Belirtmek gerekir ki kanun koyucunun sayılı hukuki özneleri söz konusu beşinci fıkrada yer alan 6362 ve 4054 sayılı Kanunlara tabi kılıp; diğer Kanunlara tabi kılmamasında ne türden bir kamu yararı götüğü de belirsizdir. Kanun koyucu, söz konusu tüm Anayasal ilkeleri gözeterek sermaye piyasası ve rekabetin korunması yönünden 6362 ve 4054 sayılı Kanunların güvencelerini temin etmiş ve fakat haklı bir neden olmaksızın diğer iş ve işlemleri korumasız bırakmıştır. Kaldı ki söz gelimi denetim, personel rejimi, ihalelerin yapımı da sermaye piyasası ve rekabetin korunması kadar bir önemi haizdir; o halde denetim, personel rejimi, ihalelerin yapımına vb. ilişkin temel Kanunların gerekçesiz şekilde uygulanmamasının hüküm altına alınmasında bir kamu yararı bulunmamaktadır. Öte yandan anılan Kanunların uygulama sahası; sayılı hukuki öznelerin görev – yetki – sorumluluk alanında yürüteceği faaliyetlerin neredeyse tamamını içermektedir. Sayılı hukuki öznelerin görev – yetki – sorumluluk alanında yürüteceği faaliyetleri, bir yandan 6362 ve 4054 sayılı Kanunlara tabi kılıp öte yandan söz konusu beşinci fıkradaki diğer Kanunlara tabi kılmamak; sayılı hukuki öznelerin faaliyet gösterdiği sektörlerde tutarsız şekilde kendine özgü bir rejimin doğmasına sebep olacaktır. Tüm bu nedenlerle anılan ibare, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

b)Hukuk devleti ilkesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ve idarenin kanuniliği ilkesi bakımından: 6741 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına göre Cumhurbaşkanlığına bağlı, ana faaliyet konusu bu Kanunla belirtilen Türkiye Varlık Fonu ve alt fonların kurulması ve yönetimi olan, profesyonel yönetim ilkelerine göre yönetilen, özel hukuk hükümlerine tabi Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketi kurulmuştur. Anılan Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasına göre Şirketin yapısına ve işleyişine ilişkin usul ve esaslar Cumhurbaşkanı tarafından belirlenir. O halde Şirketin, Türkiye Varlık Fonunun veya bunlar tarafından hakim hissedar olarak kurulan ve kurulacak şirketlerin veya alt fonların; kurucusu olduğu veya bedellerini ödemek suretiyle sermayesinin ya da katılım paylarının yarısından fazlasına sahip olduğu şirketler, alt fonlar ve bunların bağlı ortaklıkları; anılan Kanunlardan bağışık tutulduğu için; sayılı hukuki öznelerin faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin usul ve esasları, Cumhurbaşkanı belirleyecektir.

Bu belirleme işleminin, hiçbir kanuni kayıt, temel alınacak ilke bütünü ve çerçeve getirilmeksizin ("Parti Başkanlığı yoluyla Devlet Başkanlığı ve Yürütme" sıfatlarıyla) Cumhurbaşkanının sınırsız takdir yetkisine bırakılması, Anayasa'nın 2, 7 ve 123. maddelerine aykırıdır.

Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin ön koşullarından olan hukuki güvenlik

ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheyi 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 123. maddesinde yer alan idarenin kanunilığı ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Ancak iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümle hükmü, sayılı hukuki öznelerin faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin hiçbir nesnel ölçüt ve usul öngörmemektedir. Oysaki, anılan Kanunlar, sayılı hukuki öznelerin faaliyetlerinin kanuna dayanarak ve aykırı olmadan yürütülebilmesi adına; ayrıntılı hükümler ihtiva etmektedir. İptali talep edilen ibare; sayılı hukuki öznelerin faaliyetlerinin yürütülmesini, anılan Kanunların güvence ve öngörülebilirlik alanından çıkarmakta ve idarenin (tüm idari teşkilatın makamına bağlı bulunduğu ve yürütme ve devleti temsil yetkilerinin bir kişide birleştiği monist yapılı yürütme organının başı konumunda bulunan Cumhurbaşkanı’nın) sınırları belirsiz özne ve keyfi düzenleme alanına bırakmaktadır. Bu durum, faaliyetlerin öngörülemez biçimde yürütülmesine, diğer bir deyişle sayılı hukuki öznelerin iş ve işlemlerinin denetimsiz ve verimsiz bir şekilde yapılmasına neden olacaktır. Bu nedenle kamuya ait (Zira 6741 sayılı Kanun’un kuruluş amacı, 1. maddesi uyarınca, yurtiçinde kamuya ait olan varlıkları ekonomiye kazandırmaktır.) nakdi kaynakların hukuki belirlilik ilkesine uygun ve kanunilik ilkesi çerçevesinde verimli harcanmasını bertaraf eden, sayılı hukuki özneler ile hukuki işlem yapmaya talip özel teşebbüsler bakımından bir güvenlik ve öngörülebilirlik sağlamayan ve normlar hiyerarşisine uygun olmayan iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

Buna ek olarak Anayasa’nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa’nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi’nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibareyle Şirketin, Türkiye Varlık Fonunun veya bunlar tarafından hakim hissedar olarak kurulan ve kurulacak şirketlerin veya alt fonların; kurucusu olduğu veya bedellerini ödemek suretiyle sermayesinin ya da katılım paylarının yarısından fazlasına sahip olduğu şirketler, alt fonlar ve bunların bağlı ortaklıklarının anılan Kanunlardan bağışık tutulmasının ve (açıklandığı üzere) 6741 sayılı Kanun’un 2 ve 3. maddelerinin birinci fıkralarının delaletiyle; temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (tüm idari teşkilatın makamına bağlı bulunduğu ve yürütme ve devleti temsil yetkilerinin bir kişide birleştiği monist yapılı yürütme organının başı konumunda bulunan Cumhurbaşkanı’na) sayılı hukuki öznelerin faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa’nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

c)Eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları, teşebbüs hürriyeti bakımından: Anılan Kanunlar, hem Şirketin, Türkiye Varlık Fonunun veya bunlar tarafından hakim hissedar olarak kurulan ve kurulacak şirketlerin veya alt fonların; kurucusu olduğu veya bedellerini ödemek suretiyle sermayesinin ya da katılım paylarının yarısından fazlasına sahip olduğu şirketler, alt fonlar ve bunların bağlı ortaklıklarını hem de bunlar ile yapılacak hukuki işlemlerin karşı tarafı olmayı talep edenleri korumaktadır. Diğer bir deyişle anılan Kanunlar Şirketin, Türkiye Varlık Fonunun veya bunlar tarafından hakim hissedar olarak kurulan ve kurulacak şirketlerin veya alt fonların; kurucusu olduğu veya bedellerini ödemek suretiyle sermayesinin ya da katılım paylarının yarısından fazlasına sahip olduğu şirketler, alt fonlar ve bunların bağlı ortaklıklarının, bunların var olduğu sektörlerdeki diğer özel teşebbüslerin ve bunlar ile yapılacak hukuki işlemlerin karşı tarafı olmayı talep eden özel teşebbüslerin fırsat eşitliği içinde rekabet edebilmesine olanak tanımaktadır. Bu durumun Anayasal temeli, eşitlik ilkesi bağlamında teşebbüs hürriyetindedir. Zira Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devletin, özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasına yönelik tedbirleri almaya ilişkin pozitif yükümlülüğü vardır ve Anayasa'nın 10. maddesi uyarınca Devlet, bu pozitif yükümlülüğü her bir özel teşebbüs bakımından (benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunanlar için) eşit şekilde yerine getirmekle mükelleftir. Bir özel teşebbüs bakımından eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti de, somut olayda benzer durumda olanlara ilişkin bir muamele farklılığı yapmayı meşrulaştıracak "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır. Ancak iptali talep edilen ibare ile sayılı hukuki öznelerin anılan Kanunlardan bağışık tutulması ve bunlar bakımından kanun düzeyinde alternatif usullerin belirlenmemesi, aynı şartları sağlayan iki özel teşebbüs arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10 ve 48. maddelerine aykırıdır. Diğer bir deyişle Devletin ihtilaflı kurala tabi olmayan bir alandaki bir özel teşebbüs bakımından pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesini ve fakat ihtilaflı kurala tabi alanda konumlanan bir diğerini gözetmemesini; daha somut bir anlatımla, benzer durumdaki özel teşebbüsler arasındaki muamele farklılığını haklı kılacak bir nedenin temellendirilmesini sağlayacak nesnel bir ölçüt bulunmamaktadır. Yine bu durumda, sayılı hukuki özneler ile hukuki işlem yapmaya talip iki teşebbüs, eşitsiz bir uygulamayla karşı karşıya kalabilecek, ilgili sektörlerdeki mal ve hizmet alımı, yapım işi vb. istikrarlı bir biçimde işleyemeyecektir. Ayrıca iptali talep edilen ibare; kamu yararı barındırmadan, idarenin düzenleyici işlemlerinin kanuni çerçevesini çizmeden, ayrımcı, öngörülemez ve keyfi işlem ve eylemlere açık uygulamalara sebep olarak teşebbüs hürriyetini sınırlandırdığından, bir başka deyişle yasallık ve gereklilik ölçütlerini karşılamadığından; Anayasa'nın 13. maddesine de aykırıdır.

ç)Hak arama özgürlüğü, etkili başvuru hakkı, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olması bakımından: İptali istenilen ibareyle sayılı hukuki öznelerin anılan Kanunlardan bağışık tutulması; hak arama özgürlüğünü düzenleyen Madde 36, etkili başvuru hakkını koruyan Madde 40 ve "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu"nın açık olduğunu öngören Madde 125'e aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi bir kararında; "Anayasanın hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip bulunduğu belirtilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımanın ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp

kanıtlayabilmesinin, zararını 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.” şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi’nin 25.06.2009 tarihli ve 2008/30 E.; 2009/96 K. sayılı Kararı). Buna ilave olarak Anayasa’nın 125. maddesine göre idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır.

Ancak sayılı hukuki özneleri sayılı Kanunların kapsamı dışında bırakmak; bu faaliyetler dolayısıyla hakları ihlal edilenlerin (söz gelimi ihaleye teklif sunanın 4734 sayılı Kanun’da öngörülen idareye şikayet usulüne, Kamu İhale Kurumu’na itirazın şikayet usulüne başvuramaması, kamu ihalesi aşamaları sırasında gerçekleşen eylem ve işlemleri idari yargı huzuruna taşıyamaması, ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında yapılan yasaklı fiil ve davranışlara yönelik yasal yollara başvurulamaması; 4735 sayılı Kanun’da öngörülen sözleşme uygulamalarına yönelik itiraz başvurularının yapılamaması; ve anlaşmazlıkların çözüm usullerinin işletilememesi; Yüksek Fen Kurulu’na başvurulamaması nedeniyle) hak arama özgürlüğüne ve etkili başvuru hakkına hanel getirecek ve (söz gelimi Kamu İhale Kurumu incelemesinin yapılamaması, Kamu İhale Kurumu kararları üzerinden ihalelerin yargısal denetimine ve görevlilerin sorumluluğuna başvurulamaması nedeniyle) idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olduğu kuralını ihlal edecektir. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 36, 40 ve 125. maddelerine de aykırıdır.

d) Sınırlandırma yetkisinin kötüye kullanılması nedeniyle Anayasa’nın 14. maddesi bakımından: Anayasa’nın 14. maddesi temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamamasını 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.”

Başka bir anlatımla Anayasa’nın 14. 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. maddesinin ikinci fıkrasının aksine Cumhurbaşkanına tanınan yetkiler, geniş bir yelpazeye yayılmakla birlikte, kendilerine aykırılık oluşturduğu kurallar ve hak-özgürlükler çerçevesini aşmaktadır. Diğer bir deyişle Cumhurbaşkanına tanınan yetkiler, ilgili hak ve özgürlükleri, “Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılması” sonucunu doğurduğundan; bunun yaptırımı (Anayasa’nın 14. maddesinin üçüncü fıkrası mucibince), iptali istenen kuralın AYM tarafından iptalidir.

Kanun koyucu, Cumhurbaşkanına çok geniş yetkiler tanımak suretiyle; Cumhurbaşkanı tarafından anılan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesine veya Anayasa’da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasına imkan verdiğinden; ihtilaflı kural, Anayasa’nın 14. maddesine aykırı olup iptali gerekir.

e)Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırılık: Anayasa’nın 104. maddesinde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sayılmıştır. Bu görev ve yetkiler arasında “Şirketin, Türkiye Varlık Fonunun veya bunlar tarafından hakim hissedar olarak kurulan ve kurulacak şirketlerin veya alt fonların; kurucusu olduğu veya bedellerini ödemek suretiyle sermayesinin ya da katılım paylarının yarısından fazlasına sahip olduğu şirketler, alt fonlar ve bunların bağlı ortaklıklarının faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin usul ve esasları belirleme” görev ve yetkisi sayılmadığı gibi; bu türden düzenlemeleri yapmayı dayandırabileceği (Anayasa’nın 104. maddesinde) bir hüküm de bulunmamaktadır. Yasama organı, görevi ve yetkisi dahilinde olmayan bir konuda Cumhurbaşkanını yetkilendirmek suretiyle; Anayasa’nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini ve 6. maddesinde yer alan hiçbir organın kaynağını Anayasa’dan almayan bir devlet yetkisi kullanamamasına yönelik hükmü ve 104. maddesini ihlal etmiştir. Kaldı ki Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasının “Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.” şeklindeki ikinci cümlesi uyarınca; iptali talep edilen ibarenin işaret ettiği anılan Kanunların adil yargılanma hakkının (ve teşebbüs hürriyetinin) kapsamında kaldığı gözetildiğinde; Cumhurbaşkanı tarafından bu hususlarda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi de çıkarılamaz. Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırıdır.

f)Para kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının düzenlenmesi bakımından: “Anayasa’nın 167. maddesinin ilk fıkrasında; 'Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.' denilmektedir. Maddede yalnız, tekelleşme değil, tekel oluşturmaya üretim ve hizmet kuruluşlarının 'fiyat anlaşmaları', 'coğrafi bölge paylaşma' ve 'benzeri suretle' gerçekleştirilecek kartelleşme de yasaklanmış; Devlet, bunu engelleyici önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Böylece rekabetin ortadan kaldırılması, tekellerin ve kartellerin fiyatları oluşturmaya ve etkilemesi önlenmek istenmiştir. Devletin tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemek görevi, temelde tüketiciyi koruma amacı gütmektedir. Bu da ancak, tekelleşme ve kartelleşmelerin önlenerek özgür rekabet ortamının sağlanması ile güvenceye alınabilir. Piyasa ekonomisinin etkinliği, serbest rekabet koşullarının varlığına bağlıdır. Tekelleşmeye veya kartelleşmeye olanak veren ortamlarda piyasa ekonomisi etkinliğini yitirir. Bu nedenle, yasal düzenlemelerde, tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemeye, dolayısıyla bireyleri ve toplumu korumaya yönelik kuralların bulunması zorunludur. Bu husus, Anayasa’nın 5. maddesindeki Devlet’in 'kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak' görevleri ile de doğrudan ilgilidir” (Anayasa Mahkemesi’nin 16.06.2011 tarihli ve 2009/9 E.; 2011/103 K. sayılı Kararı). Öte yandan “Anayasa’nın 167. maddesinin ikinci fıkrasının vermiş olduğu yetkiye dayanarak Yasama Organı, "dış ticaretin düzenlenmesini yürütme organına bırakmıştır. O halde, Bakanlar Kurulu, Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla bu konunun çerçevesini, genel esaslarını, temel yönlerini ve ayrıntılarını tümüyle düzenleme yetkisine sahiptir.” (Anayasa Mahkemesi’nin 11.01.1985 tarihli ve 1984/6 E.; 1985/1 K. sayılı Kararı).

Ancak sayılı hukuki özneleri anılan Kanunlardan varestede tutmak, sayılı hukuki öznelerin yürüttüğü faaliyetlere ilişkin sektörlerde, söz gelimi mal ve hizmet alımlarının, yapım işlerinin

vb.'nin rekabet içinde yapılamamasına ve kamu yararına aykırı şekilde belli özel teşebbüslerin himaye edilmesine neden olacaktır. Başka bir anlatımla sayılı hukuki özneler, anılan Kanunlardan bağışık tutulmasına rağmen; anılan Kanunların ratio legis'ine eşdeğer alternatif bir kanuni usul ihdas edilmeyerek; sayılı hukuki özneler tarafından yürütülecek faaliyetler, hiçbir kanuni kayda tabi olmayan idari işlemlerin konusu yapılmıştır. Varestede tutulacak hükümlerin ekonomik etkisi, hukuki işlemlerin karşı tarafının seçiminin nesnel ölçütlere bağlanmaması; Fonun bünyesindeki değerlerin rayiç bedelinden daha düşük bir meblağ üzerinden işlem görmesine neden olabilecektir. Halbuki 6741 sayılı Kanun'un 1. maddesi gereğince Fonun ihdas edilmesindeki amaç sermaye piyasalarında araç çeşitliliği ve derinliğine katkı sağlamak, yurtiçinde kamuya ait olan varlıkları ekonomiye kazandırmak, dış kaynak temin etmek, stratejik, büyük ölçekli yatırımlara iştirak etmektir. İptali talep edilen ibare, 6741 sayılı Kanun'un amacıyla uyum içinde değildir. Başka bir anlatımla sayılı hukuki öznelerin büyük meblağlar mukabilinde yapacağı faaliyetler için rekabetçi piyasa koşullarının hazırlanamaması ve sürekli aynı firmalar lehine söz konusu hukuki işlemlerin sonuçlanabilmesi; bu faaliyetlerin ilgili olduğu sektörlerin tekelleşmesine, (kamuya ait değerleri kullanan) sayılı hukuki öznelerin mali bakımdan zarara uğramasına ve dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olacağından; iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 5 ve 167. maddelerine de aykırıdır.

g)Demokratik hukuk devleti ilkesi ve denetim bakımından: Anayasa'nın 160. maddesinde Sayıştay'ın, merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevli olduğu; 165. maddesinde ise sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarının Türkiye Büyük Millet Meclisince denetlenmesi esaslarının kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

İptali talep edilen ibareyle Şirketin, Türkiye Varlık Fonunun veya bunlar tarafından hakim hissedar olarak kurulan ve kurulacak şirketlerin veya alt fonların; kurucusu olduğu veya bedellerini ödemek suretiyle sermayesinin ya da katılım paylarının yarısından fazlasına sahip olduğu şirketler, alt fonlar ve bunların bağlı ortaklıkları, hem 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'ndan hem de 3346 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'dan varestede tutulmuştur. O halde kanun koyucu, sayılı hukuki öznelerin anılan Kanunlar kapsamındaki denetime tabi olduğunu zımnen kabul etmiş ve fakat iptali talep edilen ibareyle sayılı hukuki özneleri, alternatif denetim usulü öngörmeksizin, anılan Kanunlara tabi olmaktan çıkarmıştır.

Halbuki Anayasa Mahkemesi bir kararında:

“209. 6085 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, Sayıştayın denetimine tabi kurum ve kuruluşlar arasında, özel kanunlar ile kurulmuş anonim ortaklıklar ile maddenin (a) bendinde sayılan idarelere bağlı veya bu idarelerin kurdukları veya doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak bunların ortak oldukları her çeşit idare, kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler de sayılmış, ancak dava konusu ibarelerle anılan bu kuruluşların Sayıştay tarafından denetlenebilmesi için bunların sermayesindeki kamu payının % 50'den fazla olması kuralına yer verilerek Sayıştayın bu kuruluşlara ilişkin denetim yetkisi sınırlandırılmıştır.

210. Anayasa'nın "Sayıştay" başlıklı 160. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde " Sayıştay, merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik

kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevlidir. " denilmiş; üçüncü fıkrasında, " Mahalli idarelerin hesap ve işlemlerinin denetimi ve kesin hükme bağlanması Sayıştay tarafından yapılır. " hükmüne yer verilmiş; 2. maddesinde ise Türkiye Cumhuriyetinin demokratik bir hukuk devleti olduğu vurgulanmıştır.

211. Buna göre, merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ve sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarının ve mahalli idarelerin hesap ve işlemlerinin denetimi ve kesin hükme bağlanması görevlerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi adına Sayıştay tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir.

212. Anayasa'da, Sayıştay denetiminin kapsamı ve niteliğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte bu denetimin, demokrasinin temel gereklerinden olan şeffaflık, saydamlık, yasamanın yürütmeyi denetleme hakkı ve yürütmenin yasamaya ve halka hesap verme sorumluluğu anlayışına uygun olarak yapılması gerektiği açıktır.

213. Kuvvetler ayrılığı esasına dayanan demokratik yönetim biçiminde, yürütme organına gelir toplama ve harcama yetkisi tanıyan bütçelerin yapımı, halkın temsilcilerinden oluşan yasama organının asli görevlerindendir. Yasama organı açısından aynı zamanda bir hak olan bu görev, yürütmenin bütçe ile ilgili işlemlerinin doğru, güvenilir ve kanunlara uygun bir şekilde yürütülüp yürütülmediğinin denetimini de kaçınılmaz kılmaktadır. Bu bağlamda, yasama organının, halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırları belirlenmiş 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, demokratik parlamenter yönetim sistemini benimsemiş olan ülkelerde, halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşan ve en yetkili organ olan yasama organına ait bulunmaktadır. Anayasa'nın 87., 160., 162. ve 164. maddelerine göre bütçe hakkı TBMM'nindir. Bütçe, hükümetin Meclis'e karşı temel sorumluluk mekanizmasıdır. Meclis, bütçe ile hükümete gelir toplama ve gider yapma yetkisi vermekte, bu yetkinin uygun kullanılmasını da bütçe sürecinin bir parçası olan kesin hesap faaliyeti ile denetlemektedir. Bütçe uygulamalarının denetimi görevi, bütçe işlemlerinin gün geçtikçe nitelik ve nicelik itibarıyla artması ve karmaşıklaşması nedeniyle yasama organı adına tarafsız ve uzman kuruluşlar tarafından yerine getirilmektedir. Ülkemizde de bu görev, Anayasa'nın 160. maddesiyle Sayıştaya verilmiştir. Yasama organının, yürütme organı üzerindeki bütçe denetimi büyük ölçüde Sayıştay tarafından yapılan bu denetimlere dayanmaktadır. Dolayısıyla, yasama organının işlevini etkin ve sağlıklı bir biçimde yürütmesinde Sayıştay denetiminin önemi yadsınamaz. Öte yandan, Sayıştay denetimi, demokratik devlet ilkesinin bir gereği olarak yürütmenin, halka ve yasama organına hesap verme sorumluluğunun işlevselleştirilmesinin en önemli araçlarından biridir.

214. 6085 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, Sayıştay'ın denetimine tabi kurum ve kuruluşlar arasında, sermayesinde kamu payı bulunan ve özel kanunlarla kurulmuş anonim ortaklıkları ile maddenin (a) bendinde sayılan idarelere bağlı veya bu idarelerin kurdukları veya doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak bunların ortak oldukları her çeşit idare, kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler de sayılmış olmasına rağmen dava konusu ibarelerle anılan bu kuruluşların Sayıştay tarafından denetlenebilmesi için bunların sermayesindeki kamu payının % 50'den fazla olması kuralına yer verilmektedir. Bu durum, Sayıştayın anılan kamu kaynaklarının kullanımına ilişkin denetim yetkisini ortadan kaldırmakta, dolayısıyla yasama

organının yürütmenin bütçe ile ilgili işlemlerini kanunlara uygun bir şekilde yürütüp yürütmediğini denetleme imkânını sınırlayarak demokratik devlet ilkesine zarar vermektedir.

215. Açıklanan nedenlerle dava konusu ibareler, Anayasa'nın 2. ve 160. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”

Değerlendirme, gerekçeleştirme ve sonucuna (karar) varmıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 04.12.2014 tarihli ve 2013/114 E.; 2014/184 K. sayılı Kararı). Anılan Anayasa Mahkemesi Kararı göz önüne alındığında; 6741 sayılı Kanun'un “Türkiye Varlık Fonunun kaynakları ve finansman sağlanması” başlıklı 4. maddesi uyarınca kamu kaynaklarını kullanan Türkiye Varlık Fonu ve Şirket ile alt fonlar ve Şirket veya Türkiye Varlık Fonu tarafından kurulan diğer şirketlerin Sayıştay tarafından denetlenmesi gerekmektedir. (Nitekim 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendi de “Sayıştay, kamu idareleri bütçelerinde yer alıp almadığına bakılmaksızın özel hesaplar dahil tüm kamu hesapları, fonları, kaynakları ve faaliyetlerini denetler.” şeklindedir.)

Ancak Anayasa Mahkemesi bir başka kararında:

“37. Dava konusu kuralla 3.12.2010 tarihli ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu hükümleri, Türkiye Varlık Fonu ve Şirket ile alt fonlar ve Şirket tarafından kurulan diğer şirketler hakkında uygulanmayacak kanunlar arasında sayılmıştır.

38. Anayasa'nın “Sayıştay” başlıklı 160. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde “Sayıştay, merkezî yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevlidir...” hükmüne, üçüncü fıkrasında ise “Mahallî idarelerin hesap ve işlemlerinin denetimi ve kesin hükme bağlanması Sayıştay tarafından yapılır.” hükmüne yer verilmiştir.

39. Buna göre, merkezî yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ve sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleriyle mallarının ve mahallî idarelerin hesap ve işlemlerinin denetimi ve kesin hükme bağlanması görevlerinin Sayıştay tarafından yerine getirilmesi anayasal bir zorunluluk olup belirtilen idare ve kurumların Sayıştay tarafından denetlenmesi görevini ortadan kaldıracak bir düzenleme yapılması mümkün değildir.

40. Sayıştayın belirtilen görevinin yanı sıra Anayasa'nın 160. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde ifade edildiği üzere “kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevli” olması nedeniyle bu kapsamda Sayıştaya bir görev verilip verilmemesi konusunda kanun koyucunun takdir yetkisine sahip olduğu açıktır.

41. Anayasa'nın 160. maddesinde belirtilen idare ve kuruluşlar dışında kalan idare ve kuruluşlara ilişkin kamu kaynaklarının kamu yararına yönelik olarak hukuka uygun bir şekilde kullanılıp kullanılmadığının denetlenmesi de Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletinin bir gereği olmakla birlikte Anayasa'da bu denetimin hangi kurum aracılığıyla ve hangi usullerle yapılacağı konusunda sınırlayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu denetimin Sayıştay aracılığıyla yapılması zorunluluğu bulunmayıp söz konusu denetimin hangi kurum aracılığıyla yaptırılacağı hususu kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kalmaktadır.

42. Anayasa Mahkemesinin 28.12.2016 tarihli ve E.2016/21, K.2016/199 sayılı kararında da “Kanun koyucunun, Anayasa’nın 160. maddesinde belirtilenler dışında kalan anılan nitelikteki ve sermayesinde belli bir miktarda kamu payı bulunan şirketleri, bunların iştiraklerini ve bağlı ortaklıklarını Sayıştay denetimine tabi kılıp kılmama, ayrıca Sayıştay denetimine tabi kıldığı takdirde denetim yetkisinin kapsamını, yöntemini ve usulünü belirleme konusunda takdir yetkisi bulunduğu açıktır” denilmek suretiyle kanun koyucunun Anayasa’nın 160. maddesinde belirtilen kamu idare ve kurumları dışında kalan kurum ve kuruluşların Sayıştay denetimine tabi olup olmamaları ve denetimin kapsamı ile yöntemini belirleme konularında takdir yetkisine sahip olduğu ifade edilmiştir.

43. Türkiye Varlık Fonu, 6741 sayılı Kanun’un amaç ve kapsamını belirleyen 1. maddesinde ve genel gerekçesinde belirtildiği üzere sermaye piyasalarında araç çeşitliliği ve derinliğine katkı sağlamak, yurt içinde kamuya ait olan varlıkları ekonomiye kazandırmak, stratejik büyük ölçekli yatırımlara iştirak etmek yanında yurt içi ve yurt dışında finansal risklerin artmasıyla yaşanan ekonomik dalgalanma dönemlerinde, yabancı yatırımcıların gerçekleştirdikleri fon çıkışlarının varlık fiyatlarında sert düşümlere yol açması ve yerli yatırımcıların spekülasyon döviz talebinin artması, piyasalarda likiditenin azalması ve finansal istikrara yönelik endişelere yol açması gibi sorunları çözmek için finansal stres ortamında piyasalarda stabilize edici bir görev üstlenerek, kamu fonlarının konsolide olarak yönetildiği, ülke tasarruflarının büyüklüğünü ve gücünü görünür kılarak piyasalarda gerekli güven ortamını yaratarak stratejik düzeyde Türk ekonomisini dışarıdan yönlendirilen müdahalelere karşı kuvvetlenmesinde önemli rol üstlenmek, garanti mahiyetinde bir fon olmak üzere kurulmuştur.

44. Bu amaçlar yanında 6741 sayılı Kanun’un genel gerekçesinde ifade edildiği gibi Türkiye Varlık Fonunun kurulmasıyla büyüme oranına ilave artış sağlanması, sermaye piyasalarının büyüme ve derinleşmesinin hızlandırılması, bazı finans varlıklarının kullanımının yaygınlaşması, yapılacak yatırımlarla ek istihdam sağlanması, savunma, havacılık ve yazılım gibi teknoloji yoğun stratejik sektörlerdeki yerli şirketlerin sermaye ve proje bazında desteklenmesi, küresel oyuncu olmalarının sağlanması, büyük alt yapı projelerine kamu kesimi borcu artırılmadan finansman sağlanması, katılım finansmanı sektör payının artırılması, arz güvenliğini sağlamak üzere Türkiye için önem taşıyan doğal gaz ve petrol gibi yurt dışındaki stratejik sektörlerle kısıtlamalara bağlı olmadan doğrudan yatırım yapılabilmesi hedeflenmektedir.

45. Bu şekilde önemli finansal ve yapısal hedef ve beklentileri olan Türkiye Varlık Fonu ve Şirket gerekçede ifade edildiği gibi 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi ancak bir devlet şirketi formunda, birçok konuda muafiyet ve istisnalara sahip olarak özel bir statüde kurulmuştur. Kanun koyucunun Türkiye Varlık Fonu ile anonim şirket statüsünü haiz kendine özgü bir kuruluş olan Şirket hakkında söz konusu hedef ve beklentileri yerine getirirken klasik yöntemlerin dışında farklı bir çalışma ve denetim usulü benimsediği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda Fon ve Şirket ile alt fon ve Şirket tarafından kurulacak diğer şirketler, Anayasa’nın 160. maddesinde Sayıştay denetimi öngörülen merkezî yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumları arasında yer almadığı gibi aynı madde uyarınca bunlar hakkında inceleme, denetleme ve hükme bağlama işleri de takdir yetkisi kapsamında kanunla özel olarak da Sayıştaya verilmemiştir. Ayrıca söz konusu Fon ve Şirkete genel bütçeden doğrudan bir kaynak aktarımı da yapılmadığı dikkate alındığında özel bir statüye sahip olarak kurulan ve farklı bir çalışma usulü öngörülen Türkiye Varlık Fonu ve Şirket ile alt fonlar ve diğer şirketler hakkında 6085 sayılı Sayıştay Kanunu’nun uygulanmaması hakkında dava konusu kuralın Anayasa’nın 160. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

46. Öte yandan Anayasa'nın 165. maddesinde "Sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarının Türkiye Büyük Millet Meclisince denetlenmesi esasları kanunla düzenlenir." hükmü yer almaktadır. Devlet gelir ve giderleri ile malları üzerinde denetimle ilgili olarak Anayasa'da Sayıştay denetimi yanında kabul edilen diğer yöntem Anayasa'nın 165. maddesinde belirtildiği üzere kanun gereğince kurulan ve denetimin Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından yapılması öngörülen sistemle gerçekleştirilen denetimdir. Bu bağlamda denetim bakımından tek yetkili organ Sayıştay değildir. Kanun koyucu bazı durumlarda Sayıştaydan başka kurumlara da denetim görevini verebilmektedir. Ancak Anayasa'nın 165. maddesi dikkate alındığında kurulacak denetim sisteminin mutlaka Türkiye Büyük Millet Meclisi denetimini sağlayacak bir nitelikte olması gerekmektedir.

47. Türkiye Varlık Fonu, Anayasa'nın 165. maddesi içinde sayılan bir kamu kuruluşudur. 1961 Anayasası'nın 127. maddesinin son fıkrasında sadece kamu iktisadi teşebbüslerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından denetlenmesi öngörülmüşken 1982 Anayasası'nın 165. maddesinde "Sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarının" denilerek kapsam genişletilmiştir. Nitekim maddenin Danışma Meclisindeki gerekçesi aynen 1961 Anayasası'nda olduğu gibi "Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından denetlenmesi usul ve esasları kanunla düzenlenmelidir" şeklinde iken madde, Millî Güvenlik Konseyinde yapılan değişiklikle şimdiki durumunu almıştır. Bu gerekçede "Payının yarısından fazlasına Devletin sahip olduğu kamu kuruluş ve ortaklıklarının Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce, Yüksek Denetleme Kurulu raporlarıyla, düzenlenecek diğer raporlar da esas alınarak denetlenmesine imkân verecek şekilde madde yeniden düzenlenmiştir." ifadelerine yer verilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 165. maddesi "Kamu İktisadi Teşebbüsleri denetimi" başlığını taşıyor ise de bütçe içi ya da bütçe dışı kamu kaynaklarından oluşan, tüzel kişiliğe sahip ve bir kamu hizmeti yapmak üzere bir amaca tahsis edilen fonların da Türkiye Büyük Millet Meclisince denetlenmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bu bağlamda Türkiye Varlık Fonu ile Türkiye Varlık Fonu bünyesinde kurulacak alt fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince denetlenmesi esasları da kanunla düzenlenmesi gereken bir husustur.

48. 6741 sayılı Kanun'un "Denetim" başlıklı 6. maddesinde Şirket, Şirket tarafından kurulacak diğer şirketler, Türkiye Varlık Fonu ve Türkiye Varlık Fonu bünyesinde kurulacak alt fonların bağımsız denetime tabi olduğu, Şirketin 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında kurumsal yönetim düzenlemelerine uyacağı, Şirket ile Şirket tarafından kurulacak diğer şirketlerin, Türkiye Varlık Fonu ve Türkiye Varlık Fonu bünyesinde kurulacak alt fonların bağımsız denetimden geçmiş yıllık mali tabloları ile faaliyetlerinin, Başbakan tarafından görevlendirilecek sermaye piyasaları, finans, ekonomi, maliye, bankacılık, kalkınma alanlarında uzman en az üç merkezî denetim elemanı tarafından bağımsız denetim standartları çerçevesinde denetleneceği, denetim sonucunda hazırlanacak raporun her yıl haziran ayı sonuna kadar Bakanlar Kuruluna sunulacağı, Şirketin, Şirket tarafından kurulacak diğer şirketlerin, Türkiye Varlık Fonu ve Türkiye Varlık Fonu bünyesinde kurulacak alt fonların bir önceki yıla ait mali tabloları ile faaliyetlerinin, her yıl ekim ayında Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonu tarafından, 6. maddenin birinci ve ikinci fıkraları kapsamında hazırlanan ve Başbakanlık tarafından gönderilen denetim raporları üzerinden görüşülerek denetleneceği hüküm altına alınmıştır.

49. Öngörülen denetimin Türkiye Varlık Fonu ile bu Fon bünyesinde kurulacak alt fonlar hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisinin denetimine yer verdiği, bu bağlamda

Anayasa'nın 165. maddesinde belirtilen Türkiye Büyük Millet Meclisince yapılacak denetimin esaslarının kanunla düzenlendiği anlaşılmaktadır.

50. Ayrıca 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun başta 14. maddesi olmak üzere diğer maddelerinde bağımsız denetime ilişkin ayrıntılı düzenlemeler bulunmakta olup Şirket 6741 sayılı Kanun'un 6. maddesi gereğince bu kapsamdaki kurumsal yönetim düzenlemelerine uyacaktır. Dolayısıyla dava konusu kuralla Sayıştay denetiminin kapsamı dışına çıkarılan Fon ve Şirket ile alt fon ve Şirket tarafından kurulacak diğer şirketlerin, gerek 6741 sayılı Kanun gerekse diğer kanunlarda çok yönlü ve etkili olarak denetimlerinin sağlanmasına yönelik ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş olduğundan denetim dışı kaldıkları veya söz konusu denetimin yetersiz olduğu söylenemez. Bu denetimlere ek olarak Anayasa'nın 160. maddesi gereğince Sayıştaya görev verilmesi ve bu denetimin kapsamının belirlenmesi kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir. Bu bağlamda kanun koyucunun söz konusu Fon ve Şirket ile alt fon ve Şirket tarafından kurulacak diğer şirketler bakımından Sayıştay denetimi dışında ayrı bir denetim usulü öngörmesinde Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık bulunmamaktadır.

51. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 160. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.”

şeklindeki gerekçeyle kanun koyucu tarafından söz konusu Fon ve Şirket ile alt fon ve Şirket tarafından kurulacak diğer şirketler bakımından Sayıştay denetimi dışında ayrı bir denetim usulü öngörülmesine cevaz verilmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 18.01.2018 tarihli ve 2016/180 E.; 2018/4 K. sayılı Kararı). Ancak söz konusu 6. madde; Anayasa'nın 160 ve 165. maddelerinin gereklerini karşılamamaktadır (Benzer yönde bkz.: Anayasa Mahkemesi'nin 18.01.2018 tarihli ve 2016/180 E.; 2018/4 K. sayılı Kararı hakkında Serruh KALELİ'nin Karşılığı, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün Karşılığı Yazısı, Recep KÖMÜRCÜ'nün Karşılığı Gerekçesi, Celal Mümtaz AKINCI'nın Karşılığı Gerekçesi). Yine Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında: “933 sayılı Yasaya göre ödünç verilecek paralar bütçede yer alıyor ise de, bunların aracı kuruluşlara verilmesinden sonraki evrede denetlenmesi Sayıştay Kanunu hükümlerince artık Sayıştay'ın inceleme alanı dışında kalmaktadır. Demek ki ödünç verilen paraların aracı kuruluşlarca yerinde kullanılmış olup olmadıkları ve zamanında geri alınmış bulunup bulunmadıkları Türkiye Büyük Millet Meclisinin Sayıştay aracılığıyla yapacağı denetimden kurtulmaktadır. Bu bakımdan incelenen bentte düzenlenmiş bulunan ödünç verme kuralları, Anayasa'nın 127. maddesine dahi aykırıdır.” şeklindeki temellendirmeyi kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 23, 24 ve 25.10.1969 tarihli ve 1967/41 E.; 1969/57 K. sayılı Kararı).

Kaldı ki 6. maddenin kapsama alanına (Şirket, Şirket tarafından kurulacak diğer şirketler, Türkiye Varlık Fonu ve Türkiye Varlık Fonu bünyesinde kurulacak alt fonlar), iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümlede bulunan “Şirketin, Türkiye Varlık Fonunun veya bunlar tarafından hakim hissedar olarak kurulan ve kurulacak şirketlerin veya alt fonların; kurucusu olduğu veya bedellerini ödemek suretiyle sermayesinin ya da katılım paylarının yarısından fazlasına sahip olduğu şirketler, alt fonlar ve bunların bağlı ortaklıkları”nın dahil olup olmadığı dahi belirsizdir. Nitekim, 6741 sayılı Kanun'un “Denetim” başlıklı 6. maddesi:

“(1) Şirket, Şirket tarafından kurulacak diğer şirketler, Türkiye Varlık Fonu ve Türkiye Varlık Fonu bünyesinde kurulacak alt fonlar bağımsız denetime tabidir. Şirket, 6362 sayılı Kanun kapsamında kurumsal yönetim düzenlemelerine uyar.

(2) Şirket, Şirket tarafından kurulacak diğer şirketler, Türkiye Varlık Fonu ve Türkiye Varlık Fonu bünyesinde kurulacak alt fonların bağımsız denetimden geçmiş yıllık mali tabloları ile faaliyetleri, Cumhurbaşkanı tarafından görevlendirilecek sermaye piyasaları, finans, ekonomi, maliye, bankacılık, kalkınma alanlarında uzman en az üç merkezi denetim elemanı tarafından bağımsız denetim standartları çerçevesinde denetlenir. Denetim sonucunda hazırlanacak rapor her yıl ağustos ayı sonuna kadar Cumhurbaşkanına sunulur.[6]

(3) Şirket, Şirket tarafından kurulacak diğer şirketler, Türkiye Varlık Fonu ve Türkiye Varlık Fonu bünyesinde kurulacak alt fonların bir önceki yıla ait mali tabloları ile faaliyetleri, her yıl ekim ayında Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonu tarafından, birinci ve ikinci fıkralar kapsamında hazırlanan ve Cumhurbaşkanlığı tarafından gönderilen denetim raporları üzerinden görüşülerek denetlenir.”

şeklindedir. Öte yandan, 6. madde kapsamında yapılan denetimlerde gecikme olması, denetime konu bilgi ve belgelerin ticari sır olduğu iddia edilerek denetim elemanlarına verilmemesi, cezai sorumluluğun doğmasına neden olabilecek eylemlerin tespit (ve dahi ihbar) edilememesi uygulamada karşılaşılabilecek olasılıklardandır.

Sayıli hukuki öznelerin anılan Kanunların uygulama alanından çıkarılması, demokratik hukuk devleti ilkesinin aksine; nihayetinde kamu kaynaklarının kullanımının hukukilik ve verimlilik bakımından denetlenmesinin önüne geçeceğinden; mali yönden hesap verilebilirliği olmayan mahfuz bir alan yaratılacaktır. (Halbuki 6085 sayılı Sayıştay Kanunu’nun ratio legis’i “Dünyada kabul gören temel yaklaşım, tüm kamu fonlarının, kaynaklarının ve faaliyetlerinin parlamento adına dış denetim görevi yapan sayıştaylar tarafından denetlenmesidir.”. ). Kaldı ki sayılı hukuki öznelerin faaliyetlerinin denetlenmesini sağlayacak Anayasa’nın 160 ve 165. maddelerinin öngördüğü bağlamda şekli ve maddi anlamda kanunilik ilkesinin gereklerini karşılayacak yeni bir kanun hükmü de ihdas edilmemiştir. [Yukarıda belirtildiği gibi 6741 sayılı Kanun’un 6. maddesinin kapsamında dahi, sayılı hukuki öznelerin olup olmadığı tartışmalıdır. Kaldı ki söz konusu 6. madde; Anayasa’nın 160 ve 165. maddelerinin gereklerini karşılamamaktadır (Benzer yönde bkz.: Anayasa Mahkemesi’nin 18.01.2018 tarihli ve 2016/180 E.; 2018/4 K. sayılı Kararı hakkında Serruh KALELİ’nin Karşioy, Osman Alifeyyaz PAKSÜT’ün Karşioy Yazısı, Recep KÖMÜRCÜ’nün Karşioy Gerekçesi, Celal Mümtaz AKINCI’nın Karşioy Gerekçesi).]

Açıklandığı üzere sayılı hukuki özneler, Sayıştay tarafından denetlenmelidir ancak bir an için sayılı hukuki öznelerin (Anayasa Madde 160 gereği) Sayıştay denetimine tabi olmadığı ileri sürülürse; muhakkak (Anayasa Madde 165 gereği) Türkiye Büyük Millet Meclisince denetlenmesinin esasları kanunla düzenlenmelidir. Ancak iptali talep edilen ibare, sayılı hukuki öznelerin denetiminin nasıl yapılacağına ilişkin bir boşluk yaratmıştır. Oysa hukuk devletinde hiçbir kamusal işlem ve eylem denetim dışı bırakılamaz. Bu nedenlerle anılan ibare, Anayasa’nın 2, 160 ve 165. maddelerine aykırıdır.

ğ)Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa’nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibare, adil yargılanma hakkına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesini ihlal ettiğinden Anayasa’nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7407 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle 19.08.2016 tarihli ve 6741 sayılı Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesinin beşinci fıkrasına eklenen cümlede yer alan "uygulanmaz" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 14, 36, 40, 48, 90, 104, 123, 125, 160, 165 ve 167. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

4) 26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16. maddesiyle 10.11.2016 tarihli ve 6758 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 19. maddesinin değiştirilen sekizinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "yeni şirket kurulmasına karar verilebilir" ibaresi, ikinci cümlesinde yer alan "izin ve muvafakati aranmaz" ibaresi, yedinci cümlesi ile değiştirilen dokuzuncu fıkrasında yer alan "13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olunmaksızın Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından kullanılabilir" ibaresinin, eklenen on birinci fıkranın dördüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı

15 Temmuz 2016 tarihindeki darbe girişiminin ardından 21 Temmuz 2016 Tarihli ve 29777 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2016/9064 sayılı "Anayasanın 120. Maddesi ile 2935 Sayılı Olağanüstü Hal Kanununun 3. Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) Bendine Göre, Ülke Genelinde 21/7/2016 Perşembe Günü Saat 01.00'dan İtibaren Doksan Gün Süreyle Olağanüstü Hal İlan Edilmesi Hakkında Karar" ile ülke genelinde olağanüstü hal ilan edilmiştir; yedi kez uzatılan olağanüstü hal, Temmuz 2018'de sona ermiştir. Olağanüstü hal döneminde birçok kanun hükmünde kararname çıkarılmış; daha sonra bunlar, kanunlaştırılmıştır. Ancak söz konusu kanunların hukuki etkisi, olağanüstü hal dönemiyle sınırlı kalmayıp günümüze dek sürmektedir.

7407 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle ise 6758 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un kayyımlik yetkisinin devri ve tasfiyeyi düzenleyen 19. maddesinde birtakım değişiklikler yapılmıştır.

Öncelikle Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun (TMSF) hukuki statüsünü ortaya koymak gerekmektedir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 111. maddesi uyarınca; bu Kanun ve ilgili diğer mevzuat ile verilen yetkiler çerçevesinde tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla, mevduatın ve katılım fonlarının sigorta edilmesi, Fon bankalarının yönetilmesi, mali bünyelerinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması, devri, birleştirilmesi, satışı, tasfiyesi, Fon alacaklarının takip ve tahsili işlemlerinin yürütülmesi ve sonuçlandırılması, Fon varlık ve kaynaklarının idare edilmesi ve Kanunla verilen diğer görevlerin ifası için kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip TMSF kurulmuştur. Bununla birlikte 2018/1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin ek listesinde TMSF, Cumhurbaşkanlığı ile ilgilendirilmiştir.

Gözler, bağımsız idari otoritelerin ortak özelliklerini "1) faaliyet konuları; 2) Devlet adına çalışma; 3) icrai karar alma yetkisi; 4) yargısal değil, idari nitelik; 5) kararlarının yargısal denetime tabi olması; 6) kamu tüzel kişiliği; 7) kamu kurumu olma; 8) bağımsızlık özelliği; 9) vesayet denetimine tabi olabilme; 10) müeyyide uygulama yetkisi; 11) düzenleme yetkisi; 12) ilişkili kurum olma; 13) kendilerine has bütçeleri vardır; 14) mali denetimleri Sayıştay tarafından yapılır" şeklinde sıralamıştır. . TMSF; tasarruf, mevduat ve katılım fonları hususunda faaliyet göstermektedir; bu faaliyetlerin yürütülmesini Devlet nam ve hesabına

temin ederek bir türden kamu hizmeti görür; anılan Kanun'un 122. maddesi uyarınca Fon Kurulu kararlarının uygulanmasını sağlar; yargısal değil idari nitelikte karar alır ve idari usulle karar alır; kararları idari yargı denetimine tabidir ; kamu tüzel kişiliğini haizdir; kamu tüzel kişiliğini haiz olduğundan bir türden kamu kurumu niteliğindedir; idari özerliğe dolayısıyla bağımsızlığa sahiptir; düzenleme yapma yetkisi vardır ; Cumhurbaşkanlığı ile ilgilendirilmiştir; mali özerkliğe sahiptir dolayısıyla kendilerine has bütçeleri vardır; anılan Kanun'un 124. maddesi uyarınca Sayıştay tarafından denetlenir. Ancak EPDK, BDDK gibi bağımsız idari otoritelerin uyguladığı bağlamda müeyyide uygulama yetkisi bulunmamaktadır ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ekli (III) sayılı cetvelde sayılan düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında TMSF yer almamaktadır. Sayıştay ise; TMSF'yi bağımsız idari otorite olarak nitelendirmektedir. Her ne kadar TMSF'nin bağımsız idari otorite olup olmadığı hususu tartışmalı olsa, literatürde "üst kurul benzeri, fon tipi yönetim" ve benzeri isimlerle adlandırılrsa da; Anayasa'nın 123. maddesi bağlamında; merkezi idari teşkilat içinde konumlanmaktadır.

Bununla birlikte 6758 sayılı Kanun'un 19. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasına göre bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı veya irtibatı nedeniyle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (şirket yönetimi için kayyım tayinini düzenleyen) 133. maddesi uyarınca kayyım atanmasına karar verilen şirketlerde görev yapan kayyımların yetkileri, hakim veya mahkeme tarafından Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilir ve devirle birlikte kayyımların görevleri sona erer. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra ve olağanüstü halin devamı süresince terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı veya irtibatı nedeniyle Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 133. maddesi uyarınca şirketlere ve bu Kanun'un 13. maddesi uyarınca varlıklara kayyım atanmasına karar verildiği takdirde, kayyım olarak Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu atanır.

a) 26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16. maddesiyle 10.11.2016 tarihli ve 6758 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 19. maddesinin değiştirilen sekizinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "yeni şirket kurulmasına karar verilebilir" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

İptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümle hükmüne göre kayyımların yetkileri Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen veya Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun kayyım olarak atandığı şirketlerde, şirketin ortaklarının şirkette sahip olduğu pay oranında yeni kurulacak şirketlerde pay sahibi olmaları koşuluyla şirket yönetim organının önerisi ve Fon Kurulu kararıyla yeni şirket kurulmasına karar verilebilir. Ancak kayyımlarının yetkileri Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen veya Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun kayyım olarak atandığı şirketlerde, şirketin ortaklarının şirkette sahip olduğu pay oranında yeni kurulacak şirketlerde pay sahibi olmaları koşuluyla şirket yönetim organının önerisi ve Fon Kurulu kararıyla yeni şirket kurulabilmesine cevaz veren iptali talep edilen ibare, Anayasa'ya aykırıdır.

a)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da

umak 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 devletinön ön koşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye işlem tesis ederken ve eylemde bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli ölçüde hareket serbestliğı sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir.

Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan idarenin kanuniliğı 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.

Fon Kurulunun yeni şirket kurulmasına ilişkin kararının; yukarıda tanımlandığı anlamda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin gereklerini yerine getirmesi ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; Fon Kurulunun takdir yetkisinin genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta ve saydam, öngörülebilir, anlaşılabilir ve nesnel biçimde kanun düzeyinde çizilmesi (söz gelimi finansal tablolarda şirket yıllık karının, sermayesinin, firma / marka / borsa değerinin belirli bir oranı geçmesi veya şirketin borcu bulunmaması) gerekmektedir. Ancak kanun koyucu;–Anayasal ilkelerin aksine- sınırsız bir takdir yetkisini idarenin uhdesine bırakmıştır. Her ne kadar iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümle lafzında “şirketin ortaklarının şirkette sahip olduğu pay oranında yeni kurulacak şirketlerde pay sahibi olmaları”, bir koşul olarak ileri sürülse de; bu kayıt, doğası gereğı yeni şirketin kurulmasına yönelik iradenin oluşumuna etki edemez. Başka bir anlatımla bu kayıt, Fon Kurulu tarafından yeni şirket kurulmasına karar verildikten sonraki bir aşamaya ilişkindir. Zira artık yeni şirket kurulacaktır ve mevcut şirketin ortaklarının yeni şirkette nasıl pay sahibi olacağına bu kayıt esas alınarak karar verilecektir. Öte yandan şirket yönetim organının önerisi de Fon Kurulunu sınırlayamayacaktır. Zira yönetim organının önerisi, yerine getirilmesi zorunlu olan bir irade açıklaması niteliğini haiz değildir. Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

b)Yasama yetkisinin devredilmezliğı bakımından: Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliğı 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 idareye, (Fon Kuruluna) kayyımlarının yetkileri Fona devredilen veya Fonun kayyım olarak atandığı şirketlerde, (şirketin ortaklarının şirkette sahip olduğu pay oranında yeni kurulacak şirketlerde pay sahibi olmaları koşuluyla şirket yönetim organının önerisi üzerine) yeni şirket kurulmasına ilişkin karar alma yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

c)Mülkiyet hakkı, sözleşme özgürlüğü ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları bakımından: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi imkanı sağlar. Bununla birlikte mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme) şeklinde tanımlanmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve 1988/ 34 E., 1989/26 K. sayılı Kararı). Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan sözleşme özgürlüğü; tarafların bir sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğünü, sözleşmeye son verme özgürlüğünü, sözleşmenin içeriğini belirleme /değiştirme özgürlüğünü, sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğünü içerir.

O halde iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümle hükmünün kapsamındaki yeni şirket kurulmasına yönelik hukuki işlem; mülkiyet hakkının ve sözleşme özgürlüğünün kesişim alanındadır. Zira Şener'e göre:

“Her ortak ticaret ortaklıklarına maddi değeri olan katılma payıyla iştirak etmek zorundadır. Bu açıdan sermaye koyma borcu asli adım yükümlüdür. Ancak bazı ortaklıkların özellikleri sebebiyle, kanun koyucu bunlarda bazı değerlerin sermaye olarak getirilemeyeceğini düzenlemiştir. Bu çerçevede adi komandit ortaklıkta komanditerler kişisel emek ve ticari itibarlarını sermaye olarak getiremezler. Anonim ve limited ortaklıklarda ise, getirilecek sermaye paylarının sorunsuz olması aranmış ve bunlar sermaye ortaklığı olduğundan, maddi değeri kolaylıkla hesaplanamayacak ve tahsil edilip edilmeyeceği belli olmayan bazı değerlerin sermaye olarak getirilmesi engellenmiştir. Bu kapsamda hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar veya vadesi gelmemiş alacakların bu ortaklıklarda katılma payı olarak taahhüt edilmesi olanaksızdır. Ortaklık sözleşmeleri taahhüt işlemidir. Ortakların sermaye borçları ortaklığa karşıdır. Ayrıca kanun koyucu TTK'da sermaye olarak getirilecek değerlerin taahhüt ve tasarruf aşamalarına ilişkin olarak da özel kurallar getirmiştir. Ticaret ortaklıklarına ticari işletmeler de sermaye olarak getirilebilirler. Ticari işletmeler bakımından yeni TTK tasarruf işlemi olarak yazılı devir sözleşmesi yapılmasını öngördüğünden, taahhüt işlemi niteliğindeki ortaklık sözleşmesinden sonra, ortak tarafından yazılı devir sözleşmesi yapılarak ticari işletmeye ilişkin sermaye koyma borcu ifa edilir.”

Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından “Sovtransavto Ukrayna'ya karşı davasında ise başvurusunun şirketine ait olan mülkiyet haklarının, bir şirketteki hissedarlığının sınırlandırılmasına ve şirketin faaliyetlerinin kontrolünün ve varlığının kaybolmasına ilişkin adil olmayan davalar sonucunda ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. (Sovtransavto Holding - Ukrayna (dec.), no. 48553/99, 27 Eylül 2001)” .

O halde hayatın olağan akışında mevcut şirket ortakları (mülkiyet hakkına binaen) mameleklerini arttırmak amacıyla; (sözleşme özgürlüğüne binaen) yeni şirket kuracaktır. Fon Kurulunun yeni şirket kurulmasına yönelik karar alması; nihayetinde mülkiyet hakkının ve teşebbüs özgürlüğünün kullanımına etki edecektir. Mülkiyet hakkına ve özel teşebbüs kurma hürriyetine yapılan söz konusu müdahalenin hukuka uygun nitelik kazanması için; Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları çerçevesinde yapılması gerekmektedir. (Zira Temmuz 2018 tarihi itibarıyla olağanüstü hal dönemi sona ermiştir ve iptali talep edilen ibare, olağan dönemde uygulanacaktır.) Bu sınırlardan olan kanunilik kaydı gereğince; iptali talep edilen ibarede yeni şirket kurulmasına ilişkin karar almaya yönelik ölçütün kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir biçimde

belirlenmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu, Fon Kurulunun karar alma yetkisini kanun düzeyinde sınırlandırmamak suretiyle; anılan hak ve hürriyete idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır. Dahası iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümlelerin devamında; şirket ortaklarının yeni şirket kurulmasına ilişkin izin ve muvafakatlerinin alınmayacağı hüküm altına alınarak; nihayetinde sorumluluğu üstlenecek ortakların iradesi bütünü dışında bırakılmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kayyum atanan bir şirketin mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla ilgili verdiği bir kararında:

“81. Kayyum atama tedbirinin bir müsadere yani mülkiyetten yoksun bırakma değil, mülklerin mal sahibi tarafından kullanımını geçici olarak kısıtlayan önleyici bir tedbir olduğunu kaydetmektedir. Niteliği dikkate alındığında, müdahale 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesinin ikinci fıkrası anlamında, devletlerin, mülklerin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek konusunda sahip oldukları hak açısından incelenmelidir (bk. diğer birçok karar arasından, Smirnov/Rusya, no. 71362/01, § 54, AİHM 2007 VII, Borjonov /Rusya, no.18274/04, § 57, 22 Ocak 2009).

82. Mahkeme bu tedbirin CMK’nın 133. maddesiyle öngörüldüğünü ve yeni suçların işlenmesinin önlenmesi (Michaud/Fransa, no. 12323/11, § 123, AİHM 2012, Filkin/Portekiz, no. 69729/12, § 82, 3 Mart 2020) delil yönetimini kolaylaştırma (Lachikhina/Rusya, no. 38783/07, § 59, 10 Ekim 2017) ve yargılama sonunda mahkemelerce verilebilecek muhtemel bir müsadere kararının yerine getirilmesini sağlamak (Karahasanoğlu/Türkiye, no. 21392/08 ve diğer 2 başvuru, § 148, 16 Mart 2021) olmak üzere meşru amaç izlediğini gözlemlemektedir.

83. Diğer hususların yanı sıra, bilhassa usuli nitelikteki güvencelerin varlığını gerektiren müdahalenin orantınlılığı ile ilgili olarak, Mahkeme ilk olarak başvuranın ihtilaf konusu tedbire itiraz edebildiğini ve ileri sürdüğü argümanların, gerekçeli yanıtlar veren Anayasa Mahkemesi de dâhil olmak üzere ulusal mahkemeler tarafından dikkatli bir şekilde incelendiğini kaydetmektedir (bk. aksi yönde bir karar için (a contrario), Džinić/Hırvatistan, no. 38359/13, §§ 78 ve 79, 17 Mayıs 2016).

84. Söz konusu tedbirin uygulanmasına, bağımsız bir yargı makamı tarafından teknik raporlara dayanılarak karar verilmiştir. Bu hususla ilgili olarak, Mahkeme, sulh ceza hâkimliklerinin bağımsızlığı konusunda başvuranın şikâyetlerine benzer şikâyetler hakkında daha önce karar verdiğini ve bunları kabul edilemez bulduğunu hatırlatmaktadır (bk. yukarıda anılan Baş kararı, §§ 269 ila 281). Mahkeme, somut olayda bu sonuçtan uzaklaşmak için herhangi bir sebep görmemektedir.

91. Başvuran, kayyum atama usulüne dâhil edilmediğinden şikâyet etse de, Mahkeme, Sözleşme’nin böyle bir hakkı güvence altına almadığını değerlendirmektedir. Mahkeme, ilk kayyumların uzmanlıkları esas alınarak mahkemeler tarafından seçildiğini ve daha sonrasında bu görevin, şirketlerin yönetimi konusunda yetki ve deneyim sahibi bir kamu kurumu olan Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’na verildiğini ve kamusal niteliği nedeniyle, yükümlülüğünün doğması halinde herhangi bir acizlik riski taşımadığını, bu durumun başvuran için bir güvence sunduğunu gözlemlemektedir.

92. Mahkeme ayrıca, yargı makamlarının, yönetim kayyumları yerine denetim kayyumları atanmasının kabul edilebilir olup olmadığı soruna yanıt verdiklerini ve böyle bir

tedbirin, kayyum atanmasıyla hedeflenen amaçlara ulaşmayı mümkün kılmayacağı kanaatinde olduklarını gözlemlemektedir.

93. Öte yandan, Mahkeme, ihtilaf konusu tedbirin bir dizi başka güvencelerle çevrili olduğunu gözlemlemektedir.

94. Başvuran böylelikle, kayyumun eylemlerine yargı yoluyla itiraz etme, kayyumların faaliyetlerine bağlı bir zarar meydana gelmesi durumunda Devletten tazminat alma ve beraat durumunda kayyumlara ödenen ücretlerin iade edilmesi imkânına sahiptir.

95. Tedbirin süresiyle ilgili olarak, Mahkeme, söz konusu sürenin başvurunun yapıldığı sırada üç yıldan biraz fazla olduğunu ve bunu aşırı olarak değerlendirmedığını kaydetmektedir. Tedbirin halen yürürlükte olduğu varsayılsa bile, Mahkeme, davanın karmaşıklığı, tedbirle izlenen amaçlar, başvuranın zimmetine geçirmekle suçlandığı meblağlar ve sahip olduğu güvenceler göz önünde bulundurulduğunda, tedbirin süresinin adil dengeyi bozacak nitelikte olmadığı kanısındadır (bk. yukarıda anılan Karahasanoğlu kararı, §§ 151 ve 153 ila 154, Mahkeme, ilgili kişiye tanınan usuli güvenceleri dikkate alarak, başvuranın taşınmaz malları üzerinde yedi yıl, taşınır malları üzerinde altı yıl süren tedbirlerin adil dengeyi bozmadığı değerlendirmesinde bulunmuştur).

96. Son olarak, Mahkeme, başvuranın herhangi bir zamanda yasal merciden tedbirin kaldırılması talebinde bulunabileceğini ve gerektiği takdirde, bilhassa tedbirin süresinin aşırı hale gelmesi veya başkaca unsurların tedbirin kaldırılması lehinde ağır basması halinde yeniden Anayasa Mahkemesine başvurabileceğini gözlemlemektedir.”

şeklinde hüküm kurmuştur (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 21.1.2021 tarihli ve 4158/19 Başvuru No’lu Hamdi Akın İpek/ Türkiye Kararı). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kayyım mekanizması özelindeki müdahalenin usuli nitelikteki güvencelere sahip, orantılı olduğu takdirde; meşru bir amaç güttüğünü ve mülkiyet hakkını ihlal etmediğini hüküm altına almıştır. Ancak şirket ortaklarının izin ve muvafakati olmaksızın; Fon Kurulunun yeni şirket kurulması hususunda aşırı bir takdir yetkisine sahip olması, söz konusu usuli güvenceleri bertaraf edebilecek niteliktedir.

Bu nedenle anılan ibare, Anayasa’nın 13, 35 ve 48. maddelerine aykırıdır.

ç)Eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları, teşebbüs hürriyeti bakımından: Ayrıca iptali talep edilen ibarenin Fon Kuruluna verdiği sınırsız takdir yetkisi, kayyımlarının yetkileri Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen veya Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun kayyım olarak atandığı şirketler arasında idare tarafından kayırma/ayırmacılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer durumdaki kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır ve ancak ihtilaflı düzenlemede haksız nedenlere dayalı keyfi muamele farklılıklarını engelleyecek hiçbir objektif kıstas ve güvence bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi’nin ifade ettiği üzere; “[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır.” (Anayasa Mahkemesi’nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM’ye göre; “Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin

yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir” (Anayasa Mahkemesi’nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: “Anayasa’nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir” (Anayasa Mahkemesi’nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ancak iptali talep edilen ibarenin Fon Kuruluna verdiği öznel ve keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi; söz gelimi kayyımlarının yetkileri Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen veya Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun kayyım olarak atandığı aynı finansal tablolara sahip şirketlerin bazıları bakımından yeni şirket kurulmasına ve fakat diğerleri bakımından kurulmamasına ilişkin muamele farklılıklarını temelleyecek haklı bir nedene dayanmamaktadır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa’nın 10. maddesine aykırıdır.

Kayyımlarının yetkileri Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen veya Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun kayyım olarak atandığı şirketlerde yeni şirket kurulmasına karar verilmesi, eşitlik ilkesi bağlamında teşebbüs hürriyetinin konusu kapsamında kalmaktadır. Zira Anayasa’nın 48. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devletin, özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasına yönelik tedbirleri almaya ilişkin pozitif yükümlülüğü vardır ve Anayasa’nın 10. maddesi uyarınca Devlet, bu pozitif yükümlülüğü her bir özel teşebbüs bakımından (benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunanlar için) eşit şekilde yerine getirmekle mükelleftir. Bir özel teşebbüs bakımından eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti de, somut olayda benzer durumda olanlara ilişkin bir muamele farklılığı yapmayı meşrulaştıracak “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır. Ancak açıklandığı üzere; iptali talep edilen ibare nedeniyle kayyımının TMSF olduğu her bir şirket bakımından farklı uygulamalar yapılabileceğinden; aynı şartları sağlayan iki özel teşebbüs arasında idare tarafından kayırma/ayırımcılık yapılabileceğinden ve bunu engelleyecek herhangi bir kanuni güvence de öngörülmediğinden; anılan ibare, Anayasa’nın 10 ve 48. maddelerine aykırıdır. Diğer bir deyişle Devletin bir özel teşebbüs bakımından pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesini ve fakat bir diğerini gözetmemesini; daha somut bir anlatımla, benzer durumdaki özel teşebbüsler arasındaki muamele farklılığını haklı kılacak bir nedenin temellendirilmesini sağlayacak nesnel bir ölçüt bulunmamaktadır. Yine bu durumda, kayyımının TMSF olduğu iki teşebbüs, eşitsiz bir uygulamayla karşı karşıya kalabilecektir. Ayrıca iptali talep edilen ibare; idarenin işlemlerinin kanuni çerçevesini çizmeden, ayırımcı, öngörülemez ve keyfi işlem ve eylemlere açık uygulamalara sebep olarak teşebbüs hürriyetini sınırlandırdığından, bir başka deyişle yasallık ve gereklilik ölçütlerini karşılamadığından; Anayasa’nın 13. maddesine de aykırıdır.

d) Sınırlandırma yetkisinin kötüye kullanılması nedeniyle Anayasa’nın 14. maddesi bakımından: Anayasa’nın 14. maddesi temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamamasını 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.”

Başka bir anlatımla Anayasa'nın 14. 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. maddesinin ikinci fıkrasının aksine Fon Kuruluna tanınan yetki, geniş bir yelpazeye yayılmakla birlikte, kendilerine aykırılık oluşturduğu kurallar ve hak-özgürlükler çerçevesini aşmaktadır. Diğer bir deyişle Fon Kuruluna tanınan yetkiler, ilgili hak ve özgürlükleri, “Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılması” sonucunu doğurduğundan; bunun yaptırımını (Anayasa'nın 14. maddesinin üçüncü fıkrası mucibince), iptali istenen kuralın AYM tarafından iptalidir. Kanun koyucu, Fon Kuruluna çok geniş yetki tanımak suretiyle; Fon Kurulu tarafından anılan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesine veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasına imkan verdiğinden; ihtilaflı kural, Anayasa'nın 14. maddesine aykırı olup iptali gerekir.

e)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 yasaklanmış; Devlet, bunu engelleyici önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Böylece rekabetin ortadan kaldırılması, tekellerin ve kartellerin fiyatları oluşturma 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).

İptali talep edilen ibareyle Fon Kuruluna yeni şirket kurulmasına ilişkin geniş takdir yetkisi bırakılacağından (ve dahi ortakların izin ve muvafakati aranmayacağından); hiçbir kanuni kayda tabi olmayan anılan ibare, kayyım atanan şirketlerin hakim olduğu sektörlerde kötü ekonomik koşullara maruz kalan firmaların rekabet kabiliyetine zarar gelmesine; kamu yararına aykırı şekilde belli özel teşebbüslerin himaye edilmesine; özel teşebbüslerin mameleklerinin ve teşebbüs hürriyetlerinin korunmasına elverişli ortam hazırlanamamasına; en nihayetinde kamu maliyesi bakımından yük doğmasına dolayısıyla milli ekonominin zarara uğramasına ve dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olacağından; Anayasa'nın 5 ve 167. maddelerine de aykırıdır.

f) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları ve temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması bakımından: Olağanüstü dönemler de hukuk içi rejimlerdir. Nitekim Kaboğlu'na göre:

“Olağanüstü yönetimi gerekleri ortaya çıktığı zaman, ortak hukukta geçerli özgürlükler düzeninden ayrılma anlamına gelebilecek önlemler alınır. Askıya alma veya sapma (derogation) olarak adlandırılan önlemler, amaç ve yerle sınırlı olup geçicidir; keyfi olmayıp denetime bağlıdır, bu nedenle olağanüstü yönetimler de hukuk rejimi olarak adlandırılır. Buna karşın, artan yetkileri keyfi olarak kullanma olasılığı nedeniyle, olağanüstü yönetimler doğaları gereği insan hakları ve demokrasi için tehdit oluşturmalar. Bütün özgürlükler değil, düzenin sağlanması bakımından hassas olanlar kayıtlamaya tabi tutulur. Olağanüstü rejimi ilân etmeyi gerekli kılan nedenler ortadan kalkınca, olağan düzene geçilir. Doğallıkla, olağanüstü hal ve/veya sıkıyönetim, “geçici” özelliğe sahiptir. Kısacası, olağanüstü yönetimler, hukuki, geçici ve ölçülü olmalıdır.”

Anayasa Mahkemesi eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm hakkında verdiği (red) kararında:

“123. Dava konusu kuralın düzenlenme ihtiyacının olağanüstü hâl KHK'ları ile verilen görevlerin niteliğinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Nitekim terör örgütlerine aidiyet, iltisak ve irtibat nedeniyle el konulan şirketleri veya mal varlığı değerlerini yönetmek amacıyla kayyım atanması veya görevlendirilmesi olağanüstü hâl kapsamında üstlenilen bir görevin icrasından ibaret olup söz konusu görevin önemli bir kısmı olağanüstü hâlde alınması gereken, dolayısıyla olağan dönemin hukuki düzenlemelerinden oldukça farklı olan tedbirlere yöneliktir. Söz konusu tedbirlerin anılan niteliği dikkate alındığında bunlara ilişkin görevlerin etkili biçimde uygulanması hususunda tereddüt oluşabilir. Bu bağlamda dava konusu kuralla kanun koyucunun olağanüstü hâl kapsamında şirket, ortaklık payları ve varlıkların yönetimi ve bu kapsamdaki işlerin yürütülmesi için atananların veya görevlendirilenlerin olağanüstü hâl süresince yayımlanan KHK'lar kapsamında görevlerini herhangi bir endişe ve tereddüt duymadan yerine getirmelerini ve çalışmalarında başarılı olmalarını amaçladığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla kural kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.”

şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 13.10.2021 tarihli ve 2018/93 E.; 2021/69 K. sayılı Kararı) (Aynı yönde Anayasa Mahkemesi'nin 24.12.2020 tarihli ve 2017/21 E.; 2020/77 K. sayılı Kararı, § 241-254).

O halde bir an için iptali talep edilen ibarenin olağanüstü halin koşulları sebebiyle kanunlaştırıldığı ileri sürülse dahi; söz konusu yeni şirket kurmaya yönelik sınırsız takdir yetkisi, Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen “durumun gerektirdiği ölçü” kaydının sınırlarını aşmaktadır.

Kaldı ki 15 Temmuz 2016 tarihindeki darbe girişiminin ardından 21 Temmuz 2016 Tarihli ve 29777 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2016/9064 sayılı “Anayasanın 120. Maddesi ile 2935 Sayılı Olağanüstü Hal Kanununun 3. Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) Bendine Göre, Ülke Genelinde 21/7/2016 Perşembe Günü Saat 01.00'dan İtibaren Doksan Gün Süreyle Olağanüstü Hal İlan Edilmesi Hakkında Karar” ile ülke genelinde olağanüstü hal ilan edilmiştir; yedi kez uzatılan olağanüstü hal, Temmuz 2018'de sona ermiştir.

O halde olağan dönemde iptali talep edilen ibarenin kanunlaştırıldığı göz önüne alındığında; söz konusu yeni şirket kurmaya yönelik sınırsız takdir yetkisinin, -artık Anayasa madde 15'in uygulanması söz konusu olmadığına göre- Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan sınırlandırma ve güvence ölçütlerinin (bilhassa kanunilik ilkesi) gereklerini karşılamadığı açıkça ortadadır. İhtilafı kural, olağanüstü hale ilişkin tedbirlerin olağanüstü halin kaldırılmasının akabinde geçerli olamayacaklarına dair temel anayasal prensibi de ihlal etmektedir (Bkz. Anayasa m.15/1 : “ ... olağanüstü hallerde ... durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir ... Anayasada öngörülen güvenceye aykırı tedbirler alınabilir.” Bkz. ayrıca AİHS, m.15/1). Açık olduğu üzere, olağanüstü haller bile, hak ve özgürlüklerin yalnızca “ölçülü durdurulması” kapsamındaki önlemlere olanak tanıyor.

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

Tüm bu nedenlerle 7407 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle 10.11.2016 tarihli ve 6758 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 19. maddesinin değiştirilen sekizinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “yeni şirket kurulmasına karar verilebilir” ibaresi, Anayasa'nın 2, 5, 7, 10, 13, 14, 15, 35, 48, 90, 123 ve 167. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

b) 26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16. maddesiyle 10.11.2016 tarihli ve 6758 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 19. maddesinin değiştirilen sekizinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “izin ve muvafakati aranmaz” ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7407 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle 6758 sayılı Kanun'un 19. maddesinin değiştirilen sekizinci fıkrasının birinci cümlesine göre kayyımlarının yetkileri Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen veya Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun kayyım olarak atandığı şirketlerde, şirketin ortaklarının şirkette sahip olduğu pay oranında yeni kurulacak şirketlerde pay sahibi olmaları koşuluyla şirket yönetim organının önerisi ve Fon Kurulu kararıyla yeni şirket kurulmasına karar verilebilir. İptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümle hükmüne göre; bu halde, şirket ortaklarının yeni şirket kurulmasına ilişkin izin ve muvafakati aranmayacaktır. Ancak bu halde şirket ortaklarının yeni şirket kurulmasına ilişkin izin ve muvafakatının aranmasını yasal olarak engelleyen iptali talep edilen ibare, Anayasa'ya aykırıdır.

a)Mülkiyet hakkı, sözleşme özgürlüğü, teşebbüs hürriyeti ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları bakımından: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi imkanı sağlar. Bununla birlikte mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak

koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme) şeklinde tanımlanmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve 1988/ 34 E., 1989/26 K. sayılı Kararı). Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan sözleşme özgürlüğü; tarafların bir sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğünü, sözleşmeye son verme özgürlüğünü, sözleşmenin içeriğini belirleme /değiştirme özgürlüğünü, sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğünü içerir.

O halde yeni şirket kurulmasına yönelik hukuki işleme ilişkin verilecek izin ve muvafakat; mülkiyet hakkının ve sözleşme özgürlüğünün kesişim alanındadır. Zira Şener'e göre:

“Her ortak ticaret ortaklıklarına maddi değeri olan katılma payıyla iştirak etmek zorundadır. Bu açıdan sermaye koyma borcu asli adım yükümlüdür. Ancak bazı ortaklıkların özellikleri sebebiyle, kanun koyucu bunlarda bazı değerlerin sermaye olarak getirilemeyeceğini düzenlemiştir. Bu çerçevede adi komandit ortaklıkta komanditerler kişisel emek ve ticari itibarlarını sermaye olarak getiremezler. Anonim ve limited ortaklıklarda ise, getirilecek sermaye paylarının sorunsuz olması aranmış ve bunlar sermaye ortaklığı olduğundan, maddi değeri kolaylıkla hesaplanamayacak ve tahsil edilip edilmeyeceği belli olmayan bazı değerlerin sermaye olarak getirilmesi engellenmiştir. Bu kapsamda hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar veya vadesi gelmemiş alacakların bu ortaklıklarda katılma payı olarak taahhüt edilmesi olanaksızdır. Ortaklık sözleşmeleri taahhüt işlemidir. Ortakların sermaye borçları ortaklığa karşıdır. Ayrıca kanun koyucu TTK'da sermaye olarak getirilecek değerlerin taahhüt ve tasarruf aşamalarına ilişkin olarak da özel kurallar getirmiştir. Ticaret ortaklıklarına ticari işletmeler de sermaye olarak getirilebilirler. Ticari işletmeler bakımından yeni TTK tasarruf işlemi olarak yazılı devir sözleşmesi yapılmasını öngördüğünden, taahhüt işlemi niteliğindeki ortaklık sözleşmesinden sonra, ortak tarafından yazılı devir sözleşmesi yapılarak ticari işletmeye ilişkin sermaye koyma borcu ifa edilir.”

Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından “Sovtransavto Ukrayna'ya karşı davasında ise başvuruçunun şirketine ait olan mülkiyet haklarının, bir şirketteki hissedarlığının sınırlandırılmasına ve şirketin faaliyetlerinin kontrolünün ve varlığının kaybolmasına ilişkin adil olmayan davalar sonucunda ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. (Sovtransavto Holding - Ukrayna (dec.), no. 48553/99, 27 Eylül 2001)” .

O halde hayatın olağan akışında mevcut şirket ortakları (mülkiyet hakkına binaen) mameleklerini arttırmak amacıyla; (sözleşme özgürlüğüne binaen) yeni şirket kuracaktır. Ancak yeni şirket kurulurken ortakların izin ve muvafakatının aranmaması, ortakların mülkiyet hakkını ve teşebbüs hürriyetini ihlal edecektir. Mülkiyet hakkına ve özel teşebbüs kurma hürriyetine yapılan söz konusu müdahalenin hukuka uygun nitelik kazanması için; Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları çerçevesinde yapılması gerekmektedir. (Zira Temmuz 2018 tarihi itibarıyla olağanüstü hal dönemi sona ermiştir ve iptali talep edilen ibare, olağan dönemde uygulanacaktır.) Şirket ortaklarının yeni şirket kurulmasına ilişkin izin ve muvafakatlerinin alınmayacağı hüküm altına alınarak; nihayetinde sorumluluğu üstlenecek ortakların iradesi büsbütün dışarıda bırakılmaktadır. Başka bir anlatımla yeni şirket kurulması nedeniyle sorumlulukları doğacak ortakların izin veya muvafakatının aranmaması; ortağa iradesi olmaksızın yükümlülük yüklenmesine, ortağın istemediği bir hukuki ilişkinin tarafı haline gelmesine neden olacaktır. İptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 13. maddesinin gereklerinin aksine, hakkın kullanımını (kullanılmamasını) ortadan kaldırarak anılan hakkın ve özgürlüğün özüne dokunmaktadır. Kaldı ki iptali talep edilen ibarenin bulunduğu cümlelerin öncesinde yer alan cümleye göre; yeni

şirket kurulmasına Fon Kurulu tarafından karar verilecektir ve Fon Kurulunun bu kararı verirken esas alacağı hiçbir kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir ölçüt belirlenmemiştir. Bu durum, dolaylı olarak ortakların anılan hak ve özgürlüğüne idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kayyım atanan bir şirketin mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla ilgili verdiği bir kararında:

“81. Kayyum atama tedbirinin bir müsadere yani mülkiyetten yoksun bırakma değil, mülklerin mal sahibi tarafından kullanımını geçici olarak kısıtlayan önleyici bir tedbir olduğunu kaydetmektedir. Niteliği dikkate alındığında, müdahale 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesinin ikinci fıkrası anlamında, devletlerin, mülklerin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek konusunda sahip oldukları hak açısından incelenmelidir (bk. diğer birçok karar arasından, Smirnov/Rusya, no. 71362/01, § 54, AİHM 2007 VII, Borjonov /Rusya, no.18274/04, § 57, 22 Ocak 2009).

82. Mahkeme bu tedbirin CMK’nın 133. maddesiyle öngörüldüğünü ve yeni suçların işlenmesinin önlenmesi (Michaud/Fransa, no. 12323/11, § 123, AİHM 2012, Filkin/Portekiz, no. 69729/12, § 82, 3 Mart 2020) delil yönetimini kolaylaştırma (Lachikhina/Rusya, no. 38783/07, § 59, 10 Ekim 2017) ve yargılama sonunda mahkemelerce verilebilecek muhtemel bir müsadere kararının yerine getirilmesini sağlamak (Karahasanoğlu/Türkiye, no. 21392/08 ve diğer 2 başvuru, § 148, 16 Mart 2021) olmak üzere meşru amaç izlediğini gözlemlemektedir.

83. Diğer hususların yanı sıra, bilhassa usuli nitelikteki güvencelerin varlığını gerektiren müdahalenin orantılılığı ile ilgili olarak, Mahkeme ilk olarak başvuranın ihtilaf konusu tedbire itiraz edebildiğini ve ileri sürdüğü argümanların, gerekçeli yanıtlar veren Anayasa Mahkemesi de dâhil olmak üzere ulusal mahkemeler tarafından dikkatli bir şekilde incelendiğini kaydetmektedir (bk. aksi yönde bir karar için (a contrario), Džinić/Hırvatistan, no. 38359/13, §§ 78 ve 79, 17 Mayıs 2016).

84. Söz konusu tedbirin uygulanmasına, bağımsız bir yargı makamı tarafından teknik raporlara dayanılarak karar verilmiştir. Bu hususla ilgili olarak, Mahkeme, sulh ceza hâkimliklerinin bağımsızlığı konusunda başvuranın şikâyetlerine benzer şikâyetler hakkında daha önce karar verdiğini ve bunları kabul edilemez bulduğunu hatırlatmaktadır (bk. yukarıda anılan Baş kararı, §§ 269 ila 281). Mahkeme, somut olayda bu sonuçtan uzaklaşmak için herhangi bir sebep görmemektedir.

91. Başvuran, kayyum atama usulüne dâhil edilmediğinden şikâyet etse de, Mahkeme, Sözleşme’nin böyle bir hakkı güvence altına almadığını değerlendirmektedir. Mahkeme, ilk kayyumların uzmanlıkları esas alınarak mahkemeler tarafından seçildiğini ve daha sonrasında bu görevin, şirketlerin yönetimi konusunda yetki ve deneyim sahibi bir kamu kurumu olan Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’na verildiğini ve kamusal niteliği nedeniyle, yükümlülüğünün doğması halinde herhangi bir acizlik riski taşımadığını, bu durumun başvuran için bir güvence sunduğunu gözlemlemektedir.

92. Mahkeme ayrıca, yargı makamlarının, yönetim kayyumları yerine denetim kayyumları atanmasının kabul edilebilir olup olmadığı soruna yanıt verdiklerini ve böyle bir tedbirin, kayyum atanmasıyla hedeflenen amaçlara ulaşmayı mümkün kılmayacağı kanaatinde olduklarını gözlemlemektedir.

93. Öte yandan, Mahkeme, ihtilaf konusu tedbirin bir dizi başka güvencelerle çevrili olduğunu gözlemlemektedir.

94. Başvuran böylelikle, kayyumun eylemlerine yargı yoluyla itiraz etme, kayyumların faaliyetlerine bağlı bir zarar meydana gelmesi durumunda Devletten tazminat alma ve beraat durumunda kayyumlara ödenen ücretlerin iade edilmesi imkânına sahiptir.

95. Tedbirin süresiyle ilgili olarak, Mahkeme, söz konusu sürenin başvurunun yapıldığı sırada üç yıldan biraz fazla olduğunu ve bunu aşırı olarak değerlendirmedeğini kaydetmektedir. Tedbirin halen yürürlükte olduğu varsayılsa bile, Mahkeme, davanın karmaşıklığı, tedbirle izlenen amaçlar, başvuranın zimmetine geçirmekle suçlandığı meblağlar ve sahip olduğu güvenceler göz önünde bulundurulduğunda, tedbirin süresinin adil dengeyi bozacak nitelikte olmadığı kanısındadır (bk. yukarıda anılan Karahasanoğlu kararı, §§ 151 ve 153 ila 154, Mahkeme, ilgili kişiye tanınan usuli güvenceleri dikkate alarak, başvuranın taşınmaz malları üzerinde yedi yıl, taşınır malları üzerinde altı yıl süren tedbirlerin adil dengeyi bozmadığı değerlendirilmesinde bulunmuştur).

96. Son olarak, Mahkeme, başvuranın herhangi bir zamanda yasal merciden tedbirin kaldırılması talebinde bulunabileceğini ve gerektiği takdirde, bilhassa tedbirin süresinin aşırı hale gelmesi veya başkaca unsurların tedbirin kaldırılması lehinde ağır basması halinde yeniden Anayasa Mahkemesine başvurabileceğini gözlemlemektedir.”

şeklinde hüküm kurmuştur (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 21.1.2021 tarihli ve 4158/19 Başvuru No’lu Hamdi Akın İpek/ Türkiye Kararı). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kayyım mekanizması özelindeki müdahalenin usuli nitelikteki güvencelere sahip, orantılı olduğu takdirde; meşru bir amaç güttüğünü ve mülkiyet hakkını ihlal etmediğini hüküm altına almıştır. Ancak şirket ortaklarının izin ve muvafakati olmaksızın; Fon Kurulunun yeni şirket kurulması hususunda geniş takdir yetkisine sahip olması, söz konusu usuli güvenceleri bertaraf edebilecek niteliktedir. Başka bir anlatımla Fon Kurulunun yeni şirket kurulmasına ilişkin takdir yetkisinin genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta ve saydam, öngörülebilir, anlaşılabilir ve nesnel biçimde kanun düzeyinde çizilmemesi, kayyım mekanizmasının usuli güvencelerden yoksun bırakıldığının bir görünümüdür. Bu durumda, bir de ortakların izin ve muvafakatının aranmaması, onların mülkiyet hakkını ve sözleşme özgürlüğünü büsbütün korumasız bırakmaktadır.

Öte yandan Anayasa’nın 48. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devletin, özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasına yönelik tedbirleri almaya ilişkin pozitif yükümlülüğü vardır. Ancak bir özel teşebbüs olan şirketin ortaklarının, yeni şirket kurulması için izin ya da muvafakatının alınmasının kanunla yasaklanması; Devletin, söz konusu pozitif yükümlülüğüyle çalışmaktadır. Zira mevcut ortakların cevaz vermediği bir hukuki işlemle yeni şirket kurulması; o yeni şirketin (özel teşebbüsün) güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını, işin doğası gereği, engeller. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa’nın 13, 35 ve 48. maddelerine aykırıdır.

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

'benzeri suretle' gerçekleştirilecek kartelleşme de yasaklanmış; Devlet, bunu engelleyici önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Böylece rekabetin ortadan kaldırılması, tekellerin ve kartellerin fiyatları oluşturmaları 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).

İptali talep edilen ibareyle ortakların izin ve muvafakati aranmayacağından (ve dahi Fon Kuruluna yeni şirket kurulmasına ilişkin geniş takdir yetkisi bırakılacağından) anılan ibare, kayyım atanan şirketlerin hakim olduğu sektörlerde kötü ekonomik koşullara maruz kalan firmaların rekabet kabiliyetine zarar gelmesine; kamu yararına aykırı şekilde belli özel teşebbüslerin himaye edilmesine; özel teşebbüslerin mameleklerinin ve teşebbüs hürriyetlerinin korunmasına elverişli ortam hazırlanamamasına; en nihayetinde kamu maliyesi bakımından yük doğmasına dolayısıyla milli ekonominin zarara uğramasına ve dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olacağından; Anayasa'nın 5 ve 167. maddelerine de aykırıdır.

c) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları ve temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması bakımından: Olağanüstü dönemler de hukuk içi rejimlerdir. Nitekim Kaboğlu'na göre:

“Olağanüstü yönetimi gerekleri ortaya çıktığı zaman, ortak hukukta geçerli özgürlükler düzeninden ayrılma anlamına gelebilecek önlemler alınır. Askıya alma veya sapma (derogation) olarak adlandırılan önlemler, amaç ve yerle sınırlı olup geçicidir; keyfi olmayıp denetime bağlıdır, bu nedenle olağanüstü yönetimler de hukuk rejimi olarak adlandırılır. Buna karşın, artan yetkileri keyfi olarak kullanma olasılığı nedeniyle, olağanüstü yönetimler doğaları gereği insan hakları ve demokrasi için tehdit oluştururlar. Bütün özgürlükler değil, düzenin sağlanması bakımından hassas olanlar kayıtlamaya tabi tutulur. Olağanüstü rejimi ilân etmeyi gerekli kılan nedenler ortadan kalkınca, olağan düzene geçilir. Doğallıkla, olağanüstü hal ve/veya sıkıyönetim, “geçici” özelliğe sahiptir. Kısacası, olağanüstü yönetimler, hukuki, geçici ve ölçülü olmalıdır.”

Anayasa Mahkemesi eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm hakkında verdiği (red) kararında:

“123. Dava konusu kuralın düzenlenme ihtiyacının olağanüstü hâl KHK'ları ile verilen görevlerin niteliğinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Nitekim terör örgütlerine aidiyet, iltisak ve irtibat nedeniyle el konulan şirketleri veya mal varlığı değerlerini yönetmek amacıyla kayyım atanması veya görevlendirilmesi olağanüstü hâl kapsamında üstlenilen bir görevin icrasından ibaret olup söz konusu görevin önemli bir kısmı olağanüstü hâlde alınması gereken, dolayısıyla olağan dönemin hukuki düzenlemelerinden oldukça farklı olan tedbirlere yöneliktir. Söz konusu tedbirlerin anılan niteliği dikkate alındığında bunlara ilişkin görevlerin etkili biçimde uygulanması hususunda tereddüt oluşabilir. Bu bağlamda dava konusu kuralla kanun koyucunun olağanüstü hâl kapsamında şirket, ortaklık payları ve varlıkların yönetimi ve bu

kapsamdaki işlerin yürütülmesi için atananların veya görevlendirilenlerin olağanüstü hâl süresince yayımlanan KHK'lar kapsamında görevlerini herhangi bir endişe ve tereddüt duymadan yerine getirmelerini ve çalışmalarında başarılı olmalarını amaçladığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla kural kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.”

şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 13.10.2021 tarihli ve 2018/93 E.; 2021/69 K. sayılı Kararı) (Aynı yönde Anayasa Mahkemesi'nin 24.12.2020 tarihli ve 2017/21 E.; 2020/77 K. sayılı Kararı, § 241-254).

O halde bir an için iptali talep edilen ibarenin olağanüstü halin koşulları sebebiyle kanunlaştırıldığı ileri sürülse dahi; ortakların yeni şirket kurulmasına ilişkin izin ve muvafakatinin aranmaması, Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen “durumun gerektirdiği ölçü” kaydının sınırlarını aşmaktadır.

Kaldı ki 15 Temmuz 2016 tarihindeki darbe girişiminin ardından 21 Temmuz 2016 Tarihli ve 29777 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2016/9064 sayılı “Anayasanın 120. maddesi ile 2935 Sayılı Olağanüstü Hal Kanununun 3. Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) Bendine Göre, Ülke Genelinde 21/7/2016 Perşembe Günü Saat 01.00'dan İtibaren Doksan Gün Süreyle Olağanüstü Hal İlan Edilmesi Hakkında Karar” ile ülke genelinde olağanüstü hal ilan edilmiştir; yedi kez uzatılan olağanüstü hal, Temmuz 2018'de sona ermiştir.

O halde olağan dönemde iptali talep edilen ibarenin kanunlaştırıldığı göz önüne alındığında; ortakların yeni şirket kurulmasına ilişkin izin ve muvafakatinin aranmamasının, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan sınırlandırmanın sınırlarının (bilhassa öze dokunma yasağı, demokratik bir toplum düzeninin gerekleri) gereklerini karşılamadığı açıkça ortadadır. İhtilafı kural, olağanüstü hale ilişkin tedbirlerin olağanüstü halin kaldırılmasının akabinde geçerli olamayacaklarına dair temel anayasal prensibi de ihlal etmektedir (Bkz. Anayasa m.15/1 : “ ... olağanüstü hallerde ... durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir ... Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.” Bkz. ayrıca AİHS, m.15/1). Açık olduğu üzere, olağanüstü haller bile, hak ve özgürlüklerin yalnızca “ölçülü durdurulması” kapsamındaki önlemlere olanak tanıyor.

ç) Sınırlandırma yetkisinin kötüye kullanılması nedeniyle Anayasa'nın 14. maddesi bakımından: Anayasa'nın 14. maddesi temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamamasını 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” deyimi 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.”

Başka bir anlatımla Anayasa'nın 14. 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 ibare; Anayasa’nın 14. maddesinin ikinci fıkrasının aksine kendilerine aykırılık oluşturduğu kurallar ve hak-özgürlükler çerçevesini aşmaktadır. Diğer bir deyişle iptali talep edilen ibare, ilgili hak ve özgürlükleri, “Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılması” sonucunu doğurduğundan; bunun yaptırımını (Anayasa’nın 14. maddesinin üçüncü fıkrası mucibince), iptali istenen kuralın AYM tarafından iptalidir. Kanun koyucu, izin ve muvafakati aranmamak suretiyle; idare (Fon Kurulu) tarafından anılan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesine veya Anayasa’da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasına imkan verdiğinden; ihtilafli kural, Anayasa’nın 14. maddesine aykırı olup iptali gerekir.

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

Tüm bu nedenlerle 7407 sayılı Kanun’un 16. maddesiyle 10.11.2016 tarihli ve 6758 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun’un 19. maddesinin değiştirilen sekizinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “izin ve muvafakati aranmaz” ibaresi, Anayasa’nın 5, 13, 14, 15, 35, 48, 90 ve 167. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

c) 26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 16. maddesiyle 10.11.2016 tarihli ve 6758 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun’un 19. maddesinin değiştirilen sekizinci fıkrasının yedinci cümlesinin Anayasa’ya aykırılığı

7407 sayılı Kanun’un 16. maddesiyle 6758 sayılı Kanun’un 19. maddesinin değiştirilen sekizinci fıkrasına göre kayyımlarının yetkileri, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna (TMSF/Fon) devredilen veya Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun kayyım olarak atandığı şirketlerde, şirketin ortaklarının şirkette sahip olduğu pay oranında yeni kurulacak şirketlerde pay sahibi olmaları koşuluyla şirket yönetim organının önerisi ve Fon Kurulu kararıyla yeni şirket kurulmasına karar verilebilecektir; bu halde şirket ortaklarının yeni şirket kurulmasına ilişkin izin ve muvafakati aranmayacaktır; kurulacak şirketin sermayesi kayyımlarının yetkileri Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen veya Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun kayyım olarak atandığı şirket tarafından aynı veya nakdi olarak karşılanacaktır; yeni şirket kuruluşuna ilişkin hususlar, şirketlerin yönetim organlarınca hazırlanacak ve Fon Kurulunun onayına sunulacaktır; Fon Kurulu kararıyla kuruluş gerçekleşecektir ve tescile tabi tüm hususlar her türlü vergi, resim ve harçtan muaf olmak üzere ilgili ticaret sicilinde resen tescil ve ilan olunacaktır; bu fıkra uyarınca gerçekleştirilecek kuruluş işlemleri ilgili mevzuata tabi olmaksızın uygulanacaktır; yeni kurulan şirkette kayyımlık yetkisi, bir mahkeme veya hakim kararına gerek olmaksızın Fona devredilmiş sayılacaktır. Ancak iptali talep edilen cümleyle

yeni kurulan şirkette kayyımlık yetkisinin bir mahkeme veya hakim kararına gerek olmaksızın Fona devredilmiş sayılması, Anayasa'ya aykırıdır.

Açıklamalara geçilmeden önce belirtmek gerekir ki anılan 19. maddenin birinci ve ikinci fıkraları:

“(1) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı veya irtibatı nedeniyle 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 133. maddesi uyarınca kayyım atanmasına karar verilen şirketlerde görev yapan kayyımların yetkileri, hakim veya mahkeme tarafından Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilir ve devirle birlikte kayyımların görevleri sona erer.

(2) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra ve olağanüstü halin devamı süresince terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı veya irtibatı nedeniyle Ceza Muhakemesi Kanununun 133. maddesi uyarınca şirketlere ve bu Kanunun 13. maddesi uyarınca varlıklara kayyım atanmasına karar verildiği takdirde, kayyım olarak Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu atanır.”

şeklindedir.

5271 sayılı Kanun'un (CMK) “Şirket yönetimi için kayyım tayini” başlıklı 133. maddesi ise;

“Madde 133 – (1) Suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde; soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hâkim veya mahkeme, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabilir. Atama kararında, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılındığı veya yönetim organının yetkilerinin ya da yönetim organının yetkileri ile birlikte ortaklık payları veya menkul kıymetler idare yetkilerinin tümüyle kayyıma verildiği açıkça belirtilir. Kayyım tayinine ilişkin karar, ticaret sicili gazetesinde ve diğer uygun vasıtalarla ilan olunur.(26)

(2) Hâkim veya mahkemenin kayyım hakkında takdir etmiş bulunduğu ücret, şirket bütçesinden karşılanır. Ancak, soruşturma veya kovuşturma konusu suçtan dolayı kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararının verilmesi halinde; ücret olarak şirket bütçesinden ödenen paranın tamamı, kanunî faiziyle birlikte Devlet Hazinesinden karşılanır.

(3) İlgililer, atanan kayyımın işlemlerine karşı, görevli mahkemeye 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve 29.6.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre başvurabilirler.

(4) Bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir.

a) Türk Ceza Kanununda yer alan,

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),
2. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
3. Parada sahtecilik (madde 197),

4. Fuhuş (madde 227),
  5. Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),
  6. Zimmet (madde 247),
  7. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),
  8. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315),
  9. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337),
- Suçları,
- b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları,
  - c) Bankalar Kanununun 22. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,
  - d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar,
  - e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74. maddelerinde tanımlanan suçlar.
- (5) Bu madde uyarınca atanan kayyımların görevleriyle ilgili iş ve işlemlerinden dolayı tazminat davaları, 142 ila 144. maddeler uyarınca Devlet aleyhine açılır. Devlet, ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kayyımlara bir yıl içinde rücu eder.”

şeklindedir.

İhtilafli düzenleme, aşağıda sıralanan gerekçelerle Anayasa’ya aykırıdır.

a)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa’dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaması, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları, hak arama özgürlüğü, masumiyet karinesi bakımından: İptali talep edilen cümle, Anayasa’nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinde teminat altına alınan adil yargılanma hakkını ve Anayasa’nın 38. maddesinde temelini bulan masumiyet karinesini ihlal etmektedir. Zira CMK’nin 133. maddesi, Birinci Kitap-Dördüncü Kısım-Dördüncü Bölümünde yer aldığından bir koruma tedbiridir. Koruma tedbiri, “Hukukun diğer alanlarında da rastlanılan bir müessese olup “tehlike tedbirinin” bir çeşididir. Hüküm makamlarının ve özellikle yargılama makamlarının görevlerini yapmada, yani hüküm vermede kullandıkları üçüncü vasıta da “koruma tedbiri”dir. Tehlike yakınsa ve önlemek için çok geçse, kendimizi ancak tehlikeli sonuçtan koruyabiliriz. Bunlara “koruma tedbiri” denir.”. O halde söz konusu koruma tedbirlerinin doğası gereği mahkeme veya hakim tarafından verilmesi lazım gelmektedir. Nitekim CMK’nin 133. maddesinde şirkete kayyım atamaya yetkili mercii (hakim-savcı), kesin yetki ile belirlenmiştir. Ancak kanun koyucu, yeni kurulan şirketler bakımından söz konusu yetkiyi bertaraf etmiş ve kayyımlık yetkisinin “kendiliğinden” Fona devredilmiş sayılacağını

hüküm altına almıştır. Yeni kurulacak şirketlerin, CMK'nin 133. maddesi kapsamında kalıp kalmadığına; kapsamında ise 6758 sayılı Kanun'un 19. maddesinin (kayıyımın TMSF olacağı hakkında düzenlemeler içeren) birinci ve ikinci fıkralarının somut olaya uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin hakim veya mahkeme tarafından yapılacak değerlendirme, iptali talep edilen cümleyle ortadan kaldırılmaktadır. Halbuki koruma tedbirlerinin de adil yargılanma hakkı gereğince bağımsız ve tarafsız hakim veya mahkeme tarafından uygulanması lazım gelmektedir.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu tür tedbirleri: adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirmektedir: “50. Prensip, haklarında herhangi bir cezai soruşturma tehdidinin bulunmadığı durumlarda, üçüncü şahısların mülkiyet haklarını olumsuz etkileyen müsadere tedbirleri, “suç isnadının tespiti” e” (Birleşik Krallık'ta bir uçağa el konulması Air Canada v. Birleşik Krallık, § 54; veya altın paralara el konulması AGOSI v. Birleşik Krallık, §§ 65-66.. (Silickienė v. Litvanya, §§ 45-46). anlamına gelmez. Bu tür tedbirler, bunun yerine 6. maddenin hukuk başlığı altına girmektedir.”. Ancak kanun koyucu söz konusu yeni şirketlere TMSF'nin kayyım olarak atanmasına ilişkin yargısal güvenceyi bertaraf etmiştir. Bu durum, (Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan sınırlandırmanın sınırlarının gereklerini karşılamayarak) demokratik bir toplum düzeninde olmayacak biçimde yeni kurulan şirketlerin adil yargılanma hakkının özüne dokunmaktadır.

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

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

Diğer taraftan bu durum; bir fonksiyon gaspına sebep olacak, Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini ve 6. maddesinde yer alan hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanmamasına yönelik hükmü ihlal edecektir. Zira yeni kurulan şirketlerin kayyımlik yetkisinin bir mahkeme veya hakim kararı olmaksızın Fona devredilmiş sayılması, yasama kuvveti ile yargı kuvveti arasındaki ayrılığa halel getirmiştir. O nedenle iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2 ve 6. maddelerine aykırıdır.

b)Mülkiyet hakkı, sözleşme özgürlüğü ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları bakımından: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi imkanı sağlar. Bununla birlikte mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme) şeklinde tanımlanmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve 1988/ 34 E., 1989/26 K. sayılı Kararı). Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan sözleşme özgürlüğü; tarafların bir sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğünü, sözleşmeye son verme özgürlüğünü, sözleşmenin içeriğini belirleme /değiştirme özgürlüğünü, sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğünü içerir. O halde iptali talep edilen cümleyle yeni kurulacak şirketlere Fonun kayyım tayin edilmesi; mülkiyet hakkının ve sözleşme özgürlüğünün kesişim alanındadır.

Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından “Sovtransavto Ukrayna'ya karşı davasında ise başvurunun şirketine ait olan mülkiyet haklarının, bir şirketteki hissedarlığının sınırlandırılmasına ve şirketin faaliyetlerinin kontrolünün ve varlığının kaybolmasına ilişkin adil olmayan davalar sonucunda ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. (Sovtransavto Holding - Ukrayna (dec.), no. 48553/99, 27 Eylül 2001)” .

Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kayyım atanan bir şirketin mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla ilgili verdiği bir kararında:

“81. Kayyum atama tedbirinin bir müsadere yani mülkiyetten yoksun bırakma değil, mülklerin mal sahibi tarafından kullanımını geçici olarak kısıtlayan önleyici bir tedbir olduğunu kaydetmektedir. Niteliği dikkate alındığında, müdahale 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci fıkrası anlamında, devletlerin, mülklerin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek konusunda sahip oldukları hak açısından incelenmelidir (bk. diğer birçok karar arasından, Smirnov/Rusya, no. 71362/01, § 54, AİHM 2007 VII, Borjonov /Rusya, no.18274/04, § 57, 22 Ocak 2009).

82. Mahkeme bu tedbirin CMK'nın 133. maddesiyle öngörüldüğünü ve yeni suçların işlenmesinin önlenmesi (Michaud/Fransa, no. 12323/11, § 123, AİHM 2012, Filkin/Portekiz, no. 69729/12, § 82, 3 Mart 2020) delil yönetimini kolaylaştırma (Lachikhina/Rusya, no. 38783/07, § 59, 10 Ekim 2017) ve yargılama sonunda mahkemelerce verilebilecek muhtemel bir müsadere kararının yerine getirilmesini sağlamak (Karahasanoğlu/Türkiye, no. 21392/08 ve diğer 2 başvuru, § 148, 16 Mart 2021) olmak üzere meşru amaç izlediğini gözlemlemektedir.

83. Diğer hususların yanı sıra, bilhassa usuli nitelikteki güvencelerin varlığını gerektiren müdahalenin orantılılığı ile ilgili olarak, Mahkeme ilk olarak başvuranın ihtilaf konusu tedbire itiraz edebildiğini ve ileri sürdüğü argümanların, gerekçeli yanıtlar veren Anayasa Mahkemesi de dâhil olmak üzere ulusal mahkemeler tarafından dikkatli bir şekilde incelendiğini kaydetmektedir (bk. aksi yönde bir karar için (a contrario), Džinić/Hırvatistan, no. 38359/13, §§ 78 ve 79, 17 Mayıs 2016).

84. Söz konusu tedbirin uygulanmasına, bağımsız bir yargı makamı tarafından teknik raporlara dayanarak karar verilmiştir. Bu hususla ilgili olarak, Mahkeme, sulh ceza hâkimliklerinin bağımsızlığı konusunda başvuranın şikâyetlerine benzer şikâyetler hakkında daha önce karar verdiğini ve bunları kabul edilemez bulduğunu hatırlatmaktadır (bk. yukarıda anılan Baş kararı, §§ 269 ila 281). Mahkeme, somut olayda bu sonuçtan uzaklaşmak için herhangi bir sebep görmemektedir.

91. Başvuran, kayyum atama usulüne dâhil edilmediğinden şikâyet etse de, Mahkeme, Sözleşme'nin böyle bir hakkı güvence altına almadığını değerlendirmektedir. Mahkeme, ilk kayyumların uzmanlıkları esas alınarak mahkemeler tarafından seçildiğini ve daha sonrasında bu görevin, şirketlerin yönetimi konusunda yetki ve deneyim sahibi bir kamu kurumu olan Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na verildiğini ve kamusal niteliği nedeniyle, yükümlülüğünün doğması halinde herhangi bir acizlik riski taşımadığını, bu durumun başvuran için bir güvence sunduğunu gözlemlemektedir.

92. Mahkeme ayrıca, yargı makamlarının, yönetim kayyumları yerine denetim kayyumları atanmasının kabul edilebilir olup olmadığı soruna yanıt verdiklerini ve böyle bir tedbirin, kayyum atanmasıyla hedeflenen amaçlara ulaşmayı mümkün kılmayacağı kanaatinde olduklarını gözlemlemektedir.

93. Öte yandan, Mahkeme, ihtilaf konusu tedbirin bir dizi başka güvencelerle çevrili olduğunu gözlemlemektedir.

94. Başvuran böylelikle, kayyumun eylemlerine yargı yoluyla itiraz etme, kayyumların faaliyetlerine bağlı bir zarar meydana gelmesi durumunda Devletten tazminat alma ve beraat durumunda kayyumlara ödenen ücretlerin iade edilmesi imkânına sahiptir.

95. Tedbirin süresiyle ilgili olarak, Mahkeme, söz konusu sürenin başvurunun yapıldığı sırada üç yıldan biraz fazla olduğunu ve bunu aşırı olarak değerlendirmede kaydetmektedir. Tedbirin halen yürürlükte olduğu varsayılsa bile, Mahkeme, davanın karmaşıklığı, tedbirle izlenen amaçlar, başvuranın zimmetine geçirmekle suçlandığı meblağlar ve sahip olduğu güvenceler göz önünde bulundurulduğunda, tedbirin süresinin adil dengeyi bozacak nitelikte olmadığı kanısındadır (bk. yukarıda anılan Karahasanoğlu kararı, §§ 151 ve 153 ila 154, Mahkeme, ilgili kişiye tanınan usuli güvenceleri dikkate alarak, başvuranın taşınmaz malları üzerinde yedi yıl, taşınır malları üzerinde altı yıl süren tedbirlerin adil dengeyi bozmadığı değerlendirilmesinde bulunmuştur).

96. Son olarak, Mahkeme, başvuranın herhangi bir zamanda yasal merciden tedbirin kaldırılması talebinde bulunabileceğini ve gerektiği takdirde, bilhassa tedbirin süresinin aşırı hale gelmesi veya başkaca unsurların tedbirin kaldırılması lehinde ağır basması halinde yeniden Anayasa Mahkemesine başvurabileceğini gözlemlemektedir.”

şeklinde hüküm kurmuştur (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 21.1.2021 tarihli ve 4158/19 Başvuru No'lu Hamdi Akın İpek/ Türkiye Kararı). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kayyım mekanizması özelindeki müdahalenin usuli nitelikteki güvencelere sahip, orantılı olduğu takdirde; meşru bir amaç güttüğünü ve mülkiyet hakkını ihlal etmediğini hüküm altına almıştır. Ancak yeni kurulacak şirkete hakim veya mahkeme kararı olmaksızın Fonun kayyım tayin edilmesi, söz konusu usule ilişkin güvenceleri bertaraf edebilecek niteliktedir.

Başka bir anlatımla mevcut şirket ortaklarının (mülkiyet hakkına binaen) mameleklerini arttırmak amacıyla; (sözleşme özgürlüğüne binaen) kurulacak yeni şirketin kayyım tarafından yönetilmesi, nihayetinde mülkiyet hakkının ve teşebbüs özgürlüğünün kullanımına etki edecektir. Mülkiyet hakkına ve özel teşebbüs kurma hürriyetine yapılan söz konusu müdahalenin hukuka uygun nitelik kazanması için; Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlükleri sınırlandırma ve güvence ölçütleri çerçevesinde yapılması gerekmektedir. (Zira Temmuz 2018 tarihi itibarıyla olağanüstü hal dönemi sona ermiştir ve iptali talep edilen ibare, olağan dönemde uygulanacaktır.) Ancak söz konusu yeni şirkette kayyımlık yetkisinin bir mahkeme veya hakim kararına gerek olmaksızın Fona devredilmiş sayılması, (Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan sınırlandırmanın sınırlarının gereklerini karşılamayarak yani) asgari usul güvencelerini karşılamayarak ve demokratik bir toplum düzeninde olmayacak biçimde ortakların sözleşme özgürlüğünün ve mülkiyet hakkının özüne dokunacaktır. Bu nedenle anılan cümle, Anayasa'nın 13, 35 ve 48. maddelerine aykırıdır.

c)Eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları, teşebbüs hürriyeti bakımından: İptali talep edilen cümle, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer durumdaki kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden"nin var olup olmadığına göre yapılır ve ancak ihtilaflı düzenlemede haksız nedenlere dayalı keyfi muamele farklılıklarını engelleyecek hiçbir objektif kıstas ve güvence bulunmamaktadır.

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

Ayrıca iptali talep edilen cümleyle mevcut şirketler ile yeni şirketler arasında haklı nedene dayanmayan ayırım yapılmıştır. Başka bir anlatımla mevcut şirketlere hakim veya mahkeme tarafından kayyım atanmasına karar verilmekte ve kayyım mercii olarak TMSF tayin edilmekteydi. Ancak yeni şirketlere kayyım atanması bakımından eşitlik ilkesi bağlamında belirli güvenceler sağlayan mevcut yargısal usul, haklı bir neden olmaksızın terkedilmiştir.

Yeni kurulan şirkette kayyımlık yetkisinin bir mahkeme veya hakim kararına gerek olmaksızın Fona devredilmiş sayılması, eşitlik ilkesi bağlamında teşebbüs hürriyetinin konusu kapsamında kalmaktadır. Zira Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devletin, özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasına yönelik tedbirleri almaya ilişkin

pozitif yükümlülüğü vardır ve Anayasa'nın 10. maddesi uyarınca Devlet, bu pozitif yükümlülüğü her bir özel teşebbüs bakımından (benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunanlar için) eşit şekilde yerine getirmekle mükelleftir. Bir özel teşebbüs bakımından eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti de, somut olayda benzer durumda olanlara ilişkin bir muamele farklılığı yapmayı meşrulaştıracak “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır. Ancak açıklandığı üzere; yargısal usuli güvencelerin mevcut şirketler bakımından öngörülüp yeni şirketler bakımından öngörülmemesi, Devletin bir özel teşebbüs bakımından pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesini ve fakat bir diğerini gözetmemesinin bir örneğini teşkil etmektedir. Ayrıca iptali talep edilen cümle; demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı biçimde ve hakkın özünü ihlal ederek, ayrımcı uygulamalara sebep olarak teşebbüs hürriyetini sınırlandırdığından; Anayasa'nın 13. maddesine de aykırıdır.

ç) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları ve temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması bakımından: Olağanüstü dönemler de hukuk içi rejimlerdir. Nitekim Kaboğlu'na göre:

“Olağanüstü yönetimi gerekleri ortaya çıktığı zaman, ortak hukukta geçerli özgürlükler düzeninden ayrılma anlamına gelebilecek önlemler alınır. Askıya alma veya sapma (derogation) olarak adlandırılan önlemler, amaç ve yerle sınırlı olup geçicidir; keyfi olmayıp denetime bağlıdır, bu nedenle olağanüstü yönetimler de hukuk rejimi olarak adlandırılır. Buna karşın, artan yetkileri keyfi olarak kullanma olasılığı nedeniyle, olağanüstü yönetimler doğaları gereği insan hakları ve demokrasi için tehdit oluştururlar. Bütün özgürlükler değil, düzenin sağlanması bakımından hassas olanlar kayıtlamaya tabi tutulur. Olağanüstü rejimi ilân etmeyi gerekli kılan nedenler ortadan kalkınca, olağan düzene geçilir. Doğallıkla, olağanüstü hal ve/veya sıkıyönetim, “geçici” özelliğe sahiptir. Kısacası, olağanüstü yönetimler, hukuki, geçici ve ölçülü olmalıdır.”

Anayasa Mahkemesi eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm hakkında verdiği (red) kararında:

“123. Dava konusu kuralın düzenlenme ihtiyacının olağanüstü hâl KHK'ları ile verilen görevlerin niteliğinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Nitekim terör örgütlerine aidiyet, iltisak ve irtibat nedeniyle el konulan şirketleri veya mal varlığı değerlerini yönetmek amacıyla kayyım atanması veya görevlendirilmesi olağanüstü hâl kapsamında üstlenilen bir görevin icrasından ibaret olup söz konusu görevin önemli bir kısmı olağanüstü hâlde alınması gereken, dolayısıyla olağan dönemin hukuki düzenlemelerinden oldukça farklı olan tedbirlere yöneliktir. Söz konusu tedbirlerin anılan niteliği dikkate alındığında bunlara ilişkin görevlerin etkili biçimde uygulanması hususunda tereddüt oluşabilir. Bu bağlamda dava konusu kuralla kanun koyucunun olağanüstü hâl kapsamında şirket, ortaklık payları ve varlıkların yönetimi ve bu kapsamdaki işlerin yürütülmesi için atananların veya görevlendirilenlerin olağanüstü hâl süresince yayımlanan KHK'lar kapsamında görevlerini herhangi bir endişe ve tereddüt duymadan yerine getirmelerini ve çalışmalarında başarılı olmalarını amaçladığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla kural kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.”

şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 13.10.2021 tarihli ve 2018/93 E.; 2021/69 K. sayılı Kararı) (Aynı yönde Anayasa Mahkemesi'nin 24.12.2020 tarihli ve 2017/21 E.; 2020/77 K. sayılı Kararı, § 241-254).

O halde bir an için iptali talep edilen cümlelerin olağanüstü halin koşulları sebebiyle kanunlaştırıldığı ileri sürülse dahi; yeni kurulan şirkette kayyımlik yetkisinin bir mahkeme veya hakim kararına gerek olmaksızın Fona devredilmiş sayılması, Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen “durumun gerektirdiği ölçü” kaydının sınırlarını aşmaktadır.

Kaldı ki 15 Temmuz 2016 tarihindeki darbe girişiminin ardından 21 Temmuz 2016 Tarihli ve 29777 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2016/9064 sayılı “Anayasanın 120. Maddesi ile 2935 Sayılı Olağanüstü Hal Kanununun 3. Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) Bendine Göre, Ülke Genelinde 21/7/2016 Perşembe Günü Saat 01.00’den İtibaren Doksan Gün Süreyle Olağanüstü Hal İlan Edilmesi Hakkında Karar” ile ülke genelinde olağanüstü hal ilan edilmiştir; yedi kez uzatılan olağanüstü hal, Temmuz 2018’de sona ermiştir.

O halde olağan dönemde iptali talep edilen cümlelerin kanunlaştırıldığı göz önüne alındığında; yeni kurulan şirkette kayyımlik yetkisinin bir mahkeme veya hakim kararına gerek olmaksızın Fona devredilmiş sayılmasının, Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan sınırlandırmanın sınırlarının (bilhassa öze dokunma yasağı, demokratik bir toplum düzeninin gerekleri) gereklerini karşılamadığı açıkça ortadadır. İhtilaflı kural, olağanüstü hale ilişkin tedbirlerin olağanüstü halin kaldırılmasının akabinde geçerli olamayacaklarına dair temel anayasal prensibi de ihlal etmektedir (Bkz. Anayasa m.15/1 : “ ... olağanüstü hallerde ... durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir ... Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.” Bkz. ayrıca AİHS, m.15/1).

d) Sınırlandırma yetkisinin kötüye kullanılması nedeniyle Anayasa’nın 14. maddesi bakımından: Anayasa’nın 14. 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.”

Başka bir anlatımla Anayasa’nın 14. 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. maddesinin ikinci fıkrasının aksine yeni kurulan şirkette kayyımlik yetkisinin bir mahkeme veya hakim kararına gerek olmaksızın Fona devredilmiş sayılması, kendilerine aykırılık oluşturduğu kurallar ve hak-özgürlükler çerçevesini aşmaktadır. Diğer bir deyişle yeni kurulan şirkette kayyımlik yetkisinin bir mahkeme veya hakim kararına gerek olmaksızın Fona devredilmiş sayılması, ilgili hak ve özgürlükleri, “Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılması” sonucunu doğurduğundan; bunun yaptırımı (Anayasa’nın 14. maddesinin üçüncü fıkrası mucibince),

iptali istenen kuralın AYM tarafından iptalidir. Kanun koyucu, yeni kurulan şirkette kayyımlik yetkisinin bir mahkeme veya hakim kararına gerek olmaksızın Fona devredilmiş saymak 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. maddesine aykırı olup iptali gerekir.

e)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Bunun yanında; Anayasa’nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen cümle, Anayasa’nın 35. maddesiyle benzer hükümler içeren Türkiye’nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin adil yargılanma hakkını ve masumiyet karinesini düzenleyen 6. ve Ek 1 No’lu Protokolü’nün, mülkiyet hakkını düzenleyen 1. maddelerini de ihlal ettiğinden Anayasa’nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7407 sayılı Kanun’un 16. maddesiyle 10.11.2016 tarihli ve 6758 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun’un 19. maddesinin değiştirilen sekizinci fıkrasının yedinci cümlesi, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 10, 13, 14, 15, 35, 36, 48 ve 90. maddelerine aykırıdır; anılan cümlenin iptali gerekir.

ç) 26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 16. maddesiyle 10.11.2016 tarihli ve 6758 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun’un 19. maddesinin değiştirilen dokuzuncu fıkrasında yer alan “13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olunmaksızın Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından kullanılabilir” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

7407 sayılı Kanun’un 16. maddesiyle 6758 sayılı Kanun’un 19. maddesinin dokuzuncu fıkrası değiştirilmiştir. Buna göre, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun (TMSF/Fon) kayyımlik görevini yürüttüğü şirketlerin genel kurullarının yetkileri, 13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) hükümlerine tabi olunmaksızın Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından kullanılabilir; bu kapsamda bir şirketin bölünmesine karar verilmesi halinde Fon, bölünme yolu ile kurulan bu şirkete kayyım atanacaktır. Ancak Fonun kayyımlik görevini yürüttüğü şirketlerin genel kurullarının yetkilerini TTK hükümlerine tabi olunmaksızın Fon tarafından kullanılabilmesine cevaz veren ve iptali talep edilen ibare, Anayasa’ya aykırıdır.

Şener’in de belirttiği üzere;

“Anonim ortaklıkta iki zorunlu organ vardır. ... Yönetim kurulu dışında diğer kanuni organ, genel kuruldur. Bir iç organ olan genel kurul, yönetim kurulunun aksine daimi bir organ değildir. Yani genel kurul kanunen belirlenen veya gerektiği zamanlarda toplanan bir organ niteliğini haizdir. Genel kurul kural olarak etkisi dış ilişkiye yansıyan karar alamaz, ortaklığı yönetim kurulu gibi temsil edemez. Yine genel kurulun ortaklığın yönetimine ilişkin görev ve yetkileri yoktur. Genel kurulla yönetim kurulu arasındaki ilişki, eşitlik ilkesi esasına dayanır. Anonim ortaklıklarda kanunen her organa kural olarak tek başına kullanabileceği yetkiler tanınmış olup, bu yetki ve görevler çerçevesinde her organ eşittir.”.

Fonun kayyımlik görevini yürüttüğü şirketlerin genel kurullarının yetkilerini, genel olarak ortaya koymak gerekmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 124. maddesi uyarınca ticaret şirketleri; kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibarettir. İptali talep edilen ibare bağlamında karar organı olan genel kurul yetkilerini, (en yaygın türlerden biri olması itibarıyla) anonim şirket özelinde incelemek, konuyu daha anlaşılır kılacaktır.

TTK'nin 407 ilâ 451. maddelerinde, anonim şirketlerde genel kurula ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bu kapsamda 408. maddede genel kurulların devredilemeyecek görev ve yetkileri:

“a) Esas sözleşmenin değiştirilmesi

b) Yönetim kurulu üyelerinin seçimi, süreleri, ücretleri ile huzur hakkı, ikramiye ve prim gibi haklarının belirlenmesi, ibraları hakkında karar verilmesi ve görevden alınmaları

c) Kanunda öngörülen istisnalar dışında denetçinin seçimi ile görevden alınması

d) Finansal tablolara, yönetim kurulunun yıllık raporuna, yıllık kâr üzerinde tasarrufa, kâr payları ile kazanç paylarının belirlenmesine, yedek akçenin sermayeye veya dağıtılacak kâra katılması dâhil, kullanılmasına dair kararların alınması

e) Kanunda öngörülen istisnalar dışında şirketin feshi

f) Önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı”

şeklinde tahdidi olarak sayılmıştır. Buna ilave olarak TTK'de anonim şirketlerin genel kurullarının görev ve yetkilerine ilişkin başka hükümler de bulunmaktadır. Zira TTK'nin kanunlaştırılmasının amacı, ticari hayat içinde ticari işletmelerin belli bir düzen içinde yürütülmesinin sağlamaktır. Nitekim Arkan'ın belirttiği üzere;

“XX. Yüzyılda ortaya çıkmış olan modern görüş, gelişmiş bir ekonomide ticarî faaliyetlerin büyük işletmeler (ticarî işletme) eliyle yürütüldüğünü, değişik unsurlardan oluşan bir organizasyonu ifade eden ticarî işletmelerin, onları işleten tacirlere oranla daha büyük önem arz ettiğini dikkate alarak, ticaret hukukunu, ticarî işletmelerin hukuku olarak kabul eder. İtalya'da 1942 yılında kabul edilmiş olan ve ticarî faaliyetleri düzenleyen Medeni Kanun'da, bu esastan hareket edildiği söylenir. Ülkemizde gerek 6762 sayılı eski Ticaret Kanunu ve gerek 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ticarî işletme esasına dayalı modern sistemin kabul edildiği belirtilmiştir.”

O halde söz konu şirketlerin genel kurullarının yetkilerinin Fon tarafından kullanılmasının TTK hükümlerinden bağışık tutulması, bir ticari işletme olarak söz konusu şirketlerin keyfi biçimde yönetilmesinin önünü açacaktır. Bu durum, aşağıda sıralanan gerekçelerle Anayasa'ya aykırıdır.

a) Kamu yararı ilkesi ve hukuk devleti bakımından: İptali talep edilen ibare, öncelikle Anayasa'nın hukuk devleti ilkesini öngören 2. maddesine aykırıdır. Zira 6102 sayılı Kanun'un amacı, genel olarak, ulusal ve uluslararası gelişmeler/anlaşmalar ışığında ve teknolojinin ilerlemesi sonucu ticari alanın yeniden düzenlenmesi ve ticari işletmelerin çağdaş normlara göre yönetilmesinin sağlanmasıdır. Ancak söz konusu şirketlerin genel kurullarının yetkilerinin kullanımını, TTK hükümlerinden varestes tutmakta, (hukuk devleti ilkesinin öğelerinden olan)

kamu yararı yoktur. Nitekim söz konusu şirketlerin genel kurul yetkilerinin; etkin, verimli, şeffaf, dürüst, hesap verilebilir, ekonomik şekilde kullanılması gerekir. Ancak bu istisna hükmü, genel kurul yetkilerinin hukuka uygun kullanımına ilişkin güvenceleri dışarda bırakmakta, TTK’de öngörülen usul ve esasları ortadan kaldırmaktadır. Diğer bir deyişle iptali talep edilen ibare, söz konusu şirketlerin genel kurullarının yetkilerinin, kamu yararı ilkesine taban tabana zıt şekilde, şirketlerin ranta açılması için kullanılmasına neden olabilecek niteliktedir. Elbette tüm şirketlerin genel kurul yetkilerinin TTK’ye uygun olarak kullanılmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmadığından, kanun koyucunun (kayım atanan şirketler gibi) bazı şirketler yönünden farklı usuller benimsemesinde Anayasal açıdan bir engel yoktur. Ancak bazı şirketlerin genel kurul yetkilerinin kullanımı, TTK’de öngörülen esas ve usullerin dışına çıkarılırken; hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kamu yararı amacı gözetilmelidir. Diğer bir deyişle Anayasa’nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur (Anayasa Mahkemesi’nin 17. 06. 2015 karar tarihli ve 2014/179 E.; 2015/54 K. sayılı Kararı).

Şu halde;

1) Kanun koyucu tarafından bu alanda yaratılan istisnanın; TTK’de öngörülen esas ve usullerden istisnaen sapmayı haklı kılacak somut bir kamu yararı amacı izlemesi,

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

gerekir.

Başka bir anlatımla TMSF’nin kayımlık görevini yürüttüğü şirketlerin, ticari hayatta basiretli bir tacir gibi davranabilmesi için; TTK’de öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde yönetilmesi gerekir. İptali istenen ibareyle söz konusu şirketlerin genel kurul yetkilerinin anılan mevzuattan bağışık tutulmasını haklı kılacak (bilhassa olağan dönemde) herhangi bir somut kamu yararı ve kamu hizmeti gereği gösterilmemiştir ve bulunmamaktadır. Bu nedenle, iptali istenen kuralın kanun koyucunun takdir yetkisi alanında olduğu kabul edilemez. İhtilaflı düzenleme, söz konusu şirketlerin genel kurul yetkilerinin nasıl kullanılacağına ilişkin kanun düzeyinde başka usul ve esaslar öngörmediği gibi, bu şekilde, kamu yararına yönelik kullanılan yetkilerin öznel ve keyfi ilişkilere terk edilme riskine yol açma olasılığı da yüksektir. Başka bir anlatıma iptali istenilen ibare; anılan yetkilerin kullanımını TTK’den bağışık tutarken, söz konusu mevzuat uygulanmazken kamu yararının gerçekleştirilmesini sağlayacak alternatif güvenceler de öngörmemiştir. Tüm bu nedenlerle anılan ibare, Anayasa’nın 2. maddesine aykırıdır.

b)Yasama yetkisinin devredilmezliği ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Fon, söz konusu şirketlerin genel kurullarının yetkilerinin kullanımına ilişkin usul ve esasları kendisi belirleyecektir. Bu belirleme işleminin, hiçbir kanuni kayıt ve çerçeve getirilmeksizin idari teşkilat içinde yer alan Fonun sınırsız takdir yetkisine bırakılması, Anayasa’nın 2, 7 ve 123. maddelerine aykırıdır.

Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup

güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletin ön koşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye davranışta bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli oranda hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir. Öte yandan; Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Ancak iptali talep edilen ibare, söz konusu yetkilerin kullanımına ilişkin hiçbir nesnel ölçüt ve usul öngörmemektedir. Oysaki TTK, şirketlerin iktisadi hayatın gereklerine ve hukuka uygun idare edilebilmesi adına; ayrıntılı hükümler ihtiva etmektedir. İptali talep edilen ibare; söz konusu yetkilerin kullanımını, TTK'nin güvence ve öngörülebilirlik alanından çıkarmakta ve idarenin sınırları belirsiz keyfi düzenleme alanına bırakmaktadır. Bu durum, söz konusu yetkilerin öngörülemez biçimde kullanılmasına, diğer bir deyişle söz konusu şirketlerin keyfi biçimde yönetilmesine neden olmaktadır. Fonun söz konusu şirketlerin genel kurullarının yetkilerini kullanırken; yukarıda tanımlandığı anlamda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin gereklerini yerine getirmesi ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; Fonun takdir yetkisinin genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta ve saydam, öngörülebilir, anlaşılabilir ve nesnel biçimde kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; –Anayasal ilkelerin aksine- Fonu TTK'ye tabi kılmamak suretiyle; genel kurul yetkilerinin kullanımına yönelik sınırsız takdir yetkisini, idarenin uhdesine bırakmıştır. Bu nedenle söz konusu şirketlerin hukuki belirlilik ilkesine uygun ve kanunilik ilkesi çerçevesinde verimli yönetilmesini bertaraf eden, söz konusu şirketler bakımından keyfi muamelelere yol açacak olan, hukuki ve iktisadi güvenlik ve öngörülebilirlik sağlamayan ve normlar hiyerarşisine uygun olmayan iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

Buna ek olarak Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Fona); TTK'ye tabi olmaksızın söz konusu şirketlerin genel kurullarının yetkilerinin kullanımına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

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

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

Ancak iptali talep edilen ibarenin Fona verdiği öznel ve keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi; söz gelimi Fonun genel kurul yetkilerinin her bir şirket bakımından ayrı biçimde kullanılmasına ilişkin muamele farklılıklarını temellenecek haklı bir nedene dayanmamaktadır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

Fonun söz konusu şirketlerin genel kurul yetkilerini TTK'ye tabi olmadan kullanabilmesi, eşitlik ilkesi bağlamında teşebbüs hürriyetinin konusu kapsamında kalmaktadır. Zira Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devletin, özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasına yönelik tedbirleri almaya ilişkin pozitif yükümlülüğü vardır ve Anayasa'nın 10. maddesi uyarınca Devlet, bu pozitif yükümlülüğü her bir özel teşebbüs bakımından (benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunanlar için) eşit şekilde yerine getirmekle mükelleftir. Bir özel teşebbüs bakımından eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti de, somut olayda benzer durumda olanlara ilişkin bir muamele farklılığı yapmayı meşrulaştıracak "haklı neden"ın var olup olmadığına göre yapılır. Ancak açıklandığı üzere; iptali talep edilen ibare ile söz konusu yetkilerinin kullanımının TTK'den bağımsız tutulması ve bu yetkilerin kullanımına ilişkin usul ve esasları belirlemeye yönelik sınırsız takdir yetkisinin Fona verilmesi, TMSF'nin kayyımlik görevini yürüttüğü her bir şirket bakımından genel kurul yetkileri farklı biçimde kullanılabilirdiğinden; aynı şartları sağlayan iki özel teşebbüs arasında idare tarafından kayırma/ayırımcılık yapılabileceğinden ve bunu engelleyecek herhangi bir kanuni güvence de öngörülmediğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10 ve 48. maddelerine aykırıdır. Diğer bir deyişle Devletin bir özel teşebbüs bakımından pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesini ve fakat bir diğerini gözetmemesini; daha somut bir anlatımla, benzer durumdaki özel teşebbüsler arasındaki muamele farklılığını haklı kılacak bir nedenin temellendirilmesini sağlayacak nesnel bir ölçüt bulunmamaktadır. Yine bu durumda, kayyımının TMSF olduğu iki teşebbüs, eşitsiz bir uygulamayla karşı karşıya kalabilecektir. Ayrıca iptali talep edilen ibare; kamu yararı barındırmadan, idarenin işlemlerinin kanuni çerçevesini çizmeden, ayırımcı, öngörülemez ve keyfi işlem ve eylemlere açık uygulamalara

sebeup olarak teşebbüs hürriyetini sınırlandırdığından, bir başka deyişle yasallık ve gereklilik ölçütlerini karşılamadığından; Anayasa'nın 13. maddesine de aykırıdır.

ç)Mülkiyet hakkı, sözleşme özgürlüğü ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları bakımından: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi imkanı sağlar. Bununla birlikte mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme) şeklinde tanımlamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve 1988/ 34 E., 1989/26 K. sayılı Kararı). Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan sözleşme özgürlüğü; tarafların bir sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğünü, sözleşmeye son verme özgürlüğünü, sözleşmenin içeriğini belirleme /değiştirme özgürlüğünü, sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğünü içerir.

O halde iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümle hükmünün kapsamındaki genel kurulların yetkilerinin kullanımı; mülkiyet hakkının ve sözleşme özgürlüğünün kesişim alanındadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından “Sovtransavto Ukrayna'ya karşı davasında ise başvurusunun şirketine ait olan mülkiyet haklarının, bir şirketteki hissedarlığının sınırlandırılmasına ve şirketin faaliyetlerinin kontrolünün ve varlığının kaybolmasına ilişkin adil olmayan davalar sonucunda ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. (Sovtransavto Holding - Ukrayna (dec.), no. 48553/99, 27 Eylül 2001)” .

O halde hayatın olağan akışında mevcut şirketlerin genel kurulları (mülkiyet hakkına binaen) mameleklerini arttırmak amacıyla; (sözleşme özgürlüğüne binaen) genel kurul yetkilerini kullanacaktır. Fonun söz konusu şirketlerin genel kurullarının yetkilerini kullanması; nihayetinde mülkiyet hakkının ve sözleşme özgürlüğünün kullanımına etki edecektir. Mülkiyet hakkına ve sözleşme hürriyetine yapılan söz konusu müdahalenin hukuka uygun nitelik kazanması için; Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları çerçevesinde yapılması gerekmektedir. (Zira Temmuz 2018 tarihi itibarıyla olağanüstü hal dönemi sona ermiştir ve iptali talep edilen ibare, olağan dönemde uygulanacaktır.) Bu sınırlardan olan kanunilik kaydı gereğince; iptali talep edilen ibarede söz konusu şirketlerin genel kurul yetkilerinin nasıl kullanılacağına kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu Fonu, TTK hükümlerinden bağışık tutmak suretiyle; anılan hak ve hürriyete idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kayyım atanan bir şirketin mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla ilgili verdiği bir kararında:

“81. Kayyum atama tedbirinin bir müsadere yani mülkiyetten yoksun bırakma değil, mülklerin mal sahibi tarafından kullanımını geçici olarak kısıtlayan önleyici bir tedbir olduğunu kaydetmektedir. Niteliği dikkate alındığında, müdahale 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci fıkrası anlamında, devletlerin, mülklerin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek konusunda sahip oldukları hak açısından incelenmelidir (bk. diğer birçok karar arasından, Smirnov/Rusya, no. 71362/01, § 54, AİHM 2007 VII, Borjonov /Rusya, no.18274/04, § 57, 22 Ocak 2009).

82. Mahkeme bu tedbirin CMK'nın 133. maddesiyle öngörüldüğünü ve yeni suçların işlenmesinin önlenmesi (Michaud/Fransa, no. 12323/11, § 123, AİHM 2012, Filkin/Portekiz, no. 69729/12, § 82, 3 Mart 2020) delil yönetimini kolaylaştırma (Lachikhina/Rusya, no. 38783/07, § 59, 10 Ekim 2017) ve yargılama sonunda mahkemelerce verilebilecek muhtemel bir müsadere kararının yerine getirilmesini sağlamak (Karahasanoğlu/Türkiye, no. 21392/08 ve diğer 2 başvuru, § 148, 16 Mart 2021) olmak üzere meşru amaç izlediğini gözlemlemektedir.

83. Diğer hususların yanı sıra, bilhassa usuli nitelikteki güvencelerin varlığını gerektiren müdahalenin orantılılığı ile ilgili olarak, Mahkeme ilk olarak başvuranın ihtilaf konusu tedbire itiraz edebildiğini ve ileri sürdüğü argümanların, gerekçeli yanıtlar veren Anayasa Mahkemesi de dâhil olmak üzere ulusal mahkemeler tarafından dikkatli bir şekilde incelendiğini kaydetmektedir (bk. aksi yönde bir karar için (a contrario), Džinić/Hırvatistan, no. 38359/13, §§ 78 ve 79, 17 Mayıs 2016).

84. Söz konusu tedbirin uygulanmasına, bağımsız bir yargı makamı tarafından teknik raporlara dayanılarak karar verilmiştir. Bu hususla ilgili olarak, Mahkeme, sulh ceza hâkimliklerinin bağımsızlığı konusunda başvuranın şikâyetlerine benzer şikâyetler hakkında daha önce karar verdiğini ve bunları kabul edilemez bulduğunu hatırlatmaktadır (bk. yukarıda anılan Baş kararı, §§ 269 ila 281). Mahkeme, somut olayda bu sonuçtan uzaklaşmak için herhangi bir sebep görmemektedir.

91. Başvuran, kayyum atama usulüne dâhil edilmediğinden şikâyet etse de, Mahkeme, Sözleşme'nin böyle bir hakkı güvence altına almadığını değerlendirmektedir. Mahkeme, ilk kayyumların uzmanlıkları esas alınarak mahkemeler tarafından seçildiğini ve daha sonrasında bu görevin, şirketlerin yönetimi konusunda yetki ve deneyim sahibi bir kamu kurumu olan Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na verildiğini ve kamusal niteliği nedeniyle, yükümlülüğünün doğması halinde herhangi bir acizlik riski taşımadığını, bu durumun başvuran için bir güvence sunduğunu gözlemlemektedir.

92. Mahkeme ayrıca, yargı makamlarının, yönetim kayyumları yerine denetim kayyumları atanmasının kabul edilebilir olup olmadığı soruna yanıt verdiklerini ve böyle bir tedbirin, kayyum atanmasıyla hedeflenen amaçlara ulaşmayı mümkün kılmayacağı kanaatinde olduklarını gözlemlemektedir.

93. Öte yandan, Mahkeme, ihtilaf konusu tedbirin bir dizi başka güvencelerle çevrili olduğunu gözlemlemektedir.

94. Başvuran böylelikle, kayyumun eylemlerine yargı yoluyla itiraz etme, kayyumların faaliyetlerine bağlı bir zarar meydana gelmesi durumunda Devletten tazminat alma ve beraat durumunda kayyumlara ödenen ücretlerin iade edilmesi imkânına sahiptir.

95. Tedbirin süresiyle ilgili olarak, Mahkeme, söz konusu sürenin başvurunun yapıldığı sırada üç yıldan biraz fazla olduğunu ve bunu aşırı olarak değerlendirmedikçe kaydetmektedir. Tedbirin halen yürürlükte olduğu varsayılsa bile, Mahkeme, davanın karmaşıklığı, tedbirle izlenen amaçlar, başvuranın zimmetine geçirmekle suçlandığı meblağlar ve sahip olduğu güvenceler göz önünde bulundurulduğunda, tedbirin süresinin adil dengeyi bozacak nitelikte olmadığı kanısındadır (bk. yukarıda anılan Karahasanoğlu kararı, §§ 151 ve 153 ila 154, Mahkeme, ilgili kişiye tanınan usuli güvenceleri dikkate alarak, başvuranın taşınmaz malları üzerinde yedi yıl, taşınır malları üzerinde altı yıl süren tedbirlerin adil dengeyi bozmadığı değerlendirilmesinde bulunmuştur).

96. Son olarak, Mahkeme, başvuranın herhangi bir zamanda yasal merciden tedbirin kaldırılması talebinde bulunabileceğini ve gerektiği takdirde, bilhassa tedbirin süresinin aşırı hale gelmesi veya başkaca unsurların tedbirin kaldırılması lehinde ağır basması halinde yeniden Anayasa Mahkemesine başvurabileceğini gözlemlemektedir.”

şeklinde hüküm kurmuştur (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 21.1.2021 tarihli ve 4158/19 Başvuru No’lu Hamdi Akın İpek/ Türkiye Kararı). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kayyım mekanizması özelindeki müdahalenin usuli nitelikteki güvencelere sahip, orantılı olduğu takdirde; meşru bir amaç güttüğünü ve mülkiyet hakkını ihlal etmediğini hüküm altına almıştır. Ancak Fonun söz konusu şirketlerin genel kurul yetkilerini TTK’ye tabi olmaksızın geniş takdir yetkisine istinaden kullanması; söz konusu usuli güvenceleri bertaraf edebilecek niteliktedir.

Öte yandan Anayasa’nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen 13. maddesi gereğince mülkiyet hakkı da kanunla ve Anayasa’nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesinde öngörülen özel sınırlama sebebi olan kamu yararının varlığı halinde sınırlandırılabilir. Ancak Fonun söz konusu şirketlerin genel kurullarının yetkilerinin kullanımını (şirketlerin mülkiyetlerinin korunması bakımından çeşitli güvenceleri haiz) TTK’dan varesta tutmak; şirketlerin etkin, verimli, şeffaf olarak yönetilmesine engel olacaktır. Açıklandığı üzere iptali talep edilen ibarenin kamu yararı barındırmaması ve kanunilik ilkesinin gereklerini karşılamaması nedeniyle söz konusu şirketler bakımından (mülkiyet haklarının korunmasına yönelik) güvence sağlanmaması; Anayasa’nın 13 ve 35. maddelerine aykırıdır.

Bu nedenle anılan ibare, Anayasa’nın 13, 35 ve 48. maddelerine aykırıdır.

d)Devletin; mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma yükümlülüğü bakımından: “Anayasa’nın 167. maddesinin ilk fıkrasında; 'Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.' denilmektedir. Maddede yalnız, tekelleşme değil, tekel oluşturmayan üretim ve hizmet kuruluşlarının 'fiyat anlaşmaları', 'coğrafi bölge paylaşma' ve 'benzeri suretle' gerçekleştirilecek kartelleşme de yasaklanmış; Devlet, bunu engelleyici önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Böylece rekabetin ortadan kaldırılması, tekellerin ve kartellerin fiyatları oluşturmaları 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).

İptali talep edilen ibareyle Fona söz konusu şirketlerin genel kurul yetkilerinin kullanımına ilişkin geniş takdir yetkisi bırakılacağından; hiçbir kanuni kayda tabi olmayan anılan ibare, kayyım atanan şirketlerin hakim olduğu sektörlerde kötü ekonomik koşullara maruz kalan firmaların rekabet kabiliyetine zarar gelmesine; kamu yararına aykırı şekilde belli özel teşebbüslerin himaye edilmesine; özel teşebbüslerin mameleklerinin ve teşebbüs hürriyetlerinin korunmasına elverişli ortam hazırlanamamasına; en nihayetinde kamu maliyesi

bakımından yük doğmasına dolayısıyla milli ekonominin zarara uğramasına ve dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olacağından; Anayasa'nın 5 ve 167. maddelerine de aykırıdır.

e) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları ve temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması bakımından: Olağanüstü dönemler de hukuk içi rejimlerdir. Nitekim Kaboğlu'na göre:

“Olağanüstü yönetimi gerekleri ortaya çıktığı zaman, ortak hukukta geçerli özgürlükler düzeninden ayrılma anlamına gelebilecek önlemler alınır. Askıya alma veya sapma (derogation) olarak adlandırılan önlemler, amaç ve yerle sınırlı olup geçicidir; keyfi olmayıp denetime bağlıdır, bu nedenle olağanüstü yönetimler de hukuk rejimi olarak adlandırılır. Buna karşın, artan yetkileri keyfi olarak kullanma olasılığı nedeniyle, olağanüstü yönetimler doğaları gereği insan hakları ve demokrasi için tehdit oluştururlar. Bütün özgürlükler değil, düzenin sağlanması bakımından hassas olanlar kayıtlamaya tabi tutulur. Olağanüstü rejimi ilân etmeyi gerekli kılan nedenler ortadan kalkınca, olağan düzene geçilir. Doğallıkla, olağanüstü hal ve/veya sıkıyönetim, “geçici” özelliğe sahiptir. Kısacası, olağanüstü yönetimler, hukuki, geçici ve ölçülü olmalıdır.”

Anayasa Mahkemesi eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm hakkında verdiği (red) kararında:

“123. Dava konusu kuralın düzenlenme ihtiyacının olağanüstü hâl KHK'ları ile verilen görevlerin niteliğinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Nitekim terör örgütlerine aidiyet, iltisak ve irtibat nedeniyle el konulan şirketleri veya mal varlığı değerlerini yönetmek amacıyla kayyım atanması veya görevlendirilmesi olağanüstü hâl kapsamında üstlenilen bir görevin icrasından ibaret olup söz konusu görevin önemli bir kısmı olağanüstü hâlde alınması gereken, dolayısıyla olağan dönemin hukuki düzenlemelerinden oldukça farklı olan tedbirlere yöneliktir. Söz konusu tedbirlerin anılan niteliği dikkate alındığında bunlara ilişkin görevlerin etkili biçimde uygulanması hususunda tereddüt oluşabilir. Bu bağlamda dava konusu kuralla kanun koyucunun olağanüstü hâl kapsamında şirket, ortaklık payları ve varlıkların yönetimi ve bu kapsamdaki işlerin yürütülmesi için atananların veya görevlendirilenlerin olağanüstü hâl süresince yayımlanan KHK'lar kapsamında görevlerini herhangi bir endişe ve tereddüt duymadan yerine getirmelerini ve çalışmalarında başarılı olmalarını amaçladığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla kural kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.”

şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 13.10.2021 tarihli ve 2018/93 E.; 2021/69 K. sayılı Kararı) (Aynı yönde Anayasa Mahkemesi'nin 24.12.2020 tarihli ve 2017/21 E.; 2020/77 K. sayılı Kararı, § 241-254).

O halde bir an için iptali talep edilen ibarenin olağanüstü halin koşulları sebebiyle kanunlaştırıldığı ileri sürülse dahi; söz konusu genel kurul yetkilerinin TTK hükümlerine tabi olunmaksızın Fon tarafından kullanılabilmesi, Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen “durumun gerektirdiği ölçü” kaydının sınırlarını aşmaktadır.

Kaldı ki 15 Temmuz 2016 tarihindeki darbe girişiminin ardından 21 Temmuz 2016 Tarihli ve 29777 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2016/9064 sayılı “Anayasanın 120. Maddesi ile 2935 Sayılı Olağanüstü Hal Kanununun 3. Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) Bendine Göre, Ülke Genelinde 21/7/2016 Perşembe Günü Saat 01.00'dan İtibaren Doksan Gün

Süreyile Olağanüstü Hal İlan Edilmesi Hakkında Karar’’ ile ülke genelinde olağanüstü hal ilan edilmiştir; yedi kez uzatılan olağanüstü hal, Temmuz 2018’de sona ermiştir.

O halde olağan dönemde iptali talep edilen ibarenin kanunlaştırıldığı göz önüne alındığında; söz konusu genel kurul yetkilerinin TTK hükümlerine tabi olunmaksızın Fon tarafından kullanılabilmesinin, Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan sınırlandırmanın sınırlarının (bilhassa kanunilik ilkesi, öze dokunma yasağı, demokratik bir toplum düzeninin gerekleri) gereklerini karşılamadığı açıkça ortadadır. İhtilaflı kural, olağanüstü hale ilişkin tedbirlerin olağanüstü halin kaldırılmasının akabinde geçerli olamayacaklarına dair temel anayasal prensibi de ihlal etmektedir (Bkz. Anayasa m.15/1 : “ ... olağanüstü hallerde ... durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir ... Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.” Bkz. ayrıca AİHS, m.15/1).

f) Sınırlandırma yetkisinin kötüye kullanılması nedeniyle Anayasa’nın 14. maddesi bakımından: Anayasa’nın 14. 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.”

Başka bir anlatımla Anayasa’nın 14. 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. maddesinin ikinci fıkrasının aksine Fona şirketler bakımından tanınan yetkiler, geniş bir yelpazeye yayılmakla birlikte, kendilerine aykırılık oluşturduğu kurallar ve hak-özgürlükler çerçevesini aşmaktadır. Diğer bir deyişle Fona tanınan yetkiler, ilgili hak ve özgürlükleri, “Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılması” sonucunu doğurduğundan; bunun yaptırımı (Anayasa’nın 14. maddesinin üçüncü fıkrası mucibince), iptali istenen kuralın AYM tarafından iptalidir. Kanun koyucu, Fona çok geniş yetkiler tanımak suretiyle; Fon tarafından anılan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesine veya Anayasa’da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasına imkan verdiğinden; ihtilaflı kural, Anayasa’nın 14. maddesine aykırı olup iptali gerekir.

g)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Bunun yanında; Anayasa’nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 35. maddesiyle benzer hükümler içeren Türkiye’nin taraf olduğu Avrupa İnsan

Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün, mülkiyet hakkını düzenleyen 1. maddesini de ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7407 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle 10.11.2016 tarihli ve 6758 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 19. maddesinin değiştirilen dokuzuncu fıkrasında yer alan "13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olunmaksızın Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından kullanılabilir" ibaresi, Anayasa'nın 2, 5, 7, 10, 13, 14, 15, 35, 48, 90, 123 ve 167. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

d) 26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16. maddesiyle 10.11.2016 tarihli ve 6758 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 19. maddesine eklenen on birinci fıkranın dördüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı

7407 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle 6758 sayılı Kanun'un 19. maddesine on birinci fıkra eklenmiştir. Eklenen on birinci fıkraya göre, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun (Fon), yönetim organı yetkilerini ya da yönetim organı yetkileri ile birlikte ortaklık payları veya menkul kıymetler idare yetkilerini haiz kayyım olarak görevlendirildiği şirketlerde ana sözleşmelerine bağlı olmaksızın, kayyım atanmasından önceki dönem bilanço ve kâr/zarar hesaplarını tasdik ile bu dönemlerde görev yapan yönetim/müdürler kurullarını ibra etmek anlamına gelmemek kaydıyla, 19. maddenin dokuzuncu fıkrası çerçevesinde, şirketlere kayyım atanan faaliyet dönemini izleyen dönemden başlamak üzere kısmen ya da tamamen kâr dağıtımına karar verilebilecektir; dağıtımına karar verilen kâr; milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı nedeniyle haklarında mahkumiyet kararı bulunmayan hissedarlara payları oranında ödenecektir; soruşturma veya kovuşturması devam edenlerin hissesine isabet edecek kâr payı; kovuşturmayla yer olmadığına, beraate, ceza verilmesine yer olmadığına, davanın reddine veya düşmesine ilişkin kararın kesinleşmesine kadar ödenmeyerek Fon hesaplarında tutulacaktır; hakkında soruşturma, kovuşturma bulunmama veya müsadere kararı verilmemiş olma koşulu, borsada işlem gören hisseler bakımından aranmayacaktır; kâr dağıtım kararı ilişkili olduğu faaliyet dönemi mali verilerinin ve tablolarının tasdiki anlamına gelmeyecektir; dağıtıma ilişkin hususlar Fon Kurulu tarafından belirlenecektir. Ancak iptali talep edilen cümleyle hakkında soruşturma, kovuşturma bulunmama veya müsadere kararı verilmemiş olma koşulunun, borsada işlem gören hisseler bakımından aranmaması, aşağıda belirtilen gerekçelerle Anayasa'ya aykırıdır.

a) Kamu yararı ilkesi ve hukuk devleti bakımından: İptali talep edilen cümle, öncelikle Anayasa'nın hukuk devleti ilkesini öngören 2. maddesine aykırıdır. Zira kanun koyucu genel kuralı ihdas etmiş ve fakat somut bir gerekçe göstermeksizin istisna hükmü öngörmüştür. Başka bir anlatımla kanun koyucu, dağıtımına karar verilen kârın; milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı nedeniyle haklarında mahkumiyet kararı bulunmayan hissedarlara payları oranında ödeneceğini ve soruşturma veya kovuşturması devam edenlerin hissesine isabet edecek kâr payının; kovuşturmayla yer olmadığına, beraate, ceza verilmesine yer olmadığına, davanın reddine veya düşmesine ilişkin kararın kesinleşmesine kadar ödenmeyerek Fon hesaplarında tutulacağını hüküm altına alarak genel kuralı ihdas etmiştir. Ancak iptali talep edilen cümleyle, genel kurala istisna getirmiştir. Buna göre borsada işlem gören hisseler

bakımından hakkında soruşturma, kovuşturma bulunsa veya müsadere kararı verilse dahi kâr payı dağıtımı yapılacaktır. Kanun koyucu, iptali talep edilen cümlelerin yer aldığı fıkranın gerekçesinde, istisna hükmü öngörmesine (borsada işlem gören hisseler bakımından farklılık oluşturmaya) ilişkin haklı nedeni temellendirmemiştir. Halbuki Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur (Anayasa Mahkemesi'nin 17. 06. 2015 karar tarihli ve 2014/179 E.; 2015/54 K. sayılı Kararı).

Başka bir anlatımla istisna hükümlerinin varlığı, Roma hukukuna kadar dayanmaktadır. Nitekim “Bu kuralın dayanağını bulduğu, Roma hukukunda genel hukuk kuralları veya genele ait olan hukuk (ius commune) karşısında; bu kuralları ihlal eden, özel durumlar gereği yaratılan ve bu özel durumların gerektirdiği menfaatleri gerçekleştirmeye hizmet eden hukuk kuralları da (ius singularia) bulunmaktaydı. Digestada ius singularia, “genel kurallara aykırı olarak, belirli bir menfaatin temini için kanun koyucunun otoritesi ile ihdas edilen hukuk” şeklinde tanımlanmıştır (D. 1.3.16 Paul).” Borsada işlem gören hisseler bakımından hakkında soruşturma, kovuşturma bulunmama veya müsadere kararı verilmemiş olma koşulunun niçin aranmadığı; bu hisselerin ne türden bir özellik arz ettiği; söz konusu koşulun bu hisseler bakımından aranmamasında güdülen kamu yararı açıkça ortaya konulmamıştır. Bu nedenlerle anılan cümle, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

b)Eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları ve mülkiyet hakkı bakımından: İptali talep edilen cümle, mülkiyet hakkı bağlamında eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Zira hissedarların hissesine isabet edecek kâr payları üzerinde mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre “Genel olarak, ekonomik bir değer taşıyan ve paydaşın bir şirket üzerinde nüfuz kullanmasını temin eden çeşitli haklar içeren şirket hisseleri malvarlığı kapsamında görülebilirler (Olczak v. Poland (dec.), § 60; Sovtransavto Holding v. Ukraine, § 91; Shesti Mai Engineering OOD and Others v. Bulgaria, § 77). Bu, hem söz konusu şirketin malvarlığı üzerinde örneğin tasfiye halinde anılan malvarlığı üzerinde pay hakkı gibi dolaylı bir talebi içermekte hem de oy hakkı ile şirket yönetim ve politikasını etkileme hakkı gibi diğer bağlantılı hakları kapsamaktadır (Company S. and T. v. Sweden, Komisyon kararı; Reisner v. Turkey, § 45; Marini v. Albania, § 165).”.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi imkanı sağlar. Bununla birlikte mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme) şeklinde tanımlanmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve 1988/ 34 E., 1989/26 K. sayılı Kararı).

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 kanun koyucu borsada işlem gören ve görmeyen hisseler bakımından haklı neden ortaya koymaksızın ayırım yapmıştır. Başka bir deyişle borsada işlem görmeyen hisseler bakımından dağıtımına karar verilen kâr; milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı nedeniyle haklarında mahkûmiyet kararı bulunmayan hissedarlara payları oranında ödenecek; ve fakat soruşturma veya kovuşturması devam edenlerin hissesine isabet edecek kâr payı; kovuşturmaya yer olmadığına, beraate, ceza verilmesine yer olmadığına, davanın reddine veya düşmesine ilişkin kararın kesinleşmesine kadar ödenmeyerek Fon hesaplarında tutulacaktır. Ancak borsada işlem gören hisseler bakımından (hakkında soruşturma, kovuşturma bulunmama veya müsadere kararı verilmemiş olma koşulu aranmaksızın) her halükarda; dağıtımına karar verilen kâr, hissedarlara payları oranında ödenecektir. O halde hakkında soruşturma, kovuşturma bulunanlara veya müsadere kararı verilenlere (mülkiyet haklarına binaen) kâr payı dağıtılması usulünün, borsada işlem görme temelinde farklılaştırılmasını meşrulaştıran haklı bir sebep ortaya konulmamıştır. Bu durum, aynı zamanda hakkında soruşturma, kovuşturma bulunan veya müsadere kararı verilen ve fakat borsada işlem görmeyen hisseler üzerinden kâr payı alacak kimselerin, kâr paylarının ilgili kararın kesinleşmesine kadar ödenmeyerek Fon hesabında tutulması suretiyle; mülkiyet hakkına (Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan sınırlandırmanın sınırları arasında bulunan özel sebep:) kamu yararı / meşru bir neden olmaksızın müdahale edilmesi sonucunu doğuracaktır.

c)Eşitlik ilkesi ve teşebbüs hürriyeti bakımından: İptali talep edilen cümlelerin yer aldığı fıkra da yer alan Fonun, yönetim organı yetkilerini ya da yönetim organı yetkileri ile birlikte ortaklık payları veya menkul kıymetler idare yetkilerini haiz kayyım olarak görevlendirildiği şirketler, özel teşebbüs niteliğindedir. Anayasa’nın 48. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır. 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). Devletin, Anayasa’nın anılan hükmü bağlamındaki tedbir alma yükümlülüğü kapsamında kanun koyucu da söz konusu şirketlerde, anılan fıkra da sayılı koşulların oluşması halinde; hissedarlara kâr dağıtımı yapılabilmesine cevaz vermiştir. Ancak kanun koyucu, borsada işlem gören hisseler bakımından kâr dağıtımının usulüne ilişkin farklılık öngörmüştür. Söz konusu usul farklılığı (hakkında soruşturma, kovuşturma bulunmama veya müsadere kararı verilmemiş olma koşulunun aranmaması); Devletin anılan yükümlülüğünü, haklı bir neden olmaksızın bazı şirketler için yerine getirmesine, bazı şirketler için yerine getirememesine neden olacaktır. Zira bu türden bir usul farklılığının niçin öngörüldüğü, özel teşebbüsler bakımından ne türden bir avantaj sağladığı ortaya konulmamıştır.

Ezcümle haklı bir neden olmaksızın, benzer durumdaki özel teşebbüslerde kâr dağıtım usulü bakımından bir muamele farklılığı yapılmıştır. Halbuki eşitlik ilkesi bağlamında teşebbüs özgürlüğü gereğince; Devlet, anılan on birinci fıkra kapsamındaki tüm özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri almalıdır. Bu yükümlülüğün aksine; borsada işlem gören hisseler bakımından hakkında soruşturma, kovuşturma bulunmama veya müsadere kararı verilmemiş olma koşulu aranmayarak; borsada işlem gören ve görmeyen

hisselere sahip şirketlerin (Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan sınırlandırmanın sınırlarından olan demokratik toplum düzeninin gereklerinin aksine) çalışma ortamları, güvensiz ve belirsiz hale getirilmiştir. Öte yandan söz konusu koşulun bazı hisseler bakımından aranıp diğerleri bakımından aranmaması; piyasa koşullarında firmaların rekabet kabiliyetine, yatırım ve istihdam politikalarına etki edecektir. Bu nedenle anılan cümle, Anayasa'nın 10, 13 ve 48. maddelerine aykırıdır.

ç)Para kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının düzenlenmesi bakımından: “Anayasa'nın 167. maddesinin ilk fıkrasında; 'Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.' denilmektedir. Maddede yalnız, tekelleşme değil, tekel oluşturmayan üretim ve hizmet kuruluşlarının 'fiyat anlaşmaları', 'coğrafi bölge paylaşma' ve 'benzeri suretle' gerçekleştirilecek kartelleşme de yasaklanmış; Devlet, bunu engelleyici önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Böylece rekabetin ortadan kaldırılması, tekellerin ve kartellerin fiyatları oluşturmaları ve etkilemesi önlenmek istenmiştir. Devletin tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemek görevi, temelde tüketiciyi koruma amacı gütmektedir. Bu da ancak, tekelleşme ve kartelleşmelerin önlenerek özgür rekabet ortamının sağlanması ile güvenceye alınabilir. Piyasa ekonomisinin etkinliği, serbest rekabet koşullarının varlığına bağlıdır. Tekelleşmeye veya kartelleşmeye olanak veren ortamlarda piyasa ekonomisi etkinliğini yitirir. Bu nedenle, yasal düzenlemelerde, tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemeye, dolayısıyla bireyleri ve toplumu korumaya yönelik kuralların bulunması zorunludur. Bu husus, Anayasa'nın 5. maddesindeki Devlet'in 'kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak' görevleri ile de doğrudan ilgilidir” (Anayasa Mahkemesi'nin 16.06.2011 tarihli ve 2009/9 E.; 2011/103 K. sayılı Kararı). Öte yandan “Anayasa'nın 167. maddesinin ikinci fıkrasının vermiş olduğu yetkiye dayanarak Yasama Organı, "dış ticaretin düzenlenmesini yürütme organına bırakmıştır. O halde, Bakanlar Kurulu, Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla bu konunun çerçevesini, genel esaslarını, temel yönlerini ve ayrıntılarını tümüyle düzenleme yetkisine sahiptir.” (Anayasa Mahkemesi'nin 11.01.1985 tarihli ve 1984/6 E.; 1985/1 K. sayılı Kararı).

Ancak borsada işlem gören hisseler bakımından hakkında soruşturma, kovuşturma bulunmama veya müsadere kararı verilmemiş olma koşulunun aranmayıp, işlem görmeyen hisseler bakımından bu koşulun aranması; söz gelimi anılan on birinci fıkra kapsamındaki şirketlerin rekabet edebilme kabiliyetinin azalmasına; bazı şirketlerin hisse senedi piyasasında finansal istikrarsızlığına; şirket değerinin ve itibarının düşmesine; borsa endeksinin değişkenliğine; belirlenen para politikasından yeterli iktisadi verimlilik alınamamasına; kamu yararına aykırı şekilde belli özel teşebbüslerin himaye edilmesine ve dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olacağından; iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın 5 ve 167. maddelerine de aykırıdır.

d)Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları ve temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması bakımından: Olağanüstü dönemler de hukuk içi rejimlerdir. Nitekim Kaboğlu'na göre:

“Olağanüstü yönetimi gerekleri ortaya çıktığı zaman, ortak hukukta geçerli özgürlükler düzeninden ayrılma anlamına gelebilecek önlemler alınır. Askıya alma veya sapma (derogation) olarak adlandırılan önlemler, amaç ve yerle sınırlı olup geçicidir; keyfi olmayıp denetime bağlıdır, bu nedenle olağanüstü yönetimler de hukuk rejimi olarak adlandırılır. Buna karşın, artan yetkileri keyfi olarak kullanma olasılığı nedeniyle, olağanüstü yönetimler doğaları gereği insan hakları ve demokrasi için tehdit oluşturlar. Bütün özgürlükler değil, düzenin

sağlanması bakımından hassas olanlar kayıtlamaya tabi tutulur. Olağanüstü rejimi ilân etmeyi gerekli kılan nedenler ortadan kalkınca, olağan düzene geçilir. Doğallıkla, olağanüstü hal ve/veya sıkıyönetim, “geçici” özelliğe sahiptir. Kısacası, olağanüstü yönetimler, hukuki, geçici ve ölçülü olmalıdır.”

Anayasa Mahkemesi eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm hakkında verdiği (red) kararında:

“123. Dava konusu kuralın düzenlenme ihtiyacının olağanüstü hâl KHK’ları ile verilen görevlerin niteliğinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Nitekim terör örgütlerine aidiyet, iltisak ve irtibat nedeniyle el konulan şirketleri veya mal varlığı değerlerini yönetmek amacıyla kayyım atanması veya görevlendirilmesi olağanüstü hâl kapsamında üstlenilen bir görevin icrasından ibaret olup söz konusu görevin önemli bir kısmı olağanüstü hâlde alınması gereken, dolayısıyla olağan dönemin hukuki düzenlemelerinden oldukça farklı olan tedbirlere yöneliktir. Söz konusu tedbirlerin anılan niteliği dikkate alındığında bunlara ilişkin görevlerin etkili biçimde uygulanması hususunda tereddüt oluşabilir. Bu bağlamda dava konusu kuralla kanun koyucunun olağanüstü hâl kapsamında şirket, ortaklık payları ve varlıkların yönetimi ve bu kapsamdaki işlerin yürütülmesi için atananların veya görevlendirilenlerin olağanüstü hâl süresince yayımlanan KHK’lar kapsamında görevlerini herhangi bir endişe ve tereddüt duymadan yerine getirmelerini ve çalışmalarında başarılı olmalarını amaçladığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla kural kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.”

şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi’nin 13.10.2021 tarihli ve 2018/93 E.; 2021/69 K. sayılı Kararı) (Aynı yönde Anayasa Mahkemesi’nin 24.12.2020 tarihli ve 2017/21 E.; 2020/77 K. sayılı Kararı, § 241-254).

O halde bir an için iptali talep edilen cümlelerin olağanüstü halin koşulları sebebiyle kanunlaştırıldığı ileri sürülse dahi; hakkında soruşturma, kovuşturma bulunmama veya müsadere kararı verilmemiş olma koşulunun, borsada işlem gören hisseler bakımından aranmaması, Anayasa’nın 15. maddesinde belirtilen “durumun gerektirdiği ölçü” kaydının sınırlarını aşmaktadır.

Kaldı ki 15 Temmuz 2016 tarihindeki darbe girişiminin ardından 21 Temmuz 2016 Tarihli ve 29777 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2016/9064 sayılı “Anayasanın 120. Maddesi ile 2935 Sayılı Olağanüstü Hal Kanununun 3. Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) Bendine Göre, Ülke Genelinde 21/7/2016 Perşembe Günü Saat 01.00’den İtibaren Doksan Gün Süreyle Olağanüstü Hal İlan Edilmesi Hakkında Karar” ile ülke genelinde olağanüstü hal ilan edilmiştir; yedi kez uzatılan olağanüstü hal, Temmuz 2018’de sona ermiştir.

O halde olağan dönemde iptali talep edilen cümlelerin kanunlaştırıldığı göz önüne alındığında; hakkında soruşturma, kovuşturma bulunmama veya müsadere kararı verilmemiş olma koşulunun, borsada işlem gören hisseler bakımından aranmamasının, Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan sınırlandırmanın sınırlarının (bilhassa özel sınırlama sebebi: kamu yararı ilkesi) gereklerini karşılamadığı açıkça ortadadır. İhtilaflı kural, olağanüstü hale ilişkin tedbirlerin olağanüstü halin kaldırılmasının akabinde geçerli olamayacaklarına dair temel anayasal prensibi de ihlal etmektedir (Bkz. Anayasa m.15/1 : “ ... olağanüstü hallerde ... durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir ... Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.” Bkz. ayrıca AİHS, m.15/1).

e)Sınırlandırma yetkisinin kötüye kullanılması nedeniyle Anayasa'nın 14. maddesi bakımından: Anayasa'nın 14. maddesi temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamamasını 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” deyimi 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.”

Başka bir anlatımla Anayasa'nın 14. 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. maddesinin ikinci fıkrasının aksine hakkında soruşturma, kovuşturma bulunmama veya müsadere kararı verilmemiş olma koşulunun, borsada işlem gören hisseler bakımından aranmaması, kendilerine aykırılık oluşturduğu kurallar ve hak-özgürlükler çerçevesini aşmaktadır. Diğer bir deyişle hakkında soruşturma, kovuşturma bulunmama veya müsadere kararı verilmemiş olma koşulunun, borsada işlem gören hisseler bakımından aranmaması, ilgili hak ve özgürlükleri, “Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılması” sonucunu doğurduğundan; bunun yaptırımı (Anayasa'nın 14. maddesinin üçüncü fıkrası mucibince), iptali istenen kuralın AYM tarafından iptalidir. Kanun koyucu, hakkında soruşturma, kovuşturma bulunmama veya müsadere kararı verilmemiş olma koşulunu, borsada işlem gören hisseler bakımından aramamak suretiyle; idare tarafından anılan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesine veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasına imkan verdiğinden; ihtilaflı kural, Anayasa'nın 14. maddesine aykırı olup iptali gerekir.

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

Tüm bu nedenlerle 7407 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle 10.11.2016 tarihli ve 6758 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 19. maddesine eklenen on birinci fıkranın dördüncü cümlesi, Anayasa'nın 2, 5, 10, 13, 14, 15, 35, 48, 90 ve 167. maddelerine aykırıdır; anılan cümlelerin iptali gerekir.

5) 26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 17. maddesiyle

6758 sayılı Kanun'un 20. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının son cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı

7407 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle 6758 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun satış ve tasfiyeye ilişkin yetkilerini düzenleyen 20. maddesinin birinci fıkrası değiştirilmiştir. Buna göre, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından devralınan banka/şirketler ve bunların varlıkları ile ilgili olarak Fona verilen yetkiler, 6758 sayılı Kanun ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna verilen kayyımlik görevi ile satış veya tasfiye işlemlerinde, bu şirketlerin yahut bunların sahiplerinin Fona borçlu olup olmadığına ve varlıkları üzerinde Fon haczi bulunup bulunmadığına bakılmaksızın kıyasen uygulanacaktır; yönetim ve denetimi veya kayyımlik yetkisi Fona devredilen veya Fonun kayyım olarak atandığı banka/şirketleri ve ortaklık paylarını soruşturma, kovuşturma veya iflas ve tasfiye süresince yönetmek ve temsil etmek üzere atananlar, görevlendirilenler veya atananlar tarafından temsil yetkisini haiz olmak üzere görevlendirilenler ile 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinin onuncu fıkrasına göre malvarlığı değerlerinin yönetimi amacıyla atananlar, görevlendirilenler veya atananlar tarafından temsil yetkisini haiz olmak üzere görevlendirilenler ve bu kapsamda icra edilen iş ve işlemler hakkında 6755 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 37. maddesi uygulanacaktır; şirketlerin tasfiye işlemlerini yürütmek üzere Fon Kurulu tarafından görevlendirilen tasfiye komisyonu, adli işlemler veya davalar bakımından taraf ehliyetine sahip olacaktır; Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun kayyım olarak atandığı şirketlerin ya da ortaklık paylarının bu madde kapsamında satışından elde edilecek tutardan, Fonun satış, dava veya avukatlık masrafları düşüldükten sonra kalan tutar yargılamanın kesin hükümle sonuçlandırılmasına kadar bir hesapta nemalandırılacaktır; şirket varlıklarının veya malvarlığı değerlerinin bu madde kapsamında satışından elde edilecek tutarlar ise, 5411 sayılı Kanun'un (Fonun alacaklarının tahsiline ilişkin diğer yetkileri düzenleyen) 134. maddesi uyarınca oluşturulan sıra cetveline göre dağıtılacaktır; sıra cetveline göre dağıtım yapıldıktan sonraki bakiye, 6758 sayılı Kanun'un 19. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan işlemlerin tesisi için şirket hesaplarına aktarılacaktır; ortaklık paylarının satışında, satışa ilişkin masraflar ile dava veya avukatlık masrafları, milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı bulunmayan hissedarların payından düşülmeyecektir.

Başka bir anlatımla iptali talep edilen cümlelerin mefhum-u muhalifinden şu anlam çıkacaktır: ortaklık paylarının satışında, satışa ilişkin masraflar ile dava veya avukatlık masrafları,

1) milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı bulunmayan hissedarların payından düşülmeyecektir,

2) milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı bulunan hissedarların payından düşülecektir.

Bu durum, Anayasa'ya çok yönlü olarak aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; milli güvenliğe tehdit oluşturan yapıyı, oluşumu veya grupları ya da terör örgütlerini tespit etmeye yetkili mercii, cümle lafzında zikredilmemiştir. Yine iptali talep edilen cümle lafzında milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı bulunmaya / bulunmamaya ilişkin mahkeme kararının kesin hükümle (res judicata) sonuçlanması aranmamaktadır.

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

Zira ortaklık paylarının satışında, satışa ilişkin masraflar ile dava veya avukatlık masrafları, milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı bulunmayan hissedarların payından düşülmeyecektir. Ancak iptali talep edilen cümlede milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı bulunmaya / bulunmamaya ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesinin beklenmesi, öngörülmemiştir. Halbuki kesin hüküm, bir yargı kararının bağlayıcı hale gelmesinin bir ön şartıdır. Başka bir anlatımla "Res judicata'nın anlamı bir hukuk mahkemesi kararının veya bir beraat kararının kesinleşmesiyle birlikte derhal bağlayıcı hale gelmesi ve iptal edilme riskinin bulunmamasıdır (Brumărescu)". O halde yargı kararı, idare makamları bakımından henüz bağlayıcı hale gelmeden; milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı bulunmayan hissedarların payından düşülmemesi ve fakat bulunanlardan düşülmesi, kesin hükmün bağlayıcılığı ilkesini dolayısıyla adil yargılanma hakkını ihlal edecektir. Başka bir anlatımla milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı bulunmaya / bulunmamaya ilişkin mahkeme kararının kesin hükümle karara bağlanması, bir ön şart olarak tespit edilmediğinden; (Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan sınırlandırma ve güvence ölçütlerine aykırı olarak) adil yargılanma hakkının özüne dokunulacaktır.

Öte yandan adil yargılanma hakkının tüm unsurlarının (kanunla kurulmuş-bağımsız-tarafsız bir mahkemede, makul bir sürede, adil ve aleni biçimde yargılanma hakkı, mahkemeye erişim hakkı, silahların eşitliği-yargılamada çelişme-yargılamada vicahilik ilkelerinin) tecessüm edeceği bir mahkumiyet (kesin nitelikteki) hükmü aranmadan, milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı bulunmayan hissedarların payından düşülmemesi ve fakat bulunanlardan düşülmesi, Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen masumiyet karinesini de ihlal edecektir. Gerçekten de; Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan masumiyet (suçsuzluk) karinesi, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına alır. Bunun sonucu olarak kişinin masumiyeti asıl olduğundan suçluluğu ispat külfeti iddia makamına ait olup kimseye suçsuzluğunu ispat mükellefiyeti yüklenemez. Ayrıca hiç kimse suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz. Bu çerçevede masumiyet karinesi, kural olarak hakkında bir suç isnadı bulunan ve henüz mahkûmiyet kararı verilmemiş kişileri kapsayan bir ilkedir (Kürşat Eyol, B. No: 2012/665,

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

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

Bu itibarla, ihtilaflı cümle; suçluluğu yargı kararıyla hükmen sabit olmayan hissedarların ortaklık payından söz konusu masrafların düşülmesi, bu kişilere suçlu muamelesi yapılarak sonuçlandırılacağı anlamına geldiğinden; Anayasa'nın 38. maddesini ihlal etmektedir.

Yine Anayasa'nın 40. maddesi mucibince herkes, Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Kanun koyucu da hakkında milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı olduğu iddiası bulunanların mahkemeye başvurabileceğini öngörmüş ve fakat iptali talep edilen cümleyle söz konusu mahkeme kararının kesin hükümle sonuçlanmasını

beklemeden hissedarın ortaklık payından sayılı masrafların düşüleceğini hüküm altına almak suretiyle; Anayasa'nın 40. maddesinde yer alan etkili başvuru hakkının kullanımını hukuken etkisiz hale getirmiş, (Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen 13. maddesinin aksine) onun özüne dokunmuştur.

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

b)Eşitlik ilkesi, mülkiyet hakkı ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları bakımından: İptali talep edilen cümle, mülkiyet hakkı bağlamında eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Zira hissedarların ortaklık payları üzerinde mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre "Genel olarak, ekonomik bir değer taşıyan ve paydaşın bir şirket üzerinde nüfuz kullanmasını temin eden çeşitli haklar içeren şirket hisseleri malvarlığı kapsamında görülebilirler (Olczak v. Poland (dec.), § 60; Sovtransavto Holding v. Ukraine, § 91; Shesti Mai Engineering OOD and Others v. Bulgaria, § 77). Bu, hem söz konusu şirketin malvarlığı üzerinde örneğin tasfiye halinde anılan malvarlığı üzerinde pay hakkı gibi dolaylı bir talebi içermekte hem de oy hakkı ile şirket yönetim ve politikasını etkileme hakkı gibi diğer bağlantılı hakları kapsamaktadır (Company S. and T. v. Sweden, Komisyon kararı; Reisner v. Turkey, § 45; Marini v. Albania, § 165).".

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi imkanı sağlar. Bununla birlikte mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme) şeklinde tanımlanmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve 1988/ 34 E., 1989/26 K. sayılı Kararı).

Ancak ortaklık paylarının satışında, satışa ilişkin masraflar ile dava veya avukatlık masraflarının hissedarların payından düşülmesi için milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı bulunmasına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesinin beklenmemesi, hissedarların mülkiyet hakkını ihlal edecektir. Zira bu kimseler, mülkiyet haklarına binaen hisselerine düşen meblağı talep edecek ve fakat idare, talepte bulunan hissedarın milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı bulunuyorsa; bu meblağdan sayılı masrafları düşecektir. Ancak milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı bulunup bulunmadığına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi beklenmeksizin masrafların düşülüp düşülmeyeceğinin belirlenmesi, mülkiyet hakkını korumasız bırakacak ve onun özüne dokunacaktır.

Başka bir anlatımla kanun koyucu, hukuk devleti ilkesine aykırı şekilde belirsiz kavramlar aracılığıyla ve kesin nitelikteki bir yargı kararı olmaksızın hissedarlar hakkında idare tarafından işlem yapılmasına cevaz vermek suretiyle; Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarının gereklerini karşılamayarak; onların mülkiyet hakkını ihlal etmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği üzere; Anayasa'nın 35. maddesi usule ilişkin açık bir güvenceden söz etmemektedir. Bununla birlikte mülkiyet hakkının gerçek anlamda korunabilmesi bakımından bu madde, Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında da ifade edildiği üzere mülk sahibine müdahalenin kanun dışı veya keyfi ya da

makul olmayan şekilde uygulandığına ilişkin savunma ve itirazlarını sorumlu makamlar önünde etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağının tanınması güvencesini kapsamaktadır. Bu değerlendirme ise, uygulanan sürecin bütününe bakılarak yapılmalıdır (Züliye Öztürk, B. No: 2014/1734, 14/9/2017, § 36; Bekir Yazıcı [GK], B. No: 2013/3044, 17/12/2015, § 71) (Recep Tarhan ve Afife Tarhan, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, § 62) (Anayasa Mahkemesi'nin 01.07.2020 tarihli ve 2016/4293 Bireysel Başvuru No'lu Güven Bostan Başvurusu, § 48). Ancak söz konusu hissedarlar bakımından kanunilik ilkesine saygı gösterilmeyerek, yargı kararı kesin hükümle bağlanmayarak ve dolayısıyla hakkı koruyucu usuli güvenceler bertaraf edilmek suretiyle hakkın özüne dokunularak mülkiyet hakkı ihlal edilmiştir. Bu nedenle anılan cümle, Anayasa'nın 13 ve 35. maddelerine aykırıdır.

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

Anılan cümle, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira hissedarlar arasında “milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı bulunma” şeklindeki gerekçeyle bir ayırım yapılmıştır. Açıklandığı üzere; söz konusu gerekçe, Anayasa'ya aykırı olduğundan, benzer durumdaki hissedarlar arasında ayırım yapmayı haklı kılmamaktadır. Diğer bir deyişle eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer durumdaki kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayırma ilişkin bir “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır ve ancak ihtilafli düzenlemede hakkında (milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı) bulunan ile bulunmayan (mülkiyet hakkına binaen ortaklık payını talep eden) hissedarlar arasında haklı bir nedene dayanmayan (kesinleşmiş yargı kararı yokluğunda) muamele farklılığı yapılacaktır. Zira milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatına ilişkin yargı kararı bakımından kesin hüküm şartı aranmadığından; masumiyet karinesine istinaden bu hissedarlar, aynı koşullarda ve eşit konumdadır. Bu nedenle anılan cümle, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

c)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin ön koşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını; hukuki belirlilik ilkesi de, kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık,

net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlemler içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi’nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye işlem yaparken ve eylem tesisi ederken veya görevlerini yerine getirirken belirli oranda hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir. Öte yandan; Anayasa’nın 123. maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri, kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

şeklinde (Anayasa Mahkemesi'nin 03.06.2021 tarihli ve 2020/9 E.; 2021/37 K. sayılı Kararı; aynı yönde bkz.: Mahkemesi'nin 03.06.2021 tarihli ve 2020/18 E.; 2021/38 K. sayılı Kararı, § 4-12; 16.12.2021 tarihli ve 2021/80 E.; 2021/99 K. sayılı Kararı, § 34-41). Ancak Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararlarına istinaden; bu tespit işleminin Millî Güvenlik Kurulunca gerçekleştirilemeyeceğinin bilincinde olan kanun koyucu; iptali talep edilen

cümlede, herhangi bir idari makamı söz konusu tespit işlemini gerçekleştirme yetkisiyle donatmamıştır, yetkili merciin kim olacağı hususunda sessiz kalmıştır.

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

ç)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından; Anayasa’nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa’nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi’nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen cümle hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye; milli güvenliğe tehdit oluşturan yapı, oluşum, grup veya terör örgütlerini tespit etme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa’nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

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

“42. 1416 sayılı Kanun’un geçici 4. maddesinin beşinci fıkrasında terör örgütlerine veya MGK’ca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu gerekçesi ile öğrencilikle veya mecburi hizmetle yükümlü bulundukları süre içerisinde kadrolarıyla ilişigi

kesilenler hakkında bu madde hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülmekte olup anılan fıkra da yer alan "...üyeliği, mensubiyeti veya..." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

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

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

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

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

47. Dava konusu kural, terör örgütlerine veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üye veya mensup oldukları gerekçesiyle öğrencilikle veya mecburi hizmetle yükümlü bulundukları süre içerisinde kadrolarıyla ilişkili kesilen kişilerin, 1416 sayılı Kanun'dan kaynaklanan öğrenim masrafları ile buna ilişkin faiz borcunun ödenebilmesini kolaylaştırmak amacıyla getirilen imkânlardan

faaydalandırılmamasını öngörmektedir. Bu yönüyle kural, terör örgütü üyeliğı suçundan ceza soruşturmaları veya kovuşturmalarına maruz kalan ancak haklarındaki süreç tamamlanıp suçlu olduklarına dair kesin hüküm tesis edilmeyen kişilerin terör örgütü üyesi veya mensubu olarak nitelendirilmelerine sebebiyet verebilecek niteliktedir. Bunun yanı sıra kuralda kapsama giren kişiler hakkında kesin hükümle sonuçlanan herhangi bir yargısal sürecin varlığına yönelik açıklama da yapılmamıştır.

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

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

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

e) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları ve temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması bakımından: Olağanüstü dönemler de hukuk içi rejimlerdir. Nitekim Kabağılu'na göre:

“Olağanüstü yönetimi gerekleri ortaya çıktığı zaman, ortak hukukta geçerli özgürlükler düzeninden ayrılma anlamına gelebilecek önlemler alınır. Askıya alma veya sapma (derogation) olarak adlandırılan önlemler, amaç ve yerle sınırlı olup geçicidir; keyfi olmayıp denetime bağılıdır, bu nedenle olağanüstü yönetimler de hukuk rejimi olarak adlandırılır. Buna karşın, artan yetkileri keyfi olarak kullanma olasılığı nedeniyle, olağanüstü yönetimler doğaları gereğı insan hakları ve demokrasi için tehdit oluştururlar. Bütün özgürlükler değil, düzenin sağlanması bakımından hassas olanlar kayıtlamaya tabi tutulur. Olağanüstü rejimi ilân etmeyi gerekli kılan nedenler ortadan kalkınca, olağan düzene geçilir. Doğallıkla, olağanüstü hal ve/veya sıkıyönetim, “geçici” özelliğı sahiptir. Kısacası, olağanüstü yönetimler, hukuki, geçici ve ölçülü olmalıdır.”

Anayasa Mahkemesi eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm hakkında verdiği (red) kararında:

“123. Dava konusu kuralın düzenlenme ihtiyacının olağanüstü hâl KHK'ları ile verilen görevlerin niteliğinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Nitekim terör örgütlerine aidiyet, iltisak ve irtibat nedeniyle el konulan şirketleri veya mal varlığı değerlerini yönetmek amacıyla kayyım atanması veya görevlendirilmesi olağanüstü hâl kapsamında üstlenilen bir görevin icrasından ibaret olup söz konusu görevin önemli bir kısmı olağanüstü hâlde alınması gereken, dolayısıyla olağan dönemin hukuki düzenlemelerinden oldukça farklı olan tedbirlere yöneliktir. Söz konusu tedbirlerin anılan niteliğı dikkate alındığında bunlara ilişkin görevlerin etkili biçimde uygulanması hususunda tereddüt oluşabilir. Bu bağlamda dava konusu kuralla kanun koyucunun olağanüstü hâl kapsamında şirket, ortaklık payları ve varlıkların yönetimi ve bu kapsamdaki işlerin yürütülmesi için atananların veya görevlendirilenlerin olağanüstü hâl süresince yayımlanan KHK'lar kapsamında görevlerini herhangi bir endişe ve tereddüt

duymadan yerine getirmelerini ve çalışmalarında başarılı olmalarını amaçladığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla kural kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.”

şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi’nin 13.10.2021 tarihli ve 2018/93 E.; 2021/69 K. sayılı Kararı) (Aynı yönde Anayasa Mahkemesi’nin 24.12.2020 tarihli ve 2017/21 E.; 2020/77 K. sayılı Kararı, § 241-254).

O halde bir an için iptali talep edilen cümlelerin olağanüstü halin koşulları sebebiyle kanunlaştırıldığı ileri sürülse dahi; ortaklık paylarının satışında, satışa ilişkin masraflar ile dava veya avukatlık masraflarının hissedarların payından düşülmesi için milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı bulunmasına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesinin beklenmemesi, Anayasa’nın 15. maddesinde belirtilen “durumun gerektirdiği ölçü” kaydının sınırlarını aşmaktadır.

Kaldı ki 15 Temmuz 2016 tarihindeki darbe girişiminin ardından 21 Temmuz 2016 Tarihli ve 29777 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2016/9064 sayılı “Anayasanın 120. Maddesi ile 2935 Sayılı Olağanüstü Hal Kanununun 3. Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) Bendine Göre, Ülke Genelinde 21/7/2016 Perşembe Günü Saat 01.00’dan İtibaren Doksan Gün Süreyle Olağanüstü Hal İlan Edilmesi Hakkında Karar” ile ülke genelinde olağanüstü hal ilan edilmiştir; yedi kez uzatılan olağanüstü hal, Temmuz 2018’de sona ermiştir.

O halde olağan dönemde iptali talep edilen cümlelerin kanunlaştırıldığı göz önüne alındığında; ortaklık paylarının satışında, satışa ilişkin masraflar ile dava veya avukatlık masraflarının hissedarların payından düşülmesi için milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı bulunmasına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesinin beklenmemesinin, Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan sınırlandırmanın sınırlarının (bilhassa öze dokunma yasağı) gereklerini karşılamadığı açıkça ortadadır. İhtilafli kural, olağanüstü hale ilişkin tedbirlerin olağanüstü halin kaldırılmasının akabinde geçerli olamayacaklarına dair temel anayasal prensibi de ihlal etmektedir (Bkz. Anayasa m.15/1 : “ ... olağanüstü hallerde ... durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir ... Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.” Bkz. ayrıca AİHS, m.15/1).

f)Sınırlandırma yetkisinin kötüye kullanılması nedeniyle Anayasa’nın 14. maddesi bakımından: Anayasa’nın 14. maddesi temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamamasını 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” deyimi 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.”

Başka bir anlatımla Anayasa'nın 14. 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. maddesinin ikinci fıkrasının aksine ortaklık paylarının satışında, satışa ilişkin masraflar ile dava veya avukatlık masraflarının hissedarların payından düşülmesi için milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı bulunmasına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesinin beklenmemesi, kendilerine aykırılık oluşturduğu kurallar ve hak-özgürlükler çerçevesini aşmaktadır. Diğer bir deyişle ortaklık paylarının satışında, satışa ilişkin masraflar ile dava veya avukatlık masraflarının hissedarların payından düşülmesi için milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı bulunmasına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesinin beklenmemesi, ilgili hak ve özgürlükleri, "Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılması" sonucunu doğurduğundan; bunun yaptırımını (Anayasa'nın 14. maddesinin üçüncü fıkrası mucibince), iptali istenen kuralın AYM tarafından iptalidir. Kanun koyucu, ortaklık paylarının satışında, satışa ilişkin masraflar ile dava veya avukatlık masraflarının hissedarların payından düşülmesi için milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı bulunmasına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesini beklememek suretiyle; idare tarafından anılan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesine veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasına imkan verdiğinden; ihtilaflı kural, Anayasa'nın 14. maddesine aykırı olup iptali gerekir.

g)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Bunun yanında; Anayasa'nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen cümle, Anayasa'nın 35, 36, 38 ve 40. maddeleriyle benzer hükümler içeren Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. ve etkili başvuru hakkına ilişkin 13. maddelerini; Ek 1 No'lu Protokol'ünün mülkiyet hakkını düzenleyen 1. maddesini de ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7407 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle 6758 sayılı Kanun'un 20. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının son cümlesi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 7, 10, 13, 14, 15, 35, 36, 38, 40, 90, 123 ve 153. maddelerine aykırıdır; anılan cümlelerin iptali gerekir.

6) 26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 19. maddesiyle yeniden düzenlenen 26.09.2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma ve Altyapı Alanına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 15. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "azami %5'i oranında Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının" ibaresi ile ikinci fıkrasına beşinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen ilk cümlede yer alan "Cumhurbaşkanınca" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7407 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle 655 sayılı Ulaştırma ve Altyapı Alanına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin altyapı yatırımlarını düzenleyen 15. maddesinde birtakım değişiklikler yapılmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki söz konusu değişikliklerin yapılmasındaki saiklerden birisi, Anayasa Mahkemesi (AYM) kararlarının bağlayıcılığı ilkesine istinaden; 17.01.2019 tarihli ve 7161 sayılı Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 67. maddesiyle 26.09.2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma ve Altyapı Alanına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 15. maddesinin değiştirilen (2) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "...Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının..." ibaresinin; CHP milletvekilleri tarafından açılan iptal davası neticesinde; Anayasa Mahkemesi'nin 14.07.2021 tarihli ve 2019/32 E.; 2021/54 K. sayılı kararıyla iptal edilmesi ve anılan iptal kararının yürürlüğünün (22.12.2021 tarihli ve 31697 sayılı) Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonraya (22.09.2022 tarihine) bırakılmasıdır.

İptali talep edilen ibarelerin yer aldığı ikinci fıkra göre; Cumhurbaşkanınca yapımının üstlenilmesine karar verilen teleferik, föniküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin Bakanlıkça yapımının tamamlanmasından sonra, Bakanlık bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşları dışında bir kuruluşa mülkiyetinin maliyet bedeli üzerinden devri düzenlenecek protokoller ile gerçekleştirilir. Ancak proje, projenin tümü tamamlanmadan önce işletmeye açılacak durumda ise düzenlenecek protokoller ile mülkiyet devrine kadar işletmenin devri ile hizmete açılabilir. İptali talep edilen ibarelerle Cumhurbaşkanının uhdesine şu iki husus bırakılmıştır:

1) Devralan kuruluş, merkezi yönetim bütçesinden karşılanan ve/veya karşılanacak olan toplam proje maliyet bedelini, mülkiyet ve/veya işletme devir tarihinden itibaren bu bedelin ifa tarihine kadar her ay ilgili belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylarının azami %5'i oranında Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından ilgili hesaba aktarılmasıyla ödeyecektir.

2) Projenin mevcut şehir içi raylı sistem hatlarının devamı olmayıp müstakil işletilebilir durumda olması halinde veya projenin kombine taşımacılığa hizmet etmesi halinde; bu cümleyi ihdas eden maddenin yürürlük tarihinden önce hizmete açılmış olanlar hariç olmak üzere, mülkiyet devrine konu edilmeksizin raylı sistemin işletmesinin Bakanlık veya bağlı, ilgili, ilişkili kuruluşları, bu kuruluşların bağlı ortaklıkları veya iştiraki olan şirketler eliyle yürütülmesine Cumhurbaşkanınca karar verilebilecektir.

İhtilaflı kural, aşağıdaki açılardan Anayasa'ya aykırıdır.

a) 26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 19. maddesiyle yeniden düzenlenen 26.09.2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma ve Altyapı Alanına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 15. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "azami %5'i oranında Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 15. maddesinin ikinci fıkrasının ilgili bölümünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinin akabinde yeniden düzenlenen

haline göre Cumhurbaşkanınca yapımının üstlenilmesine karar verilen teleferik, funiküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin Bakanlıkça yapımının tamamlanmasından sonra, Bakanlık bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşları dışında bir kuruluşa mülkiyetinin maliyet bedeli üzerinden devri düzenlenecek protokoller ile gerçekleştirilir. Ancak proje, projenin tümü tamamlanmadan önce işletmeye açılabilir. Devralan kuruluş, merkezi yönetim bütçesinden karşılanan ve/veya karşılanacak olan toplam proje maliyet bedelini, mülkiyet ve/veya işletme devir tarihinden itibaren bu bedelin ifa tarihine kadar her ay ilgili belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylarının azami %5'i oranında Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından ilgili hesaba aktarılmasıyla öder. Ancak her ay ilgili belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylarından yapılacak kesinti tutarına ilişkin (azami %5'i oranında) usul ve esasların Cumhurbaşkanınca belirlenmesi, aşağıda belirtilen gerekçelerle Anayasa'ya aykırıdır.

a)İdarenin bütünlüğü ilkesine ve yerel yönetimlerin özerkliği bakımından: Öncelikle belediyelerin hukuki statüsünü belirtmekte ve bunların merkezi teşkilatın en üst konumunda bulunan Cumhurbaşkanını ile ilişkisini ortaya koymakta fayda bulunmaktadır. Bilindiği üzere Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca idarenin kuruluş ve görevleri merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. Belediyeler, Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca mahalli idareler (yerel yönetimler) kapsamında kalan tüzel kişilerdir. Merkezi idare, belediye üzerinde idari vesayet yetkisine sahiptir. Ancak bu yetki, kayıtsız değildir. İdari vesayet yetkisinin kullanılabilmesi için; mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacı güdülmelidir. Aynı zamanda idari vesayet yetkisi, kanunda gösterilen usul ve esaslar çerçevesinde kullanılabilir. Bununla birlikte belediyelere görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanır.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi'ne göre "Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrasında mahallî idarelerin il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları yine kanunda gösterilen seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri oldukları ifade edilmiştir. Anayasa'da merkezî yönetim-yerel yönetim ayrımının yapılması, yerel yönetimlerin organlarının seçimle göreve gelmesinin öngörülmesi, seçimlerinin süreli olması, kararlarını kendi organları eliyle alması ve uygulaması, kendilerine özgü bütçelerinin bulunması, görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanması gibi yetki ve ayrıcalıkların tanınmış olması, bu idarelerin özerkliklerinin göstergeleridir (Anayasa Mahkemesi'nin 16.07.2020 tarihli ve 2018/104 E.; 2020/39 K. sayılı Kararı, §174). Yine Anayasa Mahkemesi'ne göre "Mahallî idareler, kendi-lerine verilen görevleri yerine getirebilmek için yeterli gelir kaynaklarına ihtiya-yaç duymaktadır. Yerel yönetim birimi olarak belediyelerin etkin ve verimli hizmet sunabilmeleri, belediyelere verilen görevlerin etkin şekilde yerine getirilmesi, bunların mali açıdan güçlü olması ile yakından ilgilidir. Bu nedenden dolayı mahallî idarelere, merkezî idarenin kontrolü altındaki birtakım maddi kaynaklardan pay ayrılmaktadır." (Anayasa Mahkemesi'nin 14.07.2021 tarihli ve 2019/32 E.; 2021/54 K. sayılı Kararı, §135). İptali talep edilen ibare, ilgili belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylarından kesinti yapılmasını öngördüğü için, mahalli idarelerin mali özerkliği ile ilgilidir.

Diğer bir deyişle 5779 sayılı İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun , il özel idareleri ve belediyelere genel bütçe vergi gelirleri tahsilatı toplamı üzerinden ayrılacak payları düzenlemektedir. Diğer bir deyişle bu

paylar, il özel idarelerinin ve belediyelerin bütçesinin bir kısmını oluşturmaktadır. Bütçede yer alan söz konusu meblağın nasıl değerlendirileceğine karar verme yetkisi, yerel yönetimlerin mali özerkliği ilkesi gereğince; il özel idarelerinin ve belediyelerin uhdesindedir, merkezi idarenin söz konusu payların nasıl değerlendirileceğine ilişkin karar verme yetkisi yoktur.

Nitekim Anayasa'nın 123. maddesinde düzenlenen idarenin bütünlüğü, idari görevleri yerine getiren kurumlar arasında birliğin sağlanması ve idari yapı içinde yer alan kurumların bir bütünlük içinde çalışmasını öngörmektedir. İdarede bütünlüğü sağlamak için başlıca iki hukuksal araç hiyerarşi ve idari vesayet kullanılmaktadır. Hiyerarşi, hem merkezi yönetim içinde yer alan örgütler ve bunlara bağlı birimler arasındaki hem de yerinden yönetim kuruluşlarının kendi içerisindeki bütünleşmeyi sağlamaktadır. İdari vesayet ise merkezi yönetim ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki bütünleşmeyi sağlayan araçtır (Anayasa Mahkemesi'nin 05.07.2018 tarihli ve 2018/15 E.; 2018/78 K. sayılı Kararı, § 7). İdari vesayet yetkisi, hiyerarşik denetimde olduğu gibi genel bir yetki olmayıp kanunla çerçevesi çizilen sınırlar içerisinde kullanılması gereken istisnai bir yetkidir. İstisnailik ve kanunilik idari vesayetin en belirgin iki temel özelliğidir. Bu bağlamda vesayet yetkisi mutlak bir kullanım zorunluluğunu da içermez. Anayasa'da belirtilen amaç ve çerçeve içinde kalmak koşuluyla bu yetkinin kapsam ve sınırını belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir (Anayasa Mahkemesi'nin 14.11.2019 tarihli ve 2018/90 E.; 2019/85 K. sayılı Kararı, § 20). Diğer yandan idari özerklik ile idari vesayet arasında ters orantılı bir ilişki bulunmaktadır. İdari vesayet yetkisinin kapsamının genişlemesi idari özerkliği daraltmaktayken idari vesayet yetkisinin kapsamının daralması ise idari özerkliği genişletmektedir. Bu sebeple idari vesayet yetkisi idari özerkliğin sınırını oluşturmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 05.07.2018 tarihli ve 2018/15 E.; 2018/78 K. sayılı Kararı, § 7).

İptali talep edilen ibare, merkezi idare olan Cumhurbaşkanının mahalli idare olan belediye üzerindeki idari vesayet yetkisini sınırsız şekilde aşmak ve belediyenin idari ve mali özerklik alanını daraltmak suretiyle; yerinden yönetim ilkesine aykırıdır. Başka deyişle iptali talep edilen ibareyle idari vesayet yetkisinin kayıtsız ve geniş kullanımı; idarenin bütünlüğü ilkesi içinde teşkilatlanmış ikili idari yapı arasındaki dengeyi merkezi yönetim lehine bozmakta, idari vesayeti istisnai değil kural yetki haline getirmektedir. Zira belediyelerin 5779 sayılı Kanun gereğince ayrılan payları, merkezi idare tarafından kaynağında kesilmektedir. Başka bir deyişle iptali talep edilen ibare nedeniyle belediyelerin görevleri ile orantılı olan gelirlerine, Cumhurbaşkanı tarafından ölçüsüz şekilde el koyulmaktadır. Halbuki belediyelere mahalli idare vasfını kazandıran unsurlardan biri mali özerkliktir. Ayrıca belediyeler şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin ve bunların altyapılarının oluşturulmasına ilişkin kamu hizmetinin yürütülememesi tehdidiyle karşı karşıya kalmaktadır. İhtilaflı düzenlemenin, uygulamada taraflı şekilde uygulanma ve yalnızca merkezi yönetimin muhalif olarak sınıflayabileceği belediyelere karşı kullanılma ihtimalinin bulunduğu da açıktır. Mahalli idarelerde merkezi yönetime karşı derin bir güvensizlik yaratacak bu türden bir yaklaşımın, idarenin bütünlüğü ilkesine hizmet etmeyeceği açıktır. Öte yandan, böyle bir düzenleme, hukuk devletinin varlık nedeni ile de çelişmektedir. Gerçekten, "yöneticileri ve yönetilenleri, hukukça yönetilebilirlik bakımından eşitleme" hedefine dayanan hukuk devleti, merkezi ve yerel yönetim arasında, bir tür makamlar hiyerarşisi anlayışını yansıtan ölçüsüz bir kesinti düzenliğini meşru ve haklı kılamaz.

Ayrıca imzalayıp onaylamış olduğumuz Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın 3. maddesi gereğince özerk yerel yönetim kavramı, yerel makamların, kanunlarla belirlenen sınırlar çerçevesinde, kamu işlerinin önemli bir bölümünü kendi sorumlulukları altında ve yerel nüfusun çıkarları doğrultusunda düzenleme ve yönetme hakkı ve imkanı anlamını taşır. Anılan

Şart'ın 9. maddesi uyarınca ekonomik politika çerçevesinde, yerel makamlara kendi yetkileri dahilinde serbestçe kullanabilecekleri yeterli mali kaynaklar sağlanacaktır. Ancak iptali talep edilen ibare; söz konusu 3. ve 9. maddelerle güvence altına alınan belediyelerin idari ve mali özerkliklerini ölçüsüz şekilde sınırlandırdığından Şart'a da aykırıdır.

Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 123 ve 127. maddelerine aykırıdır.

b) Ölçülülük ilkesi bakımından: Mahalli idare olan ilgili belediyenin genel bütçe vergi gelirler tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylardan yapılacak kesinti oranı bakımından %5 oranında üst had belirlenmesi, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine dayanan ve 13. maddesinde açıkça hüküm altına alınan ölçülülük ilkesine (elverişlilik, gereklilik ve orantılılık unsurları) aykırıdır. Gerçekten, doğuşunda "makul olma" kavram ve anlayışının belirleyici olduğu hukuk devletinde [gereklilik (aracın, amacı gerçekleştirmek için gerekli olması), elverişlilik (aracın, amacı gerçekleştirmeye elverişli olması), orantılılık (amaç ile araç arasında oran olması) olmak üzere üç teknik ögeyi içeren] ölçülülük, hem devlet organlarının sahip olduğu yetkiler hem her alanda konulan hukuk kuralları bakımından geçerli olmalıdır.

Ancak iptali talep edilen ibarenin yer aldığı hükümle; toplam proje maliyet bedelinin, daha uzun bir süre zarfında ve daha az meblağlarla karşılanması yerine; belediye paylarından fahiş düzeyde kesinti yapılması usulü öngörülmüştür. İlgili belediyeye ayrılacak paylardan %5 oranında kesinti yapılabilmesi, (ülkemizdeki mevcut kötü ekonomik koşullar da göz önüne alındığında) ilgili belediyenin kamu hizmetlerini yürütmesini engelleyecek niteliktedir. Halbuki Anayasa'nın 127. maddesi gereğince belediyelere ve il özel idarelerine görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanır. Başka bir anlatımla amaç (proje maliyet bedelinin ödenmesi) ile araç (belediyeye ayrılan paylardan %5 oranında kesinti yapılması) arasında orantı gözetilmemiştir. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2 ve 13. maddelerine aykırıdır.

c) Kuvvetler ayrılığı ilkesi, normlar hiyerarşisi, hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaması ve idarenin kanuniliği ilkesi bakımından: Yukarıda belirtilen hususlara ek olarak; azami olarak %5 oranında bir haddin hangi nesnel ölçüte göre belirlendiği ortaya konulmamıştır. 01.05.2019 tarihli ve 30761 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 30.04.2019 tarihli ve 1014 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile "Şehir İçi Raylı Ulaşım Sistemleri, Metrolar ve Bunlarla İlgili Tesislerin Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığınca Üstlenilmesi, Devralınması ve Tamamlanmasını Müteakip Devri ile İlgili Şartların Belirlenmesine İlişkin Kararda Değişiklik Yapılması Hakkında Karar" yürürlüğe konulmuştur. Söz konusu Kararın 1. maddesiyle değişik 25.10.2010 tarihli ve 2010/1115 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulan Şehir İçi Raylı Ulaşım Sistemleri, Metrolar ve Bunlarla İlgili Tesislerin Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığınca Üstlenilmesi, Devralınması ve Tamamlanmasını Müteakip Devri ile İlgili Şartların Belirlenmesine İlişkin Kararın 8. maddesinin ikinci fıkrası "02.07.2008 tarihli ve 5779 sayılı İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanunun kesintileri düzenleyen 7. maddesine göre yürürlüğe konulan 15.03.2010 tarihli ve 2010/238 sayılı Bakanlar Kurulu Kararında belirtilen oranlara ilave olarak ve kesintisiz ödemeler dahil olmak üzere, devralan kuruluş, merkezi yönetim bütçesinden karşılanan ve/veya karşılanacak olan toplam proje maliyet bedelini, mülkiyet ve/veya işletme devir tarihinden itibaren bu bedelin ifa tarihine kadar her ay ilgili belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylardan %5 kesintinin Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından ilgili hesaba aktarılmasıyla öder." şeklindedir. İptali talep edilen (ve 28.05.2022 tarihinde yürürlüğe giren) ibarenin yer aldığı cümle hükmü ise "Devralan kuruluş, merkezi yönetim bütçesinden karşılanan ve/veya karşılanacak olan toplam proje maliyet bedelini, mülkiyet ve/veya işletme devir tarihinden

itibaren bu bedelin ifa tarihine kadar her ay ilgili belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylarının azami %5'i oranında Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından ilgili hesaba aktarılmasıyla öder. ” şeklindedir. Anılan cümlelerin lafzından anlaşılabileceği üzere kanun koyucu, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararının akabinde idarenin düzenleyici işlemini (Cumhurbaşkanı Kararı), kanun hükmü haline getirmiş ve %5'lik azami haddi, bu Karara istinaden belirlemiştir. Başka bir anlatımla kanun koyucu, kesinti sınırı bakımından de facto hali, de jure hale getirmiştir.

Halbuki 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.” Öte yandan idarenin kanuniliği ilkesi ile hukuk mantığı gereğince, bir düzenleyici işlemin (Kararı) hukuki varlığının amacı bir üst normun (kanunun) somut olaya uygulanmasını mümkün kılmaktır. “Yasamanın iradesini yerine getirmeğe yürütme dersek” ; bilakis iptali talep edilen ibare kanunlaştırıldığında; önce yürütmenin iradesi (Karar) oluşmuş; de facto hali de jure hale getirmek için; sonra kanun koyucu, iradesini (kanun-iptali talep edilen ibare) ortaya koymuştur.

Başka bir anlatımla öncelikle (söz konusu iptal kararından önce) 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 15. maddesine istinaden yürürlüğe konulan anılan Karar gereğince (hukuka aykırı) kesinti yapılmış; (söz konusu iptal kararından sonra) anılan Karar hükmü, kanun metni haline getirilmiştir. Bu durum; bir fonksiyon gaspına sebep olacak, Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini ve 6. 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 hukuka uygun kılınması için iptali talep edilen ibareyi kanunlaştırmış; yasama kuvveti ile yürütme kuvveti arasındaki ayrılığa halel getirmiştir. O nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6 ve 123. maddelerine aykırıdır.

ç)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin ön koşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheyi 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.

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

Bu nedenle, kesinti tutarının hesaplama yöntemine ilişkin usul ve esasların; normlar hiyerarşisinin ana halkası olarak hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerinin karşılanması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; –Anayasal ilkelerin aksine- kesinti tutarının hesaplama yöntemine ilişkin usul ve esasların genel çerçevesi hakkında tamamen sessiz kalmış, bu konuların düzenlenmesini idarenin (tüm idari teşkilatın makamına bağlı bulunduğu ve yürütme ve devleti temsil yetkilerinin bir kişide birleştiği monist yapılı yürütme organının başı konumunda bulunan Cumhurbaşkanının) uhdesine bırakmıştır; Cumhurbaşkanını, sadece (fahiş düzeydeki) %5'lik azami had ile kayıtlamıştır. Bu hususların kanun düzeyinde açık ve net bir şekilde düzenlenmemesi ve bunlara yönelik nesnel, somut ölçüt öngörülmemesi; ilgili belediyelere ayrılan paylardan farklı kesinti yapılmasına, keyfi uygulamalara neden olacaktır. Yine Cumhurbaşkanının yapacağı düzenlemeleri, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; ilgili belediyeler bakımından hukuki ve iktisadi öngörülebilirliğe hâlel getirmektedir. Cumhurbaşkanının uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, Cumhurbaşkanının (düzenleyici) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

d)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümle hükmünde olduğu gibi idareye (Cumhurbaşkanına) ilgili belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylardan (azami %5 oranında) yapılacak kesintinin hesaplanmasına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

e)Eşitlik ilkesi bakımından: İptali talep edilen ibarenin idareye verdiği sınırsız takdir yetkisi, ilgili belediyeler arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer durumdaki kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır ve ancak ihtilaflı düzenlemede haksız nedenlere dayalı keyfi muamele farklılıklarını engelleyecek hiçbir objektif kıstas ve güvence bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; “[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır.” (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K.

sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; "Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir" (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: "Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir" (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ancak iptali talep edilen ibarenin idareye verdiği öznel ve keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi; söz gelimi aynı nitelikteki projeler bakımından ilgili belediyelerden farklı meblağlarla kesinti yapılmasına, kesintinin daha uzun bir zaman dilimine yayılmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Bir başka deyişle, ihtilaflı düzenleme, haklı bir sebebe dayanmayan muamele farklılıklarını idarenin yetki alanına dahil etmektedir. İdare, haklı bir neden olmaksın ilgili belediyelere farklı hesaplama yöntemi uygulamak suretiyle; kesinti mekanizmasının, (merkezi idare karşısında) belediyeler üzerinde mali baskı aracına dönüştürülmesine imkan bulacaktır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

f) Mülkiyet hakkı, sözleşme özgürlüğü ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları bakımından: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi imkanı sağlar. Bununla birlikte mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme) şeklinde tanımlamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve 1988/ 34 E., 1989/26 K. sayılı Kararı). Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan sözleşme özgürlüğü; tarafların bir sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğünü, sözleşmeye son verme özgürlüğünü, sözleşmenin içeriğini belirleme /değiştirme özgürlüğünü, sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğünü içerir. O halde iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünün kapsamındaki mülkiyet ve/veya işletme devrine ilişkin protokoller; mülkiyet hakkının ve sözleşme özgürlüğünün kesişim alanındadır. Başka bir anlatımla devralan kuruluş, (mülkiyet edinmeyi talep etme hakkına binaen) sözleşme konusunun mülkiyetini yahut işletmesini kendi uhdesine almak amacıyla; (sözleşme özgürlüğüne binaen) söz konusu protokollerini akdetmeyi talep etmiştir. O halde devralan kuruluşun merkezi yönetim bütçesinden karşılanan ve/veya karşılanacak olan toplam proje maliyet bedelini, "mülkiyet ve/veya işletme devir tarihinden itibaren bu bedelin ifa tarihine kadar her ay ilgili belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylarının azami %5'i oranında Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından ilgili hesaba aktarılmasıyla" ödemesi; nihayetinde mülkiyet hakkının ve teşebbüs özgürlüğünün kullanımına etki edecektir. Mülkiyet hakkına ve özel teşebbüs kurma hürriyetine yapılan söz konusu müdahalenin hukuka uygun nitelik kazanması için; Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları çerçevesinde yapılması gerekmektedir. Bu sınırlardan olan kanunilik kaydı gereğince; iptali talep edilen ibarede yer alan hususların kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu, bu hususların düzenlenmesini idarenin uhdesine bırakmak suretiyle; anılan hak ve hürriyete idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 13, 35 ve 48. maddelerine aykırıdır.

g)Hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kurulla 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). Yukarıda açıklandığı üzere; eldeki dava konusunun kanunlaştırılmasının saiklerinden birisi olan iptal kararının gerekçesinin müteallik bölümü:

“133. 655 sayılı KHK'nın 15. maddesinin üçüncü cümlesinde Cumhurbaşkanınca yapımının üstlenilmesine karar verilen teleferik, füniküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin yapımının tamamlanmasından sonra, devralan kuruluşun, merkezî yönetim bütçesinden karşılanan ve/veya karşılanacak olan toplam proje maliyet bedelini, mülkiyet ve/veya işletme devir tarihinden itibaren bu bedelin ifa tarihine kadar her ay ilgili belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylardan Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından ilgili hesaba aktarılmasıyla ödeyeceği hüküm altına alınmış olup anılan cümlede yer alan “...Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının...” ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

134. Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca mahallî idarelerin kuruluş amacı olarak gösterilen mahallî müşterek ihtiyaç, herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırları içinde yaşayanların, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan somut durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve sürekli güncelleştirdiği, özünde etkinlik, ölçek ve sağladığı yarar bakımından yerel sınırları aşmayan, bölünebilir ve rekabet konusu olabilen yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklentileri ifade etmektedir.

135. Mahallî idareler, kendi-lerine verilen görevleri yerine getirebilmek için yeterli gelir kaynaklarına ihti-yaç duymaktadır. Yerel yönetim birimi olarak belediyelerin etkin ve verimli hizmet sunabilmeleri, belediyelere verilen görevlerin etkin şekilde yerine getirilmesi, bunların mali açıdan güçlü olması ile yakından ilgilidir. Bu nedenden dolayı mahallî idarelere, merkezî idarenin kontrolü altındaki birtakım maddi kaynaklardan pay ayrılmaktadır.

136. İl özel idareleri ve belediyelere genel bütçe vergi gelirleri tahsilatı toplamı üzerinden ayrılacak paylara ilişkin usul ve esasların düzenlendiği 5779 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, il özel idareleri ve belediyelere genel bütçe vergi gelirleri tahsilatı toplamı üzerinden pay verileceği; (2) numaralı fıkrasında, genel bütçe vergi gelirleri tahsilatı toplamının %1,50'sinin büyükşehir dışındaki belediyelere, %4,50'sinin büyükşehirlerdeki ilçe belediyelerine ve %0,5'inin il özel idarelerine ayrılacağı; (3) numaralı fıkrasında, 6/6/2002 tarihli ve 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'na ekli (I) sayılı listede yer alan mallardan tahsil edilen özel tüketim vergisi hariç olmak üzere büyükşehir belediye sınırları içinde yapılan genel bütçe vergi gelirleri tahsilatı toplamının %6'sı ile genel bütçe vergi gelirleri tahsilatı toplamı üzerinden büyükşehirlerdeki ilçe belediyelerine ayrılan payların %30'unun büyükşehir belediye payı olarak ayrılacağı belirtilmiştir.

137. Dava konusu kuralın yer aldığı maddede, Cumhurbaşkanınca yapımının üstlenilmesine karar verilen teleferik, füniküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin yapımının tamamlanmasından sonra, merkezî yönetim bütçesinden karşılanan ve/veya karşılanacak olan toplam proje maliyet bedelinin, belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylardan ödeneceği düzenlemesi yer almakla

birlikte belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylardan yapılacak kesinti tutarının ne kadar olacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş, sadece kesinti tutarının Cumhurbaşkanınca belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

138. Kuralda, Cumhurbaşkanı'na verilen bu yetkinin kullanılabilmesi için objektif bir ölçüt belirlenmediği gibi genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamından ayrılacak paylar üzerinden hesaplanacak kesinti tutarının ne kadar olacağına ilişkin alt ve üst sınırların da öngörülmediği görülmektedir. Bu itibarla kuralla Cumhurbaşkanına bırakılan belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamından ayrılacak paylar üzerinden hesaplanacak kesinti tutarını belirleme yetkisinin genel çerçevesinin çizilmediği, kesinti tutarının ne kadar olacağına ilişkin temel esaslar ve ilkelerin belirlenmediği anlaşılmaktadır.

139. Buna göre belediyelerin, kendilerine verilmiş olan görevleri gerçekleştirebilmeleri için ihtiyaç duydukları en önemli gelir kaynaklarından birisi olan genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamından ayrılacak paylar üzerinden hesaplanacak kesinti tutarının herhangi bir ölçüt ve sınır belirlemeksizin Cumhurbaşkanınca belirlenmesine imkân tanıyan kural, belirlilik ilkesi ve yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi ile yerel yönetimlerin özerkliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

140. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 7. ve 127. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”

şeklindedir (Anayasa Mahkemesi'nin 14.07.2021 tarihli ve 2019/32 ve 2021/54 sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 2, 7 ve 127. maddelerine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen ibareyi kanunlaştırmaması, Anayasa'nın 153. maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6. maddesine de halel getirmektedir.

e)Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırılık: Anayasa'nın 104. maddesinde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sayılmıştır. Bu görev ve yetkiler arasında “devralan kuruluş, merkezi yönetim bütçesinden karşılanan ve/veya karşılanacak olan toplam proje maliyet bedelini, mülkiyet ve/veya işletme devir tarihinden itibaren bu bedelin ifa tarihine kadar her ay ilgili belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylarından yapılacak kesinti tutarının hesaplanmasına ilişkin (azami %5'i oranında) usul ve esasları belirleme” görev ve yetkisi sayılmadığı gibi; iptali talep edilen ibarede yer alan düzenlemeleri yapmayı dayandırabileceği (Anayasa'nın 104. maddesinde) genel ve kapsayıcı mahiyette bir hüküm de bulunmamaktadır. Yasama organı, görevi ve yetkisi dahilinde olmayan bir konuda Cumhurbaşkanını yetkilendirmek suretiyle; Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini ve 6. maddesinde yer alan hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamamasına yönelik hükmü ve 104. maddesini ihlal etmiştir. Kaldı ki Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının “Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.” şeklindeki ikinci cümlesi uyarınca; iptali talep edilen ibarede yer alan Cumhurbaşkanınca belirlenecek söz konusu hususun, açıklandığı üzere mülkiyet hakkı ile sözleşme özgürlüğünün kapsamında kaldığı gözetildiğinde; açıkça öngörülmüş konu bakımından yetkisizlik hali sebebiyle, Cumhurbaşkanı tarafından bu hususlarda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi de çıkarılamaz. Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırıdır.

h)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibare, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün, sınırlama koşulu olarak kanunilik kaydını da içermek suretiyle mülkiyet hakkını düzenleyen 1. maddelerini ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7407 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle yeniden düzenlenen 26.09.2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma ve Altyapı Alanına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 15. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan “azami %5'i oranında Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının” ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 7, 10, 13, 35, 48, 90, 104, 123, 127 ve 153. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

b) 26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 19. maddesiyle 26.09.2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma ve Altyapı Alanına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 15. maddesinin ikinci fıkrasına beşinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen ilk cümlede yer alan “Cumhurbaşkanınca” ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7407 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle 655 sayılı Ulaştırma ve Altyapı Alanına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin altyapı yatırımlarını düzenleyen 15. maddesinin ikinci fıkrasına beşinci cümlesinden sonra gelmek üzere iki cümle eklenmiştir. Eklenen cümlelerin ilkinde göre; projenin mevcut şehir içi raylı sistem hatlarının devamı olmayıp müstakil işletilebilir durumda olması halinde veya projenin kombine taşımacılığa hizmet etmesi halinde; bu cümleyi ihdas eden maddenin yürürlük tarihinden önce (7407 sayılı Kanun'un 21. maddesinin delaletiyle 28.05.2022 tarihinden önce) hizmete açılmış olanlar hariç olmak üzere, mülkiyet devrine konu edilmeksizin raylı sistemin işletmesinin Bakanlık veya bağlı, ilgili, ilişkili kuruluşları, bu kuruluşların bağlı ortaklıkları veya iştiraki olan şirketler eliyle yürütülmesine Cumhurbaşkanınca karar verilebilecektir. Cumhurbaşkanının uhdesine projenin mevcut şehir içi raylı sistem hatlarının devamı olmayıp müstakil işletilebilir durumda olması halinde veya projenin kombine taşımacılığa hizmet etmesi halinde; bu cümleyi ihdas eden maddenin yürürlük tarihinden önce (7407 sayılı Kanun'un 21. maddesinin delaletiyle 28.05.2022 tarihinden önce) hizmete açılmış olanlar hariç olmak üzere, mülkiyet devrine konu edilmeksizin raylı sistemin işletmesinin Bakanlık veya bağlı, ilgili, ilişkili kuruluşları, bu kuruluşların bağlı ortaklıkları veya iştiraki olan şirketler eliyle yürütülmesine karar verme yetkisi bırakan ve iptali talep edilen ibare, aşağıdaki gerekçelerle Anayasa'ya aykırıdır.

a)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin ön koşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir

olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi’nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye 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.

Anayasa’nın 123. maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Bu nedenle, Cumhurbaşkanı tarafından verilecek projenin mevcut şehir içi raylı sistem hatlarının devamı olmayıp müstakil işletilebilir durumda olması halinde veya projenin kombine taşımacılığa hizmet etmesi halinde; bu cümleyi ihdas eden maddenin yürürlük tarihinden önce (7407 sayılı Kanun’un 21. maddesinin delaletiyle 28.05.2022 tarihinden önce) hizmete açılmış olanlar hariç olmak üzere, mülkiyet devrine konu edilmeksizin raylı sistemin işletmesinin Bakanlık veya bağlı, ilgili, ilişkili kuruluşları, bu kuruluşların bağlı ortaklıkları veya iştiraki olan şirketler eliyle yürütülmesine ilişkin kararın; normlar hiyerarşisinin ana halkası olarak hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerinin karşılanması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; söz konusu karara yönelik iradenin hangi nesnel, somut, net, anlaşılabilir ölçüte istinaden oluşacağının keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta ortaya konulması gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; –Anayasal ilkelerin aksine- (tüm idari teşkilatın makamına bağlı bulunduğu ve yürütme ve devleti temsil yetkilerinin bir kişide birleştiği monist yapılı yürütme organının başı konumunda bulunan) Cumhurbaşkanının iradesi oluşurken onu kayıtlayacak herhangi bir sınır öngörmemiştir. Cumhurbaşkanının iradesinin tarafsız biçimde oluşmasını temin edecek kayıtların öngörülmemesi, Bakanlık (veya bağlı, ilgili, ilişkili kuruluşları, bu kuruluşların bağlı ortaklıkları veya iştiraki olan şirketler) ile belediyeler arasında keyfi uygulamalara neden olacaktır. Yine Cumhurbaşkanının alacağı kararı, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; Bakanlık (veya bağlı, ilgili, ilişkili kuruluşları, bu kuruluşların bağlı ortaklıkları veya iştiraki olan şirketler) ile belediyeler bakımından hukuki ve iktisadi öngörülebilirliğe halel getirmektedir. Cumhurbaşkanının uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir karar verme alanının bırakılması, anılan maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, Cumhurbaşkanının (düzenleyici ve dahi birel) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

b)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa’nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa’nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi’nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümle hükmünde olduğu gibi idareye (Cumhurbaşkanına) projenin mevcut şehir içi raylı sistem hatlarının devamı

olmayıp müstakil işletilebilir durumda olması halinde veya projenin kombine taşımacılığa hizmet etmesi halinde; bu cümleyi ihdas eden maddenin yürürlük tarihinden önce (7407 sayılı Kanun'un 21. maddesinin delaletiyle 28.05.2022 tarihinden önce) hizmete açılmış olanlar hariç olmak üzere, mülkiyet devrine konu edilmeksizin raylı sistemin işletmesinin Bakanlık veya bağlı, ilgili, ilişkili kuruluşları, bu kuruluşların bağlı ortaklıkları veya iştiraki olan şirketler eliyle yürütülmesine ilişkin karar alma yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

c)Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırılık: Anayasa'nın 104. maddesinde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sayılmıştır. Bu görev ve yetkiler arasında “projenin mevcut şehir içi raylı sistem hatlarının devamı olmayıp müstakil işletilebilir durumda olması halinde veya projenin kombine taşımacılığa hizmet etmesi halinde; bu cümleyi ihdas eden maddenin yürürlük tarihinden önce (7407 sayılı Kanun'un 21. maddesinin delaletiyle 28.05.2022 tarihinden önce) hizmete açılmış olanlar hariç olmak üzere, mülkiyet devrine konu edilmeksizin raylı sistemin işletmesinin Bakanlık veya bağlı, ilgili, ilişkili kuruluşları, bu kuruluşların bağlı ortaklıkları veya iştiraki olan şirketler eliyle yürütülmesine ilişkin karar verme” görev ve yetkisi sayılmadığı gibi; iptali talep edilen ibarede yer alan düzenlemeleri yapmayı dayandırabileceği (Anayasa'nın 104. maddesinde) genel ve kapsayıcı mahiyette bir hüküm de bulunmamaktadır. Yasama organı, görevi ve yetkisi dahilinde olmayan bir konuda Cumhurbaşkanını yetkilendirmek suretiyle; Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini ve 6. maddesinde yer alan hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamamasına yönelik hükmü ve 104. maddesini ihlal etmiştir. Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırıdır.

ç)Eşitlik ilkesi bakımından: İptali talep edilen ibarenin idareye verdiği sınırsız takdir yetkisi, raylı sistemler arasında, Bakanlık veya bağlı, ilgili, ilişkili kuruluşları, bu kuruluşların bağlı ortaklıkları veya iştiraki olan şirketlerin kendi içinde yahut Bakanlık (veya bağlı, ilgili, ilişkili kuruluşları, bu kuruluşların bağlı ortaklıkları veya iştiraki olan şirketler) ile belediyeler arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer durumdaki kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır ve ancak ihtilaflı düzenlemede haksız nedenlere dayalı keyfi muamele farklılıklarını engelleyecek hiçbir objektif kıstas ve güvence bulunmamaktadır.

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

Ancak iptali talep edilen ibarenin idareye verdiği öznel ve keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi; söz gelimi aynı nitelikteki projeler bakımından (kâr oranı

yüksek veya düşük olan) raylı sistemin işletmeninin yürütülmesini bazı şehirlerde Bakanlığa diğer şehirlerde belediyelere verilmesine ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Bir başka deyişle, ihtilaflı düzenleme, haklı bir sebebe dayanmayan muamele farklılıklarını idarenin yetki alanına dahil etmektedir. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

d)İdarenin bütünlüğü ilkesine ve yerel yönetimlerin özerkliği bakımından: Öncelikle belediyelerin hukuki statüsünü belirtmekte ve bunların merkezi teşkilatın en üst konumunda bulunan Cumhurbaşkanlığı ile ilişkisini ortaya koymakta fayda bulunmaktadır. Bilindiği üzere Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca idarenin kuruluş ve görevleri merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. Belediyeler, Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca mahalli idareler (yerel yönetimler) kapsamında kalan tüzel kişilerdir. Merkezi idare, belediye üzerinde idari vesayet yetkisine sahiptir. Ancak bu yetki, kayıtsız değildir. İdari vesayet yetkisinin kullanılabilmesi için; mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacı güdülmelidir. Aynı zamanda idari vesayet yetkisi, kanunda gösterilen usul ve esaslar çerçevesinde kullanılabilir. Bununla birlikte belediyelere görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanır.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi'ne göre "Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrasında mahallî idarelerin il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları yine kanunda gösterilen seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri oldukları ifade edilmiştir. Anayasa'da merkezî yönetim-yerel yönetim ayrımının yapılması, yerel yönetimlerin organlarının seçimle göreve gelmesinin öngörülmesi, seçimlerinin süreli olması, kararlarını kendi organları eliyle alması ve uygulaması, kendilerine özgü bütçelerinin bulunması, görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanması gibi yetki ve ayrıcalıkların tanınmış olması, bu idarelerin özerkliklerinin göstergeleridir (Anayasa Mahkemesi'nin 16.07.2020 tarihli ve 2018/104 E.; 2020/39 K. sayılı Kararı, §174).

Nitekim Anayasa'nın 123. maddesinde düzenlenen idarenin bütünlüğü, idari görevleri yerine getiren kurumlar arasında birliğin sağlanması ve idari yapı içinde yer alan kurumların bir bütünlük içinde çalışmasını öngörmektedir. İdarede bütünlüğü sağlamak için başlıca iki hukuksal araç hiyerarşi ve idari vesayet kullanılmaktadır. Hiyerarşi, hem merkezi yönetim içinde yer alan örgütler ve bunlara bağlı birimler arasındaki hem de yerinden yönetim kuruluşlarının kendi içerisindeki bütünleşmeyi sağlamaktadır. İdari vesayet ise merkezi yönetim ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki bütünleşmeyi sağlayan araçtır (Anayasa Mahkemesi'nin 05.07.2018 tarihli ve 2018/15 E.; 2018/78 K. sayılı Kararı, § 7). İdari vesayet yetkisi, hiyerarşik denetimde olduğu gibi genel bir yetki olmayıp kanunla çerçevesi çizilen sınırlar içerisinde kullanılması gereken istisnai bir yetkidir. İstisnailik ve kanunilik idari vesayetinin en belirgin iki temel özelliğidir. Bu bağlamda vesayet yetkisi mutlak bir kullanım zorunluluğunu da içermez. Anayasa'da belirtilen amaç ve çerçeve içinde kalmak koşuluyla bu yetkinin kapsam ve sınırını belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir (Anayasa Mahkemesi'nin 14.11.2019 tarihli ve 2018/90 E.; 2019/85 K. sayılı Kararı, § 20). Diğer yandan idari özerklik ile idari vesayet arasında ters orantılı bir ilişki bulunmaktadır. İdari vesayet yetkisinin kapsamının genişlemesi idari özerkliği daraltmaktayken idari vesayet yetkisinin kapsamının daralması ise idari özerkliği genişletmektedir. Bu sebeple idari vesayet yetkisi idari özerkliğin sınırını oluşturmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 05.07.2018 tarihli ve 2018/15 E.; 2018/78 K. sayılı Kararı, § 7).

İptali talep edilen ibarenin bulunduğu cümle hükmünde yer alan raylı sistemin işletmesinin yürütülmesi, şehir içi ulaşım hizmetinin konusudur. Şehir içi ulaşım hizmetinin verilmesi, belediyelerin görevleri arasında sayılmaktadır. Nitekim 10.07.2004 tarihli ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu (söz gelimi 7, 9 ve 26. maddeler) ve 03.07.2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu (söz gelimi 14, 15 ve 67. maddeler) ile büyükşehir belediyelerine ve belediyelere ulaşım hizmetlerinin yürütülmesi için görevler tevdi edilmiştir. O halde şehir içi ulaşım hizmetinin verilmesi, Anayasa'nın 127. maddesi bağlamında belediye halkının mahalli müşterek ihtiyaçları kapsamında kalmaktadır. Şehir içi raylı sistemin işletilmesi özelinde ulaşım hizmetinin kim (ilgili belediye yahut Bakanlık) tarafından yürütüleceğine karar verme yetkisinin (hiçbir sınırla kayıtlınamaksızın) Cumhurbaşkanına tevdi edilmesi; belediyelerin, belediye halkının mahalli müşterek ihtiyacını karşılamaya yönelik Anayasal görevinin ifasını engelleyebilecek niteliktedir. Halbuki belediyelere, mahalli idare vasfını kazandıran unsurlardan biri idari özerkliliktir. Bu durum da nihayetinde merkezi yönetimin (Cumhurbaşkanının) yerel yönetimler üzerinde idari vesayet kurmasına neden olacaktır.

Başka bir anlatımla yerel yönetimler, idari ve mali özerklik ilkeleri esas alınarak teşkilatlandırılmıştır. İdari özerklik ilkesi gereğince; yerel yönetimlerin (idarenin kanuniliği ilkesi çerçevesinde), kendilerine tevdi edilen görevlerini; merkezi idarenin (hukuka aykırı) baskısı olmaksızın yerine getirmesi gerekmektedir. Ancak iptali talep edilen ibareyle, belediyeler; şehir içi ulaşım hizmetlerinin yerine getirilmesi bakımından Cumhurbaşkanına bağlı kalacaktır, bağımlı kılınacaktır. Zira Cumhurbaşkanının bir raylı sistemin işletilmesinin Bakanlık eliyle yürütülmesine karar vermesi halinde; belediye, bu görevini kendiliğinden yerine getiremeyecektir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında, “Anayasa, idarî vesayetin hangi amaçlarla kullanılacağını kurala bağlamakla yetinmemiş, ilke ve yöntemlerinin de yasa ile belli edilmesi koşulunu aramıştır. İdarî vesayetin ayrık bir türü olan, yasa ile yerel yönetime bırakılan işlemlerin yerine geçme yolu ile merkezî yönetimce yapılması, ancak kapsam ve sınırının yasada açıkça belirtilmesi, bu yetkinin yerel yönetimin yasalarla kendisine verilen görevi yerine getirmekten kaçınması, bunda çok gecikmesi gibi kamu yararı ya da haklı bir nedene dayalı olması ve anayasal ölçütler dışına çıkmamasına bağlıdır.” şeklindeki gerekçeyi kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 26.09.1991 tarihli ve 1990/38 E.; 1991/32 K. sayılı Kararı). Ancak kanun koyucu, kanunilik ilkesinin aksine bu hususta karar verme yetkisini, Cumhurbaşkanın geniş takdir yetkisine bırakmıştır.

Diğer bir söyleyişle iptali talep edilen ibare, merkezi idare olan Cumhurbaşkanının mahalli idare olan belediye üzerindeki idari vesayet yetkisini sınırsız şekilde aşmak ve belediyenin idari özerklik alanını daraltmak suretiyle; yerinden yönetim ilkesine aykırıdır. İptali talep edilen ibareyle idari vesayet yetkisinin kayıtsız ve geniş kullanımı; idarenin bütünlüğü ilkesi içinde teşkilatlanan ikili idari yapı arasındaki dengeyi merkezi yönetim lehine bozmakta, idari vesayeti istisnai değil kural yetki haline getirmektedir.

İhtilafli düzenlemenin, uygulamada taraflı şekilde uygulanma ve yalnızca merkezi yönetimin muhalif olarak sınıflayabileceği belediyelerin bulunduğu şehirlerde kullanılma ihtimalinin bulunduğu da açıktır. Mahalli idarelerde merkezi yönetime karşı derin bir güvensizlik yaratacak bu türden bir yaklaşımın, idarenin bütünlüğü ilkesine hizmet etmeyeceği açıktır. Öte yandan, böyle bir düzenleme, hukuk devletinin varlık nedeni ile de çelişmektedir. Gerçekten, “yöneticileri ve yönetilenleri, hukukça yönetilebilirlik bakımından eşitleme” hedefine dayanan hukuk devleti, merkezi ve yerel yönetim arasında, bir tür makamlar

hiyerarşisi anlayışını yansıtan sınırsız takdir yetkisine dayanan karar verme mekanizmasını meşru ve haklı kılamaz.

Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın 3. maddesi gereğince özerk yerel yönetim kavramı, yerel makamların, kanunlarla belirlenen sınırlar çerçevesinde, kamu işlerinin önemli bir bölümünü kendi sorumlulukları altında ve yerel nüfusun çıkarları doğrultusunda düzenleme ve yönetme hakkı ve imkanı anlamını taşır. Ancak iptali talep edilen ibare; söz konusu 3. maddede güvence altına alınan belediyelerin idari özerkliğini kanunilik kaydının aksine şekilde sınırlandırdığından Şart'a da aykırıdır.

Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 123 ve 127. maddelerine aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7407 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle 26.09.2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma ve Altyapı Alanına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 15. maddesinin ikinci fıkrasına beşinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen ilk cümlede yer alan "Cumhurbaşkanınca" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 7, 10, 104, 123 ve 127. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

7) 26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 20. maddesiyle yeniden düzenlenen 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin geçici 10. maddesinin birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı

7407 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle 655 sayılı Ulaştırma ve Altyapı Alanına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin geçici 10. maddesinin birinci cümlesi, Anayasa Mahkemesi'nin 14.07.2021 tarihli ve 2019/32 E.; 2021/54 K. sayılı iptal kararının üzerine yeniden düzenlenmiştir.

Başka bir anlatımla 17.01.2019 tarihli ve 7161 sayılı Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 68. maddesiyle 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye geçici 10. madde eklenmiştir:

"Bakiye tutarların tahsili

GEÇİCİ MADDE 10- (1) Bu maddeyi ihdas eden Kanunla değiştirilen 15 inci maddenin ikinci fıkrası, bu maddenin yayımı tarihi itibarıyla hâlihazırda işletmesi devredilmiş olan projelerin bu maddenin yayımı tarihinden önce hesaplanan yönteme göre ödenmeyen bakiye tutarlarını da kapsar. Bu maddenin yayımı tarihinden önce bu projeler kapsamında kısmen veya tamamen ödenmeyen tutarlar bu maddenin yayımı tarihinden itibaren 180 gün içinde Hazine ve Maliye Bakanlığının Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasındaki ilgili hesabına defaten aktarılır."

Anılan geçici madde, 7161 sayılı Kanun'un 69. maddesinin delaletiyle 18.01.2019 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Akabinde anılan geçici maddenin birinci cümlesi, (CHP milletvekilleri tarafından açılan iptal davası üzerine) Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'nın 2, 7 ve 127. maddelerine aykırı olduğundan bahisle iptal edilmiş ve bu iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından (22.12.2021 tarihinden) başlayarak dokuz ay sonra (22.09.2022 tarihinde) yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen Kararı'nın müteallik bölümü:

“İ. Kanun’un 68. Maddesiyle 655 Sayılı KHK’ya Eklenen Geçici 10. Maddenin İncelenmesi

### 1. İptal Talebinin Gerekçesi

141. Dava dilekçesinde özetle; Kanun’un 67. maddesiyle 655 sayılı KHK’nın 15. maddesinin değiştirilen (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “Cumhurbaşkanınca yapımının üstlenilmesine karar verilen...” ve üçüncü cümlesinde yer alan “...Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının...” ibareleri ile altıncı cümlesine yönelik ileri sürülen Anayasa’ya aykırılık gerekçelerinin bu madde için de geçerli olduğu belirtilerek kuralın Anayasa’nın 2., 7., 10. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

### 2. Anayasa’ya Aykırılık Sorunu

#### a. Maddenin Birinci Cümlesi

142. Dava konusu kuralla, 655 sayılı KHK’nın 15. maddesinin 7161 sayılı Kanun’la değiştirilen (2) numaralı fıkrasının, KHK’nın geçici 10. maddesinin yayımı tarihi itibarıyla hâlihazırda işletmesi devredilmiş olan projelerin bu maddenin yayımı tarihinden önce hesaplanan yöntemle göre ödenmeyen bakiye tutarlarını da kapsadığı hükme bağlanmıştır.

143. Dava konusu kural, mülkiyet devri yapılmaksızın bu maddenin yayımı tarihinden önce hâlihazırda işletme devri yoluyla işletmeye açılan metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemlerine ilişkin proje maliyet bedelinin 655 sayılı KHK’nın 15. maddesinin (2) numaralı fıkrasında öngörülen yöntemle ilgili belediyeden tahsiline imkân vermektedir. Anılan maddede ise Cumhurbaşkanınca yapımının üstlenilmesine karar verilen teleferik, funiküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin yapımının tamamlanmasından sonra, merkezî yönetim bütçesinden karşılanan ve/veya karşılanacak olan toplam proje maliyet bedelinin, belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylardan Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından ilgili hesaba aktarılmasıyla ödeneceği belirtilmiştir.

144. Maddenin (2) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan “...Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının...” ibaresinin Anayasa’ya uygunluk denetimi bölümünde belirtilen gerekçeler bu kural yönünden de geçerlidir.

145. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 2., 7. ve 127. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kadir ÖZKAYA, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa’nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.”

şeklindedir. Bunun üzerine anılan geçici 10. maddenin birinci cümlesi 7407 sayılı Kanun’un 20. maddesiyle yeniden düzenlenmiştir:

“18.01.2019 tarihinden önce işletilmesi devredilmiş olan projelerin ödenmeyen bakiye tutarları 15. maddenin ikinci fıkrası kapsamındaki usul ve esaslara göre tahsil edilir.”

Cümlelerin lafzından anlaşılacağı üzere 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 15. maddenin ikinci fıkrası kapsamındaki usul ve esaslar, 18.01.2019 tarihinden önce işletilmesi devredilmiş olan projelerin ödenmeyen bakiye tutarların tahsilatında da uygulanacaktır.

Belirtmek gerekir ki iptali talep edilen cümlede yer alan 18.01.2019 tarihi; anılan geçici maddenin, 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ye 7161 sayılı Kanunla eklendiği tarihe tekabül etmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı sonrasında hukuki boşluk doğmaması adına; yeniden düzenlenen birinci cümle, makabline şamil kılınmıştır. Ancak kanun koyucu, söz konusu bakiye tutarların tahsili bakımından 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 15. maddenin ikinci fıkrasına atıfta bulunmuştur. Açıklandığı üzere söz konusu 15. maddenin ikinci fıkrası, Anayasa’ya aykırı olduğundan ; yeniden düzenlenen ve iptali talep edilen cümle de kendiliğinden Anayasa’ya aykırı hale gelmektedir. İptali talep edilen cümlelerin atıfta bulunduğu ana kuraldaki Anayasa’ya aykırılık gerekçeleri, iptali talep edilen cümle bakımından da geçerlidir.

Başka bir anlatımla 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 15. maddesinin ikinci fıkrasının ilgili bölümünün Anayasa Mahkemesi tarafından (14.07.2021 tarihli ve 2019/32 E.; 2021/54 K. sayılı Kararı ile) iptal edilmesinin akabinde 7407 sayılı Kanun’un 19. maddesiyle yeniden düzenlenen haline göre Cumhurbaşkanınca yapımının üstlenilmesine karar verilen teleferik, füniküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin Bakanlıkça yapımının tamamlanmasından sonra, Bakanlık bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşları dışında bir kuruluşa mülkiyetinin maliyet bedeli üzerinden devri düzenlenecek protokoller ile gerçekleştirilir. Ancak proje, projenin tümü tamamlanmadan önce işletmeye açılabilir durumda ise düzenlenecek protokoller ile mülkiyet devrine kadar işletmenin devri ile hizmete açılabilir. Devralan kuruluş, merkezi yönetim bütçesinden karşılanan ve/veya karşılanacak olan toplam proje maliyet bedelini, mülkiyet ve/veya işletme devir tarihinden itibaren bu bedelin ifa tarihine kadar her ay ilgili belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylarının azami %5’i oranında Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından ilgili hesaba aktarılmasıyla öder. O halde 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 15. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan tahsilat usulü: “her ay ilgili belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylarından azami %5’i oranında Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde kesinti yapılması”dır. İptali talep edilen cümle uyarınca; 18.01.2019 tarihinden önce işletilmesi devredilmiş olan projelerin ödenmeyen bakiye tutarlarının tahsilatı usulü de “her ay ilgili belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylarından azami %5’i oranında Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde kesinti yapılması”dır. Bu durum, aşağıdaki gerekçelerle Anayasa’ya aykırıdır.

a)İdarenin bütünlüğü ilkesine ve yerel yönetimlerin özerkliği bakımından: Öncelikle belediyelerin hukuki statüsünü belirtmekte ve bunların merkezi teşkilatın en üst konumunda bulunan Cumhurbaşkanını ile ilişkisini ortaya koymakta fayda bulunmaktadır. Bilindiği üzere Anayasa’nın 123. maddesi uyarınca idarenin kuruluş ve görevleri merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. Belediyeler, Anayasa’nın 127. maddesi uyarınca mahalli idareler (yerel yönetimler) kapsamında kalan tüzel kişilerdir. Merkezi idare, belediye üzerinde idari vesayet yetkisine sahiptir. Ancak bu yetki, kayıtsız değildir. İdari vesayet yetkisinin kullanılabilmesi için; mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde

yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacı güdülmelidir. Aynı zamanda idari vesayet yetkisi, kanunda gösterilen usul ve esaslar çerçevesinde kullanılabilir. Bununla birlikte belediyelere görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanır.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi'ne göre "Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrasında mahallî idarelerin il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları yine kanunda gösterilen seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri oldukları ifade edilmiştir. Anayasa'da merkezî yönetim-yerel yönetim ayrımının yapılması, yerel yönetimlerin organlarının seçimle göreve gelmesinin öngörülmesi, seçimlerinin süreli olması, kararlarını kendi organları eliyle alması ve uygulaması, kendilerine özgü bütçelerinin bulunması, görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanması gibi yetki ve ayrıcalıkların tanınmış olması, bu idarelerin özerkliklerinin göstergeleridir (Anayasa Mahkemesi'nin 16.07.2020 tarihli ve 2018/104 E.; 2020/39 K. sayılı Kararı, §174). Yine Anayasa Mahkemesi'ne göre "Mahallî idareler, kendi-lerine verilen görevleri yerine getirebilmek için yeterli gelir kaynaklarına ihtiyaç duymaktadır. Yerel yönetim birimi olarak belediyelerin etkin ve verimli hizmet sunabilmeleri, belediyelere verilen görevlerin etkin şekilde yerine getirilmesi, bunların mali açıdan güçlü olması ile yakından ilgilidir. Bu nedenden dolayı mahallî idarelere, merkezî idarenin kontrolü altındaki birtakım maddi kaynaklardan pay ayrılmaktadır." (Anayasa Mahkemesi'nin 14.07.2021 tarihli ve 2019/32 E.; 2021/54 K. sayılı Kararı, §135). İptali talep edilen cümle, anılan 15. maddenin ikinci fıkrasına atıfta bulunmak suretiyle; ilgili belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylarından kesinti yapılmasını öngördüğü için, mahallî idarelerin mali özerkliği ile ilgilidir.

Diğer bir deyişle 5779 sayılı İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun , il özel idareleri ve belediyelere genel bütçe vergi gelirleri tahsilatı toplamı üzerinden ayrılacak payları düzenlemektedir. Diğer bir deyişle bu paylar, il özel idarelerinin ve belediyelerin bütçesinin bir kısmını oluşturmaktadır. Bütçede yer alan söz konusu meblağın nasıl değerlendirileceğine karar verme yetkisi, yerel yönetimlerin mali özerkliği ilkesi gereğince; il özel idarelerinin ve belediyelerin uhdesindedir, merkezi idarenin söz konusu payların nasıl değerlendirileceğine ilişkin karar verme yetkisi yoktur.

Nitekim Anayasa'nın 123. maddesinde düzenlenen idarenin bütünlüğü, idari görevleri yerine getiren kurumlar arasında birliğin sağlanması ve idari yapı içinde yer alan kurumların bir bütünlük içinde çalışmasını öngörmektedir. İdarede bütünlüğü sağlamak için başlıca iki hukuksal araç hiyerarşi ve idari vesayet kullanılmaktadır. Hiyerarşi, hem merkezi yönetim içinde yer alan örgütler ve bunlara bağlı birimler arasındaki hem de yerinden yönetim kuruluşlarının kendi içerisindeki bütünleşmeyi sağlamaktadır. İdari vesayet ise merkezi yönetim ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki bütünleşmeyi sağlayan araçtır (Anayasa Mahkemesi'nin 05.07.2018 tarihli ve 2018/15 E.; 2018/78 K. sayılı Kararı, § 7). İdari vesayet yetkisi, hiyerarşik denetimde olduğu gibi genel bir yetki olmayıp kanunla çerçevesi çizilen sınırlar içerisinde kullanılması gereken istisnai bir yetkidir. İstisnai ve kanunilik idari vesayetin en belirgin iki temel özelliğidir. Bu bağlamda vesayet yetkisi mutlak bir kullanım zorunluluğunu da içermez. Anayasa'da belirtilen amaç ve çerçeve içinde kalmak koşuluyla bu yetkinin kapsam ve sınırını belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir (Anayasa Mahkemesi'nin 14.11.2019 tarihli ve 2018/90 E.; 2019/85 K. sayılı Kararı, § 20). Diğer yandan idari özerklik ile idari vesayet arasında ters orantılı bir ilişki bulunmaktadır. İdari vesayet yetkisinin kapsamının genişlemesi idari özerkliği daraltmaktayken idari vesayet yetkisinin kapsamının daralması ise idari özerkliği genişletmektedir. Bu sebeple idari vesayet yetkisi idari özerkliğin

sınırını oluşturmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 05.07.2018 tarihli ve 2018/15 E.; 2018/78 K. sayılı Kararı, § 7).

İptali talep edilen cümle, 18.01.2019 tarihinden önce işletilmesi devredilmiş olan projelerin ödenmeyen bakiye tutarlarının tahsilatı bakımından merkezi idare olan Cumhurbaşkanının mahalli idare olan belediye üzerindeki idari vesayet yetkisini sınırsız şekilde aşmak ve belediyenin idari ve mali özerklik alanını daraltmak suretiyle; yerinden yönetim ilkesine aykırıdır. Başka deyişle iptali talep edilen cümleyle idari vesayet yetkisinin kayıtsız ve geniş kullanımı; idarenin bütünlüğü ilkesi içinde teşkilatlanmış ikili idari yapı arasındaki dengeyi merkezi yönetim lehine bozmakta, idari vesayeti istisnai değil kural yetki haline getirmektedir. Zira belediyelerin 5779 sayılı Kanun gereğince ayrılan payları, merkezi idare tarafından kaynağında kesilmektedir. Başka bir deyişle 18.01.2019 tarihinden önce işletilmesi devredilmiş olan projelerin ödenmeyen bakiye tutarlarının tahsilatı bakımından iptali talep edilen cümle nedeniyle belediyelerin görevleri ile orantılı olan gelirlerine, Cumhurbaşkanı tarafından ölçüsüz şekilde el koyulmaktadır. Halbuki belediyelere mahalli idare vasfını kazandıran unsurlardan biri mali özerkliktir. Ayrıca belediyeler şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin ve bunların altyapılarının oluşturulmasına ilişkin kamu hizmetinin yürütülememesi tehdidiyle karşı karşıya kalmaktadır. 18.01.2019 tarihinden önce işletilmesi devredilmiş olan projelerin ödenmeyen bakiye tutarlarının tahsilatı bakımından ihtilaflı düzenlemenin, uygulamada taraflı şekilde uygulanma ve yalnızca merkezi yönetimin muhalif olarak sınıflayabileceği belediyelere karşı kullanılma ihtimalinin bulunduğu da açıktır. Mahalli idarelerde merkezi yönetime karşı derin bir güvensizlik yaratacak bu türden bir yaklaşımın, idarenin bütünlüğü ilkesine hizmet etmeyeceği açıktır. Öte yandan, böyle bir düzenleme, hukuk devletinin varlık nedeni ile de çelişmektedir. Gerçekten, “yöneticileri ve yönetilenleri, hukukça yönetilebilirlik bakımından eşitleme” hedefine dayanan hukuk devleti, merkezi ve yerel yönetim arasında, bir tür makamlar hiyerarşisi anlayışını yansıtan ölçüsüz bir kesinti düzeneğini meşru ve haklı kılamaz.

Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın 3. maddesi gereğince özerk yerel yönetim kavramı, yerel makamların, kanunlarla belirlenen sınırlar çerçevesinde, kamu işlerinin önemli bir bölümünü kendi sorumlulukları altında ve yerel nüfusun çıkarları doğrultusunda düzenleme ve yönetme hakkı ve imkanı anlamını taşır. Anılan Şart'ın 9. maddesi uyarınca ekonomik politika çerçevesinde, yerel makamlara kendi yetkileri dahilinde serbestçe kullanabilecekleri yeterli mali kaynaklar sağlanacaktır. Ancak iptali talep edilen cümle; söz konusu 3. ve 9. maddelerle güvence altına alınan belediyelerin idari ve mali özerkliklerini ölçüsüz şekilde sınırlandırdığından Şart'a da aykırıdır.

Bu nedenle iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın 123 ve 127. maddelerine aykırıdır.

b) Ölçülülük ilkesi bakımından: Mahalli idare olan ilgili belediyenin genel bütçe vergi gelirler tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylardan yapılacak kesinti oranı bakımından %5 oranında üst had belirlenmesi, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine dayanan ve 13. maddesinde açıkça hüküm altına alınan ölçülülük ilkesine (elverişlilik, gereklilik ve orantılılık unsurları) aykırıdır. Gerçekten, doğuşunda “makul olma” kavram ve anlayışının belirleyici olduğu hukuk devletinde [gereklilik (aracın, amacı gerçekleştirmek için gerekli olması), elverişlilik (aracın, amacı gerçekleştirmeye elverişli olması), orantılılık (amaç ile araç arasında oran olması) olmak üzere üç teknik öğeyi içeren] ölçülülük, hem devlet organlarının sahip olduğu yetkiler, hem her alanda konulan hukuk kuralları bakımından geçerli olmalıdır.

Ancak iptali talep edilen cümle hükmüyle; 18.01.2019 tarihinden önce işletilmesi devredilmiş olan projelerin ödenmeyen bakiye tutarlarının daha uzun bir süre zarfında ve daha az meblağlarla karşılanması yerine; belediye paylarından fahiş düzeyde kesinti yapılması öngörülmüştür. İlgili belediyeye ayrılacak paylardan %5 oranında kesinti yapılabilmesi, (ülkemizdeki mevcut kötü ekonomik koşullar da göz önüne alındığında) ilgili belediyenin kamu hizmetlerini yürütmesini engelleyecek niteliktedir. Halbuki Anayasa'nın 127. maddesi gereğince belediyelere ve il özel idarelerine görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanır. Başka bir anlatımla amaç (18.01.2019 tarihinden önce işletilmesi devredilmiş olan projelerin ödenmeyen bakiye tutarlarının tahsilatı) ile araç (belediyeye ayrılan paylardan %5 oranında kesinti yapılması) arasında orantı gözetilmemiştir. Bu nedenle iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın 2 ve 13. maddelerine aykırıdır.

c) Kuvvetler ayrılığı ilkesi, normlar hiyerarşisi, hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaması ve idarenin kanuniliği ilkesi bakımından: Azami olarak %5 oranında bir haddin hangi nesnel ölçüte göre belirlendiği ortaya konulmamıştır. 01.05.2019 tarihli ve 30761 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 30.04.2019 tarihli ve 1014 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile “Şehir İçi Raylı Ulaşım Sistemleri, Metrolar ve Bunlarla İlgili Tesislerin Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığınca Üstlenilmesi, Devralınması ve Tamamlanmasını Müteakip Devri ile İlgili Şartların Belirlenmesine İlişkin Kararda Değişiklik Yapılması Hakkında Karar” yürürlüğe konulmuştur. Söz konusu Kararın 1. maddesiyle değişik 25.10.2010 tarihli ve 2010/1115 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulan Şehir İçi Raylı Ulaşım Sistemleri, Metrolar ve Bunlarla İlgili Tesislerin Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığınca Üstlenilmesi, Devralınması ve Tamamlanmasını Müteakip Devri ile İlgili Şartların Belirlenmesine İlişkin Kararın 8. maddesinin ikinci fıkrası “02.07.2008 tarihli ve 5779 sayılı İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanunun kesintileri düzenleyen 7. maddesine göre yürürlüğe konulan 15.03.2010 tarihli ve 2010/238 sayılı Bakanlar Kurulu Kararında belirtilen oranlara ilave olarak ve kesintisiz ödemeler dahil olmak üzere, devralan kuruluş, merkezi yönetim bütçesinden karşılanan ve/veya karşılanacak olan toplam proje maliyet bedelini, mülkiyet ve/veya işletme devir tarihinden itibaren bu bedelin ifa tarihine kadar her ay ilgili belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylardan %5 kesintinin Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından ilgili hesaba aktarılmasıyla öder.” şeklindedir. 7407 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle yeniden düzenlenen (ve 28.05.2022 tarihinde yürürlüğe giren) 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 15. maddesinin ikinci fıkrasının ilgili bölümü ise “Devralan kuruluş, merkezi yönetim bütçesinden karşılanan ve/veya karşılanacak olan toplam proje maliyet bedelini, mülkiyet ve/veya işletme devir tarihinden itibaren bu bedelin ifa tarihine kadar her ay ilgili belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylarının azami %5'i oranında Cumhurbaşkanlığınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından ilgili hesaba aktarılmasıyla öder.” şeklindedir. Anılan cümlelerin lafzından anlaşılabileceği üzere kanun koyucu, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararının akabinde idarenin düzenleyici işlemini (Cumhurbaşkanı Kararını), kanun hükmü haline getirmiş ve %5'lik azami haddi, bu Karara istinaden belirlemiştir. Başka bir anlatımla kanun koyucu, kesinti sınırı bakımından de facto hali, de jure hale getirmiştir.

Halbuki 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.” Öte yandan idarenin kanuniliği ilkesi ile hukuk mantığı gereğince, bir düzenleyici işlemin (Kararın) hukuki varlığının amacı bir üst normun (kanunun) somut olaya

uygulanmasını mümkün kılmaktır. “Yasamanın iradesini yerine getirmeğe yürütme dersek” ; bilakis 7407 sayılı Kanun’un 19. maddesiyle 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 15. maddesinin ikinci fıkrasındaki “Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının” ibaresi “azami %5’i oranında Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının” şeklinde yeniden düzenlendiğinde; önce yürütmenin iradesi (Karar) oluşmuş; de facto hali de jure hale getirmek için; sonra kanun koyucu, iradesini (kanun-yeniden düzenlenen ibare) ortaya koymuştur.

Başka bir anlatımla öncelikle (söz konusu iptal kararından önce) 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 15. maddesine istinaden yürürlüğe konulan anılan Karar gereğince (hukuka aykırı) kesinti yapılmış; (söz konusu iptal kararından sonra) anılan Karar hükmü, kanun metni haline getirilmiştir. İptali talep edilen cümleyle de bu fıkra kapsamındaki usul ve esaslara atıfta bulunulmuştur. Bu durum; bir fonksiyon gaspına sebep olacak, Anayasa’nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini ve 6. 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 hukuka uygun kılınması için 7407 sayılı Kanun’un 19. maddesiyle 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 15. maddesinin ikinci fıkrasındaki “Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının” ibaresini “azami %5’i oranında Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının” şeklinde yeniden düzenlemiştir; yasama kuvveti ile yürütme kuvveti arasındaki ayrılığa hâlel getirmiştir. O nedenle anılan ikinci fıkraya atıfta bulunması hasebiyle iptali talep edilen cümle, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 2, 6 ve 123. maddelerine aykırıdır.

ç)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa’ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa’nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi’nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin ön koşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu 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.

Anayasa’nın 123. maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Bu nedenle, 18.01.2019 tarihinden önce işletilmesi devredilmiş olan projelerin ödenmeyen bakiye tutarlarının tahsilatı bakımından kesinti tutarının hesaplama yöntemine ilişkin usul ve esasların; normlar hiyerarşisinin ana halkası olarak hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerinin karşılanması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; –Anayasal ilkelerin aksine-kesinti tutarının hesaplama yöntemine ilişkin usul ve esasların genel çerçevesi hakkında tamamen sessiz kalmış, 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 15. maddesinin ikinci fıkrasına atıfta bulunmuştur. 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 15. maddesinin ikinci fıkrası ise; bu konuların düzenlenmesini idarenin (tüm idari teşkilatın makamına bağlı bulunduğu ve yürütme ve devleti temsil yetkilerinin bir kişide birleştiği monist yapılı yürütme organının başı konumunda bulunan Cumhurbaşkanının) uhdesine bırakmıştır; Cumhurbaşkanını, sadece (fahiş düzeydeki) %5’lik azami had ile kayıtlamıştır. Bu hususların kanun düzeyinde açık ve net bir şekilde düzenlenmemesi ve bunlara yönelik nesnel, somut ölçüt öngörülmemesi; ilgili belediyelere ayrılan paylardan farklı kesinti yapılmasına, keyfi uygulamalara neden olacaktır. Yine Cumhurbaşkanının yapacağı düzenlemeleri, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; ilgili belediyeler bakımından hukuki ve iktisadi öngörülebilirliğe hanel getirmektedir. Cumhurbaşkanının uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, 18.01.2019 tarihinden önce işletilmesi devredilmiş olan projelerin ödenmeyen bakiye tutarlarının tahsilatı bakımından anılan geçici maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, Cumhurbaşkanının (düzenleyici) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen cümle, Anayasa’nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

d)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa’nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa’nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi’nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen cümle hükmünde olduğu gibi 18.01.2019 tarihinden önce işletilmesi devredilmiş olan projelerin ödenmeyen bakiye tutarlarının tahsilatı bakımından 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 15. maddenin ikinci fıkrasına atıfta bulunmak suretiyle idareye (Cumhurbaşkanına) ilgili belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylardan (azami %5 oranında) yapılacak kesintinin hesaplanmasına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa’nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

e)Eşitlik ilkesi bakımından: İptali talep edilen cümlelerin idareye verdiği sınırsız takdir yetkisi, 18.01.2019 tarihinden önce işletilmesi devredilmiş olan projelerin ödenmeyen bakiye tutarlarının tahsilatı bakımından ilgili belediyeler arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan cümle, Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer durumdaki kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır ve ancak ihtilaflı düzenlemede haksız nedenlere dayalı keyfi muamele farklılıklarını engelleyecek hiçbir objektif kıstas ve güvence bulunmamaktadır.

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

Ancak iptali talep edilen cümlelerin idareye verdiği öznel ve keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi; söz gelimi 18.01.2019 tarihinden önce işletilmesi devredilmiş olan aynı nitelikteki projeler bakımından ilgili belediyelerden farklı meblağlarla kesinti yapılmasına, kesintinin daha uzun bir zaman dilimine yayılmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Bir başka deyişle, ihtilaflı düzenleme, haklı bir sebebe dayanmayan muamele farklılıklarını idarenin yetki alanına dahil etmektedir. İdare, 18.01.2019 tarihinden önce işletilmesi devredilmiş olan projelerin ödenmeyen bakiye tutarlarının tahsilatı bakımından haklı bir neden olmaksın ilgili belediyelere farklı hesaplama yöntemi uygulamak suretiyle; kesinti mekanizmasının, (merkezi idare karşısında) belediyeler üzerinde mali baskı aracına dönüştürülmesine imkan bulacaktır. Bu nedenle anılan cümle, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

f) Mülkiyet hakkı, sözleşme özgürlüğü ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları bakımından: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi imkanı sağlar. Bununla birlikte mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme) şeklinde tanımlanmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve 1988/ 34 E., 1989/26 K. sayılı Kararı). Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan sözleşme özgürlüğü; tarafların bir sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğünü, sözleşmeye son verme özgürlüğünü, sözleşmenin içeriğini belirleme /değiştirme özgürlüğünü, sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğünü içerir. O halde iptali talep edilen cümle hükmünün kapsamındaki 18.01.2019 tarihinden önce işletme devrine ilişkin protokoller; mülkiyet hakkının ve sözleşme özgürlüğünün kesişim alanındadır. Başka bir anlatımla devralan kuruluş, (mülkiyet edinmeyi talep etme hakkına binaen) sözleşme konusunun işletmesini kendi uhdesine almak amacıyla; (sözleşme özgürlüğüne binaen) söz konusu protokolleri akdetmeyi talep etmiştir. O halde devralan kuruluşun 18.01.2019 tarihinden önce işletilmesi devredilmiş olan projelerin ödenmeyen bakiye tutarını, "işletme devir tarihinden itibaren bu bedelin ifa tarihine kadar her ay ilgili belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylarının azami %5'i oranında Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından ilgili hesaba aktarılmasıyla" ödemesi; nihayetinde mülkiyet hakkının ve teşebbüs özgürlüğünün kullanımına etki edecektir. Mülkiyet hakkına ve özel teşebbüs kurma hürriyetine yapılan söz konusu müdahalenin hukuka uygun nitelik kazanması için; Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlükleri sınırlandırma ilkeleri ve güvence ölçütleri çerçevesinde yapılması gerekmektedir. Bu sınırlardan olan kanunilik kaydı

gereğince; iptali talep edilen cümlelerin atıfta bulunduğu anılan fıkra da yer alan hususların kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu, bu hususların düzenlenmesini idarenin uhdesine bırakmak suretiyle; anılan hak ve hürriyete idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır. Bu nedenle anılan cümle, Anayasa'nın 13, 35 ve 48. maddelerine aykırıdır.

g)Hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kuralla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzeri olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7 E.: 1991/43 K. sayılı Kararı). Yukarıda açıklandığı üzere; eldeki dava konusunun kanunlaştırılmasının saiklerinden birisi olan iptal kararının gerekçesinin müteallik bölümü:

“b. Maddenin (2) Numaralı Fıkrasının Üçüncü Cümlesinde Yer Alan “...Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının...” İbaresini

133. 655 sayılı KHK'nın 15. maddesinin üçüncü cümlesinde Cumhurbaşkanınca yapımının üstlenilmesine karar verilen teleferik, füniküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin yapımının tamamlanmasından sonra, devralan kuruluşun, merkezî yönetim bütçesinden karşılanan ve/veya karşılanacak olan toplam proje maliyet bedelini, mülkiyet ve/veya işletme devir tarihinden itibaren bu bedelin ifa tarihine kadar her ay ilgili belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylardan Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından ilgili hesaba aktarılmasıyla ödeyeceği hüküm altına alınmış olup anılan cümlede yer alan “...Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının...” ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

134. Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca mahallî idarelerin kuruluş amacı olarak gösterilen mahallî müşterek ihtiyaç, herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırları içinde yaşayanların, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan somut durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve sürekli güncelleştirdiği, özünde etkinlik, ölçek ve sağladığı yarar bakımından yerel sınırları aşmayan, bölünebilir ve rekabet konusu olabilen yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklentileri ifade etmektedir.

135. Mahallî idareler, kendi-lerine verilen görevleri yerine getirebilmek için yeterli gelir kaynaklarına ihti-yaç duymaktadır. Yerel yönetim birimi olarak belediyelerin etkin ve verimli hizmet sunabilmeleri, belediyelere verilen görevlerin etkin şekilde yerine getirilmesi, bunların mali açıdan güçlü olması ile yakından ilgilidir. Bu nedenden dolayı mahallî idarelere, merkezî idarenin kontrolü altındaki birtakım maddi kaynaklardan pay ayrılmaktadır.

136. İl özel idareleri ve belediyelere genel bütçe vergi gelirleri tahsilatı toplamı üzerinden ayrılacak paylara ilişkin usul ve esasların düzenlendiği 5779 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, il özel idareleri ve belediyelere genel bütçe vergi gelirleri tahsilatı toplamı üzerinden pay verileceği; (2) numaralı fıkrasında, genel bütçe vergi gelirleri tahsilatı toplamının %1,50'sinin büyükşehir dışındaki belediyelere, %4,50'sinin büyükşehirlerdeki ilçe belediyelerine ve %0,5'inin il özel idarelerine ayrılacağı; (3) numaralı fıkrasında, 6/6/2002 tarihli ve 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'na ekli (I) sayılı listede

yer alan mallardan tahsil edilen özel tüketim vergisi hariç olmak üzere büyükşehir belediye sınırları içinde yapılan genel bütçe vergi gelirleri tahsilatı toplamının %6'sı ile genel bütçe vergi gelirleri tahsilatı toplamı üzerinden büyükşehirlerdeki ilçe belediyelerine ayrılan payların %30'unun büyükşehir belediye payı olarak ayrılacağı belirtilmiştir.

137. Dava konusu kuralın yer aldığı maddede, Cumhurbaşkanınca yapımının üstlenilmesine karar verilen teleferik, föniküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin yapımının tamamlanmasından sonra, merkezî yönetim bütçesinden karşılanan ve/veya karşılanacak olan toplam proje maliyet bedelinin, belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilatı toplamı üzerinden ayrılacak paylardan ödeneceği düzenlemesi yer almakla birlikte belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilatı toplamı üzerinden ayrılacak paylardan yapılacak kesinti tutarının ne kadar olacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş, sadece kesinti tutarının Cumhurbaşkanınca belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

138. Kuralda, Cumhurbaşkanı'na verilen bu yetkinin kullanılabilmesi için objektif bir ölçüt belirlenmediği gibi genel bütçe vergi gelirleri tahsilatı toplamından ayrılacak paylar üzerinden hesaplanacak kesinti tutarının ne kadar olacağına ilişkin alt ve üst sınırların da öngörülmediği görülmektedir. Bu itibarla kuralla Cumhurbaşkanı'na bırakılan belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilatı toplamından ayrılacak paylar üzerinden hesaplanacak kesinti tutarını belirleme yetkisinin genel çerçevesinin çizilmediği, kesinti tutarının ne kadar olacağına ilişkin temel esaslar ve ilkelerin belirlenmediği anlaşılmaktadır.

139. Buna göre belediyelerin, kendilerine verilmiş olan görevleri gerçekleştirebilmeleri için ihtiyaç duydukları en önemli gelir kaynaklarından birisi olan genel bütçe vergi gelirleri tahsilatı toplamından ayrılacak paylar üzerinden hesaplanacak kesinti tutarının herhangi bir ölçüt ve sınır belirlemeksizin Cumhurbaşkanınca belirlenmesine imkân tanıyan kural, belirlilik ilkesi ve yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi ile yerel yönetimlerin özerkliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

140. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 7. ve 127. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kadir ÖZKAYA, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

İ. Kanun'un 68. Maddesiyle 655 Sayılı KHK'ya Eklenen Geçici 10. Maddenin İncelenmesi

#### 1. İptal Talebinin Gerekçesi

141. Dava dilekçesinde özetle; Kanun'un 67. maddesiyle 655 sayılı KHK'nın 15. maddesinin değiştirilen (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "Cumhurbaşkanınca yapımının üstlenilmesine karar verilen..." ve üçüncü cümlesinde yer alan "...Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının..." ibareleri ile altıncı cümlesine yönelik ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık gerekçelerinin bu madde için de geçerli olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 7., 10. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

## 2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

### a. Maddenin Birinci Cümlesi

142. Dava konusu kuralla, 655 sayılı KHK'nın 15. maddesinin 7161 sayılı Kanun'la değiştirilen (2) numaralı fıkrasının, KHK'nın geçici 10. maddesinin yayımı tarihi itibarıyla hâlihazırda işletmesi devredilmiş olan projelerin bu maddenin yayımı tarihinden önce hesaplanan yöntemle göre ödenmeyen bakiye tutarlarını da kapsadığı hükme bağlanmıştır.

143. Dava konusu kural, mülkiyet devri yapılmaksızın bu maddenin yayımı tarihinden önce hâlihazırda işletme devri yoluyla işletmeye açılan metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemlerine ilişkin proje maliyet bedelinin 655 sayılı KHK'nın 15. maddesinin (2) numaralı fıkrasında öngörülen yöntemle ilgili belediyeden tahsiline imkân vermektedir. Anılan maddede ise Cumhurbaşkanınca yapımının üstlenilmesine karar verilen teleferik, füniküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin yapımının tamamlanmasından sonra, merkezî yönetim bütçesinden karşılanan ve/veya karşılanacak olan toplam proje maliyet bedelinin, belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylardan Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından ilgili hesaba aktarılmasıyla ödeneceği belirtilmiştir.

144. Maddenin (2) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "...Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının..." ibaresinin Anayasa'ya uygunluk denetimi bölümünde belirtilen gerekçeler bu kural yönünden de geçerlidir.

145. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 7. ve 127. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."

şeklinde (Anayasa Mahkemesi'nin 14.07.2021 tarihli ve 2019/32 ve 2021/54 sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun 18.01.2019 tarihinden önce işletilmesi devredilmiş olan projelerin ödenmeyen bakiye tutarlarının tahsilatı bakımından 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 15. maddesinin ikinci fıkrasına atıfta bulunmak suretiyle Anayasa'nın 2, 7 ve 127. maddelerine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen cümleyi kanunlaştırması, Anayasa'nın 153. maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6. maddesine de hâlel getirmektedir.

e)Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırılık: Anayasa'nın 104. maddesinde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sayılmıştır. Bu görev ve yetkiler arasında "18.01.2019 tarihinden önce işletilmesi devredilmiş olan projelerin ödenmeyen bakiye tutarlarının tahsilatı bakımından işletme devir tarihinden itibaren bu bedelin ifa tarihine kadar her ay ilgili belediyenin genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden ayrılacak paylarından yapılacak kesinti tutarının hesaplanmasına ilişkin (azami %5'i oranında) usul ve esasları belirleme" görev ve yetkisi sayılmadığı gibi; iptali talep edilen cümlelerin atıfta bulunduğu fıkra da yer alan düzenlemeleri yapmayı dayandırabileceği (Anayasa'nın 104. maddesinde) genel ve kapsayıcı mahiyette bir hüküm de bulunmamaktadır. Yasama organı, görevi ve yetkisi dahilinde olmayan bir konuda Cumhurbaşkanını yetkilendirmek suretiyle; Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini ve 6. maddesinde yer alan hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamamasına yönelik hükmü ve 104. maddesini ihlal etmiştir. Kaldı ki, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının,

“Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.” şeklindeki ikinci cümlesi uyarınca; iptali talep edilen cümle atıfta bulunduğu fıkrada yer alan Cumhurbaşkanınca belirlenecek hususun, açıklandığı üzere mülkiyet hakkı ile sözleşme özgürlüğünün kapsamında kaldığı gözetildiğinde; açıkça öngörülmüş konu bakımından yetkisizlik hali sebebiyle, Cumhurbaşkanlığı tarafından bu hususlarda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi de çıkarılamaz. Bu nedenlerle iptali talep edilen cümle, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırıdır.

h) Kanunların geriye yürümezliği ilkesi bakımından: 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. ...”

Yine Anayasa Mahkemesi’nin bir kararına göre, “Hukuk devletin 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 ilkelerindendir.” (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.

655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 15. maddenin ikinci fıkrası kapsamındaki usul ve esaslar, 18.01.2019 tarihinden önce işletilmesi devredilmiş olan projelerin ödenmeyen bakiye tutarların tahsilatında uygulanacaktır. İptali talep edilen cümlede yer alan 18.01.2019 tarihi, anılan geçici maddenin 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ye 7161 sayılı Kanunla eklendiği tarihe tekabül etmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı sonrasında hukuki boşluk doğmaması adına; yeniden düzenlenen birinci cümle, makabline şamil kılınmıştır. Ancak kanun koyucu, söz konusu bakiye tutarların tahsili bakımından 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 15. maddenin ikinci fıkrasına atıfta bulunmuştur. Lakin söz konusu fıkrada yer alan usul ve esaslar, kanunun geçmişe yürümesini haklı kılacak ve kazanılmış hakları koruyucu – hukuki belirliliği sağlayıcı düzenlemeleri havi olmadığı gibi idarenin keyfi uygulamalarına sebep olabilecek niteliktedir. Başka bir anlatımla iptali talep edilen cümle atıfta bulunduğu fıkranın, Anayasa’ya aykırı olması; iptali talep edilen cümle, kamu yararı barındıramamasına sebep olmaktadır. Bundan dolayı iptali talep edilen cümle, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı sonrasında hukuki boşluk doğmaması gerekçesine dayanan geriye yürümesi; meşruluğunu kaybetmektedir. Bu nedenle iptali talep edilen cümle, Anayasa’nın 2. maddesine aykırıdır.

i) Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa’nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen cümle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Ek 1 No’lu Protokolü’nün, sınırlama koşulu olarak kanunilik kaydını da içermek suretiyle mülkiyet hakkını düzenleyen 1. maddelerini ihlal ettiğinden Anayasa’nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7407 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle yeniden düzenlenen 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin geçici 10. maddesinin birinci cümlesi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 7, 10, 13, 35, 48, 90, 104, 123, 127 ve 153. maddelerine aykırıdır; anılan cümlelerin iptali gerekir.

### III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un ile getirilen iptali talep edilen düzenlemeler birden fazla kanunda ve bir kanun hükmünde kararnamede hukuka aykırı değişiklikler yapmaktadır. Kamu yararına aykırı olan, telafisi mümkün olmayacak sonuçlara yol açacak bu düzenlemelerin iptal davası sonuçlanana kadar yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

Nitekim anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti sayılmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasa'ya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

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

### IV. SONUÇ VE İSTEM

26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un

1) 8. maddesiyle değiştirilen 5411 sayılı Kanun'un 129. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Devlet aleyhine açılan uluslararası davaların takibine ilişkin Cumhurbaşkanlığına" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 7, 10, 13, 14, 35, 36, 90, 104 ve 123. maddelerine,

2) 12. maddesiyle 13.06.2006 tarihli ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun geçici 14. maddesine üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkralar, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 14, 35, 48, 65, 73, 87, 90, 104, 123 ve 167. maddelerine,

3) 14. maddesiyle 19.08.2016 tarihli ve 6741 sayılı Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesinin değiştirilen dördüncü fıkrasında yer alan "tabi değildir" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 14, 36, 40, 48, 90, 104, 123, 125 ve 167. maddelerine; beşinci fıkrasına eklenen cümlede yer alan "uygulanmaz" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 14, 36, 40, 48, 90, 104, 123, 125, 160, 165 ve 167. maddelerine,

4) 16. maddesiyle 10.11.2016 tarihli ve 6758 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 19. maddesinin değiştirilen sekizinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "yeni şirket kurulmasına karar verilebilir" ibaresi, Anayasa'nın 2, 5, 7, 10, 13, 14, 15,

35, 48, 90, 123 ve 167. maddelerine; ikinci cümlesinde yer alan “izin ve muvafakati aranmaz” ibaresi, Anayasa’nın 5, 13, 14, 15, 35, 48, 90 ve 167. maddelerine; yedinci cümlesi, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 10, 13, 14, 15, 35, 36, 48 ve 90. maddelerine; değiştirilen dokuzuncu fıkrasında yer alan “13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olunmaksızın Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından kullanılabilir” ibaresi, Anayasa’nın 2, 5, 7, 10, 13, 14, 15, 35, 48, 90, 123 ve 167. maddelerine; eklenen on birinci fıkranın dördüncü cümlesi, Anayasa’nın 2, 5, 10, 13, 14, 15, 35, 48, 90 ve 167. maddelerine,

5) 17. maddesiyle 6758 sayılı Kanun’un 20. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının son cümlesi, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 7, 10, 13, 14, 15, 35, 36, 38, 40, 90, 123 ve 153. maddelerine,

6) 19. maddesiyle yeniden düzenlenen 26.09.2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma ve Altyapı Alanına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 15. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan “azami %5’i oranında Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanan kesinti tutarının” ibaresi, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 7, 10, 13, 35, 48, 90, 104, 123, 127 ve 153. maddelerine; ikinci fıkrasına beşinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen ilk cümlede yer alan “Cumhurbaşkanınca” ibaresi, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 7, 10, 104, 123 ve 127. maddelerine,

7) 20. maddesiyle yeniden düzenlenen 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin geçici 10. maddesinin birinci cümlesi, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 7, 10, 13, 35, 48, 90, 104, 123, 127 ve 153. maddelerine aykırı olduğundan iptaline ve uygulanması halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar olacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz.”