

“1) 27.12.2023 tarihli ve 7491 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 15. maddesiyle 04.01.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’na 413. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen mükerrer madde 413’ün birinci fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa’ya aykırılığı

7491 sayılı Kanun’un 15. maddesiyle 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’na 413. maddesinden sonra gelmek üzere “Katılma payı:” kenar başlıklı mükerrer madde 413 eklenmiştir. Anılan mükerrer maddeye göre;

-Gelir İdaresi Başkanlığı sistemlerinde yer alan ve 413 sayılı Kanun’un “Vergi mahremiyeti:” kenar başlıklı 5. maddesi kapsamında üçüncü kişilerle paylaşılacak bilgilerin; anılan madde hükümleri çerçevesinde genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri dışındaki kamu kurum ve kuruluşları ve tüzel kişilerle paylaşılması karşılığında sorgu veya dönen kayıt başına 25 kuruştan az olmamak üzere katılma payı alınacaktır.

-Katılma payının tutarı, sorgulanan veya dönen verinin sayısı, boyutu ve kapsamı, verinin sorgulama dışında toplu olarak paylaşılması durumunda paylaşılan verinin sayısı, boyutu, kapsamı ve mükellef sayısı ayrı ayrı veya birlikte dikkate alınarak Hazine ve Maliye Bakanlığıınca belirlenebilecektir.

-Bakanlık, kanunları gereğince mükelleflerden alabilecekleri bilgileri Başkanlık sistemlerinden alan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşlarından, paylaşılan verinin türü ve paylaşılma şeklini de dikkate alarak katılma payı almamaya veya daha düşük tutarlı almaya yetkili olacaktır.

-Katılma payları, yeni bir belirleme yapılmadığı sürece, her yıl bir önceki yıla ilişkin olarak bu Kanun uyarınca belirlenen yeniden değerlendirme oranında artırılacaktır. -Ödenecek katılma payı tutarının belirlenmesine esas olan sorgu, dönen kayıt veya toplu olarak paylaşılan veri miktarının belirlenmesinde Gelir İdaresi Başkanlığı kayıtları esas alınacaktır.

-Katılma payları, takvim yılının üçer aylık dönemleri itibarıyla Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından paylaşılan veriler üzerinden hesaplanacak ve üç aylık dönemi takip eden ayın sonuna kadar veri paylaşılanlara bildirilecektir.

-Katılma payları bildirimin yapıldığı ayı izleyen ayın sonuna kadar Bakanlık merkez muhasebe birimine ödenecektir.

-Süresinde ödeme yapmayanlarla ödeme yapılınca kadar bilgi paylaşımı yapılayacaktır.

-Süresinde ödenmeyen katılma payları gecikme zammı ile birlikte 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre vergi dairelerince takip ve tahsil edilecektir.

-Bu maddenin uygulamasına ilişkin usul ve esaslar Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirlenecektir.

Ancak anılan mükerrer madde 413’ün birinci fıkrasının Gelir İdaresi Başkanlığı sistemlerinde yer alan ve bu Kanun’un 5. maddesi kapsamında üçüncü kişilerle paylaşılacak bilgilerin; anılan madde hükümleri çerçevesinde genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri

dışındaki kamu kurum ve kuruluşları ve tüzel kişilerle paylaşılması karşılığında sorgu veya dönen kayıt başına 25 kuruştan az olmamak üzere katılma payı alınacağını kurala bağlayan birinci cümlesi, Anayasa'ya aykırıdır.

i)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, Gelir İdaresi Başkanlığı sistemlerinde yer alan ve bu Kanun'un 5. maddesi kapsamında üçüncü kişilerle paylaşılabilir bilgilerin; anılan madde hükümleri çerçevesinde genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri dışındaki kamu kurum ve kuruluşları ve tüzel kişilerle paylaşılması karşılığında sorgu veya dönen kayıt başına 25 kuruştan az olmamak üzere katılma payı alınmasına ilişkin esas ve usullerin; normlar hiyerarşisinin ana halkası olarak hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerinin karşılanması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; –Anayasal ilkelerin aksine- kamu idareleri dışındaki kamu kurum ve kuruluşları ve tüzel kişilerin talep edebileceği bilgilerin kapsamı (söz gelimi görev alanı sınırı); katılma payı başlığı altında alınabilecek meblağın üst sınırı, tüzel kişilerin nev'i gibi katılma payının alınmasına dair usul ve esasların genel çerçevesini çizmemiştir. Kanun koyucu, bu konuların düzenlenmesini idarenin (Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Gelir İdaresi Başkanlığı'nın) uhdesine bırakmıştır. Tüm bu hususların kanun düzeyinde açık ve net bir şekilde düzenlenmemesi ve bunlara yönelik nesnel, somut ölçüt öngörülmemesi, anılan 5. madde kapsamında üçüncü kişilerle paylaşılabilir bilgileri talep eden kamu kurum ve kuruluşları ve tüzel kişilerin iktisadi öngörülebilirliklerinin ortadan kaldırılmasına, keyfi uygulamalara neden olacaktır.

Yine Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Gelir İdaresi Başkanlığı'nın yapacağı düzenlemeleri, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; söz konusu bilgileri

talep eden kamu kurum ve kuruluşları ve tüzel kişilerler bakımından hukuki öngörülebilirliğe hanel getirmektedir. İdarenin uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan mükerrer maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarenin (düzenleyici ve dahi birel) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

Belirtmek gerekir ki kanun koyucu anılan mükerrer maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesi dışında kalan cümlelerle diğer fıkralarında, katılma payının tutarının Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirleneceğini; Bakanlığın takdir ettiği hallerde katılma payı alınmayacağını yahut daha düşük tutarlar üzerinden alınacağını; katılma payının yeniden değerlendirme oranında artırılacağını; katılma payı tutarının hesaplanmasında Gelir İdaresi Başkanlığı kayıtlarının esas alınacağını; katılma paylarının hesaplanması ile bildirilmesi ve ödenmesini; ödeme yapılmadığı takdirde uygulanacak yaptırımları; usul ve esasların Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirleneceğini kurala bağlamıştır. Ancak bu hükümler, katılma payının alınmasına ilişkin usul ve esaslar bakımından kanunilik ilkesinin gereklerini karşılamaya elverişli değildir. Zira bu hükümlerde idarenin düzenleyici işlemlerde bulunacağını hüküm altına almış ve fakat iptali talep edilen cümlede söz konusu düzenleyici işlemlerin genel çerçevesi nesnel ölçütlerle kanun düzeyinde çizmemiştir.

Bununla birlikte iptali talep edilen cümlede yer alan “anılan madde hükümleri çerçevesinde” ibaresi de; “anılan 5. madde”, vergi mahremiyetine ilişkin olduğundan; katılma payının alınmasına ilişkin usul ve esaslarla ilgisizdir ve dolayısıyla kanunilik ilkesinin gereklerini karşılamaktan yoksundur.

Yine Gelir İdaresi Başkanlığı sistemlerinde yer alan bilgilerin kapsamı çok geniştir; bunlardan hangilerinin paylaşıma açılacağı belirsizdir. İptali talep edilen cümlede yer alan “bu Kanun’un 5. maddesi kapsamında üçüncü kişilerle paylaşılacak bilgiler” ibaresi, anılan 5. maddenin vergi mahremiyetini sağlaması itibarıyla kişisel verilerin korunmasını temin etmekte; ve fakat “kamu kurum ve kuruluşları ve tüzel kişilerin sadece görev alanlarıyla ilgili ihtiyaç duyduğu bilgilere ulaşması” gibi bir kayıt öngörmemektedir.

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

ii)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 (Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Gelir İdaresi Başkanlığı’na); Gelir İdaresi Başkanlığı sistemlerinde yer alan ve bu Kanun’un 5. maddesi kapsamında üçüncü kişilerle paylaşılacak bilgilerin; anılan madde hükümleri çerçevesinde genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri dışındaki kamu kurum ve kuruluşları ve tüzel kişilerle paylaşılması karşılığında sorgu veya dönen kayıt başına 25 kuruştan az olmamak üzere katılma payı alınmasına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa’nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

iii)Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen cümlelerin Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Gelir İdaresi Başkanlığı'na verdiği sınırsız takdir yetkisi, anılan 5. madde kapsamında üçüncü kişilerle paylaşılacak bilgileri talep eden kamu kurum ve kuruluşları ve tüzel kişilerler 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 cümlelerin Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Gelir İdaresi Başkanlığı'na verdiği öznel ve keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi; söz gelimi aynı bilgiyi talep eden iki tüzel kişinin birinden daha fazla miktarda katılma payı alınıp diğerinden daha az miktarda alınmasına; bazı bilgilerin katılma payı karşılığında kamu kurum ve kuruluşlarıyla paylaşılıp bazılarıyla paylaşılmamasına, bazı tüzel kişiler için daha düşük miktarda azami had belirlenmesine ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. İptali istenen cümlelerin aynı durumda bulunan genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri dışındaki kamu kurum ve kuruluşları ve tüzel kişiler arasında muamele farklılığına yol açabileceği hasebiyle kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğunun tespiti için, ihtilaflı cümlelerin haklı gerekçeye dayanmayan muamele farklılığını yalnızca olası kıldığıının tespiti yeterli addedilmek gerekir. Bu nedenle anılan cümle, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

iv) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ve mülkiyet hakkı bakımından: Tüzel kişiler, Gelir İdaresi Başkanlığı sistemlerinde yer alan ve bu Kanun'un 5. maddesi kapsamında üçüncü kişilerle paylaşılacak bilgileri alması karşılığında bir katılma payı ödeyecektir. Bu katılma payı ise (25 kuruştan az olmayan) bir nakdi karşılıktır. Tüzel kişilerden katılma payı adı altında nakdi bir karşılık alınması itibarıyla; iptali talep edilen cümle, tüzel kişilerin mülkiyet hakkına bir müdahale teşkil edecektir.

Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi 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).

Mülkiyet hakkına 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 cümleye ilişkin hususların (Gelir İdaresi Başkanlığı sistemlerinde yer alan ve bu Kanun'un 5. maddesi kapsamında üçüncü kişilerle paylaşılacak bilgilerin; anılan madde hükümleri çerçevesinde genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri dışındaki kamu kurum ve kuruluşları ve tüzel kişilerle paylaşılması karşılığında sorgu veya dönen kayıt başına 25 kuruştan az olmamak üzere katılma payı alınmasına ilişkin esas ve usullerin) kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Ancak yukarıda açıklandığı üzere kanun koyucu, bu hususların düzenlenmesini Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Gelir İdaresi Başkanlığı'nın uhdesine bırakmak suretiyle; anılan hakka idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır. Başka bir anlatımla kanun koyucu, katılma payının alınmasına ilişkin usul ve esaslarının genel çerçevesini çizmeyi; idarenin (düzenleyici ve dahi birel) işlemlerine bırakarak; tüzel kişilerin mülkiyet hakkını kanuni korumadan yoksun kılmıştır.

Bu itibarla idarenin keyfî işlem ve eylemlerine açık hale gelen ihtilafî cümle, Anayasa'nın 13 ve 35. maddelerine aykırıdır.

v)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, yukarıdaki başlıklarda aykırı olduğu gösterilen temel hakka ilişkin anayasal düzenlemenin muadili olarak, mülkiyet hakkına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nü ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7491 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle 04.01.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'na 413. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen mükerrer madde 413'ün birinci fıkrasının birinci cümlesi, Anayasa'nın 2, 7, 10, 13, 35, 90 ve 123. maddelerine aykırıdır; anılan cümlelerin iptali gerekir.

2) 27.12.2023 tarihli ve 7491 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 19. maddesiyle 17.07.1963 tarihli ve 278 sayılı Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun'un 4. maddesine eklenen fıkra da yer alan "karara bağlamaya yetkilidir" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7491 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle 17.07.1963 tarihli ve 278 sayılı Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun'un 4. maddesine bir fıkra eklenmiştir. Anılan ek fıkra ya göre Yönetim Kurulu, Kurumun ücret cetvelleri ile personel performans değerlendirme kriterleri kapsamında yapılacak ödemeleri Başkanlığın önerisi üzerine görüşerek karara bağlamaya yetkilidir. Ancak Yönetim Kurulunu, Kurumun ücret cetvelleri ile personel performans değerlendirme kriterleri kapsamında yapılacak ödemeleri (Başkanlığın önerisi üzerine görüşerek) karara bağlamakla yetkili kılan ve iptali talep edilen ibare, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu, 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 582 ve devamı maddelerinde teşkilatlandırılmış olup kamu tüzel kişiliğini haizdir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu hususu vurgulamıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 09.11.2022 tarihli ve 2018/123 E.; 2022/138 K. sayılı Kararı):

“206. (4) numaralı CBK’nın Kırkbirinci Bölümü’nde Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumunun (TÜBİTAK) kuruluş, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. CBK’nın 582. maddesinin (1) numaralı fıkrasında TÜBİTAK’ın tüzel kişiliğe, idari ve mali özerkliğe sahip, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığıyla ilgili ve özel bütçeli olduğu ifade edilmiştir. Maddenin (2) numaralı fıkrasında ise TÜBİTAK’ın CBK’nın Kırkbirinci Bölümü’nde hüküm bulunmayan hâllerde özel hukuk hükümlerine tabi olduğu hükme bağlanmıştır.

207. CBK’nın 582. maddesinin (1) numaralı fıkrasında TÜBİTAK’ın Türkiye’nin rekabet gücü-nü ve refahını artırmak ve sürekli kılmak için toplumun her kesimi ve ilgili kurumlarla iş birliği için-de, ulusal öncelikler doğrultusunda bilim ve teknoloji politikaları hakkında çalışmak, bunları gerçek-leştirecek altyapının ve araçların oluşturulmasına katkı sağlamak, araştırma ve geliştirme faaliyetle-rini özendirmek, desteklemek, koordine etmek, yürütmek, bilim ve teknoloji kültürünün geliştirilme-sinde öncülük yapmak amacıyla kurulduğu belirtilmiştir. 17/7/1963 tarihli ve 278 sayılı Türkiye Bi-limsel Teknolojik Araştırma Kurumu ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun’da ise TÜBİTAK’a tanınan kamu gücü ayrıcalıkları düzenlenmiştir. Bu çerçevede Kanun’un 13. maddesinde TÜBİTAK’a yapılacak bağışların vergi, resim ve harçtan muaf olduğu, 14. ve 15. maddelerinde TÜBİTAK’ın bazı vergi, harç ve ücretlerden muaf kılındığı, 16. maddesinde TÜBİTAK tarafından yapılan bazı harcama-ların 5018 sayılı Kanun’a göre denetleneceği, 20. maddesinde TÜBİTAK’a ait malların devlet malı hükmünde olduğu ve 23. maddesinde TÜBİTAK’ın yapacağı araştırma ve incelemeler için hiçbir ilmi-haber, ruhsatname veya imtiyaz almak zorunda olmadığı belirtilmiştir.

208. TÜBİTAK’ın CBK ile kurulmuş olması ve açıklanan kamusal ayrıcalıklarla donatılmış ol-ması hususları birlikte değerlendirildiğinde haiz olduğu tüzel kişiliğin niteliğinin kamu tüzel kişiliği olduğu sonucuna varılmaktadır (AYM E.2008/88, K.2011/85, 2/6/2011).”

Buna ilave olarak 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 585, 586 ve 588 . maddeleri uyarınca en üst karar organı olan Yönetim Kurulu ve temsil yetkisini haiz Başkanlık, TÜBİTAK’ın organlarıdır.

Öte yandan 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarıldığı vakit; anılan Kararname’nin 587. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde Yönetim Kurulunun görev ve yetkilerinin bir kısmı düzenlenmekte idi. Söz konusu (c) bendi: “Kurumun personel kadroları, ücret cetvelleri ile personel performans değerlendirme kriterlerini, bu değerlendirmeler kapsamında yapılacak ödemeler ile iş tanımlarını ve göreve karşılık gelen pozisyonları Başkanlığın önerisi üzerine görüşerek karara bağlamak.” şeklinde idi. Ancak bu bent, Anayasa Mahkemesi nezdinde iptal davasının konusu oldu ve bendin “..., ücret cetvelleri...bu değerlendirmeler kapsamında yapılacak ödemeler ile...” bölümü, Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesine aykırı olduğundan bahisle iptal edildi. Söz konusu iptal kararının üzerine kanun koyucu tarafından 278 sayılı Kanun’un 4. maddesine Anayasa Mahkemesi’nin iptal ettiği bölümle aynı içeriğe sahip olan bahsi geçen fıkra eklendi. Ne var ki aşağıda detaylandırılacağı üzere bahsi geçen fıkra da yer alan ve iptali talep edilen ibare de Anayasa’ya aykırıdır.

O halde bir kamu tüzel kişisi olan TÜBİTAK bünyesinde istihdam edilecek söz konusu ek fıkraya konu personelin kamu görevlisi olacağı, hukuk mantığının gereğidir. Zira Anayasa’nın 128. maddesinin birinci fıkrasına göre “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu

hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.”. TUBİTAK da kendisine verilen görev ve yetkileri personel vasıtasıyla kullanacağından; personelin Anayasa’nın 128. maddesinin birinci fıkrası bağlamında “diğer kamu görevlisi” olması lazım gelmektedir.

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

Yine Anayasa Mahkemesi, stajyer müfettiş olarak görevlendirilebilmek için “yönetmelikte öngörülen şartları taşımak” gerekliliğine ilişkin bir kuralın Anayasa’nın 2 ve 128. maddelerine aykırı olduğuna hükmettiği kararında:

“45. Dava konusu kurallar; müfettişliğe giriş sınavına başvurabilmek için yönetmelikte öngörülen şartları taşımak gerektiğini, giriş sınavının yönetmelikte belirlenen konulardan yazılı ve/veya mülakat şeklinde yapılmasını ve stajyer müfettişlerin staj sürelerinin bitiminde oluşturulacak yönetmelikle belirlenecek konulardan sınava tabi tutulmalarını öngörmektedir.

46. Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer öz-lük işleri kanunla düzenlenir. Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklı-dır.” hükmüne yer verilerek memurlar ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri ve atanmalarına ilişkin hususların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

47. Anayasa’nın 7. maddesinde “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Mec-lisinindir. Bu yetki devredilemez.” denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir (AYM, E.2021/73, K.2022/51, 21/04/2022, § 15).

48. Stajyer müfettiş ve müfettişler tarafından sunulacak denetim hizmetleri Bakanlığın genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli gö-revlerdendir. Dolayısıyla askerî personelin müfettiş olarak atanmasına ilişkin şartlar ile bu ata-manın dayanağı giriş ve yeterlik sınavlarına ilişkin genel esasların kanunla düzenlenmesi ge-rekmektedir.

49. Kanun koyucu, Anayasa’ya uygun olması koşuluyla kamu görevine girişte veya belli bir unvana atamalarda yapılacak sınavların türü, biçimi ve usullerine dair hususlar ile sınava başvuru koşullarının belirlenmesine ilişkin konularda düzenleme yapma yetkisine sahip olup düzenlemenin kamu yararına, başka bir anlatımla ülke koşullarına uygun olup olmadığının belirlenerek takdir edilmesi kanun koyucuya aittir. Anayasa’ya uygunluk denetiminde kanun

koyucunun kamu yararı an-layışının isabetli olup olmadığı değil incelenen kuralın kamu yararı dışında belirli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek kanunlaştırılıp kanunlaştırılmadığı incelenebilir (AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019, § 194).

50. Kamu görevlilerinin devlet ile olan ilişkileri statü hukuku içinde yürütülmektedir. Devlet, statüleri kanunlarla belirlenen ve bu statü kurallarına göre mesleğe alınan kamu görevlilerine atama, yükselme, aylık, ödül, nakil ve sınav gibi hak veya yükümlülükler getirebilir (AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/07/2019, § 195).

51. Kamu görevlisi statüsünde olan söz konusu personelin yazılı ve/veya sözlü sınavla mesle-ğe alınması, sınava başvuru konusunda şartlar öngörülmesi kanun koyucunun takdir yetkisinde ol-makla birlikte bu personelin anılan sınavlarla mesleğe alınmalarına ilişkin temel ilkelerin Anaya-sa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi ve bu bağlamda Anayasa'nın 7. maddesi uyarınca yasama yetkisinin idareye devredilmemesi gerekir (AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019, § 199).

52. Kuralda ise mesleğe giriş sınavına ilişkin başvuru şartlarının, mesleğe giriş ve yerlik sınavlarının konularının yönetmelikle belirleneceği hüküm altına alınmış ancak buna ilişkin temel ilkeler kanunda düzenlenmemiştir.

53. Açıklanan nedenlerle 926 sayılı Kanun'un ek 39. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cüm-lesinde yer alan "...ve yönetmelikte öngörülen şartları taşımak..." ve anılan fıkrasının üçüncü cümlesi ile üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "...yönetmelikle belirlenecek konulardan..." ibareleri Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "...ve yönetmelikte öngörülen şartları ta-şımak..." ve üçüncü cümlesi ile üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "...yönetmelikle belirlene-cek konulardan..." ibareleri Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden bu cümle ve ibareler ayrıca Anayasa'nın 2. maddesi yönünden incelenmemiştir.

Kuralların Anayasa'nın 10., 13., 70., 123., 124. ve 153. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir."

şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin, 13.10.2022 tarihli ve 2021/84 E.; 2022/117 K. sayılı Kararı).

Yukarıda TÜBİTAK'ın (bilim ve teknoloji özelinde) kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri, ek fıkra konusundaki personel marifetiyle yerine getirdiği ve dolayısıyla bu personelin Anayasa'nın 128. maddesi bağlamında kamu görevlisi olduğu açıklanmıştır. Kurumun ücret cetvelleri ile personel performans değerlendirme kriterleri kapsamında yapılacak ödemeleri; personelin özlük işleri kapsamında kalmaktadır. Diğer bir deyişle Anayasa'nın 128. maddesi gereğince; ücret, performans değerlendirme kriterleri, ödeme dahil olmak üzere özlük işleri, kanun ile düzenleneceğinden; kanun koyucunun bu yetkisini, anayasal sınırlar içinde kullanması gerekir. İhtilaflı ibare, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı şekilde, kamu görevlileri için getirilen anayasal güvencelerin gereklerini karşılamaksızın; Kurumun ücret cetvelleri ile personel performans değerlendirme kriterleri kapsamında yapılacak ödemelerin belirlenmesini idarenin (Yönetim Kurulunun) kararına bırakmıştır. Oysa bir kamu görevlisi olan personelin ücretinin, personel performans değerlendirme kriterlerinin ve buna göre yapılacak ödemelerin kanun düzeyinde belirlenmesi

ve idarenin keyfi işlem ve eylemlerine terk edilmemesi gerekirdi. Başka bir anlatımla bu hususun idarenin (Yönetim Kurulunun) kararlarının konusu yapılması; özlük işleri bakımından Anayasa'nın 128. maddesi bağlamındaki (belirlilik ve öngörülebilirlik öğelerini içeren) maddi anlamda kanunilik ilkesini ihlal etmektedir. İptali istenen ibare, yol açacağı keyfi uygulamalar itibarıyla, bu nedenle Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır (bu açıdan ayrıca bkz. aşağıda "ii" alt başlığı).

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

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

Bu nedenle Kurumun ücret cetvelleri ile personel performans değerlendirme kriterleri kapsamında yapılacak ödemelerin; Anayasa'nın 128. maddesinde hüküm altına alınan ve hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılaması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir.

Ancak kanun koyucu, iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmüyle Kurumun ücret cetvelleri ile personel performans değerlendirme kriterleri kapsamında yapılacak ödemelerin Yönetim Kurulu kararı ile alınacağını kurala bağlamakta ve fakat Yönetim Kurulunu söz konusu yetkinin kullanımı bakımından sınırlandırmamaktadır. Kanun koyucu, Yönetim Kurulunu kayıtlayıcı hiçbir nesnel, somut, açık, anlaşılabilir ve net ölçüt öngörmemek suretiyle; keyfi uygulamalara neden olabilecek sınırsız bir takdir yetkisi alanı hazırlamıştır. Bir an için Başkanlığın önerisine, Yönetim Kurulunu sınırlandıran ölçüt niteliği izafe edilecek ise; önerinin, bağlayıcı değil istişari olduğu gerçeği ortaya çıkacaktır. Yine idari bir birimin, diğer idari birimin iradesine bağlayıcı biçimde etki etmesine; kanunilik bakımından hukuki değer atfedilemez.

Öte yandan 278 sayılı Kanun'un 17. maddesi:

“Madde 17 – (Değişik birinci fıkra: 31/7/2008-5798/9 md.) Kurumun Başkanı, danışmanları, araştırmacıları, yöneticileri ve her türlü personeli özel hukuk hükümlerine tabi olup bu kimseler hakkın-da 3/7/1939 tarihli ve 3659 sayılı Kanun ile açıkça hüküm konulmadıkça bunun yerine geçecek kanun hükümleri uygulanmaz.

(Değişik ikinci fıkra: 31/7/2008-5798/9 md.) Kurum ihtiyaca uygun kuruluş ve kadro statülerinin düzenlenmesinde serbesttir. Diğer kanunlardaki düzenleme ve kısıtlamalara tabi olunmaksızın, toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunanlar dışındaki Kurum personeline ödenecek aylık net ücret, toplu iş sözleşmesi kapsamındaki personele ödenen ve Yönetim Kurulu tarafından referans olarak belirlenen göreve karşılık gelen pozisyona yapılan ödemelerin iki katını; bu Kanunun 19 uncu maddesi uyarınca Kurumda görevlendirilen kişilere yapılacak aylık net ödeme ise toplu iş sözleşmesi kapsamındaki personele ödenen ve Yönetim Kurulu tarafından referans olarak belirlenen göreve karşılık gelen pozisyona yapılan ödemeleri geçmemek üzere Yönetim Kurulu tarafından belirlenir. Kurumda görevlendirilecek hakem, izleyici, panelist, kurul ve komite üyeleri ile benzeri kişilere yapılacak net ödeme tutarı ise 40.000 gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan aylık katsayısı ile çarpımı sonucu elde edilecek tutarı ve bir ayda yapılacak toplam net ödeme için 60.000 gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan aylık katsayısı ile çarpımı sonucu elde edilecek tutarı geçmemek üzere, diğer kanunlardaki düzenleme ve kısıtlamalara tabi olmaksızın Yönetim Kurulunca belirlenir ve doğrudan ilgililerine ödenir. Yönetim Kurulu bu madde uyarınca yapılacak ödemelere ilişkin usul ve esasları belirlemeye, ücretin bir kısmını performansla bağlamaya yetkilidir.”

şeklinde. Ancak anılan 17. madde, sadece toplu iş sözleşmesi kapsamı dışında kalan personel ile Kurumda görevlendirilen personele yapılacak ödemelerin üst sınırını çizmekte ve fakat yine Yönetim Kuruluna ücretlendirme ve performans değerlendirme kriterlerine göre ödeme konularında kanuni sınırları olmayan takdir yetkisi tanımaktadır. O halde anılan 17. madde de, Anayasa’nın 2, 123 ve 128. maddeleri muvacehesindeki kanunilik ilkesinin gereklerini karşılamamaktadır.

Hülasa Yönetim Kuruluna; ücreti, personel performans değerlendirme kriterlerini ve buna göre yapılacak ödemeleri belirleme hususunda muğlak bir yetki tanınmasının nedeni, bir hukuk devletinde anlaşılamamakta dahası liyakat ilkesinin icapları doğrultusunda bir ücret ödenip ödenmeyeceği ve ödeme yapılıp yapılmayacağı konusunda şüphe uyandırmaktadır.

Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında, “Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında konuyla ilgili olarak, “Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünün bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütününü kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur.” denilmektedir (AYM E. 1965/32, K. 1966/3, 4/2/1966)” (Anayasa Mahkemesi’nin 11.06.2020 tarihli ve 2018/119 E.; 2020/25 K. sayılı Kararı, § 18). Ancak iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde; kadro ihdası gibi özlük işleri şümulunda değerlendirilen Kurumun ücret cetvelleri ile personel performans değerlendirme kriterleri kapsamında yapılacak ödemelerin genel çerçevesi; hukuki işlem olarak kanun ile açıkça ortaya konulmamıştır.

Yine idarenin (Yönetim Kurulunun) yapacağı düzenlemeleri, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; Kurumda istihdam edilecek personel bakımından hukuki öngörülebilirlik ilkesini zedelemektedir. O kadar ki; ihtilaflı ibarenin içerdiği belirsizlik ve öngörülemezlik; keyfi uygulamalara zemin hazırlayacaktır. İdarenin uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkranın uygulanmasını sağlamaya ilişkin anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarenin (Yönetim Kurulunun) kararlarına, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2, 123 ve 128. maddelerine aykırıdır.

iii)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; idareye (Yönetim Kuruluna); Kurumun ücret cetvelleri ile personel performans değerlendirme kriterleri kapsamında yapılacak ödemeleri belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

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

Anayasa'nın 128. maddesinde temelini bulan ve hukuk devletinin ana halkasını oluşturan kanunilik ilkesi ışığında, Anayasa'nın 70. maddesi ele alındığında görüleceği üzere; kamu hizmetine girme hakkının temel bir hak olarak etkililiği, maddenin "Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayrım gözetilemez" şeklindeki ikinci fıkrasında yer alan "görevin" ibaresinin; kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevin (ve bu görevin ifası neticesinde alınacak nakdi ivazın- ücretin ve ödemelerin), kanun düzeyinde liyakat esasının icaplarını karşılayacak ve keyfiliğe yol açmayacak (vatandaşların eşit şekilde kamu hizmetine girme haklarının -ve kamu hizmetini yerine getirdikleri takdirde alacakları parasal karşılıkların- idarenin keyfi işlemler tesis etme ihtimaline karşı kanun seviyesinde korunması sağlayacak) biçimde açıklanmasını gerektirir. Zira, kamu hizmeti icra edecek bir personele verilecek ücretin ve yapılacak ödemenin; görevin gerektirdiği nitelikler dışındaki sebeplere (söz

gelimi liyakat ilkesinin esaslarının aksine belirlenmiş personel performans değerlendirme kriterlerine) dayandırılması, Anayasa'nın 70. maddesindeki hakkı etkisiz ve göstermelik hale getirecektir. Aksi bir tutum, diğer bir anlatımla Kurumun ücret cetvelleri ile personel performans değerlendirme kriterleri kapsamında yapılacak ödemeleri belirleme yetkisini idarenin keyfi uygulamalarına, objektif şekilde çerçevelenmemiş ve kayırmacılığa neden olabilecek takdir yetkisine bırakmak; anayasal amacın (kamu hizmeti icra edecek personele verilecek ücretlerin ve yapılacak ödemelerin liyakate dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlamak) bertaraf edilmesine neden olacak, anılan hakkın aynı nitelikte bulunan (koşullara sahip olan) personel bakımından eşit düzeyde güvence altına alınmasına engel oluşturacak ve kamu görevi ifa eden kişilerin liyakat ilkesinin esaslarını karşılayacak biçimde ücretlendirilmelerinin (onlara ödeme yapılmasının) önüne, keyfi ve siyasi mülahazalarla alınmış idari kararların çıkarılmasını mümkün kılacaktır. Bunun sonucu olarak; kamu hizmeti yürüten kimselere ücret verilmesinde ve ödeme yapılmasında görevin gerektirdiği niteliklerden başka ayrımların gözetilmesini mümkün kılan belirsiz ve öngörülemez kapsamlı ihtilaflı ibare, Anayasa'nın 70. maddesine de aykırıdır.

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

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

KHK'nin 37. maddesinde, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadroları ku-rulmuş ve bu kadrolarda görev yapacak kişilerin atanma usul ve esasları düzenlenmiştir. Anılan mad-denin (2) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzman Yardımcılığına atanmanın koşulları; (3) nu-maralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığına atanmanın koşulları ile bu koşulları yerine getire-meyen Uzman Yardımcılarının bu unvanlarını kaybedecekleri ve Bakanlıkta durumlarına uygun kad-rolara atanacakları; (4) numaralı fıkrasında ise Gümrük ve Ticaret Uzmanı ile Uzman Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavı ile diğer hususla-rın yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında “Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kal-mak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hak-ları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler...”ın kanun hükmünde karar-namelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın “Kamu hizmetlerine girme hak-kı” başlıklı 70. maddesinin birinci fıkrasında, her Türk'ün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip ol-duğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın “Siyasi Haklar ve Ödev-ler” başlıklı dördüncü bölümünde yer alan ve 70. maddesinde korunan kamu hizmetlerine girme hak-kına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

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

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

v)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 "... Buna göre, (Telekomünikasyon) Kurum'da çalışan memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemelerin Bakanlar Kurulu'na bırakılması, Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır. Bu nedenle kuralın iptali gerekir..." şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 tarihli ve 2002/35 ve 2002/95 sayılı Kararı).

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 128. maddesine -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 ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de halel getirmektedir.

Bu noktada şunu belirtmek gerekir ki kanun koyucunun, Anayasa'ya aykırı olduğuna Anayasa Mahkemesince karar verilmiş düzenlemeleri, defaatle kanunlaştırmaması; hukuk devleti ilkesinin aşındırıldığının somut bir görünümüdür.

vi)Eşitlik ilkesi bakımından: İptali talep edilen ibare uyarınca Kurumun ücret cetvelleri ile personel performans değerlendirme kriterleri kapsamında yapılacak ödemeleri tespit etme yetkisinin sınırsız biçimde idarenin uhdesine bırakılması, aynı nitelikte bulunan (koşullara sahip olan) anılan fıkraya konu personel 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 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).

Ne var ki, iptali talep edilen ibarenin idareye verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, idare tarafından söz gelimi, aynı nitelikte bulunan (koşullara sahip olan) personele farklı ücret verilmesine ve muğlak biçimde belirlenen personel performans değerlendirme kriterlerine göre farklı ödeme yapılmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Başka bir anlatımla, uyarınca Kurumun ücret cetvelleri ile

personel performans değerlendirme kriterleri kapsamında yapılacak ödemeleri belirleme yetkisinin idareye bırakılması, uygulamada aynı durumda bulunan kişi kategorileri arasında haklı nedene dayanmayan ve keyfi muamele farklılıklarına yol açacaktır. İptali istenen ibarenin aynı durumda bulunan personel arasında muamele farklılığına yol açabileceği hasebiyle kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğunun tespiti için, ihtilaflı ibarenin haklı gerekçeye dayanmayan muamele farklılığını yalnızca olası kıldığıının tespiti yeterli addedilmek gerekir. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

vii) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile çalışma hakkı bakımından: Anayasa'nın 2 ve 5. maddelerinde yer alan sosyal devlet ilkesinin bir görünümü, Anayasa'nın 49. maddesinde güvencelenen çalışma hakkıdır. Diğer bir deyişle herkese hak ve ödev olarak tanınan çalışma hakkı, Devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir. Devlet, herkes için uygun bir çalışma ortamı hazırlamalıdır. Çalışma hakkının eşit biçimde tanınması ve uygun bir çalışma ortamının sağlanması, personele verilecek ücretin, personel performans değerlendirme kriterlerinin ve buna göre yapılacak ödemelerin hakkaniyetin ve hukukun gereklerini karşılayan biçimde belirlenmesiyle mümkündür. Ancak iptali talep edilen ibarenin bu hususu, temel çerçeve çizmeksizin tamamıyla Yönetim Kurulunun kararlarının konusu yapması; Kurumda istihdam edilecek personel bakımından belirsiz uygulamalara; çalışma hakkı bakımından Devletin pozitif yükümlülüğünü ifa edememesine neden olacaktır. Zira idare (Yönetim Kurulu), keyfi biçimde, demokratik toplum düzeniyle ve ölçülülük ilkesiyle bağdaşmayacak biçimde ücreti, personel performans değerlendirme kriterlerini ve buna göre yapılacak ödemeleri belirleyerek, bazılarının ifa ettikleri görevin karşılığını almalarının önüne geçebilecek yahut iş yapmayan bir kimseye yüksek meblağlar verilmesine neden olacaktır. Halbuki burada çalışma hakkının temini, çalışma neticesinde uygun bir nakdi karşılıkla mümkündür. Başka bir anlatımla Devlet tarafından Kurumda istihdam edilecek kimseler bakımından çalışma hakkının kullanılması (ve çalışma hakkının kullanımı neticesinde uygun bir nakdi karşılık alınması) için gerekli ortam ve fırsat eşitliği hazırlanamayacaktır. Kanun koyucu, bu hususu kanun düzeyinde tespit etmemek suretiyle; maddi anlamda kanunilik, demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük ilkelerine aykırı olacak şekilde, anılan hakka keyfi idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 2, 5, 13 ve 49. maddelerine aykırıdır.

viii) Çalışma barışı bakımından: Anayasa'nın 2 ve 5. maddeleriyle Devlet için öngörülen "sosyal devlet" niteliğinin bir görünümü, Anayasa'nın 49. maddesiyle Devlete yüklenen çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğüdür. Anayasa Mahkemesi, "Anayasa'nın 49. maddesine göre, çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlete karşı ileri sürülecek bu hak, bireylere zorlama yetkisi ve yaptırımını vermemiştir. Devlet, olanakları ölçüsünde, yeterli örgütler kurarak iş bulmayı kolaylaştırıp sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Devletin herkese iş verme, herkesi işe yerleştirme zorunluluğu bulunmamaktadır. İşsizliği önlemek amacıyla yapacağı çalışmalarla Devlet, öncelikle kamu sektöründe iş vermek yolunu izleyecek, bu nedenle de yasal düzenlemeler yapacaktır." şeklinde hüküm kurmak suretiyle; Anayasa'nın 49. maddesinin kapsama alanında özel sektörün yanı sıra kamu sektörünün de değerlendirileceğine işaret etmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 19.12.1989 tarihli ve 1989/14 ve 1989/49 sayılı Kararı). O halde Devlet, hem özel sektörde hem de kamu sektöründe çalışma barışını sağlamalıdır. Ancak maddi anlamda kanuna tekabül etmeyen iptali talep edilen ibare; Kurum bünyesinde istihdam edilen personel arasında çalışma barışının bozulmasına neden olacaktır. Zira tüm personel; ücretlerin, personel performans değerlendirme kriterlerinin ve buna göre yapılacak ödemelerin; liyakat ilkesinin gereklerini karşılayacak biçimde belirlenmediğinin ve bazı kimselerin hak etmediği halde bu nakdi karşılıkları aldığının bilincinde olacaktır. Çalışma barışının bozulması; Kurum bünyesinde

istihdam edilen personelin çalışma motivasyonlarının düşmesine; ilgilerini başka alanlara yönleltmelerine; sorumluluklarını yeteri kadar yerine getirememelerine ve bilim ve teknoloji faaliyetlerinin zafiyete uğramasına sebep olabilecektir. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2, 5 ve 49. maddelerine de aykırıdır.

ix) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile mülkiyet hakkı bakımından: İptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra konu Kurum ücret cetvelleri ile personel performans değerlendirme kriterleri kapsamında yapılacak ödemeler, mülkiyet hakkının kapsamında kalmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu hususu vurgulamıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 09.11.2022 tarihli ve 2018/123 E.; 2022/138 K. sayılı Kararı):

“226. Dava konusu kural, TÜBİTAK personelinin ücret cetvelleri ile personel performans değerlendirme kriterleri kapsamında yapılacak ödemelerin Başkanlığın önerisi üzerine görüşülerek karara bağlanmasını Yönetim Kurulunun görevi olarak düzenlemektedir. Kural, ücret cetvelleri ile performans değerlendirme kriterlerine göre gerçekleştirilecek ödemelerin belirlenmesini Yönetim Kuruluna bırakmaktadır.

227. TÜBİTAK personelinin ücret cetvelleri ile personel performans değerlendirme kriterleri kapsamında yapılacak ödemelerin Başkanlığın önerisi üzerine görüşülerek karara bağlanmasını Yö-netim Kurulunun görevi sayan kural, yürütme yetkisine ilişkin bir konuyu düzenlemektedir.

228. 278 sayılı Kanun'un 17. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde diğer kanunlar-daki düzenleme ve kısıtlamalara tabi olunmaksızın toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunanlar dışın-daki Kurum personeline ödenecek aylık net ücretin, toplu iş sözleşmesi kapsamındaki personele öde-nen ve Yönetim Kurulu tarafından referans olarak belirlenen göreve karşılık gelen pozisyona yapılan ödemelerin iki katını; bu Kanun'un 19. maddesi uyarınca Kurumda görevlendirilen kişilere yapılacak aylık net ödemenin ise toplu iş sözleşmesi kapsamındaki personele ödenen ve Yönetim Kurulu tarafın-dan referans olarak belirlenen göreve karşılık gelen pozisyona yapılan ödemeleri geçmemek üzere Yö-netim Kurulu tarafından belirleneceği belirtilmiştir. Söz konusu fıkranın son cümlesinde ise Yönetim Kurulunun bu madde uyarınca yapılacak ödemelere ilişkin usul ve esasları belirlemeye, ücretin bir kısmını performansa bağlamaya yetkili olduğu hükme bağlanmıştır.

229. Anılan hüküm toplu iş sözleşmesi kapsamı dışında kalan personel ile Kurumda görevlen-dirilen personele yapılacak ödemelerin üst sınırını tespit etmekte ve bu üst sınırı aşmamak kaydıyla yapılacak ödemenin belirlenmesini Yönetim Kuruluna bırakmaktadır. Bunun yanında ödemelere iliş-kin usul ve esasların belirlenmesi ile ödemelerin bir kısmının performansa bağlanması konusunda yet-kiyi Yönetim Kuruluna tanımaktadır.

230. Dava konusu kural ise ücret cetvelleri ile personel performans değerlendirme kriterlerine göre gerçekleştirilecek değerlendirmeler kapsamında yapılacak ödemelerin Yönetim Kurulu tarafın-dan belirleneceğini düzenlemektedir. Personele ödenecek ücret ve performans değerlendirmesine göre ödeme, söz konusu kişilere ekonomik menfaat temin etmeyi içerdiğinden “mülkiyet hakkı” kapsamın-dadır. Bu nedenle kural, Anayasa'nın İkinci Kısım İkinci Bölümü'nde yer alan mülkiyet hakkına ilişkin bir düzenleme içerdiğinden Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca CBK ile düzenlenemeyecek yasak alan içinde kalmaktadır.

231. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesine aykırı görülerek iptal edildiğinden kuralın ayrıca konu bakımından yetki yönünden aynı fıkranın üçüncü ve dördüncü cümleleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

Kural, konu bakımından yetki yönünden Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesine aykırı görülerek iptal edildiğinden içerik yönünden incelenmemiştir.”

Ancak iptali talep edilen ibareyle bu ücretlerin ve ödemelerin; kanunilik ilkesinin aksine, keyfi uygulamalara neden olabilecek ve nesnel ölçütlerle sınırlandırılmayan takdir yetkisine istinaden Yönetim Kurulunca belirlenmesi, mülkiyet hakkına müdahale niteliğindedir.

Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi 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).

Yukarıda defaatle açıklandığı üzere Yönetim Kurulu iptali talep edilen ibare nedeniyle sınırsız biçimde, net ölçüt olmaksızın Kurumun ücret cetvelleri ile personel performans değerlendirme kriterleri kapsamında yapılacak ödemeleri tespit etme yetkisi tanındığından, personelin mülkiyet hakkına kanunilik ilkesinin hilafına müdahale edilmekte; Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan sınırlamanın sınırlarının gerekleri karşılanmamaktadır. Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 13 ve 35. maddelerine aykırıdır.

x)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, yukarıdaki başlıklarda aykırı olduğu gösterilen temel haklara ilişkin anayasal düzenlemelerin muadilleri olarak, çalışma hakkına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23.; (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nın 1. maddelerini; Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu ILO Sözleşmelerini ; adil çalışma koşullarına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23.; (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nın 3 ve 22. maddeleri; ILO'nun 94 No'lu Çalışma Şartları (Kamu Sözleşmeleri) Sözleşmesi ile 151 No'lu Çalışma İlişkileri (Kamu Hizmeti) Sözleşmesi'ni; mülkiyet hakkına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nü ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7491 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle 17.07.1963 tarihli ve 278 sayılı Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun'un 4. maddesine eklenen fıkarda yer alan “karara bağlamaya yetkilidir” ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 35, 49, 70, 90, 123, 128 ve 153. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

3) 27.12.2023 tarihli ve 7491 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 29. maddesiyle 14.10.1983 tarihli ve 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 31. maddesine eklenen fıkranın Anayasa'ya aykırılığı

7491 sayılı Kanun'un 29. maddesiyle 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun "Kabotaj" kenar başlıklı 31. maddesine bir fıkra eklenmiştir. Anılan ek fıkraya göre Türk taşıyıcı tarafından, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğünce belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde kiralanmış yabancı tescilli hava araçlarıyla da Türkiye Cumhuriyeti ülkesi içinde iki nokta arasında havayolu ile ticari amaçla yolcu, posta ve yük taşımaları yapılabilecektir. Ancak Türk taşıyıcı tarafından, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğünce belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde kiralanmış yabancı tescilli hava araçlarıyla da Türkiye Cumhuriyeti ülkesi içinde iki nokta arasında havayolu ile ticari amaçla yolcu, posta ve yük taşımaları yapılabilmesine cevaz veren ve iptali talep edilen fıkra, Anayasa'ya aykırıdır.

i) Anayasa'nın Başlangıç bölümü, kamu yararı ilkesi, Devletin bölünmez bütünlüğü, Devletin temel amaç ve görevleri, egemenlik ve bağımsızlık esası bakımından;

Anayasa'nın Başlangıç bölümünde Türk Vatanı ve Milletinin ebedi varlığı ve Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğü, dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olduğu, hiçbir faaliyetin Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının karşısında korunma göremeyeceği vurgulanmıştır. Anayasa'nın 2. maddesinde Devletin, Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayandığı belirtilmiştir. Anayasa'nın 3. maddesinde Türkiye Devletini ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olduğu esası benimsenmiştir. Anayasa'nın 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri arasında "Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, ... korumak" sayılmıştır. Anayasa'nın 6. maddesinde ise egemenliğin kayıtsız şartsız Millet'in olduğu hüküm altına alınmıştır.

Başka bir anlatımla Devletin varlık koşullarından biri, ülke olup; Devletin niteliklerinden biri, egemenlik/ bağımsızlıktır. Şöyle ki

"Devletin varlığı için gerekli koşullar, ülke-insan topluluğu-siyasi ve hukuki teşkilatlanmadır. Devlet, ancak bu üç koşulun bir arada bulunması ile varlık kazanabilir. Bu koşullar seçenekli olmayıp onsuz olmayan, yani eski söyleyiş ile "lazım-ı gayri müfarık" (cumulatif) niteliktedirler. Bu unsurlardan bir olmadan, devletten söz edilemez.

...

Devletin ülke unsuru, yetkilerini kullanacağı alanı sınırlar ve ülkesiz bir devlet düşünülemez. Bir devletin ortaya çıkabilmesi için, ülkenin varlığı aynı zamanda mantiki, hem de zorunludur. Mantikidir, çünkü, belli bir arazi üzerinde yerleşmemiş toplum olamaz. Zorunludur, çünkü uzun süre, bir toprağa sahip olmayan devletin, varlığını devam ettirmesi mümkün değildir. ... Şu halde, devlet için bir ülkenin ya da bir vatanın varlığı, üzerinde tartışma götürmeyen bir gereklilik olmaktadır.

..."

"... Devletin niteliğini ortaya koyacak kriterlerden birincisi, gerekli ama yeterli olmayan "devletin hukuki kişiliği"; ikinci de belirleyici olan "devletin egemenliği" (souverainete) dir. ... Egemenliğin iç ve dış olmak üzere iki cephesi var: İç egemenlik, devletin

ülke sınırları içinde bütün sosyal ve siyasal gruplara karşı olan üstünlüğünü ifade eder. Anayasa açıdan egemenlik, devlet hayatının hukuk düzenini belirleyen en yüksek iradedir. ... Dış egemenlik, devletin başkaca bir devlete bağımlı olmadığını, öteki devletlerle hukuken eşit olduğunu ifade eder. Zira uluslararası hukuk, kaideten devletlerin egemen eğitliği ilkesine dayanır. Kısaca dış egemenlik “bağımsızlık” kavramı ile açıklanır.

...”

Paralel olarak hukuk alanında da tam bağımsızlık sağlanmıştır. Şöyle ki

“... 23 Nisan 1920’de, Ankara’da Türkiye Büyük Millet Meclisi toplandı. Sadece seçim yoluyla halktan gelen kişilerden oluşan bu Meclis aldığı ilk kararlarla İstanbul Hükümeti’ni tanımadığını ve yeni bir devletin kurulduğunu ortaya koydu. 1921 Anayasası ile “egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu” ilkesi kabul edildi. Bu ilke, binlerce yıllık Türk kamu hukukunun egemenliğin kaynağı ve kullanılmasına dair mevcut kural ve geleneklerinde çok büyük bir değişikliğe yol açtı. Egemenlik artık bir aileye değil, bütün ulusa aittir ve bu yetkiyi ulus adına kullanmayı üstlenen bir parlamento ile demokrasi Kurtuluş Savaşı’nın güç şartlarının dopal bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

Lozan barış görüşmelerinde ise, yeni devletin ancak bir hukuk reformu ile tam bağımsızlığını koruyabileceğini göstermiştir. Çünkü Büyük Devletler kapitülasyonları ve gayrimüslim azınlıkların, yani cemaatlerin eski ayrıcalıklarını sürdürme çabası içine girmişlerdir. Türk temsilcileri ve Türk Hükümeti ülkede yaşayan herkese, aralarında hiçbir kıstasla ayırım yapmayan kanunların, yani laik bir hukuk sisteminin uygulanacağını belirterek kimseye bir ayrıcalık tanınamayacağını vurgulamıştır. Bu, ülkenin bütünlük ve bağımsızlığı için çok önemlidir.

1923 Lozan Anlaşması’yla gayrimüslim azınlıklar ve yabancılar ayrıcalıklarını kaybettiler. Artık bu bağlar ve getirdiği çok başlılık olmadan bir hukuk sistemi kurulabilirdi.

...”

Bu bağlamda hava kabotajı, ülke bütünlüğünün zorunlu unsuru olan hava ülkesi egemenliğinin/bağımsızlığının somutlaştığı hukuki enstrümanlardan biridir. Hava kabotajı, uluslararası sözleşmelere de konu olmuştur. Şöyle ki;

“Dokuzuncu hava serbestisi dediğimiz “kabotaj” ise Chicago Sözleşmesinin 7.maddesinde de belirtildiği üzere bahşedilmesi tamamen âkit devletin takdirine bırakılmıştır. 7.maddeye göre, âkid Devletlerden her biri ülkesi dahilindeki bir noktadan ülkesi dâhilinde diğer bir noktaya ücret veya kira mukabilinde yolcu, yük veya posta taşımak müsaadesini sair âkit Devletlerin hava araçlarına vermemek hakkını haizdir. Âkit Devletlerden her biri böyle bir imtiyazı diğer bir Devlete veya diğer bir Devletin hava yoluna inhisar şeklinde bahşetmemeyi ve diğer bir Devletten inhisar şeklinde böyle bir imtiyazı kabul etmemeyi taahhüt eder.”

O nedenle hava kabotajına hukuken yahut fiilen getirilecek herhangi bir istisna; Devletin, hava egemenliğinden/bağımsızlığından feragat etmesi ve yabancılara bir türden kapitülasyon tanınması manasına gelecektir. Eldeki dava konusu yönünden her ne kadar Türkiye Cumhuriyeti ülkesi içinde iki nokta arasında havayolu ile ticari amaçla yolcu, posta ve yük taşımaları, Türk taşıyıcı tarafından yapılsa da; yabancı tescilli hava araçlarının kullanılması, hava kabotajından beklenen etkinin doğmasını engelleyecektir.

Kaldı ki iptali talep edilen fıkra, Anayasa'nın Başlangıç kısmının ikinci paragrafında vurgulanan milletlerarası ilişkilerde eşitlik ilkesinin bir unsuru olarak Türk Yabancılar Hukukuna hakim karşılıklı muamele (mütekabiliyet) esası doğrultusunda; kira sözleşmesine konu yabancı hava aracının tescil edildiği sicil tabi olduğu Devlette, Türkiye Cumhuriyeti tescilli hava araçlarıyla, ilgili Devlet ülkesi içinde iki nokta arasında havayolu ile ticari amaçla yolcu, posta ve yük taşımaları yapılabilmesi ve bu karşılıklılığın denge içinde olması; bir ön şart olarak kabul edilmemiştir.

Yine ihtilaflı fıkra, konu kira sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar, bilhassa yargı yetkisi bakımından devletlerarası ilişkilere de yansımaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi,

“Diğer taraftan yabancıların her an kendi devletlerinin himayesinde olduğu dikkate alındığında yaptırım uygulaması yoluna gidilmesinin devletlerarası çetin sorunları davet etmesi de kaçınılmazdır. Kaldı ki önceden önleme olanağı varken, sonuçta bu denli sorunlarla yüklü bir yola girmek, mantıkla da bağdaşmaz.”

şeklinde değerlendirmelerde bulunmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 07.07.1994 tarihli ve 1994/49 E.;1994/45 – 2 K. sayılı Kararı). Bununla birlikte iptali talep edilen fıkradaki düzenlemeye benzer nitelikteki ticari-staretejik politikalar, iptali talep edilen fıkra, konu kiralanan hava araçlarının tescil edildiği yabancı devlet ile başka hususlarda yapılacak müzakereleri yadsınamayacak ölçüde etkileyecektir. Bu nedenle ticari-stratejik politikalar, bütüncül bir yaklaşımla kamu yararı gözetilmeden belirlenemez. Ne var ki iptali talep edilen fıkra kanunlaştırılırken; bu türden bir bütüncül yaklaşım gözetilmemiştir.

Başka bir anlatımla 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). Ancak iptali talep edilen fıkra, bir kamu yararı barındırmamaktadır. Zira Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 31. maddesinin birinci fıkrasına göre Türkiye Cumhuriyeti ülkesi içinde, iki nokta arasında havayolu ile ticari amaçla yolcu, posta ve yük taşımaları Türk sivil hava araçları ile yapılmaktadır. Anılan 31. maddenin gerekçesi “Bu madde ile hava hatlarının hukukî rejimine dahil olan işletmelerinde iç rejim açıklanmıştır. Hava Kabotajı yeni Türkiye Cumhuriyeti ülkesinde iki nokta arasında havayolu ile yolcu ve yük taşımaları yapmak hakkı Türk uçaklarına tanınmıştır. Bu kabul, 1944 tarihli Uluslararası Şikago Sözleşmesinin 7. maddesinde de yer almıştır.” şeklindedir.

Kanun koyucu, “Ayrıca, uçak üreticilerinden kaynaklı uçak teslimindeki gecikmeler, sıklıkla yaşanan motor arızaları, uçucu ekip yetersizliği ve yolcu talebinde beklenmeyen artışlar gibi sebeplerle yabancı hava yolu şirketlerinden kiralama yapılması bir zorunluluk haline geldiğinden, bu şekilde kiralanan uçaklar mümkün olduğu ölçüde yurtdışı uçuşlarında kullanılmakla beraber kiralama ihtiyacının artmasıyla birlikte bu uçakların yurtiçinde de kullanılması ihtiyacı hâsıl olmuştur. Bu nedenle maddede kiralanan yabancı tescilli hava araçlarıyla da ülkemiz içinde iki nokta arasında havayolu ile ticari amaçla yolcu, posta ve yük taşınması yapılabilmesine imkan sağlanmaktadır.” şeklindeki gerekçeyle bu kurala istisna getirmekte; Türk taşıyıcı tarafından, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğünce belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde kiralanan yabancı tescilli hava araçlarıyla da Türkiye Cumhuriyeti ülkesi içinde iki nokta arasında havayolu ile ticari amaçla yolcu, posta ve yük taşımaları yapılabileceğini kurala bağlamaktadır. İktisat biliminin temel ilkeleri hilafına yönetilen mali politikaların etkilediği sivil havacılık sektöründe yaşanan aksaklıklar; nihayetinde Devletin (hava yönünden) egemenlik/ bağımsızlık hakkından feragat etmesi sonucunu doğuracak ihtilaflı

düzenlemenin, haklı gerekçesi olamaz. Ticari amaçla yolcu, posta ve yük taşıması yapılabilmesine ilişkin düzenlemelerin salt iktisadi gerekçelerle kanunlaştırılması ve karşılıklılık esasının, “Hiçbir faaliyetin Türk milli menfaatleri...nin karşısında korunma göremeyeceği...” ilkesinin, “Türk Milletinin bağımsızlığını koruma” görevinin göz ardı edilmesi; düşünülemez.

Zira ticari amaçla yürütülecek söz konusu faaliyetin ağırlıklı biçimde yabancıların elinde olması neticesini doğracak ihtilaflı fıkra, iktisadi bağımsızlığa da hanel getirmekte ve yerli sermayenin gelişimini engellemektedir; Türk sicil havacılık sektörü zincirinin her bir aşamasında faaliyet gösteren iktisadi aktörlerin rekabet kabiliyetini düşürecektir. (Söz gelimi bir yabancı işçi kotasının konulmaması, Türk işçilerin istihdamını ortadan kaldıracaktır.) Halbuki Devlet, iktisadi bağımsızlığı tam olarak temin etmekle mükelleftir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de benzer biçimde şu değerlendirmelerde bulunmuştur (Anayasa Mahkemesi’nin 18.02.1985 tarihli ve 1984/9 E.; 1985/4 K. sayılı Kararı):

“... Anayasa’nın 5. maddesinde yer alan Türk Milletinin bağımsızlığı ilkesinin, siyasî ve ekonomik bağımsızlığı içerdiği kuşkusuzdur; siyasî ve ekonomik bağımsızlık kavramlarının yalnız başlarına, bir anlam ifade etmedikleri, birbirlerini tamamlayan kavramlar oldukları görüşü de doğrudur....”

Diğer bir söyleyişle Türk taşıyıcı tarafından, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğünce belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde kiralanan yabancı tescilli hava araçlarıyla da Türkiye Cumhuriyeti ülkesi içinde iki nokta arasında havayolu ile ticari amaçla yolcu, posta ve yük taşımaları yapılabilmesi, Türk hava sahasında fiilen yabancıların faaliyet göstermesi sonucunu doğurmaktadır. (Belirtmek gerekir ki bu durum, nihayetinde bilhassa hava bakımından milli güvenliği de zaafiyete uğratabilecek niteliktedir, istihbarat açıklarına mahal verebilecektir.)

Bununla birlikte iptali talep edilen fıraya konu kiralamanın koşulları belirsizdir. Şöyle ki Şikago Konvansiyonu’nun 83 BIS maddesinde kiralama (lease) tanımlanmamıştır:

“Söz konusu özel hukuk ilişkisinde, eşya sahibi, kullanıcıya belli bir bedel karşılığında, belli bir süre için kendisine ait olan eşyayı kullanma imkânı tanır. Süre bitince eşya tekrar sahibine geri dönecektir.

Havacılık alanında konumuz kapsamında kiralama (lease), wet-lease ve dry lease olarak ikiye ayrılmaktadır. Dry-Lease, kural olarak iki işletme arasında yapılan bir anlaşma olup, hava aracının kiracının işletme ruhsatı altında işletilmesi sonucunu doğurur. Burada, kiralama sırasında kiralayanın “uçuş mürettebatı”nı da tedarik etme gibi bir görevi yoktur. Hava aracı, kiracının himayesinde ve kontrolü altında, onun uçuş kodu kullanılarak hizmet vermektedir. Wet-lease ise, dry-lease’den farklı bir anlaşma türüdür. Wet-lease, iki işletme arasında yapılan bir anlaşma olup, hava aracı kiralayanın işletme ruhsatında yer almaya ve dolayısıyla himayesinde kalmaya devam eder. Hava aracı, kiralayan tarafından mürettebat ile birlikte kiracıya verilir. Bununla birlikte, dry-lease’de olduğu gibi wet-lease’de de hava aracı kiracının ticarî kontrolü altında olup, kiracının uçuş kodu kullanılarak hizmet verilmektedir.”

Bilhassa wet-lease biçimindeki kiralama yapılabilme imkanı dahi; ihtilaflı fıkranın Anayasa’ya aykırılığını ortaya koymaya yeterlidir.

Hülasa her devlet kabotaj hukukunu, ulusal çıkarlarına ve yerel durumlarına bağlı olarak uygulamaktadır. Bugün havacılık hukukunda halen kontrol sistemi geçerlidir. Liberalizasyon

alışmaları yapılsa da devletler umumi olarak ticari hava taşımacılığında hâlâ egemenliklerini ve ticarî üstünlüklerini korumak istemektedir. Havacılık endüstrisinin gelişimini korumak ve güvence altına almak halen pek çok devletin başat havacılık politikalarını oluşturmaktadır. Özellikle devletler, yabancı hava araçlarına ve yabancı şirketlere bağımlılığı önlemeyi amaçlamaktadır.

Söz konusu değişiklik ile iç yolcu ve yük taşımalarında wet-lease yoluyla yabancı hava yolu şirketlerine dolaylı bir kapı açılma durumu söz konusu olacak ve bu, hava yolu şirketlerimizin kendi filolarının gücünü arttırma motivasyonlarını düşürecek, ulusal ekonomimizin yara almasına yol açabilecektir.

Bu nedenlerle iptali talep edilen fıkra, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 3, 5 ve 6. maddelerine aykırıdır.

ii)Hukuk devleti ilkesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ve idarenin kanuniliği ilkesi bakımından:

Türk taşıyıcı tarafından, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğünce belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde kiralanan yabancı tescilli hava araçlarıyla da Türkiye Cumhuriyeti ülkesi içinde iki nokta arasında havayolu ile ticari amaçla yolcu, posta ve yük taşımaları yapılabilmesinin özünün Anayasa'nın bahsi geçen maddelerine aykırı olduğu yukarıdaki başlık altında detaylı biçimde açıklanmıştır. Aksinin kabulü halinde dahi ihtilaflı fıkra, Anayasa'nın başkaca hükümlerine de aykırıdır.

İptali talep edilen fıkra göre Sivil Havacılık Genel Müdürlüğünce belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde yabancı tescilli hava araçları kiralanacaktır. Bu belirleme işleminin, hiçbir kanuni kayıt, temel alınacak ilke bütünü ve çerçeve getirilmeksizin Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nün 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 şüpheyeye 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 fıkra hükmü, söz konusu kiralamalara ilişkin hiçbir nesnel ölçüt ve usul (kira sözleşmesinin süresi, kira sözleşmesinin edimleri, muacceliyet, temerrüt, borçların ifa edilememesinin hukuki neticeleri, cezai şart, uyuşmazlıkların çözümlenmesi vb.) öngörmemektedir. Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nün uhdesine sınırları belirsiz keyfi takdir yetkisi bırakmaktadır. İptali talep edilen fıkra, Türk taşıyıcı tarafından yabancı tescilli hava araçlarının kiralanması yönünden belirsiz bir alan yaratmaktadır. Bu noktada ifade etmek gerekir ki bu kiralamaların egemenlik yetkisi karşısındaki durumu; onlara sui generis bir nitelik kazandırdığından; kira sözleşmelerine ilişkin Türk hukukunun genel hükümleri eldeki dava konusu yönünden tam manasıyla uygulama alanı bulamaz. Yine uluslararası hava hukukuna dair ve Türkiye Cumhuriyeti için bağlayıcı hale gelen hüküm ve uygulamaların bu türden bir belirlilik sağladığı ileri sürülemez. Zira yukarıda bahsi geçtiği üzere faaliyet, Türk hava egemenliği sınırları dahilinde yapılmaktadır.

Bu noktada eldeki dava konusunun, yabancı tescilli hava araçlarıyla Türkiye Cumhuriyeti ülkesi içinde iki nokta arasında havayolu ile ticari amaçla yolcu, posta ve yük taşımaları yapılabilmesine cevaz vermesi itibarıyla; Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nün Hava Aracı Kiralama Usul ve Esasları Talimatından (SHT KİRALAMA) farklı bir mahiyete sahip olduğunu belirtmek gerekmektedir.

Yine Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nün yapacağı düzenlemeleri, çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; sözleşmelerin tarafları bakımından hukuki öngörülebilirliğe halel getirmektedir. İdarenin uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan fıkranın uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nün (düzenleyici ve birel) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

Bu nedenle yabancı tescilli hava araçlarının hukuki belirlilik ilkesine uygun ve kanunilik ilkesi çerçevesinde kiralanmasını bertaraf eden, kira sözleşmesi akdetmeye istekliler bakımından bir güvenlik ve öngörülebilirlik sağlamayan ve normlar hiyerarşisine uygun olmayan iptali talep edilen fıkra, 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 fıkranın hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'ne) Türk taşıyıcı tarafından yabancı tescilli hava araçlarının kiralanmasına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

Tüm bu nedenlerle 7491 sayılı Kanun'un 29. maddesiyle 14.10.1983 tarihli ve 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 31. maddesine eklenen fıkra, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 3, 5, 6, 7 ve 123. maddelerine aykırıdır; anılan fıkranın iptali gerekir.

4) 27.12.2023 tarihli ve 7491 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 3065 sayılı Kanun'un 36. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "indirim veya iade hakkını" ibaresinde bulunan "veya iade" ibaresi ve "indirim veya iade hakkı" ibaresinde bulunan "veya iade" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7491 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun "Yetki:" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "indirim hakkını" ibaresi "indirim veya iade hakkını" ve "indirim hakkı" ibaresi "indirim veya iade hakkı" şeklinde değiştirilmiştir.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun "Yetki:" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasının 7491 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilmeden önceki hali aşağıdaki şekildedir:

"Cumhurbaşkanı indirim hakkını kısmen veya tamamen kaldırmaya veya yeniden koymaya ve bu şekilde indirim hakkı kısıtlanan mal veya hizmetleri belirlemeye, süresi içinde iadesi talep edilmeyen ve indirim yoluyla giderilmek üzere sonraki dönemlere devrolunan katma değer vergisinin gelir veya kurumlar vergisi matrahının tespitinde gider olarak yazılmasına imkân vermeye, iade talebinde bulunulabilecek asgari tutarı belirlemeye yetkilidir."

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun "Yetki:" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasının 7491 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirildikten sonraki hali aşağıdaki şekildedir:

"Cumhurbaşkanı indirim veya iade hakkını kısmen veya tamamen kaldırmaya veya yeniden koymaya ve bu şekilde indirim veya iade hakkı kısıtlanan mal veya hizmetleri belirlemeye, süresi içinde iadesi talep edilmeyen ve indirim yoluyla giderilmek üzere sonraki dönemlere devrolunan katma değer vergisinin gelir veya kurumlar vergisi matrahının tespitinde gider olarak yazılmasına imkân vermeye, iade talebinde bulunulabilecek asgari tutarı belirlemeye yetkilidir."

Söz konusu birinci fıkranın anılan değişiklikten önceki ve sonraki hali nazara alındığında ortaya çıkacağı üzere; iptali talep edilen ibarelerle Cumhurbaşkanına iade hakkını kısmen veya tamamen kaldırma veya yeniden koyma ile iade hakkı kısıtlanan mal veya hizmetleri belirleme yetkisi tanınmıştır. Ancak bu durum, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle söz konusu iade hakkının vergi hukukunda karşılığını ortaya koymak gerekmektedir:

"Bir vergilendirme dönemi içinde indirilecek katma değer vergisi toplamı yükümlünün vergiye tabi işlemleri dolayısıyla hesaplanan katma değer vergisi toplamından fazla olduğu takdirde aradaki fark iade edilemez; sonraki dönemlere devrolunur. Bu kurala "tampon kuralı" denir. Yasa koyucu Bakanlar Kurulunca vergi oranı düşürülen teslim ve hizmetler ile ilgili indirilemeyen vergi için bu kurala istisna tanımıştır; bu maddelerle ilgili ve bir vergilendirme döneminde indirilemeyen, tutarı Bakanlar Kurulunca tespit edilen sınır, aşan vergi mükellefin vergi ve sosyal sigorta prim borçlarına, genel, özel bütçeli idarelere, belediyelere olan borçlarına ... vs. mahsup edilir. Yılı içinde mahsuben iade edilemeyen vergi izleyen yıl içinde talep edilmesi şartıyla nakden iade olunur (m. 29/2). 1988 yılındaki düzenlemelerden önce iade

sadece temel gıda maddesi satışlarında tanınmıştı. Bu nedenle vergi oranı indirilmiş diğer malların teslimini yapanlar, indiremedikleri vergiyi başka işlemleri üzerinden hesapladıkları ölçüde veya vergiye tabi işlemleri bulunmadığı takdirde vergi yükü kısmen kendi üzerinde kalıyor, bu da katma değer vergisinin tarafsızlık ilkesini zedeliyordu. Temel gıda maddeleri teslimleri için öngörülen vergi iadesi rejimi indirilmiş vergi oranına tabi diğer işlemleri yapanlar için de tanınmak suretiyle giderilmiştir.”

Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında şu açıklamalara yer vermiştir (Anayasa Mahkemesi’nin 17.11.2011 tarihli ve 2010/11 E.; 2011/153 K. sayılı Kararı):

“Katma Değer Vergisi (KDV), üretim ve tüketim zincirinin her aşamasında, malların ve hizmetlerin satışından alınan ve vergi indirimine imkân tanımak suretiyle de her aşamada katılan değer artışını temel alan, çok aşamalı, genel bir satış vergisidir. Katma değer, bir malın satış değeri ile bunun yapılması için gerekli olan girdilerin alış fiyatı arasındaki farktan oluşmakta, ödenecek KDV de, satış tutarı üzerinden hesaplanacak KDV'den alışlar üzerinden ödenen KDV'nin mahsup edilmesi suretiyle bulunmaktadır. KDV sisteminde, mal ve hizmetin üretim aşamasından nihai tüketiciye kadar olan bütün aşamalarında vergi alınmakta ve her bir aşamada alınan vergiden bir önceki aşamada alınan vergi indirilmek suretiyle kalan vergi, Hazineye intikal ettirilmektedir.

İndirim müessesesi, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 'Vergi İndirimi' başlıklı 29. maddesinde düzenlenmiş, mükelleflerin yaptıkları teslimler veya ifa ettikleri hizmetler üzerinden hesap-layacakları vergiden, kendilerine yapılan teslimler veya ifa olunan hizmetler ile ithal ettikleri mallara ait vergiyi indirebilecekleri öngörülmüştür. KDV indirimi, vergilendirme dönemleri itibariyle uygulan-maktadır. Mükellefler, bir vergilendirme döneminde teslim ettikleri mal bedeli üzerinden hesapladıkları vergiden sadece o malların alımında ödedikleri vergiyi değil, vergilendirme döneminde satın aldıkları di-ğer malların vergisini de indirebilmektedir. 29. maddenin (2) numaralı fıkrasına göre, bir vergilendirme döneminde indirilecek katma değer vergisi toplamı, mükellefin vergiye tâbi işlemleri dolayısıyla hesaplana-n katma değer vergisi toplamından fazla olduğu takdirde, aradaki fark sonraki dönemlere devrolun-makta, iade edilmemektedir.

KDV kapsamına giren işlemlerden bir bölümü ülkenin içinde bulunduğu sosyal, kültürel, ekono-mik durumlar nedeniyle, uluslararası ticarete rekabet eşitliği sağlayabilmek amacıyla ya da vergilen-dirme tekniğinden kaynaklanan nedenlerle vergiden istisna edilmiş; bir bölümü, Bakanlar Kuruluna tanı-nan yetkiye istinaden farklı oranlarda vergilendirilmiş; bir bölümü ise, alınacak verginin güvenliği açı-sından vergi tevkifatı kapsamına alınmıştır. KDV'den istisna edilen, indirimli oranda vergilendirilen veya vergi tevkifatı uygulanan işlemler nedeniyle bu işlemlere konu olan mal ve hizmetlerin edinimleri veya üretimleri safhalarında ödenen vergiler, mükelleflerin üzerinde fazla vergi yükü oluşturmakta, dola-yısıyla mükelleflerin fazladan katlandıkları vergi yükünden arındırılabilmesi, gerçek vergi yüküne ulaşılması bu vergilerin mahsuben veya nakden iadeye konu edilmesi ile mümkün olmaktadır.

Vergiden istisna olmamakla birlikte, genel oranda vergi ödenerek temin edilen girdilerden üreti-len mal veya hizmetlerin indirimli oranda vergi uygulanmak suretiyle teslim edilmesi halinde, hesaplanan vergi her zaman genel oranlı girdiler nedeniyle ödenen verginin indirimi için yeterli olmadığı durumda, mükelleflerin fazla vergi yükünden arındırılabilmesi amacıyla 3065 sayılı Kanun'un 29. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile aynı Kanun'un 28. maddesinin Bakanlar Kuruluna verdiği yetkiye dayanarak Bakan-lar Kurulu tarafından vergi oranları indirilen teslim ve hizmetlerle ilgili olup teslim ve hizmetin gerçek-leştiği

vergilendirme döneminde indirilemeyen ve tutarı Bakanlar Kurulunca tespit edilen sınırı aşan kısmı vergi yılı içinde mahsuben, mahsuben iade edilemeyen vergi ise nakden iade edilmektedir.

Kanun'un 29. maddenin (2) numaralı fıkrasında mahsuben veya nakden iade, 'Şu kadar ki, 28. madde uyarınca Bakanlar Kurulu tarafından vergi nispeti indirilen teslim ve hizmetlerle ilgili olup teslim ve hizmetin gerçekleştiği vergilendirme döneminde indirilemeyen ve tutarı Bakanlar Kurulunca tespit edilecek sınırı aşan vergi, bu mükelleflerin vergi ve sosyal sigorta prim borçları ile genel ve katma bütçeli idareler ile belediyelere olan borçlarına ya da döner sermayeli kuruluşlar ile sermayesinin % 51'i veya daha fazlası kamuya ait olan veya özelleştirme kapsamında bulunan işletmeler ile organize sanayi bölge-lerinden temin ettikleri mal ve hizmet bedellerine ilişkin borçlarına mahsuben ödenir. Yılı içinde mahsuben iade edilemeyen vergi nakden iade edilir' şeklinde belirtilmiştir.

...

KDV iadesi, belirli koşulların varlığı halinde yasa koyucu tarafından bir 'hak' olarak mükelleflere tanınmıştır. İade hakkı, amortisman tabi iktisadi kıymetlerin satın alınmasında ödenen katma değer vergisinin, indirimli vergi oranlarının uygulanması nedeniyle mükellefin vergiye tabi işlemleri dolayısıyla hesaplanan katma değer vergisi toplamından fazla olmasından diğer bir anlatımla indirilemeyen KDV'den kaynaklanmaktadır. ...”

O halde iade mekanizması, esas olarak indirilemeyen KDV'den kaynaklanan, vergi yükünün mükellefler üzerinde tarafsız biçimde dağılmasını sağlayan, mükelleflerin fazladan katlandıkları vergi yükünden arındıran bir haktır.

i)Hukuk devleti ilkesi, sosyal devlet ilkesi, kamu yararı ilkesi, Devletin temel amaç ve görevleri, eşitlik ilkesi, ölçülülük ilkesi, vergide kanunilik, genellik ve adalet, vergi yükünün dengeli biçimde dağılımı ile mali güce göre vergilendirme başta olmak üzere vergilendir-menin Anayasal ilkeleri bakımından:

Anayasa'nın 2. maddesiyle Türkiye Cumhuriyeti, sosyal bir devlet olarak nitelendirilmekte; 5. maddesiyle Devlet'in temel amaç ve görevleri arasında kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya çalışma amacı ve göre-vi sayılmakta; 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin (vergi hukuku bağla-mında mülkiyet hakkının) ancak kanunla sınırlanabileceği hüküm altına alınmakta ve bu nitelendirme, amaç ve görev ile sınır, Anayasa'nın 73. maddesiyle (vergilemede kanunilik, adalet, mali güce göre vergileme) somutlaştırılmaktadır. O nedenle Anaya-sa'nın 73. maddesinin ihlali; 2, 5 ve 13. maddelerinin de ihlali sonucunu doğuracaktır.

Anayasa'nın 10. maddesinde ise eşitlik ilkesi yer almaktadır. Anayasa Mah-kemesi'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 ön-lemektir” (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kara-rı). 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).

Hukuk devleti ile eşitlik ilkelerinin vergi hukuku bakımından görünümü, vergide genellik ilkesidir. Nitekim bu durum, literatürde şu biçimde ifade edilmektedir:

“Vergilendirmede genellik ve eşitlik ilkeleri geleneksel vergi adaleti ilkeleridir. Vergilendirmede genellik ilkesi bir toplumda yaşayan herkesin mali gücüne göre vergi yükümlüsü olmasını gerektirir. Günümüzde bu ilke herkesin şu veya bu şekilde geliri, serveti veya harcamaları üzerinden vergi ödemesi ile gerçekleşmektedir. Hukuk devleti kavramı açısından vergilendirmede genellik ilkesi ile yasa önünde eşitlik ilkesi çatışmaktadır. Anayasanın 10 uncu maddesine göre, herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir (f.1); hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz (f.2); devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (...)9 kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. (f.3). Bu hükümler uyarınca vergi yasalarının genel nitelikte olması gerekir; başka bir deyişle bu yasalar sadece şekli yasa değil maddi yasa özelliği de taşınmalıdır. Böylece yasama organı şekli anlamda bir yasa ile kimliği belli kişilere mali yükümlülükler yükleyemez. Hukuk devleti ilkesi, kişilerin temel haklarını etkileyen yasaların genel olmasını zorunlu kılar. Bu anlamda vergilendirmenin genel olması, eşit olmasının da ön koşuludur. ...”

Diğer taraftan kanun koyulurken Anayasa’nın 2. maddesinde hüküm altına alınan hukuk devleti ile 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi nazara alınmalıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de;

“Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. “Elverişlilik”, başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç için elverişli olmasını, “gereklilik” başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, “orantılılık” ise başvuru önlem ve ulaşılacak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. ... (Anayasa Mahkemesi’nin 05.05.2016 tarihli ve 2016/16 E.: 2016/37 K. sayılı Kararı)’’.

Vergi hukuku temelinde ölçülülük ilkesi, kamu maliye politikalarının sosyal amaçları gereği; mükelleflerin mali gücüne göre vergilendirilmeleriyle temin edilmektedir. Başka bir anlatımla;

“Mali güce göre vergilendirme (Ana, m. 73, f. 1) sosyal devletin vergi adaleti ile ilgili ilkesidir. Mali güce göre vergilendirme kişilerin ekonomik ve kişisel durumları göz önüne alınarak vergilendirilmeleridir. Bu ilkeye uyulması ile vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı da sağlanır. ...”

Başka bir yönden 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). O halde verginin salınmasına yönelik kanunlarda aranan kamu yararı ise, genel olarak, kamu giderlerinin finansmanı için kaynak oluşturmaktır.

Yine Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sadece kanun ile sınırlanabileceği hüküm altına alınmaktadır. Aşağıda açıklandığı üzere vergi salmak da mükellefin mülkiyet hakkına müdahale sonucunu doğurmaktadır ve bu nedenle anılan 13. madde gereğince vergi salınmasına yönelik işlemin kanun düzeyinde olması gerekmektedir. Kaldı ki Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında "Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır." şeklinde açık bir düzenlemeye yer verilmekte; dördüncü fıkrasında ise vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisinin, Cumhurbaşkanına verilebileceği öngörülmektedir:

"...Vergi hukukunda yasal idare ilkesi, idarenin vergilendirme işlemlerini yalnız yasalara uygun ve doğru olarak yerine getirmesini değil, aynı zamanda yürütme organına yetki devrinin anayasal koşulları gerçekleştiren Bakanlar Kurulunun düzenleyici işlemlerine ve yasaya eşit ve daha üstün kaynaklara (Anayasa, Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı, uluslararası vergi anlaşmaları) uygun olarak davranmasını da içerir. ..."

Anayasa Mahkemesi de bir kararında benzer biçimde şu gerekçeyi kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 14.07.2021 tarihli ve 2019/32 E.; 2021/54 K. sayılı Kararı):

"5. Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır" denilerek verginin kanuniliği ilkesi benimsenmiştir. Verginin kanuniliği ilkesi, takdire dayalı keyfi uygulamaları önleyecek sınırlamaların kanun-da yer almasını gerektirmekte ve vergi yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin konulması, değiştirilmesi veya kaldırılmasının kanun ile yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

6. Verginin kanuniliği ilkesi vergilendirmeye ilişkin istisna ve muafiyetleri de kapsamaktadır (AYM, E.2016/1, K.2017/81, 29/3/2017, § 5). Bazı ekonomik, sosyal veya mali politikaların gerçekleştirmesini sağlamak amacıyla, anayasal ilkelere bağlı kalmak koşuluyla mali yükümlülüklerin kaldırılması konusunda takdir yetkisi bulunan kanun koyucunun bu yetkisini birtakım kişi veya kişi gruplarına muafiyet tesis etmek veya verginin konusuna giren bir unsuru vergiden istisna tutmak yoluyla kullanması durumunda da, muafiyet veya istisna tanınan konuların, şartların ve mali yükümlülük çeşitlerinin kanunilik ilkesi gereği kanunla düzenlenmesi gerekmektedir (AYM, E.2020/15, K.2020/78, 24/12/2020, § 12).

7. Verginin kanuniliği ilkesi uyarınca verginin konulması, değiştirilmesi veya kaldırılması ile vergilendirmeye ilişkin istisna ve muafiyetlerin kanunla belirlenmesi gerekmele birlikte Anayasa Mahkemesinin sıkça vurguladığı gibi kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir.

8. Esasen kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinin temel unsurlarından olan hukuki belirli-lik ilkesi uyarınca kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu

güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154).

9. Anayasa'nın 73. maddesinin dördüncü fıkrasında ise, "Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir" denilmiştir. Anılan hüküm uyarınca Cumhurbaşkanı'na ancak vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde değişiklik yapabilme yetkisi veri-lebilecektir. Cumhurbaşkanı'na yetki verilirken bu yetkinin kullanılabileceği alt ve üst sınırların da kanunda belirtilmesi gerekmektedir.”

Ancak kanun koyucu, iptali talep edilen ibarelerle bahsi geçen ilkelerin gereklerini karşılamamıştır. Nitekim Cumhurbaşkanı, iade hakkını kısmen veya tamamen kaldırma veya yeniden koyma yetkisiyle donatılmış; iade hakkı kısıtlanan mal veya hizmetleri belirleme yetkisi büsbütün onun uhdesine bırakılmıştır. Diğer bir deyişle Cumhurbaşkanı, iade hakkı kısıtlanan mal veya hizmetleri somut, nesnel, net ve açık ölçütlerle kayıtlı olmayan takdir yetkisine istinaden tespit edebilecektir; dolayısıyla iade hakkı kısıtlanan mal veya hizmetler bakımından keyfi biçimde ayırım yapabilecektir. Bu durum, verginin genelliği ve eşitliği ilkesini ihlal etmektedir. Kaldı ki bu durumu hukuka uygun kılacak bir haklı neden de gösterilmemiştir. Başka bir anlatımla iptali talep edilen ibarelerin Cumhurbaşkanına verdiği sınırsız takdir yetkisi, katma değer vergisi mükellefleri arasında (haklı neden olmaksızın) idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına sebep olabileceğinden; anılan ibareler, eşitlik ilkesine ve vergide genellik prensibine aykırıdır.

Bununla birlikte Cumhurbaşkanına iade hakkını kısmen veya tamamen kaldırma veya yeniden koyma ile iade hakkı kısıtlanan mal veya hizmetleri belirleme yetkisinin somut ve nesnel ölçütler olmaksızın tanınması; nihayetinde mükelleflerin mali gücüne göre vergilendirilmesi ilkesini ihlal edecektir. Zira “Katma değer vergisinde üretim, dağıtım ve hizmet sektörleri her el değiştirme aşamasında vergilendirilmekte, işletme girdileri için yüklenen vergiler hazineye borçlanılan vergilerden indirilmektedir. Böylece üretim ve dağıtım her aşamasında ürüne eklenen değer üzerinden vergi alınmaktadır.” Bu sistemi, hukuka uygun kullanımını sağlayan vasıtalardan birinin iade mekanizması olduğu yukarıda detaylı biçimde açıklanmıştır. Şöyle ki iade mekanizması, vergi yükünün mükellefler üzerinde tarafsız biçimde dağılmasını sağlar ve mükellefleri, fazladan katlandıkları vergi yükünden arındırır. O halde iade hakkının temel usul ve esaslarının Cumhurbaşkanınca hukuka aykırı biçimde takdiri; (iadenin kısıtlanması yahut hiç olmaması suretiyle) bazı mal ve hizmetlerin aşırı biçimde vergilendirilmesine ve mükelleflerin (mali gücünü açacak biçimde) fazladan vergi yüküne maruz kalmasına neden olacaktır.

Başka bir anlatımla tarafsızlık ilkesinin aksine vergi yükü; mükelleflerin mali durumlarında ağır ekonomik krize sebep olacak ölçüde, mükelleflere aşırı külfet yükleyecek biçimde dağıtılacaktır. Zira Cumhurbaşkanına iade hakkını kısmen veya tamamen kaldırma veya yeniden koyma ile iade hakkı kısıtlanan mal veya hizmetleri belirleme yetkisinin somut, nesnel, net, açık, anlaşılabilir ölçüt olmaksızın tanınması; mükelleflerin mali güç / ödeme kabiliyetinin dikkate alınmamasına sebep olacak; Cumhurbaşkanının belirleyeceği mal ve hizmetler bakımından katma değer vergisi mükellefleri aleyhine (ölçülülük ilkesinin orantılılık unsurunun aksine) fahiş düzeyde ağırlaştırılacaktır.

Üstelik söz konusu yetkiler, kamu yararı barındırmamaktadır. Zira anılan yetkiler, iktisat biliminin temel ilkeleri hilafına yönetilen mali politikaların, ekonomik istikrarsızlığın

(ve sair sebeplerin) neden olduğu ulusal finansal açığa kaynak bulma arayışından, kamu borç stokunun azaltılmasından, uygulanmakta olan ekonomik program hedeflerini / bütçe mali disiplini tehlikeye düşüren gelir kaybının telafisinden dolayı tanınmıştır. Ancak iade hakkı özelinde katma değer vergisi sistematığının öngörülebilirliğinin ortadan kaldırılması; çeşitli mal ve hizmetlerin nihai tüketiciye yansıyan fiyatlarının daha da pahalılaşmasına, temel yaşam giderlerinin fazlaca yükselmesine neden olacağından; bu durum, enflasyonu tetikleyecektir. O halde ortada bir kamu yararı bulunmamaktadır.

Öte yandan Anayasa'nın 73. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değışiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir. Ancak iade hakkı, anılan dördüncü fıkraya konu kalemler arasında sayılmamaktadır. O halde kanun koyucu, iade hakkını kısmen veya tamamen kaldırma veya yeniden koyma ile iade hakkı kısıtlanan mal veya hizmetleri belirleme yetkisini büsbütün Cumhurbaşkanına tanımak suretiyle; kanunilik ilkesinin sınırlarını aşmış ve hukuki güvenliği ortadan kaldırmıştır.

Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi'nin eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm ihtiva eden ("Bakanlar Kurulunu, vergi nispeti indirilen mal ve hizmet grupları ile sektörler itibarıyla, amortisman tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklenilen katma değer vergisinin iade hakkını kaldırmaya yetkili kılan") ve 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrasının, 04.06.2008 tarihli ve 5766 sayılı Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendiyle değıştirilen son cümlesinin ilgili bölümü hakkında verdiği bir iptal kararının gerekçesini nazara aldığımızda şu netice ortaya çıkacaktır:

"Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararında detaylandırıldığı üzere; iade, katma değer vergisinden kaynaklanmakta ve onda mündemiç olduğundan kanunla konulmalı, kaldırılmalı ve kısıtlandığı mal ve hizmetler kanunla belirlenmelidir. Bu sayede katma değer vergisinin yükümlüsünün hukuki güvenliği sağlanmaktadır. Verginin kanuniliği ilkesinin sağladığı hukuki güvenlik, çift taraflıdır. Zira kanunlarla bir taraftan Devletin vergi alacağı diğer taraftan mükellefin mahsup, iade hakkı vb. yollarla alacağı temin edilmektedir. Kanun koyucu tarafından kanunla sağlanan hukuk güvenliğinin Cumhurbaşkanı tarafından kaldırılması, yasama yetkisinin devri niteliğindedir. Başka bir anlatımla iptali talep edilen ibarelere konu yetkiler, o denli müfrittir ki; kanun koyucu, Cumhurbaşkanının belirleyeceği mal ve hizmetler bakımından katma değer vergisinin ayrılmaz bir parçası olan iade hakkını koymaya (ve kaldırmaya, belirlemeye) ilişkin münhasır yetkisini âdeta tamamen Cumhurbaşkanına devretmiştir."

Söz konusu gerekçeyi mutatis mutandis somut olaya uyarladığımızda ise şu netice ortaya çıkacaktır:

"Vergi tekniğı, vergi adaletini yansıtmadıkça, maliye politikasının sosyal amacını gerçekleştirmez. Verginin tahsiliyle ilgili düzenlemeler nasıl vergi tekniğinin konusuysa, gerçek vergi yükünü belirleyen iadelere ilişkin düzenlemeler de vergi tekniğinin konusudur. Yasayla verilen bir hakkın idari düzenlemeyle kaldırılması mümkün değildir. Kanunla getirilen mahsup ve iade hakkının Cumhurbaşkanı tarafından kısmen veya tamamen kaldırılması veya yeniden koyulması ile iade hakkı kısıtlanan mal veya hizmetleri belirlenmesi de vergi yükünün dağılımında adalet ve dengeyi bozar ve Anayasa'nın 73. maddesinde yer alan "herkesin mali gücüne göre vergi ödemesi" ile "vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı" ilkelerinin idari düzenlemelerle zedelenmesine yol açar.

İtiraz konusu kuralla Cumhurbaşkanına verilen yetkilerin teknik ve ayrıntı içerdiği de ileri sürülemez. Yasa kuralı, KDV iade hakkının kaldırılması konusundaki takdir yetkisinin kapsam ve sınırını belirlememiştir. Usul ve koşullar, belirsiz biçimde tamamıyla Cumhurbaşkanına bırakılmıştır. Böylece, mükellefe keyfi müdahalelere karşı uygun bir yasal koruma olanağı da sağlanmamış, verilen yetkinin kapsam ve kullanma koşulları yasada yeterli açıklıkta belirlenmemiştir.

Öte yandan, Anayasa'nın 73. maddesinin dördüncü fıkrasında Cumhurbaşkanına verilen yetki, 'vergi, resim, harç ve benzeri yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına' ilişkindir. Buradaki temel koşul da kanunun, yukarı ve aşağı sınırlar belirlemesidir. Buna göre, Cumhurbaşkanı ancak, 'muaflık, istisna, indirim ve oranlar'da yasanın belirttiği alt ve üst sınırlar içinde değişiklik yapabilecek; bu alanları ve sınırları aşacak biçimde herhangi bir düzenleme getiremeyecektir. Cumhurbaşkanına verilen bu yetki 'koşullu ve sınırlı bir yetki'dir. Vergilendirmede esas kural, vergilerin kanunla konulup, kaldırılması ve değiştirilmesidir. Cumhurbaşkanına tanınan yetkinin, yeni düzenlemeler içermesi ve/veya çok geniş olması, verginin yasallığı ilkesinin zedelenmesine yol açarak yasama yetkisinin yürütme organına devri sonucunu doğurabileceğinden kabul edilemez. 73. maddenin son fıkrasında, itiraz konusu kuralda yer alan 'vergi iadesi' konusunda, ne kısmen veya tamamen kaldırılması veya yeniden koyulması ne de iade hakkı kısıtlanan mal veya hizmetleri belirlenmesi hususlarında Cumhurbaşkanına yetki verilmemiştir. Bu nedenle itiraz konusu kuralın 73. maddenin son fıkrasıyla ilgisi bulunmamaktadır.”

Diğer taraftan katma değer vergisi birçok mal ve hizmet üzerinden alındığından, tüm vatandaşların yaşam koşullarını ziyadesiyle etkilemektedir. Temel gıda maddelerinin, ulaşımın fiyatları gibi en dar gelirli kesimleri en kötü etkileyebilecek şekilde; söz konusu yetkilerin, monist yapılı yürütme organının başı konumunda bulunan Cumhurbaşkanına verilmesi sosyal devlet ilkesine tümüyle aykırıdır. Zira Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği üzere sosyal devlet, “ insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatını geliştirmek ve ekonomik önlemler almak suretiyle çalışanlarını koruyan, onların insan onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan, milli gelirin adaletle uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçirebilen, sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetten devlettir. Çağdaş devlet anlayışı sosyal devletin tüm kurum ve kurallarıyla Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurularak işletilmesini, bu yolla bireylerin refah, huzur ve mutluluğunun sağlanmasını gerekli kılar.” (Anayasa Mahkemesi'nin 14.07.2016 tarihli ve 2015/105 E.; 2016/133 K. sayılı Kararı).

Bu nedenlerle anılan ibareler, Anayasa'nın 2, 5, 10, 13 ve 73. maddelerine aykırıdır.

ii) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile 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).

Devlet tarafından vergi salınmakla (konulmakla/değiştirilmekle/kaldırılmakla) mükelleflerin mülkiyet hakkına müdahale edilmekte; lakin bu müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarının gereklerini karşıladığı nispette hukuka uygun kılınmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de çeşitli değerlendirmelerinde Devletlerin vergi salma hususunda geniş takdir yetkisi olduğuna ve fakat bu yetkinin hukuka uygun kullanılması (söz gelimi ilgili kişiler üzerine fahiş bir yük getirmemesi, ilgilinin mali durumunu temelden sarsmaması, vergi mevzuatının erişilebilir ve öngörülebilir olması) gerektiğine delalet etmektedir:

“1. madde açıkça devletlerin vergi koyma, ceza ve para cezalarını uygulama yetkisini tanımak-tadır. Vergilerin ödenmesinin sağlanması amacıyla konulan tedbirler 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesi-nin ikinci bendine kullanım kontrolü olarak kabul edilmiştir. Devletlere bu alanda geniş bir takdir yetki-si tanınmıştır. Mamafih, vergilerin artırılmasının ilgili kişiler üzerine fahiş bir yük getirdiği ya da ilgili-nin mali durumunu temelden sarstığı durumlarda Sözleşme organları başvuruyu değerlendirebilmektedir.

...

Başvurucunun bir birey değil şirket olduğu ve gelir vergisi mevzuatının erişilebilirlik ve öngörü-lebilirliği ile ilgili şikâyetle bulunulan Špaček, s.r.o. Çek Cumhuriyeti'ne karşı davasında Mahkeme alınan tedbirlerin kâfi derecede öngörülebilir olup olmadığının tayin edilmesinde uzman görüşüne başvurulması zorunluluğunu vurgulamıştır.”

Başka bir anlatımla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi münferit kararlarında vergi salınmasının meşru bir amaç gütmeyeceği; vergi salınmasını öngören yasal metnin açık, anlaşılabilir, net olmadığı; mükellefin orantısız bir külfet altına sokulduğu durumlarda mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir:

287. Bir miktar para ödenmesi anlamına gelen her vergi, ilgili kişinin malvarlığında azalmaya yol açtığı için ilke olarak Protokol No. 1 Madde 1'de güvence altına alınan hakka bir müdahaledir (Bur-den v. The United Kingdom [BD], § 59; Špaček, s.r.o., v. the Czech Republic, § 39).

288. Vergisel amaçlar için yapılan müdahale genellikle, bu Maddenin ikinci fıkrası çerçevesinde vergi veya diğer katkıların ödenmesi bakımından açıkça tanınan istisna kapsamında haklılaştırılmakta-dır (Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. the Netherlands, § 59).

289. Yine de bu mesele Mahkemenin görev alanına girmektedir; ne de olsa Protokol No. 1 Madde 1'in doğru şekilde uygulanması kendi yaptığı denetimin konusunu teşkil etmektedir (Orion-Břeclav, S.R.O. v. the Czech Republic (dec.)). Yükselen vergilerden kaynaklanan bir mali yükümlülük, eğer ilgili ki-şiye aşırı bir külfet yüklüyor veya kişinin mali durumuna temelden müdahale ediyorsa mülkiyet hakkı garantisini olumsuz etkileyebilir (Ferretti v. Italy, Komisyon kararı; Wasa Liv Ömsesidigt, Försäkringsbolaget Valands Pensionsstiftelse and a group of approximately 15,000 individuals v. Sweden, Komisyon kararı; Buffalo S.r.l. in liquidation v. Italy, § 32).

290. Tıpkı vergilendirme alanındaki siyasaları oluşturmak ve uygulamakta olduğu (“Bulves” AD v. Bulgaria, § 63; Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. the Netherlands, § 60; Stere and Others v. Ro-mania, § 51) gibi, ekonomik veya toplumsal strateji genel önlemleri

söz konusu olduğunda Devlete Sözleşme çerçevesinde geniş bir takdir marjı tanınmaktadır (Wallishausser v. Austria (no. 2), § 65). Mahkeme, makul bir temelden yoksun olmadıkça yasamanın bu tip konulardaki değerlendirmesine saygı göstermektedir (Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. the Netherlands, § 60).

291. Tarh edecekleri vergi ya da katkıların türünü belirlemek öncelikle ulusal makamlara

düşmektedir. Bu alandaki kararlar, normalde, Sözleşmenin Taraf Devletlerin yetkisine bıraktığı siyasal, ekonomik ve toplumsal problemlerin değerlendirilmesini ihtiva eder ki bu problemleri değerlendirmekte ulusal makamlar Sözleşme organlarına göre daha iyi bir konumdadır (Musa v. Austria, Komisyon kararı; Baláz v. Slovakia (dec.); Azienda Agricola Silverfunghi S.a.s. and Others v. Italy, § 103; R.Sz. v. Hungary, §§ 38 ve 46). Neyin vergilendirilebilir gelir olarak sınıflandırılacağı ve vergi mükellefiyetinin hangi somut önlemlerle icra edileceği ha kında seçim yapmak da ulusal yasama organının vazifesidir (Cacciato v. Italy (dec.), § 25; Guiso and Consiglio v. Italy (dec.), § 44).

...

295. Vergi mevzuatının sırf geriye yürürlü olması, tek başına ihlal teşkil etmemektedir (örneğin, belirli işlemleri vergiye tabi kılan geriye yürürlü kanun (M.A. and 34 Others v. Finland (dec.)).

...

297. Sırf vergi oranının çok yüksek olması, tek başına ihlal teşkil etmemektedir; Mahkeme

başvurucunun muhatap olduğu vergi oranını incelemektedir (R.Sz. v. Hungary, § 54). Uyuşmazlık konu-su gelirin elde edildiği sırada yürürlükteki orandan dikkate değer ölçüde daha yüksek orandaki bir vergilendirme, Protokol No. 1 Madde 1 tarafından korunan beklentilere makul olmayan bir müda-hale olarak görülebilir (M.A. and 34 Others v. Finland (dec.)).

...”

Diğer bir söyleyişle Anayasa’nın 73. maddesi, mülkiyet hakkının Anayasal sınırını çizmektedir. Zira vergi salma, Devletin zor kullanma yetkisi çerçevesinde kişilerin mülkiyet hakkına yapılan bir müdahaleyi oluşturmaktadır. O halde vergi alanında yapılan, nihayetinde vergi yükümlüsünün mülkiyet hakkına müdahale sonucunu doğuracak tüm düzenlemelerin; Anayasa’nın 13. maddesine istinaden belirlenen sınırlandırmanın sınırlarına ve sosyal adalet anlayışına uygun olması gerekmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında,

“Anayasa’nın 13. maddesi temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri, 35. maddesi mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına ilişkin özel ilkeleri tespit ederken, vergi ödevine ilişkin 73. maddesi ise, vergi yoluyla mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerin anayasal sınırlarına ilişkin özel hükümler içermektedir. Bu durumda Anayasa’nın bütünselliği ilkesi gereği, başvuru konusu somut olayın değerlendirilmesinde ilgili Protokol hükmü ve Anayasa’nın 35. maddesiyle birlikte 13. ve 73. maddelerinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Böylelikle, mülkiyet hakkına yönelik vergisel müdahalelerin hukuka

uygunluğunu sağlayacak sınırlar ortaya konularak, mülkiyet hakkının Anayasa hükümleri çerçevesinde yeterli ve etkili bir şekilde korunması sağlanmış olacaktır.”

şeklindeki temellendirmeyi kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi’nin 12.11.2014 tarihli ve 2014/6192 Başvuru No’lu Türkiye İş Bankası A. Ş. Kararı, § 40). Ezcümle Devlet, vergileme ile kişinin mülkiyet hakkına müdahale etmektedir.

Yukarıda iptali talep edilen ibarelerle Cumhurbaşkanına iade hakkını kısmen veya tamamen kaldırma veya yeniden koyma ile iade hakkı kısıtlanan mal veya hizmetleri belirleme yetkisi tanınması, açıklandığı üzere kanunilik ilkesinin gereğini karşılamadığı gibi; bir kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik de değildir. Aksine Cumhurbaşkanına bu türden ölçüsüz ve öngörülemez bir yetki tanınması, iktisat biliminin temel ilkeleri hilafına yönetilen mali politikaların, ekonomik istikrarsızlığın (ve sair sebeplerin) neden olduğu ulusal finansal açığa kaynak bulma arayışından, kamu borç stokunun azaltılmasından, uygulanmakta olan ekonomik program hedeflerini / bütçe mali disiplini tehlikeye düşüren gelir kaybının telafisine matuftur. Yine iade hakkını kısmen veya tamamen kaldırma veya yeniden koyma ile iade hakkı kısıtlanan mal veya hizmetleri belirleme yetkisinin; mali güce göre vergilendirme, vergi yükünün dengeli, adil, ölçülü ve eşit dağılımı ilkeleri hilafına diğer bir deyişle ölçülülük ilkesinin orantılılık unsurunun gereğinin aksine; verildiği ortaya konulmuştur. Halbuki katma değer vergisi mükelleflerinin mülkiyet hakkına iptali talep edilen ibarelerle yapılan müdahalenin hukuka uygun kılınmasının gerek şartlarından üçü, Anayasa’nın 13. maddesi gereğince; bu müdahalenin kamu yararı barındırması ile orantılı biçimde ve kanun düzeyinde yapılmasıdır. Ancak söz konusu üç gerek şart, sağlanamamıştır. Bununla birlikte mali yılın çeşitli dönemlerinde iade hakkının kısmen veya tamamen kaldırılabilmesi veya yeniden koyulabilmesi, iade hakkı kısıtlanan mal veya hizmetlerin belirlenmesi, mükellefler bakımından öngörülebilir de değildir; mükelleflerin hukuki güvenliği sağlanamamıştır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki Devletin (genel olarak) kamu hizmetlerinin finansmanı için tahsil ettiği vergiye yönelik düzenlemeleri, mükelleflerin mülkiyet haklarını gözetmeksizin kanunlaştırması; vergi politikasının nihai amacının gerçekleşmesini ve mükelleflerin rızaya dayalı (vergi borçlarını ifa etmeye yönelik) iradelerini ortadan kaldıracaktır. Bu nedenle anılan ibareler, Anayasa’nın 13 ve 35. maddelerine aykırıdır.

iii)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 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.

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, iade hakkını kısmen veya tamamen kaldırma veya yeniden koyma ile iade hakkı kısıtlanan mal veya hizmetleri belirleme yetkisinin; 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; Cumhurbaşkanını iade hakkının kısmen veya tamamen kaldırılması veya yeniden koyulması ile iade hakkı kısıtlanan mal veya hizmetlerin belirlenmesi bakımından somut, nesnel, açık, net ölçüt 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. Bu hususların kanun düzeyinde açık ve net bir şekilde düzenlenmemesi ve bunlara yönelik nesnel, somut ölçüt öngörülmemesi; katma değer vergisi mükelleflerinin hukuki öngörülebilirliklerinin ortadan kaldırılmasına, keyfi uygulamalara neden olacaktır. Yine Cumhurbaşkanının yapacağı düzenlemeleri, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; söz konusu mükellefler bakımından hukuki öngörülebilirliğe hanel getirmektedir. Cumhurbaşkanının uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan fıkranın 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. Bu nedenlerle iptali talep edilen ibareler, Anayasa’nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

iv)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından; Anayasa’nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa’nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi’nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarelerin yer aldığı fıkra hükmünde olduğu gibi Cumhurbaşkanına; iade hakkını kısmen veya tamamen kaldırma veya yeniden koyma ile iade hakkı kısıtlanan mal veya hizmetleri belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa’nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

v)Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırılık: Anayasa’nın 104. maddesinde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sayılmıştır. Bu görev ve yetkiler arasında “iade hakkını kısmen veya tamamen kaldırma veya yeniden koyma ile iade hakkı kısıtlanan mal veya hizmetleri belirleme” görev ve yetkisi sayılmadığı gibi; iptali talep edilen ibarelere konu düzenlemeyi 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 kullanmamasına 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 uya-rınca; iptali talep edilen ibarelere konu iade hakkını kısmen veya tamamen kaldırma veya yeniden koyma ile iade hakkı kısıtlanan mal veya hizmetleri belirleme hususunun açıklandığı üzere mülkiyet hakkının kapsamında kaldığı gözetildiğinde; Cumhurbaşkanı tarafından bu hususlarda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi de çıkarılamaz. Bu nedenlerle iptali talep edilen ibareler, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırıdır.

vi)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 (“Bakanlar Kurulu, vergi nispeti indirilen mal ve hizmet grupları ile sektörler itibarıyla, amortisman tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklenilen katma değer vergisinin iade hakkını kaldırmaya yetkili kılan”) ve 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanun’un 29. maddesinin ikinci fıkrasının, 04.06.2008 tarihli ve 5766 sayılı Kanun’un 12. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendiyle değiştirilen son cümlesinin ilgili bölümü hakkında verdiği bir iptal kararında:

“Başvuru kararında, Katma Değer Vergisi Kanunu’nun 29. maddesinin (2) numaralı fıkrasına 5766 sayılı Kanunla eklenen son cümleyle, katma değer vergisinin mahsuben veya nakden iade edilmesi hakkının kaldırılması yetkisinin Bakanlar Kurulu’na verildiği, Kanun ile verilen iade hakkını kaldırma yetkisinin Bakanlar Kurulu’na verilmesiyle hukuk devletinin ihlal edildiği ve Anayasa’nın 73. maddesinin dördüncü fıkrasında Bakanlar Kurulu’na verilen ve anayasal sınırları çizilen yetkinin dışına çıkıldığı, bu nedenle itiraz konusu kuralın Anayasa’nın 2. ve 73. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu’nun 'Vergi indirimi' başlıklı 29. maddesinin (2) numara-lı fıkrasında 5766 sayılı Kanun’un 12. maddesiyle yapılan değişiklikle, Bakanlar Kurulu’na, vergi nispeti indirilen mal ve hizmet grupları ile sektörler itibarıyla, amortisman tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklenilen katma değer vergileri bakımından, iade hakkının kaldırmasına yönelik yetki verilmiştir. Bu yetki sonucu, aynı Kanun’un 28. maddesi uyarınca teslim ve hizmetlerin gerçekleştiği vergilendirme dö-neminde indirilemeyen ve tutarı Bakanlar Kurulu’nca tespit edilecek sınırı aşan verginin, maddede sayı-lan borçlara mahsuben, mahsuben iade edilemeyen verginin ise nakden iade edilmesi engellenmiştir.

Anayasa’nın 73. maddesinde, herkesin, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre ver-gi ödemekle yükümlü bulunduğu; vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının, maliye politikasının sos-yal amacı olduğu; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı öngörülmüştür.

Buna göre, devletin vergilendirme yetkisinin sınırı, aynı zamanda kişilerin hak ve özgürlükleri-nin de sınırını oluşturduğundan, bu yetkinin keyfiliğe kaçacak biçimde kullanılmasının önlenmesi, hukuk devleti olmanın gerekleri arasında öncelikli bir yere sahip bulunmaktadır. Vergilendirme alanında olası keyfi uygulamalara karşı düşünülen ilk önlem, kuşkusuz yasallık ilkesidir. Ancak vergilerin yasayla geti-rilmesi, yalnız başına vergilendirme yetkisinin keyfi kullanılarak adaletsiz sonuçlar doğurmasını engelle-yemeyeceğinden, yasallık

ilkesi yanında verginin genel ve eşit olması, idare ve kişiler yönünden duraksa-maya yol açmayacak belirlilik içermesi, geçmişe yürümemesi, öngörülebilir olması ve hukuk güvenliği il-kesine de uygunluğunun sağlanması gerekir.

Anayasa koyucunun, her çeşit mali yükümlerin yasayla konulması, değiştirilmesi ve kaldırılması-nı buyururken, keyfi, takdiri ve sınırsız ölçülere dayalı uygulamaları önleyecek ilkelerin yasada yer alma-sı amacını güttüğünde kuşku yoktur. Yasa koyucunun, yalnızca konusunu belli ederek bir mali yükümlün ilgililere yükletilmesine izin vermesi, bunun, yasayla konulmuş sayılması ve Anayasa'ya uygunluğun ka-bülü için yeterli değildir. Mali yükümlerin, konusu, yükümlüleri, matrah ve oranları, muaflık, istisna ve indirimleri, mahsup ve iadesi, yükümü doğuran olay, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, yaptırımları, za-manaşımı gibi çeşitli yönleri vardır. Vergi, resim ve harç koyma kavramı içine, konulan vergi veya mali yükümlün muaflık, istisna, indirim ve iade yapma kavramları da girmektedir. Anayasa'nın eşit önemde bulunan konulardan bir kısmı için yasa hükmünü zorunlu sayarken diğerleri için zorunlu saymamış olma-sı düşünülemez. Bu bakımdan yükümlüklerin, belli başlı unsurları da açıklanarak ve temel hukuki çerçe-veleri kesin çizgilerle belirtilerek yasayla düzenlenmeleri, vergi unsurlarının açık bir şekilde yasada yer alması ve uygulayanların anlayışına ve yorumuna bırakılmaması zorunludur.

Katma değer vergisi, verginin konusunu oluşturan işlemler nedeniyle bir mal veya hizmetin el de-ğiştirmesi sonucu, her el değiştirmede eklenen değer vergilendirilmesine dayandığından, vergiye tabi iş-lemelerin her aşamasında, yüklenilen KDV'nin tahsil edilen KDV'den indirilmesi ve kalan tutarın beyan edi-lerek, vergi dairesine ödenmesi söz konusudur. KDV'nin özelliğinden kaynaklanan bu durum, mahsup ya da nakit ödeme yoluyla iade kurumunun da KDV ile bütünleşmesine neden olmuş ve 'iade' yasa koyucu ta-rafından düzenlenmiştir. 3065 sayılı Kanunda yapılan düzenlemeyle, 'mahsuben iade' ve mahsuben iade edilmeyen tutar için 'nakden iade' kurumu getirilmiş ve yükümlünün hukuk güvenliği kanunla sağlanmış-tır. Yasa koyucu tarafından kanunla sağlanan hukuk güvenliğinin Bakanlar Kurulu kararıyla kaldırılma-sı, yasama yetkisinin devri niteliğindedir.

Vergi, devletin egemenlik gücüne dayanarak kamu giderlerine katılımı sağlamak amacıyla kişi-lerden aldığı ekonomik değer olmakla birlikte, yasal düzenlemeler, sadece devlet yönünden değil, yüküml-lüler yönünden de hukuksal güveni sağlamalıdır. Anayasa'nın 73. maddesinde yerini bulan 'vergide yasal-lık' ilkesi, aynı zamanda devletin vergilendirme yetkisinin anayasal ilkelerle sınırlandırılmasıdır. Vergi-nin ödenmemesi durumunda devletin alacağı yasalarla güvence altına alınırken, mahsup ya da nakdi ia-de hangi yolla olursa olsun, mükellefin alacağının yasalarla güvence altına alınmaması düşünülemez.

Vergi tekniği, vergi adaletini yansıtmadıkça, maliye politikasının sosyal amacını gerçekleştire-mez. Verginin tahsiliyle ilgili düzenlemeler nasıl vergi tekniğinin konusuysa, gerçek vergi yükünü belirle-yen iadelere ilişkin düzenlemeler de vergi tekniğinin konusudur. Yasayla verilen bir hakkın idari düzen-lemeyle kaldırılması mümkün değildir. Kanunla getirilen mahsup ve iade hakkının Bakanlar Kurulu kara-rıyla kaldırılması da vergi yükünün dağılımında adalet ve dengeyi bozar ve Anayasa'nın 73. maddesinde yer alan 'herkesin mali gücüne göre vergi ödemesi' ile 'vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı' ilkele-rinin idari düzenlemelerle zedelenmesine yol açar.

İtiraz konusu kuralla Bakanlar Kurulu'na verilen yetkinin teknik ve ayrıntı içerdiği de ileri sürü-lemeyiz. Yasa kuralı, KDV iade hakkının kaldırılması konusundaki takdir yetkisinin kapsam ve sınırını be-lirlememiştir. Usul ve koşullar, belirsiz biçimde tamamıyla Bakanlar

Kurulu'na bırakılmıştır. Böylece, mükellefe keyfi müdahalelere karşı uygun bir yasal koruma olanağı da sağlanmamış, verilen yetkinin kapsam ve kullanma koşulları yasada yeterli açıklıkta belirlenmemiştir.

Öte yandan, Anayasa'nın 73. maddesinin dördüncü fıkrasında Bakanlar Kurulu'na verilen yetki, 'vergi, resim, harç ve benzeri yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına' ilişkindir. Buradaki temel koşul da kanunun, yukarı ve aşağı sınırlar belirlemesidir. Buna göre, Bakanlar Kurulu ancak, 'muaflık, istisna, indirim ve oranlar'da yasanın belirttiği alt ve üst sınırlar içinde değişiklik yapa-bilecek; bu alanları ve sınırları aşacak biçimde herhangi bir düzenleme getiremeyecektir. Bakanlar Kurulu'na verilen bu yetki 'koşullu ve sınırlı bir yetki'dir. Vergilendirmede esas kural, vergilerin kanunla konu-lup, kaldırılması ve değiştirilmesidir. Bakanlar Kurulu'na tanınan yetkinin, yeni düzenlemeler içermesi ve/veya çok geniş olması, verginin yasallığı ilkesinin zedelenmesine yol açarak yasama yetkisinin yürüt-me organına devri sonucunu doğurabileceğinden kabul edilemez. 73. maddenin son fıkrasında, itiraz ko-nusu kuralda yer alan 'vergi iadesi' konusunda, ne iade hakkının getirilmesi ne de kısmen ya da tamamen kaldırılması hususlarında Bakanlar Kurulu'na yetki verilmemiştir. Bu nedenle itiraz konusu kuralın 73. maddenin son fıkrasıyla ilgisi bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 25.10.1984 günlü, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanun'un 29. maddesi-nin (2) numaralı fıkrasının, 4.6.2008 günlü, 5766 sayılı Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendiyle değiştirilen son cümlesinin, 'Bakanlar Kurulu, vergi nispeti indirilen mal ve hizmet grupları ile sektörler itibarıyla, amortismanı tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklenilen katma değer vergisinin iade hakkını kaldırmaya;' bölümünün Anayasa'nın 73. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.”

şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 17.11.2011 tarihli ve 2010/11 E.; 2011/153 K. sayılı Kararı).

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 73. maddesine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen ibareleri kanunlaştırmaması, 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.

Bu noktada şunu belirtmek gerekir ki kanun koyucunun, Anayasa'ya aykırı olduğuna Anayasa Mahkemesince karar verilmiş düzenlemeleri, defaatle kanunlaştırmaması; hukuk devleti ilkesinin aşındırıldığının somut bir görünümüdür.

vii)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 ibareler, Anayasa'nın 35. maddesiyle benzer hükümler içeren Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, mülkiyet hakkını düzenleyen Ek 1 No'lu Protokolü'nün birinci maddesini de ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki 7491 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 3065 sayılı Kanun'un 36. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “indirim veya iade hakkını”

ibaresinde bulunan ve iptali talep edilen “veya iade” ibaresi ile “indirim veya iade hakkı” ibaresinde bulunan ve iptali talep edilen “veya iade” ibaresinde geçen “veya” bağlaçları, iade terimlerini kendilerinden önce gelen indirim terimlerine bağladığından; iade terimlerinin iptal edilmesiyle işlevini yitirecektir.

Tüm bu nedenlerle 7491 sayılı Kanun’un 31. maddesiyle değiştirilen 3065 sayılı Kanun’un 36. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “indirim veya iade hakkını” ibaresinde bulunan “veya iade” ibaresi ve “indirim veya iade hakkı” ibaresinde bulunan “veya iade” ibaresi, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 35, 73, 90, 104, 123 ve 153. maddelerine aykırıdır; anılan ibarelerin iptali gerekir.

5) 27.12.2023 tarihli ve 7491 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 38. maddesiyle 03.01.2002 tarihli ve 4733 sayılı Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkol Piyasasının Düzenlenmesine Dair Kanun’un 8. maddesinin sekizinci fıkrasının birinci cümlesinden sonra gelen değiştirilen ilk cümlesinde yer alan “askıya alınır” ibaresi ile ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci cümlelerinin Anayasa’ya aykırılığı

30.11.2022 tarihli ve 7423 sayılı Kanun’un 4. maddesiyle 4733 sayılı Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkol Piyasasının Düzenlenmesine Dair Kanun’un “Cezai hükümler” kenar başlıklı 8. maddesinde birtakım değişiklikler ve eklemeler yapılmıştır. Bu kapsamda anılan maddenin sekizinci fıkrası değiştirilmiştir. Söz konusu değişik sekizinci fıkranın ikinci cümlesine göre 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun “Kaçakçılık Suçları ve Cezaları” kenar başlıklı 359. maddesinin (7423 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle eklenen) (d) fıkrası ile 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun “Kaçakçılık suçları” kenar başlıklı 3. maddesinin onuncu, on altıncı, on yedinci, on sekizinci, (7423 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle değişik ve ek) yirminci ve yirmi birinci fıkralarına aykırı fiilleri işlediği tespit edilenlere 4733 sayılı Kanun kapsamında yürütülen faaliyetlere ilişkin verilen belgeler, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar veya mahkeme kararı kesinleşinceye kadar askıya alınacaktır ve bu süre içinde söz konusu tesis veya işyeri için başka bir gerçek veya tüzel kişiye belge verilmeyecektir.

Ancak sayılı fıkralara aykırı fiilleri işlediği tespit edilenlerin 4733 sayılı Kanun kapsamında yürütülen faaliyetlere ilişkin verilen belgelerin, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar veya mahkeme kararı kesinleşinceye kadar askıya alınmasına cevaz veren ve 7423 sayılı Kanun’un 4. maddesiyle 4733 sayılı Kanun’un 8. maddesinin değiştirilen sekizinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “...askıya alınır...” ibaresinin Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 10, 13, 35, 36, 38, 45, 48, 90, 166 ve 167. maddelerine aykırı olduğundan bahisle; CHP tarafından Anayasa Mahkemesi nezdinde iptal davası açılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 26.07.2023 tarihli ve 2023/32 E.; 2023/138 K. sayılı Kararıyla anılan ibarenin Anayasa’nın 13, 38 ve 48. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Bunun üzerine kanun koyucu tarafından 7491 sayılı Kanun’un 38. maddesiyle 4733 sayılı Kanun’un 8. maddesinin sekizinci fıkrasının birinci cümlesinden sonra gelen cümlesi değiştirilmiştir. Değişikliğe göre bu Kanun’a, 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İhisi Kanunu’na, 213 sayılı Kanun’un 359. maddesinin (d) fıkrası ile 5607 sayılı Kanun’un 3. maddesinin onuncu, on altıncı, on yedinci, on sekizinci, yirminci ve yirmi birinci fıkralarına aykırı fiillerden soruşturma ve/veya kovuşturma başlatılması durumunda bu Kanun kapsamında yürütülen faaliyetlere ilişkin verilen belgeler, durumun Bakanlığa yargı merciince bir hafta içerisinde bildirilmesiyle veya sair suretlerle Bakanlıkça ıttıla edilmesi durumunda, belgenin düzenlendiği tesis veya işyeri dikkate alınarak askıya alınacaktır. Askıya alma süresince söz konusu tesis veya işyeri için başkaca bir belge düzenlenmeyecektir. Tüzel kişilerin organ veya

temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından tüzel kişinin yararına işlenmesi durumunda da askıya alma işlemi uygulanacaktır. Bakanlıkça askıya alma işleminin kaldırılıp kaldırılmayacağı altı ayda bir değerlendirilecektir. Ancak kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi üzerine ya da mahkûmiyet dışında bir hüküm veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde kesinleşmesi beklenmeksizin Bakanlık tarafından askıya alma işlemi ortadan kaldırılacaktır.

Ne var ki sayılı Kanunlara ve fıkralara aykırı fiillerden soruşturma ve/veya kovuşturma başlatılması durumunda 4733 sayılı Kanun kapsamında yürütülen faaliyetlere ilişkin verilen belgelerin, (durumun Tarım ve Orman Bakanlığına –Bakanlık- yargı merciince bir hafta içerisinde bildirilmesiyle veya sair suretlerle Bakanlıkça ittila edilmesi durumunda, belgenin düzenlendiği tesis veya işyeri dikkate alınarak) askıya alınmasına cevaz veren ve iptali talep edilen ibare ile askıya alma süresince söz konusu tesis veya işyeri için başkaca bir belge düzenlenmeyeceğine yönelik iptali talep edilen ikinci cümle, tüzel kişilerin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından tüzel kişinin yararına işlenmesi durumunda da askıya alma işleminin uygulanacağına yönelik iptali talep edilen üçüncü cümle, Bakanlıkça askıya alma işleminin kaldırılıp kaldırılmayacağının altı ayda bir değerlendirilmesine yönelik iptali talep edilen dördüncü cümle ve kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi üzerine ya da mahkûmiyet dışında bir hüküm veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde kesinleşmesi beklenmeksizin Bakanlık tarafından askıya alma işlemi ortadan kaldırılmasına yönelik iptali talep edilen beşinci cümle Anayasa'ya aykırıdır. Zira kanun koyucu “kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar veya mahkeme kararı kesinleşinceye kadar” ibaresi yerine; yine aynı içeriğe sahip; muhakemenin aynı safhalarına tekabül eden “soruşturma ve/veya kovuşturma başlatılması durumunda” ibaresini kullanmış ve iptali talep edilen cümlelerle (aşağıda detaylandırılacağı üzere) Anayasa Mahkemesi kararının gereklerini karşılamamıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki iptali talep ibarenin yer aldığı cümleye konu fiiller:

-4733 sayılı Kanun’a aykırı fiiller

-4250 sayılı Kanun’a aykırı fiiller

-213 sayılı Kanun’un 359. maddesinin (7423 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle eklenen) (d) fıkrası: “4733 sayılı Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkol Piyasasının Düzenlenmesine Dair Kanun ile düzenlenen piyasalarda, Hazine ve Maliye Bakanlığınca yetki verilip verilmediğine bakılmaksızın, mükerrer 257 nci maddenin birinci fıkrasının (6) numaralı bendi kapsamında vergi güvenliğini sağlamak amacıyla kullanılmasına zorunluluk getirilen özel etiket ve işaretlerle ürünlerin etiketlenmesi veya işaretlenmesi ve etiketlenen veya işaretlenen ürün bilgilerinin kurulan veri merkezine aktarılmasını sağlayan sisteme fiziksel veya bilişim yoluyla müdahale ederek Hazine ve Maliye Bakanlığına elektronik ortamda iletilmesi gereken belge, bilgi veya verilerin iletilmesini önleyenler veya bunların gerçeğe uygun olmayan şekilde iletilmesine sebebiyet verenler üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

-5607 sayılı Kanun’un 3. maddesinin onuncu fıkrası: “Kaçakçılık suçunun konusunu oluşturan eşyanın akaryakıt ile tütün, tütün mamulleri, makaron, yaprak sigara kâğıdı, etil alkol, metanol ve alkollü içkiler olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarısından

iki katına kadar artırılır, ancak bu fıkranın uygulanması suretiyle verilecek ceza üç yıldan az olamaz.”

-5607 sayılı Kanun’un 3. maddesinin on altıncı fıkrası: “Tütün mamulleri, makaron, yaprak sigara kâğıdı, etil alkol, metanol ve alkollü içkilerin ambalajlarına kamu kurumlarınca uygulanan bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretlerin taklitlerini imal eden veya ülkeye sokanlar ile bunları bilerek bulunduran, nakleden, satan ya da kullananlar üç yıldan altı yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

-5607 sayılı Kanun’un 3. maddesinin on yedinci fıkrası: “Tütün mamulleri, makaron, yaprak sigara kâğıdı, etil alkol, metanol ve alkollü içkilerin ambalajlarına kamu kurumlarınca uygulanan bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretleri; ilgili mevzuatta belirlenen şekilde temin etmesine rağmen belirlenen ürünlerde kullanmaksızın bedelli veya bedelsiz olarak yayanlar, bunları alma veya kullanma hakkı olmadığı halde sahte evrak veya dokümanlarla veya herhangi bir biçimde ilgili kurum ve kuruluşları yanıltarak temin edenler, bunları taklit veya tahrif ederek ya da konulduğu üründen kaldırarak, değiştirerek ya da her ne suretle olursa olsun tedarik ederek amacı dışında kullananlar üç yıldan altı yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

-5607 sayılı Kanun’un 3. maddesinin on sekizinci fıkrası: “Ambalajlarında bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaret bulunmayan ya da taklit veya yanıltıcı bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretleri taşıyan tütün mamulleri, makaron, yaprak sigara kâğıdı, etil alkol, metanol ve alkollü içkileri; a) Ticari amaçla üreten, bulunduran veya nakleden, b) Satışa arz eden veya satan, c) Bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın alan, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ancak, tütün mamullerinin, makaron, yaprak sigara kâğıdı, etil alkol, metanol ve alkollü içkilerin kaçak olarak yurda sokulduğunun anlaşılması hâlinde, onuncu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmolunur.”

-5607 sayılı Kanun’un 3. maddesinin yirminci fıkrası: “Ticari amaçla; makaron veya yaprak sigara kâğıdını, içine kıyılmış tütün, parçalanmış tütün ya da tütün harici herhangi bir madde doldurulmuş olarak satanlara, satışa arz edenlere, bulunduran ve nakledenlere üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir.”

-5607 sayılı Kanun’un 3. maddesinin yirmi birinci fıkrası: “Tarım ve Orman Bakanlığından yetki belgesi almadan veya bildirimde bulunmadan tütün ticareti yapanlara iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.”

şeklindedir. Yine 4733 sayılı Kanun kapsamında yürütülen faaliyetlere ilişkin verilen belgeler, 4733 sayılı Kanun’un çeşitli hükümlerinde derpiş edilmiştir: tütün, tütün mamulleri, makaron, yaprak sigara kâğıdı, sigara filtresi, alkol ve alkollü içkilerin üretim, satış ve sunum faaliyetlerine ilişkin izin ve yetki belgeleri; mamul üretimi, satışı ve uygunluk belgesi; tütün ve tütün mamullerinin ithalatı uygunluk belgesi; tütün ticareti yetki belgesi gibi.

Öte yandan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “Tanımlar” kenar başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrasının (e) ve (f) bentleri uyarınca soruşturma evresi, “Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden” itibaren başlar ve “iddianamenin kabulüyle” tamamlanır. Kovuşturma evresi, “iddianamenin kabulünden” itibaren başlar ve “hükmün kesinleşmesiyle” tamamlanır.

Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 172 ve devamı maddeleri uyarınca Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verir; kovuşturmaya yer olmadığına dair karar, itiraz edilmezse kararın tebliğinden 15 gün sonra, karara itiraz edilirse sulh ceza hakimliği tarafından itiraz başvurusunun reddedilmesi üzerine kesinleşir. Buna ilave olarak ceza usul hukuku mucibince bir mahkeme kararının kesinleşmesi, istinaf ve temyiz olağan kanun yollarının tüketilmesiyle tekâmül eder.

İptali talep edilen ibare ise sayılı Kanunlara ve fıkralara aykırı fiilleri işlediği tespit edilenlerin anılan belgelerinin, soruşturma ve/veya kovuşturma başlatılması durumunda (diğer bir söyleyişle kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın veya mahkeme kararının kesinleşmesi -res judicata- aranmaksızın) (durumun Bakanlığa yargı merciince bir hafta içerisinde bildirilmesi veya sair suretlerle Bakanlıkça ıttıla edilmesi durumunda, belgenin düzenlendiği tesis veya işyeri dikkate alınarak) askıya alınmasını diğer bir deyişle sayılı Kanunlara ve sayılı fıkralara aykırı fiilleri işlediği tespit edilenlerin soruşturma ve kovuşturma evreleri boyunca (geçici bir süre için) bu belgelerden doğan (genel anlamda) hak ve yetkilerinin kullanımının durdurulmasını öngörmektedir. Bu durum, Anayasa'ya aykırıdır.

Açıklamalara geçilmeden önce son olarak belirtmek gerekir ki 4733 sayılı Kanun'un 8. maddesinin sekizinci fıkrasının 7423 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle değiştirilmeden önceki hali:

“Bu Kanun'a, 4250 sayılı Kanun'a veya 5607 sayılı Kanun'a aykırı fiillerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı olanlara, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının düzenlemekle yükümlü olduğu piyasalarda faaliyete ilişkin hiçbir belge verilmez, verilmiş olanlar Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığınca iptal edilir. Mahkemece verilecek mahkumiyet kararında, kararın kesinleşmesine kadar faaliyete ilişkin tüm belgelerin askıya alınmasına da karar verilir. Yargılama sonuna kadar üretici ve ithalatçılara yetkili idarece uygun görülecek miktarda bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretler verilebilir. Söz konusu fiillerin kamu sağlığını veya tütün ve alkol piyasasının güvenliğini bozucu nitelikte olması halinde, yargılama sürecinde yetkili mahkemece mevcut delil durumuna göre belgelerin askıya alınmasına tedbiren karar verilir.”

şeklindedir. Değişiklikten önceki sekizinci fıkranın lafzından anlaşılabacağı üzere; eğer mahkeme tarafından mahkumiyet kararı kuruldu ise; bu kararda, “kararın kesinleşmesine kadar faaliyete ilişkin tüm belgelerin askıya alınması” da hüküm altına alınacaktır. Mahkemenin bağlı yetkisi, mahkumiyet kararından sonra ve hüküm kesinleşinceye kadarki aşamaya ilişkindir. Ancak söz konusu fiillerin kamu sağlığını veya tütün ve alkol piyasasının güvenliğini bozucu nitelikte olması durumu bakımından; mevcut delil durumuna göre, mahkeme tarafından tedbiren askıya alınma kararı verileceği düzenlenmekle; ilk derece mahkemesinin mahkumiyet kararı vermesinden önceki aşamalara (tüm yargılama sürecine) ilişkin bir istisna öngörülmüştür. Ezcümle kural, mahkumiyet kararından sonra ve hüküm kesinleşinceye kadar belgelerin askıya alınması; istisna, fiillerin kamu sağlığını veya tütün ve alkol piyasasının güvenliğini bozucu nitelikte olması durumu bakımından mevcut delil durumuna göre mahkumiyet kararından önce belgelerin askıya alınmasıdır.

Halbuki iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümle ve devamı cümlelerde, evrelere ve aşamalara yönelik bu türden bir ayırım yapılmamıştır; askıya alma kararı, mahkeme tarafından tedbiren verilmeyecektir. Durumun, Tarım ve Orman Bakanlığı'na yargı merciince bir hafta

içerisinde bildirilmesiyle veya sair suretlerle Bakanlıkça ıttıla edilmesi durumunda; Bakanlıkça resen idari işlem tesisi marifetiyle askıya alma kararı verilecektir.

i)Erkler ayrılığı ilkesi, hukuk devleti ilkesi, hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaması, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri, hak arama özgürlüğü, masumiyet karinesi bakımından: İptali talep edilen ibare ve cümleler, Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinde güvencelenen adil yargılanma hakkını ve Anayasa'nın 38. maddesinde temelini bulan masumiyet karinesini ihlal etmektedir. Zira iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümle ve iptali talep edilen cümlelerin lafzından; askıya alma işlemini tesis edecek yetkili makamın hakim/mahkeme olmadığı; Bakanlık olduğu anlaşılmaktadır. Başka bir anlatımla, bir tedbir kararı olan askıya alma işleminin idari nitelikte olduğu, yargısal nitelikte olmadığı ortaya konulmuştur. Şöyle ki durumun Bakanlığa yargı merciince bir hafta içerisinde bildirilmesi veya sair suretlerle Bakanlıkça ıttıla edilmesi, askıya alma işleminin kaldırılıp kaldırılmayacağı hakkındaki altı ayda bir değerlendirmenin Bakanlıkça yapılması, kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi üzerine ya da mahkûmiyet dışında bir hüküm veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde kesinleşmesi beklenmeksizin Bakanlık tarafından askıya alma işlemi ortadan kaldırılması; askıya alma kararının Bakanlık tarafından verileceğine delalettir. (Zira usulde paralellik ilkesi gereğince kararı veren hukuki özne ile kararın değerlendirmesini yapan yahut kararı ortadan kaldıran hukuki özne aynıdır.)

AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında “cezai alanda ... yöneltile suçlama” terimini, üç ölçütü değerlendirmektedir: Fiilin iç hukuktaki hukuki nitelemesi, fiilin mahiyeti ve müeyyidenin ağırlık derecesi (AİHM, Engel et diğerleri-Hollanda, 8 Haziran 1976, başvuru no : 5100/71 ve diğerleri, § 82). Sözleşme'nin 6. maddesi çerçevesindeki bu yaklaşım ve söz konusu ölçütler, 7 numaralı Protokol'ün ne bis in idem ilkesine ilişkin 4. maddesi bakımından da geçerlidir. (AİHM, Prina-Romanya, kabul edilebilirlik, 8 Eylül 2020, başvuru no : 37697/13, § 48 vd.). Burada söz konusu fiil, askıya alma işleminin ağırlık derecesi ve kişi üzerindeki sonuçlarıyla beraber dikkate alındığında, onun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi anlamında “ceza” olarak değerlendirilmesi gereği ve suç ithamıyla ilişkili hak ve güvencelerin bu bağlamda işletilmesi gerekliliği ortaya çıkar. (Anayasa Mahkemesi, bahsi geçen kararının 17 ve 18. paragraflarında faaliyet izinlerinin askıya alınması işleminin bir suç isnadı mahiyetinde olmadığına, medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili bir işlem olduğuna ve fakat yine de masumiyet karinesinin uygulama alanı bulduğuna yönelik değerlendirmelerde bulunmuştur.)

O halde askıya alma konulu tedbir kararının, ağır neticeleri olması itibarıyla yargısal niteliğinin bulunması ve dolayısıyla adil yargılanma hakkı gereğince bağımsız ve tarafsız hakim veya mahkeme tarafından verilmesi 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, bu belgelerin askıya alınması bakımından yargısal güvenceyi bertaraf etmiştir. Zira bu tedbir, bir yandan orantısız biçimde çok uzun bir dönem için verilecek (askıya alma süresince söz konusu tesis veya işyeri için başkaca bir belge düzenlenmeyecek) diğer yandan tedbir almayı gerektirecek fiillerin kamu sağlığını veya tütün ve alkol, içki piyasasının güvenliğini bozucu nitelikte olması durumu bakımından mevcut delil

durumunun hakim/mahkemeler tarafından değerlendirilmesi, bu yaptırımın muhataplarının hakim/mahkemeler nezdinde savunma hakkını kullanması söz konusu olmayacaktır.

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). İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (m.11/1), Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (m.14/2) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m.6/2); masumiyet karanesini ifade eden başlıca uluslararası hak koruma belgeleridir. AİHS'nin 6. maddesinin ikinci fıkrasına göre:“Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır”. Türkiye Anayasası'na göre; savaş, seferberlik ve olağanüstü hallerde dahi bu ilkeye istisna getirilmesi mümkün değildir (m.15/2) Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere, “Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan suçsuzluk karanesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmekte ve hukuk devleti ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır” (AYM, E. 2017/109, K. 2018/39, K.T. 02.05.2018, R.G. 6/6/2018 – 30443, III-8). Adil yargılanma hakkının bir unsuru olan masumiyet karanesinin sağladığı güvencenin iki yönü bulunmaktadır. Güvencenin ilk yönü; kişi hakkındaki ceza yargılaması sonuçlanıncaya kadar geçen, bir başka ifadeyle kişinin ceza gerektiren bir suçla itham edildiği (suç isnadı altında olduğu) sürece ilişkin olup suçlu olduğuna dair hüküm tesis edilene kadar kişinin suçluluğu ve eylemleri hakkında erken açıklamalarda bulunulmasını yasaklar. Güvencenin bu yönünün kapsamı sadece ceza yargılamasını yürüten mahkemeye sınırlı değildir. Güvence aynı zamanda diğer tüm idari ve adli makamların da işlem ve kararlarında, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kişinin suçlu olduğu yönünde ima ya da açıklamalarda bulunmamasını gerekli kılar. Dolayısıyla sadece suç isnadına konu ceza yargılaması kapsamında değil ceza yargılaması ile eş zamanlı olarak yürütülen diğer hukuki süreç ve yargılamalarda da (idari, hukuk, disiplin gibi) masumiyet karanesinin ihlali söz konusu olabilir (Galip Şahin, B. No: 2015/6075, 11/6/2018, § 39; Turgut Duman, B. No: 2014/15365, 29/5/2019, § 103). Güvencenin ikinci yönü ise ceza yargılaması sonucunda mahkûmiyet dışında bir hüküm kurulduğunda devreye girer ve daha sonraki yargılamalarda ceza gerektiren suçla ilgili olarak kişinin masumiyetinden şüphe duyulmamasını, kamu makamlarının toplum nezdinde kişinin suçlu olduğu izlenimini uyandıracak işlem ve uygulamalardan kaçınmasını gerektirir (Galip Şahin, § 40; Turgut Duman, § 104). Nasıl ki Anayasa Mahkemesi, masumiyet karanesinin kamu otoritelerini bağladığını ifade ediyorsa, AİHM de, masumiyet karanesinin ihlalinin bir hâkim veya mahkemeden kaynaklanabileceği gibi, başka kamu otoritelerinden de gelebileceğine dikkat çekmektedir (AİHM, Allenet de Ribemont-Fransa, 10 Şubat 1995, başvuru no : 15175/89, § 36).

Ancak (7423 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki fıkra olduğu gibi) ilk derece mahkemesince verilecek bir mahkûmiyet kararı aranmaması (İlk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararı, fiilin o muhatap tarafından işlendiğine dair kuvvetli-makul şüpheyi aşan karine teşkil etse de; bu durum dahi, kesin hükmün bağlayıcılığı ilkesini-masumiyet karanesini ihlal etmektedir.); tedbir almayı gerektirecek fiillerin kamu sağlığını veya tütün ve alkol, içki piyasasının güvenliğini bozucu nitelikte olması durumu bakımından mevcut delil durumunun değerlendirilmemesi; ilgili muhatapın tütün ve diğer sayılı piyasalardan tamamen uzaklaşması sonucu doğuracak çok uzun bir zaman dilimi (altı aylardan oluşan bir zaman kümesi) için orantısız biçimde bu tedbirin uygulanması; askıya alma süresince söz konusu tesis veya işyeri için başkaca bir belge düzenlenememesi; hakim/mahkemeler yerine bu tedbirin Bakanlık tarafından alınması, son tahlilde suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilmemiş kişinin suçlu muamelesine tabi tutulması anlamına gelecek ve masumiyet karanesini ihlal edecektir. Zira Bakanlık, durumun Bakanlığa yargı merciince bir hafta içerisinde bildirilmesiyle veya sair

suretlerle Bakanlıkça ıttıla edilmesi durumunda askıya alma kararı verebilecektir (ve tüzel kişilerin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından tüzel kişinin yararına işlenmesi durumunda da askıya alma işlemi uygulanacaktır). O halde Bakanlık, sadece yargı merciince tespit edilmiş bir suç şüphesine istinaden değil resen de bu kararı verebilecektir. Zira Bakanlık, durumun Bakanlığa yargı merciince bir hafta içerisinde bildirilmesiyle veya sair suretlerle Bakanlıkça ıttıla edilmesi durumunda askıya alma kararı verebilecektir (ve söz konusu kişi tarafından tüzel kişinin yararına işlenmesi durumunda da askıya alma işlemi uygulanacaktır). O halde Bakanlık, sadece yargı merciince tespit edilmiş bir suç şüphesine istinaden değil resen de bu kararı verebilecektir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümlelerin gerekçesinde ratio legis'in ; “uzun sürmesi muhtemel adli süreç esnasında yasa dışı üretim, satış ve sunum faaliyetlerinin devam ettirilme ihtimaline karşılık oluşacak kamu zararını önlemek” olduğu kaleme alınmıştır. Ancak adli süreçlerin uzaması, askıya alma kararının iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümleye konu usulle verilmesinin haklı gerekçesi olamaz. Zira adli süreçlerin uzaması, makul ve hukuki bir neden olmayıp mevcut (hukuka aykırı) yargı mekanizmasının fiili neticesidir. Kaldı ki gerekçede;

“...kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi veya mahkemelerce mahkûmiyet dışında başkaca bir hüküm veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi durumunda bu hükmün kesinleşmesi de beklenmeksizin faaliyete devam edilebilecektir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı kesinleşme sürecinin kısa olması göz önünde bulundurularak, askıya alma kararının kalkması için söz konusu kararın kesinleşmesi aranmamaktadır. Diğer taraftan kovuşturmaya yer olmadığına dair verilen kararın kesinleşme sürecinin kısa olması ve kaldırılması durumunda devirden kaynaklı oluşabilecek zararların önüne geçmek adına askıya alınma kararının kaldırılması için söz konusu kararın kesinleşmesi aranmaktadır...”

şeklindeki açıklamalarda bazı karar türleri bakımından ayırım yapılmasının nedeni olarak “kesinleşme sürecinin kısa olması” gösterilmektedir. Ancak fiili durum olan adli süreçlerin uzunluğu yahut kısalığı, haklı neden teşkil etmez.

Yine kanun koyucu, iptali talep edilen cümlelerle Anayasa Mahkemesi kararının bağlayıcılığından cihetle birtakım mekanizmalar getirmiştir. Ne var ki bu mekanizmalar da Anayasa'nın 13, 36 ve 38. maddelerinin gereklerini karşılamaya yeterli ve elverişli değildir. İptali talep edilen dördüncü cümleyle Bakanlıkça askıya alma işleminin kaldırılıp kaldırılmayacağına altı ayda bir değerlendirmesi, bu gerekliliği karşılamamaktadır. Zira değerlendirme işleminde yine yargısal güvenceleri haiz bir mekanizma öngörülmemiştir, değerlendirme hakim yahut mahkeme tarafından yapılmayacaktır; idare, kendi verdiği kararı yine kendi “denetleyecektir” (Ki bu denetim/değerlendirme mekanizmasının mantığına ters düşmektedir.); altı aylık süre ise piyasa ekonomisi ve teşebbüslerin faaliyetlerinin sürdürmesi, tedbirin değişen koşullara göre uyarlanması bakımından orantısız biçimde uzundur.

Yine iptali talep edilen beşinci cümleyle kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi üzerine Bakanlık tarafından askıya alma işlemi ortadan kaldırılacaktır. Bu kuralın kanunla hüküm altına alınmasına gerek dahi yoktur. Bu kural askıya alma işleminin muhatabına yeni bir hak tanımamaktadır. Zira mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ilkesi gereğince kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesinin olağan neticesi, bu karara konu eylemlere istinaden başka makamlarca tesis edilen işlemlerin dayanaktan yoksun kalmasına

(işlemi tesis eden makamca geri alınmasına/ iptal edilmesine) sebep olacaktır. İptali talep edilen beşinci cümleyle mahkûmiyet dışında bir hüküm veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde kesinleşmesi beklenmeksizin Bakanlık tarafından askıya alma işleminin ortadan kaldırılması, karar türleri arasında (yukarıda belirtildiği üzere) haklı neden olmaksızın ayırım yapmaktadır. Zira fiili durum olan adli süreçlerin uzunluğu yahut kısalığı, haklı neden teşkil etmez. Kanun koyucu, haklı neden olmaksızın mahkûmiyet dışındaki bir karar veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına kararına muhatap teşebbüsler bakımından lehe uygulama öngörmektedir.

Bu durum, (Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan sınırlandırmanın sınırlarının gereklerini karşılamayarak) demokratik bir toplum düzeninde olmayacak biçimde sayılı Kanunlara ve sayılı fıkralara aykırı fiilleri işlediği iddia edilenlerin (tespit edilenlerin) adil yargılanma hakkının özüne dokunmaktadır.

Yine bu tedbire karşı idari yargı yoluna başvurulabileceği ve yürütmenin durulması kararının alınabileceği ve böylece askıya alma kararının muhatabının haklarının korunabileceği ileri sürülebilir. Ancak kanun koyucu, yargılama sürelerinin uzunluğunu, iptali talep edilen ibarenin ve cümlelerin gerekçesi olarak belirlemiştir. O halde burada çelişik iki sav bulunmaktadır. Zira idari yargı yolu da uzun sürecek ve muhatapların hakları korunamayacaktır.

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

Diğer taraftan bu durum; bir fonksiyon gaspına sebep olacak, Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan erkler ayrılığı ilkesini, 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesini ve 6. maddesinde yer alan hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanmamasına yönelik hükmü ihlal edecektir. Zira ağır cezai niteliği haiz askıya alma işleminin bir hakim/mahkeme yerine Bakanlık tarafından tesis edilmesi, altı ayda bir değerlendirilmesi ve ortadan kaldırılması yürütme kuvveti ile yargı kuvveti arasındaki ayrılığa hanel getirmiştir. O nedenle iptali talep edilen ibare ve cümleler, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2 ve 6. maddelerine aykırıdır.

ii) Ölçülülük ilkesi bağlamında suç ve ceza arasında orantılılık ilkesi bakımından: İptali talep edilen ibare ve cümlelerle belge sahipleri, bir yaptırıma muhatap kılınmıştır. Başka bir anlatımla sayılı Kanunlara ve sayılı fıkralara aykırı fiilleri işlediği tespit edilenlerin, bu Kanun kapsamında yürütülen faaliyetlere ilişkin verilen belgeleri; soruşturma ve/veya kovuşturma başlatılması durumunda askıya alınacaktır; ve askıya alma süre-since söz konusu tesis veya işyeri için başkaca bir belge düzenlenmeyecektir (ve söz konusu kişi tarafından tüzel kişinin yararına işlenmesi durumunda da askıya alma işle-mi uygulanacaktır). AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında "cezai alanda ... yönel-tilen suçlama" terimini, üç ölçüt ile değerlendirmektedir: Fiilin iç hukuktaki hukuki nite-lemesi, fiilin mahiyeti ve müeyyidenin ağırlık derecesi (AİHM, Engel et diğerleri-Hollanda, 8 Haziran 1976, başvuru no : 5100/71 ve diğerleri, § 82). Sözleşme'nin 6. maddesi çer-çevesindeki bu yaklaşım ve söz konusu ölçütler, 7 numaralı Protokol'ün ne bis in idem ilkesine ilişkin 4. maddesi bakımından da geçerlidir. (AİHM, Prina-Romanya, kabul edilebilirlik, 8 Eylül 2020, başvuru no : 37697/13, § 48 vd.). Burada söz konusu fiil, askıya alma işleminin ağırlık derecesi ve kişi üzerindeki sonuçlarıyla beraber dikkate alındı-ğında, onun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi anlamında "ceza" olarak değerlendirilme-si gereği ve ceza hukukuyla ilişkili hak ve güvencelerin bu bağlamda işletilmesi gereklili-ği ortaya çıkar.

Ancak burada suç (sayılı Kanunlara ve sayılı fıkralara aykırı fiilleri işlenmesi) ve ceza (bu belgeleri; soruşturma ve/veya kovuşturma başlatılması durumunda askıya alınması; askıya alma süresince söz konusu tesis veya işyeri için başkaca bir belge düzenlenmemesi; söz konusu kişi tarafından tüzel kişinin yararına işlenmesi durumunda da askıya alma işleminin uygulanması) arasındaki hassas denge gözetilmemiştir. Zira bir suça, ağır bir ceza bağlanmıştır. Halbuki Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine dayanan “suç ve ceza arasında orantılılık” ilkesi, cezada adalet, kefaret anlayışının ve zarar ilkesinin bir sonucudur. Bu ilke, Türk Ceza Kanunu'nun 3. maddesinde de hüküm altına alınmıştır. Öte yandan bu ilke, Anayasa'nın 2. madde-sinde hüküm altına alınan hukuk devleti ile 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilke-lerinin somut bir görünümüdür. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre de;

“Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. “Elverişlilik”, başvuru önlemin ulaşmak istenen amaç için elverişli olmasını, “gereklilik” başvuru önlemin ulaşmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, “orantılılık” ise başvuru önlem ve ulaşmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşmak istenen amaç arasında da “ölçülülük ilkesi” gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur. Ceza, toplumda korunmaya değer görülen hukuki değerlerin ihlali durumunda Devletin gösterdiği tepki olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla ceza hukukunun amacı, toplumsal yaşam bakımından önem arz eden hukuksal değerleri korumaktır. Fakat Devlet, bu hukuksal değerleri korumak üzere sahip olduğu cezalandırma yetkisini istediği biçim ve kapsamda kullanamaz. Bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır. Faile, işlediği suçun ağırlığı ile orantılı ceza ve güvenlik tedbiri uygulanması, orantılılık ilkesi ile örtüşmektedir. Bu ilke, cezaya ve güvenlik tedbirine hükmedilmesinde önemli bir sınırlayıcı unsurdur. Bu noktada orantılılık ilkesi hem kanun koyucuyu hem de hâkimi bağlar. (Anayasa Mahkemesi'nin 05.05.2016 tarihli ve 2016/16 E.: 2016/ 37 K. sayılı Kararı)’’.

Ancak burada amaç (“uzun sürmesi muhtemel adli süreç esnasında yasa dışı üretim, satış ve sunum faaliyetlerinin devam ettirilme ihtimaline karşılık oluşacak kamu zararını önlemek”) ile araç arasında orantı bulunmamaktadır. Zira yukarıda da açıklandığı üzere (7423 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki fıkra da olduğu gibi) ilk derece mahkemesince verilecek bir mahkumiyet kararı aranmaması (İlk derece mahkemesinin mahkumiyet kararı, fiilin o muhatap tarafından işlendiğine dair kuvvetli-yeterli-makul şüpheyi aşan karine teşkil etse de; bu durum dahi, kesin hükmün bağlayıcılığı ilkesini-masumiyet karinesini ihlal etmektedir.); tedbir almayı gerektirecek fiillerin kamu sağlığı-nı veya tütün ve alkol, içki piyasasının güvenliğini bozucu nitelikte olması durumu bakımından mevcut delil durumunun değerlendirilmemesi; ilgili muhatapın tütün ve sayılı diğer piyasalardan tamamen uzaklaşması sonucu doğuracak nitelikte çok uzun bir za-man dilimi (altı aylardan oluşan bir zaman kümesi) için orantısız biçimde bu tedbirin uygulanması; askıya alma süresince söz konusu tesis veya işyeri için başkaca bir belge düzenlenmemesi; (ve söz konusu kişi tarafından tüzel kişinin yararına işlenmesi durumunda da askıya alma işleminin uygulanması); karar türleri arasında haklı neden ol-maksızın ayırım yapılması; tedbirin, amacı dışında kullanılmasına zemin hazırlamaktadır. Söz gelimi iki rakip firmadan biri, diğeri hakkında savcılığa ihbar yahut şikayette bu-lunmak suretiyle; soruşturma evresini başlatıp; kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesine kadar; ihbar yahut şikayet edilen firmanın belgelerini askıya aldır-tıp; pekâlâ o dönemde gerçekleşecek bir ihaleye iştirak etmesini engelleyebilecek; bir piyasa aktörünü, piyasa dışında bırakabilecektir. Bu durum da tütün ve sayılı diğer pi-yasalarda belirli şirketlerin hakim duruma gelmesine; tedbir hükmünün, amacı dışında kullanılmasına ve kamu

yararı bakımından telafisi güç ya da imkansız zararlar doğması-na neden olacaktır. Kanun koyucu bu türden kötü niyetli davranışları engellemeye yö-nelik bir mekanizma (tedbir almayı gerektirecek fiillerin kamu sağlığını veya tütün ve alkol, içki piyasasının güvenliğini bozucu nitelikte olması durumu bakımından mevcut delil durumunun değerlendirilmesi gibi) öngörmemiştir. Yine askıya alınan süre içinde söz konusu tesis veya işyeri için başka bir gerçek ya da tüzel kişiye belge verilmemesi, hakkında askıya alma işlemi tesis edilen ilgilinin piyasa içinde kalmasını sağlamaya ye-terli değildir. Bu noktada belirtmek gerekir ki makul olmayan yargılama süreleri, Devle-tin özel teşebbüsler bakımından öngörülen pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemesi-nin meşru gerekçesi değildir.

Yine iptali talep edilen cümlelerin Anayasa Mahkemesi kararının gereklerini karşı-lamadığı yukarıda detaylı biçimde açıklanmıştır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümlelerin ve iptali talep edilen cümlelerin gerekçesinde ratio legis'in ; “söz konusu sektörün dinamik-leri ve aktörleri de dikkate alınarak kamu yararı ve bireysel yarar arasında dengeli, ölçülü bir düzenlemenin hayata geçirilmesi” olduğu kaleme alınmıştır. Ne var ki iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümlelerin değişik formülasyonu da bu amacı gerçekleştirmeye elverişli değildir.

Öte yandan 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 359., 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3 ve 11 ., 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 54 ve 55., 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 128. maddelerinde öngörülen düzenle-melerin yürürlükte oluşu; bahsi geçen amacı gerçekleştirmeye, caydırıcılığı sağlamaya elverişlidir. O halde kanun koyucu tarafından ihtilaflı düzenlemenin içerdiği konu, ka-nunlaştırılacak idiyse; mer'i mevzuat hükümleri de nazara alınarak; birbiriyle mütenakız uygulamalara olanak verecek bir zemin hazırlanmamalıydı.

Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare ve cümleler, Anayasa'nın 2 ve 13. maddelerine aykırıdır.

iii)Eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri, eşitlik ilkesi, mülkiyet hakkı ve teşebbüs özgürlüğü bakımından: İptali talep edilen ibareyle sayılı Kanunlara ve sayılı fıkralara aykırı fiilleri işlediği tespit edilenlerin bu Kanun kapsamında yürütülen faaliyetlere ilişkin verilen belgelerinin, soruşturma ve/veya kovuşturma başlatılması durumunda askıya alınması; iptali talep edilen ikinci cümleyle askıya alma süresince söz konusu tesis veya işyeri için başkaca bir belge düzenlenmemesi; iptali talep edilen üçüncü cümleyle tüzel kişilerin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından tüzel kişinin yararına işlenmesi durumunda da askıya alma işleminin uygulanması; iptali talep edilen dördüncü cümleyle Bakanlıkça askıya alma işleminin kaldırılıp kaldırılmayacağının altı ayda bir değerlendirilmesi; iptali talep edilen beşinci cümleyle kovuşturmayla yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi üzerine ya da mahkûmiyet dışında bir hüküm veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde kesinleşmesi beklenmeksizin Bakanlık tarafından askıya alma işleminin ortadan kaldırılması mülkiyet hakkının ve teşebbüs özgürlüğünün uygulanma alanı dâhilindedir.

Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol

edilmemesi 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).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu belgelerle benzer niteliğe sahip işletme ruhsatlarını ve lisanslarını, mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirmektedir:

“36. İşletme faaliyeti bünyesindeki bir ruhsat malvarlığı değerleri arasında olup bunun iptali edilmesi Protokol No. 1 Madde 1 tarafından güvence altına alınan haklara bir müdahale niteliğindedir (Megadat.com SRL v. Moldova, §§ 62-63; Bimer S.A. v. Moldova, § 49; Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd. v. Poland, § 49; Capital Bank AD v. Bulgaria, § 130; Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden, § 53; Vékony v. Hungary, § 29; Fredin v. Sweden (no. 1), § 40; Malik v. the United Kingdom, § 90).

37. İptali bir bankanın otomatik olarak tasfiye sürecine girmesine yol açan bankacılık ruhsatı/lisansı da malvarlığı değerleri arasındadır (Capital Bank AD v. Bulgaria, § 130).

38. Ayrıca, ülke çapında karasal televizyon yayın lisansı, yayın frekansları tahsis edilmediğinde özünü yitirmektedir (Centro Europa 7 S.R.L. and di Stefano v. Italy [BD], § 177).

39. Benzer şekilde, başvurucunun su ürünleri işletmesinin rutin bir unsuru olarak midye yavruları avlama izni malvarlığı kapsamında olup bunun geçici süreyle yasaklanması söz konusu izne getirilmiş bir kayıtlama olarak görülmektedir (O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. Ireland, § 89).”

Yine AIHM, ruhsatın yahut lisansın iptal edilmesini ve şirketin faaliyetlerinin geçici olarak yasaklanmasını, mülkiyet hakkı bağlamında ele almaktadır:

“113. ... – başvuruçuların işletme ruhsatının, kamu makamlarınca ilgili kararlarda herhangi bir kamu yararı gerekçesine dayanılmaksızın iptal edilmesi; Vassallo v. Malta, § 43 – taşınmaza el atılma tarihinden itibaren ilk el etma amaçlarına uygun olarak somut bir kullanım olmaksızın yirmi sekiz yıl geçmesinin, kamu yararı koşulu bakımından Protokol No. 1 Madde 1 çerçevesinde sorun doğurması; ve Megadat.com SRL v. Moldova, § 79 – kamu makamlarının başvuruçucu şirketin ruhsatını/lisansını iptal ederken herhangi bir sahîh ve tutarlı politika izlediğinin Mahkemeyi tatmin edecek ölçüde gösterilmemesi).”

“359. Nihayet yakın tarihli bir vakada, olgunlaşmamış midye (midye yavrusu) avlayan bir şirket, İrlanda Hükümeti'nin Avrupa Birliği çevre mevzuatına uymakla mali kayba sebep olduğundan yakınmıştır. Hükümet, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (“ABAD”) İrlanda'nın iki AB çevre direktifi çerçevesindeki yükümlülüklerini yerine getirmede başarısız olduğuna karar verdikten sonra, 2008'de, şirketin faaliyetlerini yürüttüğü limanda midye yavrusu avlanmasını geçici olarak yasaklamıştır. Böylece, şirketin elinde 2010 yılında satmak için hiç olgun midyesi kalmamış ve bir kar kaybı meydana gelmiştir. Mahkeme, hem çevrenin korunmasının hem de muhatap Devletin AB hukuku çerçevesindeki yükümlülüklerinin meşru amaç olduğunu gözlemlemiştir. Bir tacir olarak şirket, Devletin AB kurallarına uyma gereğinin işini etkileyebileceğinin farkında olmalıydı.”

Bununla birlikte AİHM, 16.06.2021 kesinleşme tarihli ve 21392/08 Başvuru No'lu Karahasanoğlu / Türkiye kararında olduğu gibi; ihtiyadi tedbir kararının mülkiyet hakkını ihlal edip etmediğine yönelik muhakemeyi birtakım kıstaslar çerçevesinde yürütmektedir: tedbirin adil bir denge gözetilerek konulması, başvuran üzerinde aşırı yük oluşturmaması, tedbirin uygulanma süresi, kısıtlamaların kapsamı ve usuli güvencelerin varlığı... :

“149. ... Mahkeme içtihatlarına göre, müdahalenin niteliği izlenen amaç, müdahale edilen mülkiyet haklarının niteliği ve başvuranın ve müdahalede bulunan Devlet makamlarının tutumu; itiraz edilen tedbirin adil denge ilkesine uygun olup olmadığının ve özellikle, başvuranlar üzerinde aşırı bir yük oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesinde kullanılan temel faktörler arasındadır (Forbk. minster Enterprises Limited / Çek Cumhuriyeti, no. 38238/04, § 75, 9 Ekim 2008).

150. Mahkeme, yargılama taraflarından birine ait olan mülke el konulmasının, esas olarak katı ve kısıtlayıcı bir tedbir olduğunu kaydeder. Bu durum, bir malikin işletme faaliyetlerini ve hatta yaşam koşullarını riske atacak derecede, malikin haklarını etkileyebilir (bk. JGK Statyba Ltd ve Guselnikovas / Litvanya, no. 3330/12, § 129, 5 Kasım 2013). Ancak Mahkeme bankaların istikrarının ve yatırımcıların ve alacaklıların menfaatlerinin geniş şekilde korunması gerektiğini ve yerel makamların bu tür konuların nasıl ele alınacağını tercih edilmesi konusunda geniş bir takdir yetkisinden faydalandığını kabul etmiştir (bk. diğer kararlar arasında, yukarıda anılan International Bank for Commerce and Development AD ve Diğerleri, § 124). Başvuranın varlıklarına geçici olarak el konulması için izlenen hedefler ve yukarıda bahsedilen meşru amaç arasında sağlanması gereken denge ile ilgili olarak; Mahkeme, başvuranın bu husustaki beyanlarının genel mahiyetinin tedbirin aşırı uzun süreli olduğu iddiasının doğruluğunu sorguladığını kaydeder.

151. Mahkeme, uzun süreli ihtiyati tedbirlerin 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edilmesine neden olduğu önceki davalarda, ihlal tespit edilmesinin, bazı faktörlere dayandığını kaydeder. Kısıtlamaların yürürlükte kaldığı sürecin, Mahkeme'nin değerlendirmesi bakımından önemli olmasına karşın (bk. yukarıda anılan Forminster Enterprises Limited, § 77), kısıtlamaların kapsamı ve mahiyetiyle birlikte usuli güvencelerin varlığı veya yokluğu da bu değerlendirme bakımından önemlidir.

152. Örneğin, JGK Statyba Ltd and Guselnikovas (yukarıda anılan, §§ 130-33) davasında, ihlal yalnızca kısıtlamanın on yıldan uzun bir süre boyunca yürürlükte kalmasına değil, aynı zamanda yerel mahkemelerin alternatif ve daha az kısıtlayıcı tedbirler almayı değerlendirmemesi ve konuyu tutarsız bir biçimde ele almasına dayanmıştır. Zira, başvuran şirketin mülkiyet hakları daha önceki kesin ve bağlayıcı kararda kati suretle tespit edilmiştir. Tedbirlerin ceza yargılamaları bağlamında iki buçuk yıl devam ettiği Džinić (yukarıda anılan, §§ 70-82) davasında; Mahkeme, el konulan mülkün değerinin suçun işlenmesiyle elde edildiği iddia edilen maddi kazancın dokuz katından daha fazla olması ve yerel mahkemelerin bu hususta herhangi bir değerlendirme yapmaması nedeniyle tedbirin orantısız olduğunu tespit etmiştir. Uzan ve Diğerleri (yukarıda anılan, §§ 212-15) davasında, başvuranların yakınlarının veya müdürlerinin, bir bankanın faaliyetlerine ilişkin kamu fonlarını kötüye kullanmaktan dolayı yargılanmaları nedeniyle başvuranlara ihtiyati tedbirler uygulanmıştır. Bazı başvuranlar açısından söz konusu tedbirler on yıl boyunca sürmüştür; diğer başvuranlar açısından ise Mahkeme'nin karar verdiği tarihte bu tedbirler yerel mahkemelerce halen sürdürülmekteydi. Mahkeme ihlal tespitinde çeşitli faktörleri göz önünde bulundurmıştır. Söz konusu tedbirlerin ilk etapta uygulanmasının orantılı olarak değerlendirilebileceğini belirtirken, kısıtlamaların derecesinin oldukça geniş olduğunu ve zaman içerisinde orantısız hale geldiğini tespit etmiştir.

Mahkeme bu bağlamda, başvuruların tedbirlerin münferit olarak değerlendirilmesinden faydalanamadıklarını, bu tedbirlerin otomatik, genel ve katı bir şekilde uygulandığını ve ceza yargılamalarının sona ermesinden veya beraatle sonuçlanmasından sonra dahi devam ettiğini ve ödeme kararlarının yetkili mahkemelerce iptal edildiğini vurgulamıştır. Başvuranlar ayrıca, taraf olmadıkları ceza yargılamaları kapsamında kendileri bakımından uygulanan söz konusu tedbirlere etkin şekilde itiraz etmek amacıyla herhangi bir usuli güvenceden faydalanmamışlardır. Mahkeme son olarak, dava dosyasında, başvuruların suçların işlenmesine dâhil olduklarını gösteren herhangi bir kanıt bulunmadığını ifade etmiştir.”

Anayasa Mahkemesi de 23.07.2020 tarihli ve 2017/26532 başvuru nolu Şeyhmus Terece kararında mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden tedbirleri, AİHM perspektifi çerçevesinde yorumlamıştır:

“28. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden tedbirlerin makul bir sürede sonuçlanmadığına ilişkin iddia ve şikâyetleri -ister bir suç isnadı isterse de bir medeni hak ve yükümlülüğe ilişkin olsun- mülkiyet hakkına etkileri kapsamında değerlendirmektedir. AİHM, mülkiyeti sınırlandıran tedbirlerin Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesine göre adil olabilmesi için mülkün sahibinin güncel zararının kaçınılmaz olandan daha fazla olmaması gerektiğini sıklıkla vurgulamaktadır (Raimondo/İtalya, B. No: 12954/87, 22/2/1994, § 33; Borzhonov/Rusya, B. No: 18274/04, 22/1/2009, § 61; Jucys/Litvanya, B. No: 5457/03, 8/1/2008, § 36). Bu bağlamda East/West Alliance Limited/Ukrayna (B. No: 19336/04, 23/1/2014, §§ 166-218) kararında, başvurunun mülkünden on yıl boyunca yoksun kalmasına yol açan el atma tedbirinin mülkiyet hakkına ölçüsüz bir müdahale olduğu sonucuna varılmıştır. Jucys/Litvanya kararında ise elkoyma tedbirinin yaklaşık 8,5 yıl sürdüğüne vurgu yapılarak mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin başvuruca aşırı ve orantısız bir külfet yüklediği belirtilmiştir (Jucys/Litvanya, §§ 34-39). Poiss/Avusturya (B. No: 9816/82, 23/4/1987) kararında ise başvurunun taşınmazını kullanmasının ve üzerinde tasarruf etmesinin geçici olarak önüne geçen bir tedbirin uygulanması, mülkiyet hakkına müdahale olarak görülmüştür. AİHM, başvuruyu mülkiyetten barışçıl yararlanmaya ilişkin birinci kural çerçevesinde incelemiş ve müdahaleye konu tedbirin yirmi dört yıldır devam ettiğine dikkat çekerek başvurunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olmadığına karar vermiştir (Poiss/Avusturya, §§ 61-70).”

Öte yandan 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. Zira Anayasa Mahkemesi de bir kararında:

“Özel girişimlerin ulusal ekonominin gereklerine uygun yürümesini sağlayacak önlemler alınması siyasi iktidarların tercihi bırakılmıştır. İktidarlar uygun buldukları önlemleri, Ana-yasa'da yer alan kurallara aykırı olmamak koşuluyla, kendi ekonomik politikaları çerçevesinde belirlerler. Anayasa'nın 48. maddesi ile özel teşebbüsleri ulusal ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara göre koruma ve geliştirme görevi Devlete verilmiştir. Devletin bu madde uyarınca yerine getirmesi gereken görevi, özel teşebbüsün gelişmesini sağlayacak doğrultuda ekonomik ve sosyal politikalar uygulamak, özel teşebbüse güvenli çalışma ortamı sağlamaktır. Yasa koyucu, devletin üstlendiği görevleri ve is-tenilen kamu hizmetlerini yerine getirebilmesi için ulusal ekonomiyi zarar tarzındaki ödemelerden arındırma yetkisini kullanmasını siyasal ve ekonomik bir zorunluluk olarak kabul etmektedir. Devlet, bu amacı gerçekleştirme yönünde milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara

uygun olarak anayasal sınırlar içinde kimi düzenlemeler getirebileceği gibi bunları değiştirmeye ve kaldırmaya da yetkilidir.”

şeklinde gerekçe kaleme almak suretiyle bu hususu vurgulamıştır (Anayasa Mahkemesi’nin 20.11.2003 tarihli ve 2002/32 E.; 2003/100 K. sayılı Kararı). Kanun koyucu da kamu zararını önlemek amacıyla özel teşebbüsler bakımından ihtilaf konusu askıya alma ko-nulu önlemi öngörmüştür. Ancak bu tedbirin, açıklandığı üzere Anayasa’nın diğer hü-kümlerini ihlal etmesi; kanun koyucunun ekonomik politikalara ilişkin tercihini hukuka aykırı biçimde yapmasına neden olmaktadır.

Başka bir anlatımla tütün ve sayılı diğer piyasalardaki aktörler, maliki bulundukları bu belgeleri kullanmak suretiyle; teşebbüs özgürlüğüne binaen faaliyette bulunmaktadır. O halde bu belgelerin askıya alınması (ve askıya alma süresince söz konusu tesis veya işyeri için başkaca bir belge düzenlenmemesi ve söz konusu kişi tarafından tüzel kişinin yararına işlenmesi durumunda da askıya alma işlemi uygulanması); söz konusu aktörlerin piyasa faaliyetlerinin geçici bir süre durdurulması (nedeniyle şirketin kontrol edilememesi, mamelekin azalması-Zira, bu belgelere istinaden faaliyette bulunup mal varlığını arttırmaya yönelik meşru beklentisi bulunmaktadır.-) anlamına geleceğinden; mülkiyet hakkına ve teşebbüs özgürlüğüne müdahale oluşturacaktır. Bu müdahalenin hukuka uygun kılınması, Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarının gereklerinin karşılanmasıyla mümkündür. Ancak yukarıda defaatle açıklandığı üzere; [(7423 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki fıkra da olduğu gibi) ilk derece mahkemesince verilecek bir mahkumiyet kararı aranmaması (İlk derece mahkemesinin mahkumiyet kararı, fiilin o muhatap tarafından işlendiğine dair kuvvetli-makul şüpheyi aşan karine teşkil etse de; bu durum dahi, kesin hükmün bağlayıcılığı ilkesini-masumiyet karinesini ihlal etmektedir.); tedbir almayı gerektirecek fiillerin kamu sağlığını veya tütün ve alkol piyasasının güvenliğini bozucu nitelikte olması durumu bakımından mevcut delil durumunun değerlendirilmemesi; ilgili muhatabın tütün ve ilgili diğer piyasalardan tamamen uzaklaşması sonucu doğuracak nitelikte çok uzun bir zaman dilimi için orantısız biçimde bu tedbirin uygulanması nedeniyle] bu tedbirin orantılı olmaması söz konusu müdahaleyi, hukuka aykırı hale getirmektedir. Buna ilave olarak elbette sınırlandırmanın amacı, kamu yararı (“uzun sürmesi muhtemel adli süreç esnasında yasa dışı üretim, satış ve suçun faaliyetlerini devam ettirme ihtimaline karşılık oluşacak kamu zararını önlemek”)dır; ancak tedbirin çok uzun süreli (altı aylardan oluşan bir zaman kümesi) olması (ve askıya alma süresince söz konusu tesis veya işyeri için başkaca bir belge düzenlenmemesi), kamu yararı meşru amacının sınırlarını aşmakta, muhatabın üzerinde aşırı bir yük oluşturmakta, Anayasa’nın 13. maddesindeki ölçülülük ilkesini de çiğnemektedir. Ezcümle bu tedbir; amacı gerçekleştirmek için orantılı, daha az sınırlayıcı ve ölçülü (bu külfete katlanmayı kaçınılmaz olarak gerektirecek) bir tedbir değildir. İptali talep edilen ibare ve cümleler, “teminat göstererek faaliyetin devamına imkân tanınması gibi daha hafif bir müdahale aracı” değildir; gerek tütün yetiştiriciliğinin gerek içki üretiminin (özellikle şarap fermantasyonunun) spesifik, hassas ve zamanla yarışan süreci nazara alınarak; daha hafif yaptırımların öngörülmemesinin sebebi anlaşılamamaktadır.

Buna ilave olarak tedbire itiraz söz konusu olduğunda; bu itirazın kısa sürede karara bağlanmasına yönelik bir usul güvencesi de öngörülmemiştir. Halbuki ruhsat iptaline ilişkin idari işlemin iptali için açılan davaların, yargılama süresinin makullüğü şartını karşılamadığı AİHM kararlarına konu olmuştur:

“Mate / Türkiye (Başvuru No. 39327/02, 25 Ekim 2005) 1997 yılında yerel idare, başvurucunun lokantasına ait alkollü içki ruhsatını iptal etmiş ve başvurucunun lokantasını

işletmesini yasaklamıştır. Başvurucu, İdare Mahkemesi önünde yargı denetimi sürecini başlatmış ve mahkemeden ruhsat iptali kararını kaldırmasını istemiştir. İdare Mahkemesi 1998 yılında başvurunun talebini reddetmiştir. Başvurucu, Danıştaya temyiz başvurusunda bulunmuş ve ruhsat iptalinin durdurulmasına yönelik ihtiyati tedbir talep etmiştir. Danıştay 1998 yılında ihtiyati tedbir talebini reddetmiş, 2001 yılında İdare Mahkemesinin kararını esastan onaylamış ve başvurunun taleplerini reddeden nihai kararını da 2002 yılında vermiştir.

AIHM söz konusu idari davaların dört yıl sekiz ay sürdüğünü kaydetmiş ve bu uzun sürenin koşullarını yargılamaların uzunluğunun makul olup olmadığına ilişkin değerlendirmede kullanılan dört kriter ışığında incelemiştir. İdare Mahkemesinin 1998 yılında verdiği kararın tarihi ile Danıştayın bu karara yönelik temyiz talebine dair 2001 yılında verdiği hüküm arasında neredeyse iki yıl sekiz ay geçmiştir. Mahkeme, Danıştayın ilk kararı ile nihai kararı arasında da yaklaşık bir yıl dört ay bulunduğunu kaydetmiştir. Her iki duruma ilişkin olarak da Mahkeme, hükûmetin dilekçelerinde bu gecikmeleri mazur gösteren tatmin edici bir açıklama sunulmamış olduğunu dile getirmiştir. AIHM bu aşırı gecikmenin başvurunun tutumuna değil, davalı devletin temyiz sistemine atfedilebileceğini belirterek, 6(1). maddede korunan yargılama süresinin makullüğü şartının ihlal edilmiş olduğunu tespit etmiştir.”

Yine sayılı fıkralara aykırı fiilleri işlediği tespit edilenlerin bu Kanun kapsamında yürütülen faaliyetlere ilişkin verilen belgelerinin, soruşturma ve/veya kovuşturma başlatılması durumunda askıya alınması (ile söz konusu kişi tarafından tüzel kişinin yararına işlenmesi durumunda da askıya alma işleminin uygulanması) ve askıya alma süresince söz konusu tesis veya işyeri için başkaca bir belge düzenlenmemesi, teşebbüs hürriyeti bağlamında eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Zira Anayasa’nın 10. maddesi uyarınca Devlet, Anayasa’nın 48. maddesinde yer alan 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 ise, somut olayda benzer durumda olanlara ilişkin bir muamele farklılığı yapmayı meşrulaştıracak “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır.

Nitekim 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 açıklandığı üzere; uzun süreli biçimde (altı aylardan oluşan bir zaman kümesi) ve fiillerin kamu sağlığını veya tütün ve alkol, içki piyasasının güvenliğini bozucu niteliği aranmaksızın doğrudan bu tedbirin uygulanması; tütün ve alkol, içki piyasasındaki aktörler arasında yer alan “tedbirin muhatabı özel teşebbüs” için Devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirememesine; Anayasa’nın 10. maddesinde temelini bulan eşitlik ilkesinin aksine aktörler arasında haklı nedene dayanmayan ayırım ve muamele farklılığı yapmasına neden

olacaktır. Kaldı ki bir özel teşebbüse yönelik bu türden bir iddia ve isnadın varlığı dahi; diğer aktörler karşısında, onun değer/itibar kaybına uğraması için yeterlidir.

Buna ilave olarak yukarıda açıklandığı üzere kovuşturmaya yer olmadığına dair karar ile mahkûmiyet dışında bir hüküm veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına kararı bakımından haklı neden olmaksızın karar türleri arasında ayırım yapılmıştır. Bir an için bu ayırımın nedeni olarak Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararının gerekçesinin

“34. Diğer yandan faaliyete ilişkin belgelerin askıya alınmasına neden olan fiil sebebiyle yapılacak ceza yargılamasının idari tedbir üzerindeki etkisi de orantılılık incelemesinde gözetilmelidir. Buna göre idarenin faaliyeti askıya alma işlemi, Cumhuriyet Başsavcılığınca kovuşturmaya yer olmadığına dair karar veya mahkeme kararı kesinleşinceye kadar devam edecektir. Kanun'da tedbir işleminin değişen koşullara göre soruşturma ve kovuşturma aşamasında gözden geçirilmesine imkân tanıyan bir düzenleme bulunmadığı gibi, kişi hakkında yürütülen ceza yargılamasında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar veya beraat kararı verildiği ancak henüz kesinleşmediği döneme dair bir istisnanın da yer almadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kişi hakkında yürütülen ceza yargılamasında idarenin tespitinden farklı bir değerlendirme yapıldığı durumlarda kuralın idarenin tedbir işlemini sebep unsuru yönünden yeniden gözden geçirmesine imkân tanımadığı sonucuna ulaşılmıştır.”

şeklindeki bölümü olduğu ileri sürülebilir. Ancak kanun koyucu, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesini aramaktadır. Yine kesinleşmeme durumunu beraat kararına özgülememiş; mahkûmiyet dışında bir hükme veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına genişletmiştir.

Yine iptali talep edilen cümlelerin Anayasa Mahkemesi kararının gereklerini karşılamadığı yukarıda detaylı biçimde açıklanmıştır.

Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare ve cümleler; Anayasa'nın 10, 13, 35 ve 48. maddelerine aykırıdır.

iv)Sosyal devlet ilkesi; Devletin temel amaç ve görevleri; tarım ve bu üretim dalında çalışanların korunması; özel teşebbüs hürriyeti; Devletin tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini planlama görevi ve mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma yükümlülüğü bakımından: Anayasa Mahkemesi bir kararında:

“Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtil-mektedir. Sosyal hukuk devleti de insan hak ve özgürlüklerine saygı gösteren, birey ve toplum arasında denge kuran, özel girişimciliğin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, işsizliği önleyici ve ulusal gelirin adaletli biçimde dağılmasını sağlayacak önlemleri alan devlettir.

Anayasa'nın 5. maddesinde, kişinin temel hak ve özgürlüklerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli koşulları hazırlamaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmış, Anayasa'nın 45. maddesiyle de tarımsal üretim planlamasını yapma görevi Devlete verilmiştir. ...

...

“Anayasa'nın 45. maddesi tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunmasına ilişkin olup, Devlete hem tarım arazisinin varlığını koruma, hem de tarımla uğraşanların yaşam düzeyini yükseltme ödevi yüklemektedir.

...

Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrasına göre, Devletin özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak önlemleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. ...

...

Anayasa'nın 166. maddesi ise planlamaya ilişkin olup, ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmanın bir plan çerçevesinde gerçekleştirilmesi ilke olarak kabul edilmekte, ayrıca, planlamanın ülke kaynaklarının değerlendirilip verimli kullanılmasını sağlayacak, ekonominin tüm sektörleri ile ülke bütününde dengeli ve uyumlu gelişmeyi sağlamaya yönelik biçimde yapılacağı, planlarda millî tasarrufu artırıcı, yatırıma, istihdamı geliştirici ve yatırımları toplum yararına yöneltici önlemlere öncelik verileceği belirtilmektedir.

...

Anayasa'nın 167. maddesi, piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesine ilişkin olup, Devlete para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici önlem alma ve piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme yükümlülüğü getiren bir düzenlemedir.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında da belirtildiği gibi, sosyal devlet ekono-mik açıdan müdahaleci devlettir. Anayasamız, mülkiyet hakkını, özel girişim özgürlüğünü kabul etmekte, aynı zamanda bütün çağdaş anayasalarda olduğu gibi kamu yararı amacıyla bunlara sınırlamalar getirelebilmemesini ve özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini sağlayacak önlemlerin alınmasını öngörmektedir. Anayasa'nın “kişilerin ve toplumun refah huzur ve mutlu-luğunu sağlamak” görevini Devlete veren 5. maddesi, “özel teşebbüslerin millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri” almakla görevlendiren 48. maddesi, “ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayi ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızlı gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirme-sini yaparak verimli şekilde kullanılmasını” planlama görevi veren 166. maddesi ve Devletin “para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı önlemleri alacağını” öngö-ren 167. maddesi hükümleri, Devletin gerektiğinde ekonomik hayata müdahale edebileceğini göstermektedir.

...”

şeklindeki gerekçeyi kaleme almıştır (20.11.2003 tarihli ve 2002/32 E.; 2003/100 K. sayılı Kararı). O halde Anayasa'nın 2, 5, 45, 48, 166 ve 167. maddeleri bir küle olarak değerlendirildiğinde ve Anayasa'nın sistematik yorumu uyarınca; bütün ve sayılı diğer pi-yasalar bakımından öngörülen askıya alma konulu tedbir, Devletin sosyal devlet niteli-ğinin, temel amaç ve görevlerinin, bütün ve sayılı diğer piyasalar özelinde tarım ve bu üretim dalında çalışanların korunması yükümlülüğünün; bütün ve sayılı diğer piyasalar özelinde tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini planlama görevinin (Zira, yukarıda

sayılı Kanunlara ve sayılı fıkralara konu fiiller, nihayetinde tütün yetiştiriciliği yapılan ve içkilerin -arpa, üzüm gibi- hammaddesinin üretildiği toprakla-rın kullanımına ve bu sektörde bireylerin istihdam edilmesine etki edecektir.), tütün ve sayılı diğer piyasalar özelinde mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbir alma yükümlülüğünün bir gereği olarak; milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütmesini sağlamak amacıyla özel teşebbüsle-rin faaliyetlerine yönelik getirdiği sınırlandırmaların somut bir görünümüdür. Zira iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümlelerin ve iptali talep edilen cümlelerin hükmünün gerekçesinde de (“uzun sürmesi muhtemel adli süreç esnasında yasa dışı üretim, satış ve suçun faaliyetlerini devam ettirme ihtimaline karşılık oluşacak kamu zararını önlemek”) bu husus, vurgulanmaktadır. Ancak yukarıda açıklandığı üzere söz konusu tedbirin ve tedbirin fer’i hükümlerinin, Anayasa’nın anılan amir hükümlerine aykırı olması; sayılı Kanunlara ve sayılı fıkralara aykırı fiilleri işlediği tespit edilen (iddia edilen) firmaların rekabet kabiliyetine zarar gelmesine ve sistem dışına itilmesine; kamu yararına aykırı şekilde belli özel teşebbüslerin himaye edilmesine; özel teşebbüslerin mameleklerinin ve teşebbüs hürriyetlerinin korunmasına elverişli ortam hazırlanamamasına; tütün ve alkollü içkilerin (bira, şarap, distile alkollü içkiler gibi) üretiminde kullanılan üzüm, şarap-lık üzüm, anason, şerbetçi otu, arpa vb. yetiştiriciliği ve sayılı diğer piyasalar özelinde tarım yapmaya elverişli ve kaliteli toprakların korunamamasına ve burada alternatif ürün yetiştiriciliği yapılamamasına; tütün ve alkollü içkilerin üretiminde kullanılan üzüm, şaraplık üzüm, anason, şerbetçi otu, arpa vb. yetiştiriciliği yapan bölgelerimizin kalkınmalarının olumsuz etkilenmesine; tütün ve alkollü içkilerin üretiminde kullanılan üzüm, şaraplık üzüm, anason, şerbetçi otu, arpa vb. yetiştiriciliği yapan bölgelerimizin kalkınmalarının olumsuz etkilenmesine; tütün ve alkollü içkilerin üretiminde kullanılan üzüm, şaraplık üzüm, anason, şerbetçi otu, arpa vb. yetiştiriciliği ve sayılı diğer piyasalar özelinde tarım politikalarının milli tasarrufu ve üretimi artırıcı, yatırım ve istihdamı ge-liştirici, verimli, dengeli biçimde planlanamamasına; dünya piyasasında yerli tütüne, ül-kemizde üretilen alkollü içkilere (şarap gibi) talebin azalmasına yahut çok uluslu şirket-ler tarafından yerli tütünün, ülkemizde üretilen alkollü içkilerin ham halinin yok pahası-na satın alınmasına; tütün, alkollü içki (şarap gibi) ve sayılı diğer sektörlerde çalışanla-rın iş bulma opsiyonunun daralmasına; Devletin denetiminde tütün, alkollü içki (şarap gibi) ve sayılı diğer sektörlerde serbest piyasa koşullarının oluşmasının engellenmesine ve piyasanın tekelleşme yahut kartelleşmeye açık hale gelmesine; ekonomi politik pers-pektifinden tütünün ve alkollü içkilerin stratejik ürün olma özelliğinin yadsınmasına; gastronomi alanında içki çeşitliliğinin azalması nedeniyle turizm sektörünün olumsuz yönde etkilenmesine ve ülkemizin kültürel yönden tanıtılamamasına; ülkemizde yaygın görülen ve endemik olan üzüm bağları ile meyilli arazilerde yetiştirilebilen tarım ürün-lerinden elde edilen ve marka değeri itibarıyla katma değeri yüksek olan alkollü içkile-rin bilhassa şarabın itracatının düşmesine ve dolayısıyla dünya alkollü içki pazarında Türk markalarının payının küçülmesine; alkollü içki üretiminde kullanılan hammadde-den alınacak vergi gelirlerinin azalmasına; en nihayetinde kamu maliyesi bakımından yük doğmasına dolayısıyla milli ekonominin zarara uğramasına ve dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olacağından, iptali talep edilen ibare ve cümleler, Anayasa’nın 2, 5, 45, 48, 166 ve 167. maddelerine aykırıdır.

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

İptali talep edilen ibarenin ve cümlelerin kanunlaştırılmasının hukuki saiklerinden birinin Anayasa Mahkemesi’nin 26.07.2023 tarihli ve 2023/32 E.; 2023/138 K. sayılı Kararı

olduğu yukarıda açıklanmıştır. Anayasa Mahkemesi, eldeki dava konusuyla aynı içeriğe sahip bir hüküm ihtiva eden ve söz konusu iptal kararına konu ibareye yönelik “Anayasa’ya Aykırılık Sorunu” temellendirmesinde:

“10. Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrasında “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” denilerek yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme hakkı ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır.

11. Anayasa’nın anılan maddesine “...adil yargılanma...” ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerle de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır (AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019, § 21).

12. Anayasa’nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.” şeklinde de açıkça ifade edilen ve Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının da bir unsuru olan masumiyet karinesi, ceza hukukunun temel ilkelerinden olup 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.

13. Masumiyet karinesi uyarınca, bir kişinin suçlu olarak nitelendirilebilmesi ve hakkında ceza hukukunun alanına giren yaptırımların uygulanabilmesi, kesin hükümle mahkûm olmasına bağlıdır. Anayasa’nın 38. maddesinde yer alan bu güvencenin mahkeme kararına işaret ettiği açıktır. Dolayısıyla bağımsız bir mahkeme tarafından verilen bir hüküm bulunmaksızın kişilerin suçlu kabul edilmesi masumiyet karinesi güvencesiyle de çelişebilir. Nitekim kişinin suçluluğuna bağımsız mahkemece karar verilmesini öngören anayasal güvence feragat edilebilir nitelikte değildir (AYM, E.2013/133, K.2013/169, 26/12/2013; E.2022/72, K.2023/3, 5/1/2023, § 27).

14. Bununla birlikte Anayasa’nın 36. ve 38. maddeleri ile AİHS’in 6. ve 7. maddeleri kapsamında suç ve cezalar ile ceza yargılamasına ilişkin güvencelerden söz edilebilmesi için cezai alanda yöneltilmiş bir suç isnadının varlığı gerekir. Bir yaptırımın veya hukuki bir tasarrufun/işlemin hangi koşullarla suç isnadı niteliğinde sayılıp suç ve cezalara ilişkin güvenceler kapsamında değerlendirilebileceği Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında açıkça ifade edilmiştir (D.M.Ç., B. No: 2014/16941, 24/1/2018; B.Y.Ç., B. No: 2013/4554, 15/12/2015; Selçuk Özbölük, B. No:2015/7206, 14/11/2018; bu yöndeki AİHM kararları için bkz. Engel ve diğerleri/Hollanda [GK], B. No: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8/6/1976; Benham/Birleşik Krallık [BD], B. No: 19380/92, 10/6/1996).

15. Anılan kararlarda yer verilen ilkeler bağlamında bir yaptırımın veya hukuki bir tasarrufun/işlemin suç isnadı niteliğinde sayılabilmesi için öncelikle isnadın 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu veya özel kanunlarda suç olarak düzenlenip düzenlenmediği tespit edilmelidir. Mevzuatta isnadın suç olarak nitelendirildiği durumlarda ilgili yaptırım suç isnadı sayılacaktır. Buna karşın mevzuatta suç olarak düzenlenmemiş olması bir fiili doğrudan suç isnadı olmaktan çıkarmaz. Anayasa’nın 38. maddesinde düzenlenen suç isnadı özerk bir kavram olup idari yaptırım öngörülen fiilleri de kapsayabilmektedir. Bir idari yaptırımın suç isnadı kapsamında olup olmadığı değerlendirilirken ilgili hukuk normunun hedef kitlesinin

belirli bir gruptan mı ibaret olduğu yoksa toplumun genelini bağlayan bir karakterinin mi bulunduğu ve hukuk normunun cezalandırıcı amaçlı mı yoksa önleyici amaçlı mı olduğuna bakılır. Yaptırımın suç isnadı niteliğinde olup olmadığına dikkate alınacak üçüncü ölçüt ise cezanın ağırlığıdır. İkinci ve üçüncü ölçütler her zaman için kümülatif olmayıp alternatifli olarak da dikkate alınabilir (B.Y.Ç., B. No: 2013/4554, 15/12/2015, §§ 31-33).

16. Bu itibarla 4733 sayılı Kanun uyarınca verilen faaliyet izinlerinin askıya alınması işleminin suç isnadına ilişkin bir güvence olan masumiyet karinesine aykırılık teşkil edip etmediğinin tespiti için bu işlemin bir suç tespitine bağlı olarak yapıp yapılmadığı ve ceza niteliğinde olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir.

17. 4733 sayılı Kanun kapsamında verilen faaliyet izinlerinin askıya alınması bir ceza olarak düzenlenmemiştir. Öte yandan faaliyet izninin askıya alınmasının idari bir yaptırım olarak değil, geçici bir idari tedbir olarak düzenlendiği görülmektedir. Geçici olarak faaliyete ilişkin belgelerin askıya alınması şeklindeki tedbir cezalandırma ve caydırıcılıktan ziyade kuralın gerekçesinde de ifade edildiği üzere tütün, tütün mamulleri ve alkollü içecekler piyasasında adli süreç esnasında yasa dışı üretim, satış ve sunum faaliyetlerinin devamının ve buna bağlı oluşacak kamu zararının önlenmesi amacına yöneliktir. Yine faaliyet izninin bir süre askıya alınmasının sonuçları itibarıyla ağır bir tedbir olabileceği düşünülse de bu tedbir işleminin uygulanmasında belirleyici unsurun izin sahibinin tütün, tütün mamulleri ve alkol piyasasında faaliyet göstermeye uygunluğunun olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla faaliyet izinlerinin askıya alınması işleminin bir suç isnadı mahiyetinde olmadığı, medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili bir işlem olduğu anlaşılmaktadır.

18. Bununla birlikte medeni hak ve yükümlülükler kapsamında kalan uyuşmazlıklarda masumiyet karinesinin uygulanabileceği durumlar ortaya çıkabilmektedir. 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 açıklamalarda bulunulmamasını gerektirir. Güvencenin bu yönünün kapsamı sadece ceza yargılamasını yürüten mahkemeyle 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 bulunulmamasını 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).

19. Anılan Kanun'da, bu Kanun kapsamında yürütülen faaliyetlere ilişkin belgelerin Bakanlık tarafından verileceği düzenlenmiştir. Yine Kanun'un 8. maddesinin sekizinci fıkrasında belirli fiiller sebebiyle haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunan kişilere faaliyete ilişkin belgelerin verilmeyeceği ve verilmiş olanların da Bakanlık tarafından iptal edileceği düzenlenmiştir. Faaliyete ilişkin belgenin verilmesi ile iptal edilmesinde olduğu gibi bir idari işlem niteliğine sahip olan belgenin askıya alınmasında da -Kanun'da aksi yönde bir düzenleme bulunmadığından- Bakanlığın yetkili olduğu anlaşılmaktadır.

20. Kural uyarınca faaliyete ilişkin belgelerin askıya alınması işlemi için kişi hakkında adli sürecin başlaması gerekmediği gibi ceza mahkemesince mahkûm edilmiş olması şartı da aranmamaktadır. Askıya alma işleminin uygulanabilmesi için kural kapsamındaki fiillerin işlendiğinin Bakanlık tarafından tespit edilmiş olması gerekli ve yeterli olacaktır.

21. Kuralda, faaliyetin askıya alınması şeklindeki idari tedbirin bir suç şüphesine bağlı olarak değil Bakanlık tarafından yapılacak bir suç tespiti sonucunda uygulanacağı anlaşılmaktadır. Nitekim Bakanlık tarafından tespiti yapılması öngörülen fiillerin mevzuatta suç olarak düzenlendiği ve ceza yargılamasının konusunu oluşturduğu görülmektedir. Bu itibarla kural uyarınca idari tedbir kararı uygulanacak kişilerin anılan suçları işleyip işlemediği bir mahkeme tarafından yapılan yargılama sonucunda verilecek kesin hükümle değil bir idari işlemle tespit edilmektedir. Zira suç ve cezayı düzenleyen hükümlere aykırı bir fiil tespit etmek, suç işlendiğini tespit etmek ve faili suçlu saymak anlamına gelecektir. Dolayısıyla faaliyet izninin askıya alınması şeklindeki tedbir tek başına Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında bir ceza olarak nitelendirilemeyecekse de bu tedbirin henüz kişi hakkında suç işlediğine dair kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunmaksızın kişinin o suça ilişkin eyleminin tespit edilerek uygulanması masumiyet karinesine aykırılık oluşturmaktadır.

22. Öte yandan Anayasa'nın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. maddesinin birinci fıkrasında "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir." denilmek suretiyle çalışma özgürlüğünün bir parçası olan özel teşebbüs özgürlüğü herkes yönünden güvenceye bağlanmıştır. Özel teşebbüs özgürlüğü, her gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin tercih ettiği alanda ekonomik-ticari faaliyette bulunmak üzere teşebbüs kurabilmesini, dilediği mesleki faaliyete girebilmesini ve faaliyeti ile mesleğini devletin veya üçüncü kişilerin müdahalesi olmaksızın dilediği biçimde yürütebilmesini ifade etmektedir (AYM, E.2015/34, K.2015/48, 13/5/2015).

23. Kural uyarınca faaliyete ilişkin belgelerin kişi hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar veya mahkeme kararı kesinleşinceye kadar askıya alınması kişilerin ticari ve mesleki faaliyetleri için önemli olan birçok işlemi yapma imkânını belirli bir dönem için ortadan kaldıracığından kuralın teşebbüs özgürlüğüne sınırlama getirdiği anlaşılmaktadır.

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

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

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

27. Kuralla askıya alma işleminin Bakanlık tarafından ve ne şekilde yapılacağı ile ne kadar süreyle devam edeceğinin herhangi bir tereddüde yer vermeyecek biçimde açık ve net olarak belirlendiği gözetildiğinde kuralın belirli ve öngörülebilir olduğu anlaşılmaktadır.

28. Anayasa'nın 48. maddesinde özel teşebbüs özgürlüğü mutlak bir hak olarak düzenlenmemiş olup anılan maddenin ikinci fıkrasında "Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır." hükmüne yer verilmek suretiyle millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlarla bu özgürlüğe sınırlamalar getirilebilmesine imkân sağlanmıştır. Nitekim maddenin gerekçesinde de "Devlet, kamu yararı olan hallerde ve millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlarla özel teşebbüs özgürlüğüne sınırlamalar getirebilir." denilerek millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçların özel teşebbüs özgürlüğü yönünden birer sınırlama sebebi olduğu vurgulanmıştır (AYM, E.2015/34, K.2015/48, 13/5/2015).

29. Kural; tütün, tütün mamulleri ve alkollü içecekler piyasasında adli süreç esnasında yasa dışı üretim, satış ve sunum faaliyetlerinin devamını ve buna bağlı oluşacak kamu zararının önlenmesini amaçlamaktadır. Bu itibarla kamu zararının önlenmesi amacıyla teşebbüs özgürlüğüne müdahalede bulunulmasının anayasal açıdan meşru bir amaca dayandığı sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak sınırlamanın meşru bir amacının bulunması yeterli olmayıp ölçülü olması da gerekmektedir.

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

31. Faaliyete ilişkin belgelerin askıya alınmasının yasa dışı üretim, satış ve sunum faaliyetlerini önleyebilecek nitelikte olduğu açıktır. Bu itibarla kuralın anılan meşru amaca ulaşma bakımından elverişli olmadığı söylenemez.

32. Faaliyet izninin askıya alınması, teşebbüsü ekonomik olarak mahva uğratabileceğinden oldukça ağır bir müdahaledir. Bu sebeple daha hafif bir müdahale aracının bulunup bulunmadığı önem taşımaktadır. Bu bağlamda faaliyet izninin askıya alınması yerine teminat göstererek faaliyetin devamına imkân tanınması da başvurulabilecek araçlardan biridir. Ancak tedbire konu faaliyet alanında çok kısa sürede oldukça yüksek sayıda ürünün yasa dışı üretim ve ticaretinin mümkün olması karşısında teminat gösterme yükümlülüğünün meşru amaca ulaşılması bakımından faaliyetin geçici olarak durdurulması kadar etkili sonuç doğurmayabileceği anlaşılmaktadır. Bu itibarla kanun koyucunun doğrudan faaliyet izninin askıya alınmasını öngörmüş olmasının takdir yetkisi kapsamında kaldığı ve gerekli olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

33. Yasa dışı faaliyetin önlenmesi bakımından idarece yapılacak tespit üzerine faaliyete ilişkin belgelerin askıya alınması etkili bir araçtır. Söz konusu tedbir işleminin bir mahkeme tarafından uygulanması gerektiğine dair anayasal güvence bulunmamakla birlikte tedbirin yargısal bir tespit olmadan uygulanacak olması hatalı değerlendirmelerin yapılması ihtimalini de beraberinde getirmektedir. Buna karşın tedbir işlemine karşı Anayasa'nın 125. maddesi

uyarınca idari yargı yoluna başvurulması ve açık bir hukuka aykırılığın bulunduğu hâllerde yargı mercilerince yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi mümkündür.

34. Diğer yandan faaliyete ilişkin belgelerin askıya alınmasına neden olan fiil sebebiyle yapılacak ceza yargılamasının idari tedbir üzerindeki etkisi de orantılılık incelemesinde gözetilmelidir. Buna göre idarenin faaliyeti askıya alma işlemi, Cumhuriyet Başsavcılığınca kovuşturmaya yer olmadığına dair karar veya mahkeme kararı kesinleşinceye kadar devam edecektir. Kanun'da tedbir işleminin değişen koşullara göre soruşturma ve kovuşturma aşamasında gözden geçirilmesine imkân tanıyan bir düzenleme bulunmadığı gibi, kişi hakkında yürütülen ceza yargılamasında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar veya beraat kararı verildiği ancak henüz kesinleşmediği döneme dair bir istisnanın da yer almadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kişi hakkında yürütülen ceza yargılamasında idarenin tespitinden farklı bir değerlendirme yapıldığı durumlarda kuralın idarenin tedbir işlemini sebep unsuru yönünden yeniden gözden geçirmesine imkân tanımadığı sonucuna ulaşılmıştır.

35. Bu itibarla tedbir işleminin değişen koşullara göre soruşturma ve kovuşturma aşamasında gözden geçirilerek kaldırılmasına veya bu süre zarfında faaliyete ilişkin belgelerin askıya alınmasından daha hafif tedbirin uygulanmasına imkân tanımayan kuralın kişilere aşırı bir külfet yüklediği ve kamu zararının önlenmesi biçimindeki amaç ile teşebbüs özgürlüğüne getirilen sınırlama arasındaki makul dengenin bozulduğu, kuralın orantısız dolayısıyla ölçüsüz bir sınırlamaya neden olduğu anlaşılmaktadır.

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

şeklinde açıklamaları kaleme almıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 13, 38 ve 48. maddelerine-benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen ibareyi ve cümleleri kanunlaştırması, Anayasa'nın 153. maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6. maddesine ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de halel getirmektedir.

Bu noktada şunu belirtmek gerekir ki kanun koyucunun, Anayasa'ya aykırı olduğuna Anayasa Mahkemesince karar verilmiş düzenlemeleri, defaatle kanunlaştırması; hukuk devleti ilkesinin aşındırıldığının somut bir görünümüdür.

vi)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 ve cümleler, Anayasa'nın 35 ve 36. maddeleriyle benzer hükümler içeren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkı ve masumiyet karinesine ilişkin 6. ve Ek 1 No'lu Protokolü'nün mülkiyet hakkına ilişkin 1. maddelerini de ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki “askıya alma süresince söz konusu tesis veya işyeri için başkaca bir belge düzenlenmemesi”; “askıya alma işleminin kaldırılıp kaldırılmayacağı altı ayda bir değerlendirilmesi” ile “kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi üzerine ya da mahkûmiyet dışında bir hüküm veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına

karar verilmesi halinde kesinleşmesi beklenmeksizin askıya alma işlemi ortadan kaldırılması''; askıya alma işlemi tesis edildikten sonra gerçekleşecektir. O halde iptali talep edilen ikinci, dördüncü ve beşinci cümleler, iptali talep edilen ibarenin fer'i hükmü olduğundan; iptali talep edilen ibarenin iptal edilmesiyle birlikte iptali talep edilen ikinci, dördüncü ve beşinci cümlelerin uygulanma imkânı kalmayacaktır.

Yine iptali talep edilen üçüncü cümle, iptali talep edilen ibarenin, tüzel kişi yararına işlenen fiiller üzerindeki izdüşümüdür. Şöyle ki tüzel kişilerin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından tüzel kişinin yararına işlenmesi durumunda da askıya alma işlemi uygulanacaktır. İptali talep edilen üçüncü cümle, iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümleye konu tedbirin uygulama alanına ilişkin olması itibarıyla; iptali talep edilen ibarenin fer'i hükmüdür. Bu nedenle iptali talep edilen ibarenin iptaliyle birlikte; iptali talep edilen üçüncü cümlelerin uygulanma imkânı kalmayacaktır.

Tüm bu nedenlerle 7491 sayılı Kanun'un 38. maddesiyle 03.01.2002 tarihli ve 4733 sayılı Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkol Piyasasının Düzenlenmesine Dair Kanun'un 8. maddesinin sekizinci fıkrasının birinci cümlesinden sonra gelen değiştirilen ilk cümlesinde yer alan "askıya alınır" ibaresi ile ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci cümleleri, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 10, 13, 35, 36, 38, 45, 48, 90, 153, 166 ve 167. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin ve cümlelerin iptali gerekir.

6) 27.12.2023 tarihli ve 7491 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 39. maddesiyle 04.01.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na eklenen ek madde 12'nin ikinci fıkrasının (b) bendi ile (c) bendinde yer alan "Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü tarafından yönetmelikle belirlenir" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

05.12.2019 tarihli ve 7194 sayılı Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 45. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesine "...; Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğünün idareler adına gerçekleştireceği taşıt alımı, taşıt kiralama, akaryakıt alımı ile ilaç, tıbbi malzeme ve tıbbi cihaz alımlarında..." şeklinde ibare eklenmiştir. Bu eklemeye göre 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (g) bendinde yer alan parasal limitin Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü'nün (DMO) idareler adına gerçekleştireceği taşıt alımı, taşıt kiralama, akaryakıt alımı ile ilaç, tıbbi malzeme ve tıbbi cihaz alımlarında uygulanmayacaktır.

Ancak söz konusu ibarenin Anayasa'nın 2, 7 ve 48. maddelerine aykırı olduğundan bahisle; CHP tarafından Anayasa Mahkemesi nezdinde iptal davası açılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 18.05.2023 tarihli ve 2020/11 E.; 2023/98 K. sayılı Kararıyla anılan ibarenin Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Bunun üzerine kanun koyucu tarafından 7491 sayılı Kanun'un 39. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'a "Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü tarafından idareler adına yapılacak alımlar" kenar başlıklı ek 12. maddesi eklenmiştir. Anılan ek maddenin birinci fıkrasına göre Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü tarafından, idareler adına yapılacak taşıt alımı, taşıt kiralama, akaryakıt alımı ile ilaç, tıbbi malzeme ve tıbbi cihaz alımları; saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenirliliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasının ve kaynakların verimli kullanılmasının sağlanması kaydıyla, bütün isteklilerin

teklif verebildiği açık veya kapalı teklif usulü, isteklilere davet göndermek suretiyle açık veya kapalı teklif istenmesi yöntemiyle yapılan belli istekliler arasında ihale usulü veya davet edilen istekli ile fiyat müzakeresi yapılan pazarlık usulüne ilişkin satın alma yöntemleri ile yapılabilecektir. Bu madde kapsamında yapılacak alımlarda; ikinci fıkrasının (a) bendine göre birinci fıkrada belirlenen satın alma yöntemleri uygulanmak kaydıyla çerçeve anlaşmalar yapılabilecektir; (b) bendine göre ceza, ihalelerden yasaklama ve sonuç bildirimine ilişkin hükümler hariç olmak üzere bu Kanun hükümleri uygulanmayacaktır; (c) bendine göre uygulanacak satın alma yöntemleri, ilan ve davet süreleri ile kuralları, doküman hazırlanması, tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve alımların sonuçlandırılması dahil ihale süreci ve çerçeve anlaşmalara ilişkin iş ve işlemler ile ilgili esas ve usuller Kurumun görüşü alınarak Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü tarafından yönetmelikle belirlenecektir.

Ne var ki söz konusu ek madde kapsamında yapılacak alımlarda ceza, ihalelerden yasaklama ve sonuç bildirimine ilişkin hükümler hariç olmak üzere 4734 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacağını kurala bağlayan anılan ikinci fıkranın iptali talep edilen (b) bendi ile uygulanacak satın alma yöntemleri, ilan ve davet süreleri ile kuralları, doküman hazırlanması, tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve alımların sonuçlandırılması dahil ihale süreci ve çerçeve anlaşmalara ilişkin iş ve işlemler ile ilgili esas ve usulleri (Kurumun görüşünü alınarak) Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü'nün çıkaracağı yönetmeliğin konusu yapan anılan ikinci fıkranın (c) bendinde yer alan ve iptali talep edilen ibare, Anayasa'ya aykırıdır. Zira kanun koyucu iptali talep edilen bent ve ibareyle (aşağıda detaylandırılacağı üzere) Anayasa Mahkemesi kararının gereklerini karşılamamıştır. İptali talep edilen bent ve ibare DMO'nun faaliyetlerini anılan normatif çerçeve içinde yürütülmesine engeldir.

i)Kamu yararı ilkesi ve hukuk devleti bakımından: İptali talep edilen bent ve ibare, öncelikle Anayasa'nın hukuk devleti ilkesini öngören 2. maddesine aykırıdır. Zira Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen temel ilkeler; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamak olarak sıralanmaktadır. 1899 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı'nın 25.12.2019 tarihli ve 30989 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanmasıyla yürürlüğe giren Ana Statü'ye istinaden teşkilatlandırılan tüzel kişiliğe sahip, faaliyetlerinde özerk ve sorumluluğu sermayesiyle sınırlı bir iktisadi devlet teşekkülü olan DMO, idareler adına yapılacak taşıt alımı, taşıt kiralama, akaryakıt alımı ile ilaç, tıbbi malzeme ve tıbbi cihaz alımlarını, (ceza, ihalelerden yasaklama ve sonuç bildirimine ilişkin hükümler hariç) Kamu İhale Kanunu'ndan, dolayısıyla sayılı ilkelerden varestesiz tutmakta, (hukuk devleti ilkesinin öğelerinden olan) kamu yararı yoktur. Ana Statü'nün "DMO'nun amacı ve faaliyet konusu" kenar başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrasına göre DMO'nun amacı, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan ya da kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının ihtiyacı olan mal ve hizmetlerin kamu yararı gözetilerek, kamu kaynaklarının etkin ve verimli biçimde kullanılması, savurganlığın önlenmesi, faaliyet alanına giren ihtiyaç konusu malzemenin standart ve kalitesinin azami ölçüde sağlanması, şeffaflık, rekabet, hesap verebilirlik prensipleri doğrultusunda iç ve dış piyasadan tedarik edilmesi ve dağıtımını için kamu kurum ve kuruluşları adına merkezi satın alma işlevini yürütmek üzere, satın almak veya alıcı kurum ve kuruluşlar ile üretici veya satıcıları buluşturmak suretiyle ihtiyaçlarının teminini sağlamaktır. O halde DMO'nun idareler adına yapılacak taşıt alımı, taşıt kiralama, akaryakıt alımı ile ilaç, tıbbi malzeme ve tıbbi cihaz alımlarının etkin, verimli, şeffaf, dürüst, hesap verilebilir, ekonomik şekilde yapılması gerekir. Ancak bu istisna hükmü, kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik sayılı ilkeleri, kaynakların etkin kullanımına ilişkin güvenceleri dışarıda bırakmakta ve 4734 sayılı Kanun'da öngörülen idareye şikayet usulünü, Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet usulünü ve Kamu İhale Kurumu incelemesi ile Kamu İhale Kurumu

kararları üzerinden ihalelerin yargısal denetimi; 4735 sayılı Kanun'da öngörülen sözleşmelerin düzenlenmesini, uygulanmasını, değiştirilmesini, fiyat farkı, sigorta, mücbir sebepler, denetim, muayene ve kabul işlemlerini, teminatları, yasak ve sorumlulukları; sözleşme uygulamalarına yönelik itiraz başvuruları ve anlaşmazlıkların çözümünü ortadan kaldırmaktadır. Diğer bir deyişle iptali talep edilen bent ve ibare, DMO'nun söz konusu alımlarının, kamu yararı ilkesine taban tabana zıt şekilde, ranta açık hale gelmesine neden olabilecektir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki anılan ek 12. maddenin birinci fıkrasındaki “saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenilirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasının ve kaynakların verimli kullanılmasının sağlanması kaydıyla” ibaresi, kamu yararını karşılamaya elverişli değildir. Zira DMO, iktisadi devlet teşekkülü olması itibarıyla Ana Statü'nün 5. maddesinde de belirtildiği üzere; alımlarını zaten söz konusu ilkeler çerçevesinde yapmalıdır. Kanun koyucu, bu ilkeleri ek 12. maddenin lafzında tekrar etmiştir. Ancak DMO'nun alımlarında kamu yararını karşılayan husus, bu ilkelerin kanun düzeyinde tekrarlanması değil; bu ilkelerin tecessüm ettiği vasıtaları havi 4734 sayılı Kanun'un tüm maddelerinin uygulanmasıdır.

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 kamu ihalelerinde / idareler adına yapılacak alımlarda 4734 sayılı Kanun'un uygulanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmadığından, kanun koyucunun bazı alımlar yönünden farklı usuller benimsemesinde Anayasal açıdan bir engel yoktur. Ancak bir alım, (ceza, ihalelerden yasaklama ve sonuç bildirimine ilişkin hükümler hariç) Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, verimlilik esas alınarak belirlenen usullerin (somut kuralların, müşahhas tatbiklerin) 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 ilkelerinden ve bu ilkelerin tecessüm ettiği somut kurallardan 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 DMO'nun söz konusu alımları, kamu yararına yönelik anılan genel mevzuat hükümlerinden bağışık tutulmuştur. Ancak bu alımları, (ceza, ihalelerden yasaklama ve sonuç bildirimine ilişkin hükümler hariç) Kamu İhale Kanunu'ndan varestede tutmak; hiçbir kamu yararı barındırmamaktadır. İptali istenen bendin ve ibarenin anılan mevzuattan bağışık tutulmasını haklı kılacak herhangi bir somut kamu yararı ve kamu hizmeti gereği gösterilmemiştir ve bulunmamaktadır. Bu nedenle, iptali istenen bendin ve ibarenin kanun koyucunun takdir yetkisi alanında olduğu kabul edilemez. İhtilaflı düzenlemeler, gerekli bir tedbir oluşturmadığı gibi, bu şekilde, kamu yararına yönelik yapılan bir alımın öznel ve keyfi

ilişkilere terk edilme riskine yol açma olasılığı da yüksektir. İptali istenilen kurallar; anılan alımları (ceza, ihalelerden yasaklama ve sonuç bildirimine ilişkin hükümler hariç) Kamu İhale Kanunu'ndan bağışık tutarken, söz konusu mevzuat uygulanmazken; kamu yararının gerçekleştirilmesini sağlayacak alternatif güvenceler de öngörmemiştir. Dahası uygulanacak satın alma yöntemleri, ilan ve davet süreleri ile kuralları, doküman hazırlanması, tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve alımların sonuçlandırılması dahil ihale süreci ve çerçeve anlaşmalara ilişkin iş ve işlemler ile ilgili esas ve usulleri diğer bir söyleyişle alımla ilgili genel çerçevenin tamamını yönetmeliğin konusu yapmıştır. Bu nedenlerle anılan bent ve ibare, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

ii) Hukuk devleti ilkesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ve idarenin kanuniliği ilkesi bakımından: Uygulanacak satın alma yöntemleri, ilan ve davet süreleri ile kuralları, doküman hazırlanması, tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve alımların sonuçlandırılması dahil ihale süreci ve çerçeve anlaşmalara ilişkin iş ve işlemler ile ilgili esas ve usuller Kamu İhale Kurumunun (Kurumun) görüşü alınarak Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü tarafından yönetmelikle belirlenecektir. (Ana Statü'nün 8. maddesi uyarınca DMO Genel Müdürlüğü, DMO'nun organıdır.) Başka bir anlatımla Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü tarafından, idareler adına yapılacak taşıt alımı, taşıt kiralama, akaryakıt alımı ile ilaç, tıbbi malzeme ve tıbbi cihaz alımlarında; bütün isteklilerin teklif verebildiği açık veya kapalı teklif usulü, isteklilere davet göndermek suretiyle açık veya kapalı teklif istenmesi yöntemiyle yapılan belli istekliler arasında ihale usulü veya davet edilen istekli ile fiyat müzakeresi yapılan pazarlık usulüne ilişkin satın alma yöntemlerine ilişkin tüm usul ve esasları DMO Genel Müdürlüğü belirleyecektir. Bu belirleme işleminin, hiçbir kanuni kayıt, temel alınacak ilke bütünü ve çerçeve getirilmeksizin DMO Genel Müdürlüğü'nün 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 bent ve iptali talep edilen ibarenin yer aldığı bent hükmü, söz konusu alımların yapılmasına ilişkin hiçbir nesnel ölçüt ve usul öngörmemektedir. Oysa ki,

Kamu İhale Kanunu, DMO tarafından yapılacak söz konusu alımların kanuna dayanarak ve aykırı olmadan idare edilebilmesi adına; bunlara ilişkin ayrıntılı hükümler ihtiva etmektedir. İptali talep edilen bent ve ibare; bu türden alımları, söz konusu Kanun'un güvence ve öngörülebilirlik alanından çıkarmakta ve idarenin (DMO Genel Müdürlüğü'nün) sınırları belirsiz keyfi düzenleme alanına bırakmaktadır. Bu durum, alımların öngörülemez biçimde, diğer bir deyişle kamu ihalelerinin denetimsiz ve verimsiz bir şekilde yapılmasına neden olmaktadır ve olacaktır. Bu noktada belirtmek gerekir ki Kamu İhale Kurumu'nun görüşü, bağlayıcı değil istişari niteliktedir. Yine idari bir birimin diğer idari birimin iradesine bağlayıcı biçimde etki etmesine; kanunilik bakımından hukuki değer atfedilemez.

Bununla birlikte anılan ek 12. maddenin birinci fıkrasında “bütün isteklilerin teklif verebildiği açık veya kapalı teklif usulü, isteklilere davet göndermek suretiyle açık veya kapalı teklif istenmesi yöntemiyle yapılan belli istekliler arasında ihale usulü veya davet edilen istekli ile fiyat müzakeresi yapılan pazarlık usulüne ilişkin satın alma yöntemleri” olmak üzere üç ana usul belirlense de; DMO Genel Müdürlüğü'nün hangi somut olaya hangi usulün uygulanacağına ilişkin sebep unsurunu dayandırabileceği kanuni nesnel ölçüt yoktur. Zira “uygulanacak satın alma yöntemlerini” yönetmelikle kendisi serbestçe takdir edecektir.

Bu nedenle kamuya ait (Zira DMO idareler adına alım yapan iktisadi devlet teşekkülüdür.) nakdi kaynakların hukuki belirlilik ilkesine uygun ve kanunilik ilkesi çerçevesinde verimli harcanmasını bertaraf eden, yapılacak alımların karşı tarafı olmaya istekliler bakımından bir güvenlik ve öngörülebilirlik sağlamayan ve normlar hiyerarşisine uygun olmayan iptali talep edilen bent ve 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 bendin ve iptali talep edilen ibarenin yer aldığı bendin hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (DMO Genel Müdürlüğü'ne) uygulanacak satın alma yöntemleri, ilan ve davet süreleri ile kuralları, doküman hazırlanması, tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve alımların sonuçlandırılması dahil ihale süreci ve çerçeve anlaşmalara ilişkin iş ve işlemler ile ilgili esas ve usulleri belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

iii)Yönetmelikle düzenleme bakımından: Anayasa koyucu, idarenin düzenleyici işlemlerinin bir türü –kural işlem- olan yönetmelikler için özel bir Anayasal hüküm öngörmüştür. Anayasa'nın 124. maddesine göre Cumhurbaşkanı, Bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü'nün (Kurumun görüşünü alarak) çıkaracağı uygulanacak satın alma yöntemleri, ilan ve davet süreleri ile kuralları, doküman hazırlanması, tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve alımların sonuçlandırılması dahil ihale süreci ve çerçeve anlaşmalara ilişkin iş ve işlemler ile ilgili esas ve usulleri belirlemeye yönelik yönetmeliğin 7491 sayılı Kanun'un 39. maddesinin uygulanmasını sağlaması ve ona aykırı olmaması için; yönetmelik çıkartılmasına cevaz veren kanuni hükmün, hangi iş ve işlemlerin yasal çerçeve içinde kalacağına yönelik temel çerçeve ve sınırları belirlemesi gerekmektedir.

Aksi bir tutum, kanunun uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, yönetmeliğe, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması ve aşırı geniş bir düzenleme alanının idarenin uhdesine bırakılması anlamına gelecektir. İhtilaflı kurala bakıldığında, ortada, idare (Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü) tarafından tecessüm ettirilmeye elverişli bir kanuni genel düzenleme yoktur. İdare (Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü) tarafından takdir yetkisinin keyfi biçimde kullanılmasına neden olabilecek iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın 124. maddesine de aykırıdır.

iv)Eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri, teşebbüs hürriyeti bakımından: Kamu İhale Kanunu, (bilhassa hesap verilebilirlik ve verimlilik ilkeleri ile bu ilkelerin tecessüm ettiği somut kurallar aracılığıyla) taşıt alımı, taşıt kiralama, akaryakıt alımı ile ilaç, tıbbi malzeme ve tıbbi cihazın alınmasına yönelik hukuki işlemlerin karşı tarafı olmayı talep edenleri (ihale isteklilerini) de korumaktadır. Diğer bir deyişle 4734 sayılı Kanun; ilgili kamu kurum ve kuruluşuna teklif sunan, ihaleye katılan, davet gönderilen 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 bent ve ibare ile bu türden alımların anılan Kanun'dan bağışık tutulması ve bunların yapılması sırasında yapılacak ihalelere ve ihale sözleşmelerine ilişkin usul ve esasları (uygulanacak satın alma yöntemleri, ilan ve davet süreleri ile kuralları, doküman hazırlanması, tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve alımların sonuçlandırılması dahil ihale süreci ve çerçeve anlaşmalara ilişkin iş ve işlemler ile ilgili esas ve usulleri) belirlemeye yönelik sınırsız takdir yetkisinin idareye (DMO Genel Müdürlüğü'ne) verilmesi (DMO Genel Müdürlüğü'nün hukuki işlem yapacağı tarafı keyfi şekilde seçebilmesi), aynı şartları sağlayan iki özel teşebbüs arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan bent ve ibare, Anayasa'nın 10 ve 48. maddelerine aykırıdır. Diğer bir deyişle Devletin ihtilaflı kurallara tabi olmayan bir alandaki bir özel teşebbüs bakımından pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesini ve fakat ihtilaflı kurallara 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, taşıt alımı, taşıt kiralama, akaryakıt alımı ile ilaç, tıbbi malzeme ve tıbbi cihaz alınmasına yönelik hukuki işlem yapmaya talip iki teşebbüs, eşitsiz bir uygulamayla karşı karşıya kalabilecek, hizmet alımı istikrarlı bir biçimde işleyemeyecektir. Ayrıca iptali talep edilen bent ve ibare; kamu yararı barındırmadan, idarenin düzenleyici işlemlerinin kanuni çerçevesini çizmeden, ayrımcı, öngörülemeyen 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.

v)Hak arama özgürlüğü, etkili başvuru hakkı, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olması bakımından: İptali istenilen bent ve ibareyle DMO'nun idareler adına yapacağı söz konusu alımlarının (ceza, ihalelerden yasaklama ve sonuç bildirimine ilişkin hükümler hariç) Kamu İhale Kanunu dışında tutulması, hak arama özgürlüğünü düzenleyen Madde 36, etkili başvuru hakkını koruyan Madde 40 ve "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu"nun açık olduğunu öngören Madde 125'e aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi bir kararında;

“Anayasanın hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip bulunduğu belirtilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımanın ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını 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 DMO'nun idareler adına yapacağı söz konusu alımlarının (ceza, ihalelerden yasaklama ve sonuç bildirimine ilişkin hükümler hariç) Kamu İhale Kanunu kapsamı dışında bırakmak; bu alımlar 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 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 bent ve ibare, Anayasa'nın 36, 40 ve 125. maddelerine de aykırıdır.

vi)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 oluşturmayan 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 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 DMO'nun idareler adına yapacağı söz konusu alımları (ceza, ihalelerden yasaklama ve sonuç bildirimine ilişkin hükümler hariç) Kamu İhale Kanunu'ndan varestesiz tutmak bu alımların konu olduğu ihalelerin rekabet içinde yapılamamasına ve kamu yararına aykırı şekilde belli özel teşebbüslere ihale edilmesine ve bundan dolayı idarelerin aynı ihtiyaçlarının karşılanamamasına neden olacaktır. Başka bir anlatımla DMO'nun söz konusu alımları, anılan Kanun'dan bağışık tutulmasına rağmen; bu Kanun'un ratio legis'ine eşdeğer alternatif bir kanuni usul ihdas edilmeyerek; idarelerin aynı ihtiyaçlarının etkilenmesi sonucunu doğuracak ihale ve devamı faaliyetler, hiçbir kanuni kayda tabi olmayan idari işlemlerin (yönetmeliğin) konusu yapılmıştır. DMO Genel Müdürlüğü'nün büyük meblağlar mukabilinde yapacağı bu türden alımlar için rekabetçi piyasa koşullarının hazırlanamaması ve sürekli aynı firmalar lehine söz konusu hukuki işlemlerin (söz gelimi ihalelerin) sonuçlanabilmesi; taşıt, akaryakıt; tıbbi malzeme ve tıbbi cihaz sektörlerinin tekelleşmesine, DMO'nun ve dolayısıyla kamu maliyesinin ekonomik bakımdan zarara uğramasına ve dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olacağından; iptali talep edilen bent ve ibare, Anayasa'nın 5 ve 167. maddelerine de aykırıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki kanun koyucunun DMO'nun idareler adına yapacağı söz konusu alımlara ilişkin olarak; ceza, ihalelerden yasaklama ve sonuç bildirimine ilişkin hükümler bakımından bunları, 4734 sayılı Kanun'a tabi kılp; diğer iş ve işlemler bakımından bunları, tabi kılmamasında ne türden bir kamu yararı götüğü de belirsizdir. Kanun koyucu, söz konusu tüm Anayasal ilkeleri gözeterek ceza, ihalelerden yasaklama ve sonuç bildirimine ilişkin hükümler yönünden 4734 sayılı Kanun'un güvencelerini temin etmiş ve fakat haklı bir neden olmaksızın diğer iş ve işlemleri korumasız bırakmıştır. Kaldı ki söz gelimi ihaleye katılım, şartname, ihalenin ilanı, ihalenin iptali, sözleşme türlerinin belirlenmesi, ek fiyat farkı verilmesi, sözleşmenin devri, sözleşmenin feshi de; ceza, ihalelerden yasaklama ve sonuç bildirimine ilişkin hükümler kadar bir önemi haizdir; o halde bu üç türden konuya yönelik mevzuatın tutarsız ve gerekçesiz şekilde farklılaşmasında bir kamu yararı bulunmamaktadır.

vii)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 ("4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (g) bendinde yer alan parasal limitin Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğünün (DMO) idareler adına gerçekleştireceği taşıt alımı, taşıt kiralama, akaryakıt alımı ile ilaç, tıbbi malzeme ve tıbbi cihaz alımlarında uygulanmayacağını öngören) ve 7194 sayılı Kanun'un 45. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesine eklenen "...; Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğünün idareler adına gerçekleştireceği taşıt alımı, taşıt kiralama, akaryakıt alımı ile ilaç, tıbbi malzeme ve tıbbi cihaz alımlarında..." ibaresinin hakkında verdiği bir iptal kararında:

"132. Dava konusu kuralla 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (g) bendinde yer alan parasal limitin Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğünün (DMO) idareler adına

gerçekleştireceği taşıt alımı, taşıt kiralama, akaryakıt alımı ile ilaç, tıbbi malzeme ve tıbbi cihaz alımlarında uygulanmayacağı öngörülmüştür.

133. Anılan Kanun'un 3. maddesinin (g) bendinde, Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (d) bentlerinde sayılan kuruluşların ticari ve sınai faaliyetleri çerçevesinde doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları, Hazine ga-rantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler dı-şındaki mal ve hizmet alımlarından yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli iki trilyon üç yüz milyar Türk lirasını aşmayanlarının ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç olmak üzere 4734 sayılı Ka-nun'a tabi olmadığı hükme bağlanmıştır.

134. Kural uyarınca anılan parasal limit, DMO'nun idareler adına gerçekleştireceği taşıt alı-mı, taşıt kiralama, akaryakıt alımı ile ilaç, tıbbi malzeme ve tıbbi cihaz alımlarında uygulanmayacak olması nedeniyle parasal miktarı ne olursa olsun bu kapsamdaki alım ve kiralamalarda ceza ve ihale-lerden yasaklama hükümleri hariç olmak üzere 4734 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacaktır.

135. DMO, Ana Statüsü'nde belirtilen mal ve hizmetleri iç ve dış piyasadan, öncelikle yerinden ve ilk elden, toplu alımların sağladığı fiyat avantajlarından azami ölçüde yararlanarak en ekonomik biçimde mutat ticari usullerle tedarik etmekle yükümlüdür. DMO, bu mal ve hizmetleri 4734 sayılı Ka-nun çerçevesinde veya anılan Kanun'un 3. maddesinin (g) bendinde düzenlenen istisna kapsamına gi-ren alımlar yönünden, katalog anlaşmaları kapsamında veya elektronik ihale veya diğer satın alma usulleriyle temin etmektedir.

136. Dava konusu kuralda yer alan istisna hükmü DMO'nun tüm mal ve hizmet alımlarına de-ğil taşıt alımı, taşıt kiralama, akaryakıt alımı ile ilaç, tıbbi malzeme ve tıbbi cihaz alımları-na ilişkindir.

137. Kuralda söz konusu mal ve hizmetler 4734 sayılı Kanun'dan istisna tutulmakla birlikte buna ilişkin herhangi başka bir usul düzenlenmemiştir. DMO'nun söz konusu mal ve hizmet alımların-da hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağı, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hüküm-lere bağlı olacağı belirli değildir. Bu durumda istisna getirilen alana ilişkin ihalelerde saydamlık, he-sap verilebilirlik, fırsat eşitliği ve öngörülebilirlik ilkelerinin güvenceye alındığı söylenemez.

138. Öte yandan kuralın gerekçesinde, DMO'nun idareler adına gerçekleştireceği taşıt alımı, taşıt kiralama, akaryakıt alımı ile ilaç, tıbbi malzeme ve tıbbi cihaz alımlarında ortak kamu ihtiyaç-larının toplulaştırılmasının amaçlandığı, bu suretle azami ölçüde fiyat avantajının sağlanmasına ça-lışıldığı belirtilmekte ise de birden fazla idarenin alım ihtiyaçlarının bir araya getirilmesi ve ortak kamu ihtiyaçlarının toplulaştırılması suretiyle yapılacak bir ihalenin 4734 sayılı Kanun'dan istisna tutulmasının bu alım ve kiralamalarda fiyat avantajı sağlanması amacına hizmet etmediği açıktır. Zi-ra 4734 sayılı Kanun'da öngörülen usul ve esasların uygulanması yoluyla da söz konusu alım ve kira-lamaların daha uygun fiyata tedarik edilmesi ve fiyat avantajının sağlanması mümkündür.

139. Anılan hususlar gözetildiğinde DMO'nun idareler adına gerçekleştireceği taşıt alımı, ta-şıt kiralama, akaryakıt alımı ile ilaç, tıbbi malzeme ve tıbbi cihaz alımlarının 4734 sayılı Kanun kap-samı dışına çıkarılmasını öngören kuralın söz konusu ihalelerde fiyat avantajı sağlanması amacına ulaşmak bakımından elverişli ve gerekli olmadığı sonucuna varılmaktadır.

140. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”

şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 18.05.2023 tarihli ve 2020/11 E.; 2023/98 K. sayılı Kararı).

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 2. maddesine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen bendi ve ibareyi kanunlaştırması, Anayasa'nın 153. maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6. maddesine ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de halel getirmektedir.

Bu noktada şunu belirtmek gerekir ki kanun koyucunun, Anayasa'ya aykırı olduğuna Anayasa Mahkemesince karar verilmiş düzenlemeleri, defaatle kanunlaştırması; hukuk devleti ilkesinin aşındırıldığının somut bir görünümüdür.

viii)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 bent ve ibare, adil yargılanma hakkına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesini ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7491 sayılı Kanun'un 39. maddesiyle 04.01.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na eklenen ek madde 12'nin ikinci fıkrasının (b) bendi ile (c) bendinde yer alan “Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü tarafından yönetmelikle belirlenir” ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 36, 40, 48, 90, 123, 124, 125, 153 ve 167. aykırıdır; anılan bendin ve ibarenin iptali gerekir.

7) 27.12.2023 tarihli ve 7491 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 40. maddesiyle 05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen geçici 7. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan “Cumhurbaşkanı” ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7491 sayılı Kanun'un 40. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na 06.02.2023 tarihinde yaşanan deprem afetlerine bağlı olarak, başta işçilik maliyetleri olmak üzere yapım işlerinin girdi fiyatlarında öngörülmeleyen artışlar meydana gelmesi gerekçesiyle geçici madde 7 eklenmiştir. Yapım işlerine yönelik söz konusu geçici madde, (madde lafzında sayılı) sözleşme türlerinde verilecek ek fiyat farkına ve bu sözleşmelerin süre uzatımı verilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir.

Anılan geçici 7. maddenin iptali talep edilen ibaresinin yer aldığı üçüncü fıkrasına göre; anılan geçici 7. kapsamında ek fiyat farkı ile süre uzatımı verilebilecek işleri, ek fiyat farkı hesaplama yöntemlerini, uygulama dönemini, başvuru sürelerini, süre uzatımına bağlı olarak yapılacak işlemler ile ek fiyat farkı ve süre uzatımına dair diğer hususlar dâhil bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usulleri, 8. maddeye göre belirlenen esas ve usuller de dikkate alınmak suretiyle tespiti Cumhurbaşkanı yetkilidir. Ancak bu madde kapsamında ek fiyat farkı ile süre uzatımı verilebilecek işleri, ek fiyat farkı hesaplama yöntemlerini, uygulama dönemini, başvuru sürelerini, süre uzatımına bağlı olarak yapılacak işlemler ile ek fiyat farkı ve süre uzatımına dair diğer hususlar dâhil bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usulleri, (8.

maddeye göre belirlenen esas ve usuller de dikkate alınmak suretiyle) Cumhurbaşkanı tarafından tespit edilmesine cevaz veren ibare, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki: anılan geçici maddenin birinci fıkrasına göre 01.03.2023 tarihinden önce 4734 sayılı Kanun'a göre ihalesi yapılan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden (geçici kabulü onaylanmamış olan) yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmelerde, sözleşmenin 01.01.2024 tarihinden 31.12.2024 tarihine kadar (bu tarihler dâhil) gerçekleştirilen kısımları için; a) İhale dokümanında fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin hüküm bulunan sözleşmelerde, sözleşmesine göre hesaplanan fiyat farkı tutarı sözleşmesindeki fiyat farkı formülünde yer alan B katsayısı 1,00'e kadar artırılarak hesaplanabilecektir. Bu katsayı, 2985 sayılı Kanun kapsamındaki konut ve konut ile birlikte ihaleye çıkılan yapım işlerinde 1,15'e kadar artırılabilir. b) İhale dokümanında fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin hüküm bulunmayan sözleşmelerde, Türkiye İstatistik Kurumu tarafından aylık olarak yayımlanan yurt içi üretici fiyatı genel endeksinde ihale tarihinin içinde bulunduğu aydan uygulama ayına kadar gerçekleşen değişimin yüzde on beşine kadar fiyat farkı hesaplanabilecektir. İkinci fıkrasına göre birinci fıkra kapsamındaki sözleşmelerde altı ayı geçmemek üzere idarece bu maddeye göre süre uzatımı verilebilecektir. Dördüncü fıkrasına göre geçici 5. maddenin altıncı ve yedinci fıkraları kapsamındaki yapım işleri sözleşmeleri için bu maddeye uygun olarak ilgili mevzuatında düzenleme yapılabilecektir.

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

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

Bu nedenle, anılan geçici 7. madde kapsamında ek fiyat farkı ile süre uzatımı verilebilecek işleri, ek fiyat farkı hesaplama yöntemlerini, uygulama dönemini, başvuru sürelerini, süre uzatımına bağlı olarak yapılacak işlemler ile ek fiyat farkı ve süre uzatımına dair diğer hususlar dâhil bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usullerin; normlar hiyerarşisinin ana halkası olarak hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik

kıstasının gereklerinin karşılanması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; –Anayasal ilkelerin aksine- birinci, ikinci ve dördüncü fıkralarda yalnız ek fiyat farkı verilebilecek sözleşme türlerini, süre uzatımını, anılan geçici 5. maddenin altıncı ve yedinci kapsamındaki yapım işleri sözleşmeleri bakımından ilgili mevzuatlarında düzenleme yapılabileceğini genelgeçer ifadelerle tespit etmiş ve aslen esas ve usulü hakkında tamamen sessiz kalmış, bu konuların düzenlenmesini idarenin (tüm idari teşkilatın makamına bağlı bulunduğu ve yürütme ve devleti temsil yetkilerinin bir kişide birleştiği monist yapılı yürütme organının başı konumunda bulunan- Cumhurbaşkanının) uhdesine bırakmıştır. Tüm bu hususların kanun düzeyinde açık ve net bir şekilde düzenlenmemesi ve bunlara yönelik nesnel, somut ölçüt öngörülmemesi, sözleşmenin karşı tarafı konumunda bulunan kimselerin ticari öngörülebilirliklerinin ortadan kaldırılmasına, keyfi uygulamalara neden olacaktır. Bu belirsizlik ise maddenin lafzında zikredilen ratio legis’in gerçekleşmemesine neden olacaktır; 06.02.2023 tarihinde yaşanan deprem afetlerine bağlı olarak, başta işçilik maliyetleri olmak üzere yapım işlerinin girdi fiyatlarında öngörülmeyen artışlar meydana gelmesi nedeniyle sözleşmenin karşı tarafında bulunanların, yüklenici risklerinin bertaraf edilmesine imkan vermeyecektir. Yine Cumhurbaşkanının yapacağı düzenlemeleri, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; sözleşmelerin karşı tarafında bulunan kimseler bakımından hukuki öngörülebilirliğe hanel getirmektedir. Cumhurbaşkanının uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan geçici maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, Cumhurbaşkanının (düzenleyici) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

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

Cumhurbaşkanının bu alanda alacağı kararların (tesis edeceği düzenleyici ve dahi birel işlemlerin) dayanacağı ve Anayasayla bağdaşır olması gereken usul ve esasların kanun düzeyinde belirlenmemesi ve böylece tamamen keyfi tasarruflara açık olması, hukuki belirlilik ve güvenlik ilkelerine aykırı olduğu gibi; hukuk devleti ilkesinin içerdiği kamu yararı kavramına da aykırıdır. Özellikle; ek fiyat farkı ile süre uzatımı verilebilecek işleri, ek fiyat farkı hesaplama yöntemlerini, uygulama dönemini, başvuru sürelerini, süre uzatımına bağlı olarak yapılacak işlemler ile ek fiyat farkı ve süre uzatımına dair diğer hususlar dâhil bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usulleri belirleme yetkisini hiçbir nesnel ve somut ölçüt olmadan Cumhurbaşkanının haiz olduğu hükmü, söz konusu alan bakımından kuşatıcı bir öngörülemezlik taşımasının yanında, Cumhurbaşkanının kanunca çerçevelenmemiş keyfi kararlar almasını mümkün kılması itibarıyla da açıkça kamu yararına aykırıdır. İhtilafli düzenleme, bu sebeple Anayasa’nın 2. maddesini de ihlal etmektedir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki kanun koyucu tarafından 7491 sayılı Kanun’a ilişkin teklif, Plan ve Bütçe Komisyonu’nda görüşülmekte iken; söz konusu geçici 7. maddenin üçüncü fıkrasına “8. maddeye göre belirlenen esas ve usuller de dikkate alınmak suretiyle” şeklindeki ibare eklenmiştir. Ancak söz konusu ibare, kanunilik ilkesinin gereklerini karşılamaya elverişli değildir. Zira Cumhurbaşkanı, 4735 sayılı Kanun’un “Fiyat farkı verilebilmesi” kenar başlıklı 8. maddesine göre belirlenen esas ve usulleri dikkate almakla iktifa edecektir. Diğer bir

söyleyişle anılan 8. maddeye konu esas ve usuller, Cumhurbaşkanı için bağlayıcı değildir. Kaldı ki anılan 8. madde ek fiyat farkı verilmesine ilişkin usul ve esasları kurala bağlamakta; süre uzatımı verilmesine dair hüküm ihtiva etmemektedir.

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.

ii)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından; Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; Cumhurbaşkanına; anılan geçici 7. madde kapsamında ek fiyat farkı ile süre uzatımı verilebilecek işleri, ek fiyat farkı hesaplama yöntemlerini, uygulama dönemini, başvuru sürelerini, süre uzatımına bağlı olarak yapılacak işlemler ile ek fiyat farkı ve süre uzatımına dair diğer hususlar dâhil bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usulleri belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

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

Ancak iptali talep edilen ibarenin Cumhurbaşkanına verdiği öznel ve keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi; söz gelimi aynı yapım işleri bakımından farklı ek fiyat farkı verilmesine; benzer nitelikteki yapım işlerinden bazıları için daha karmaşık idareye başvuru usulünün ve süresinin öngörülmesine; bazı yapım işleri bakımından emsallerine nazaran daha az süre uzatımı yapılmasına; uygulamada her bir yapım işi için ek fiyat farkı ve süre uzatımı verilmesi şartlarının farklılaşmasına; aynı koşullarda bulunan yüklenicilerden birinin sözleşmenin ek fiyat farkı yahut süre uzatımı başvurusunun kabul edilip

diğerinin edilmemesine; yükleniciler arasında muamele farklılığı yapılmasına; hesaplama yönteminde esas alınacak oranların farklılaşmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Bir başka deyişle, Cumhurbaşkanına çerçevelenmemiş, sınırsız bir takdir yetkisi bırakan ihtilafı kural; kanun yoluyla avantajların dağıtımında benzer durumda bulunan kişiler arasında haklı sebebe dayanmayan, keyfi muamele farklılıklarını mümkün hale getirmektedir. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

iv)Mülkiyet hakkı, sözleşme / teşebbüs özgürlüğü ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri bakımından: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi imkanı sağlar. Bununla birlikte mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme) şeklinde tanımlanmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve 1988/ 34 E., 1989/26 K. sayılı Kararı). Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan sözleşme özgürlüğü; tarafların bir sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğünü, sözleşmeye son verme özgürlüğünü, sözleşmenin içeriğini belirleme /değiştirme özgürlüğünü, sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğünü içerir. O halde anılan geçici 6. madde kapsamındaki yapım işlerine ilişkin kamu ihale sözleşmeleri bakımından ek fiyat farkı ve süre uzatımı verilmesi, mülkiyet hakkının ve sözleşme özgürlüğünün kesişim alanındadır. Başka bir anlatımla sözleşmenin karşı tarafında bulunan, yüklenici (mülkiyet hakkına binaen) mameleki bakımından bir azalma olmaması için, idare ile (sözleşme özgürlüğüne binaen) akdettiği sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması suretiyle idareden ek fiyat farkı verilmesini, süre uzatımını talep edebilecektir. O halde ek fiyat farkı ve süre uzatımı verilmesine ilişkin esas ve usuller (ek fiyat farkı ile süre uzatımı verilebilecek işleri, ek fiyat farkı hesaplama yöntemlerini, uygulama dönemini, başvuru sürelerini, süre uzatımına bağlı olarak yapılacak işlemler ile ek fiyat farkı ve süre uzatımına dair diğer hususlar dâhil bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller); nihayetinde mülkiyet hakkının ve teşebbüs özgürlüğünün kullanımına etki edecektir. Mülkiyet hakkına ve özel teşebbüs kurma hürriyetine yapılan söz konusu müdahalenin hukuka uygun nitelik kazanması için; Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları çerçevesinde yapılması gerekmektedir. Bu sınırlardan olan kanunilik kaydı gereğince; iptali talep edilen ibarenin bulunduğu düzenlemede yer alan hususların kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu, bu hususların düzenlenmesini Cumhurbaşkanının uhdesine bırakmak suretiyle; anılan hak ve hürriyete idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır.

Öte yandan, Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır. O halde özel teşebbüs statüsünde bulunan sözleşmenin karşı tarafında bulunanların, yüklenicilerin 06.02.2023 tarihinde yaşanan deprem afetlerine bağlı olarak, başta işçilik maliyetleri olmak üzere yapım işlerinin girdi fiyatlarında öngörülmeven artışların meydana gelmesi nedeniyle yüklenicilerin desteklenmesi için kanunlaştırılan geçici 7. maddeyi, Devletin Anayasa'nın anılan hükmü bağlamındaki tedbir alma yükümlülüğü kapsamında değerlendirmek mümkündür. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre de Devletin, “özel teşebbüsün gelişmesini sağlamaya dönük ekonomik ve sosyal politikalar uygulama ve özel teşebbüse güvenli çalışma ortamı sağlamak için önlemler alma yetkisi de bulunmaktadır” (Anayasa Mahkemesi'nin 25.02.2010 tarihli ve 2007/65 E.; 2010/43 K. sayılı Kararı). Ancak kanun koyucu, tedbir alma yükümlülüğü doğrultusunda kanun

düzeyinde ek fiyat farkı ve süre uzatımı verilmesini öngörmüş ve fakat bunların usul ve esaslarının genel çerçevesini çizmemiş; dahası Cumhurbaşkanının (düzenleyici ve dahi birel) işlemlerine bırakmıştır. Bu itibarla Cumhurbaşkanının keyfi işlem ve eylemlerine açık hale gelen ihtilaflı düzenleme, özel teşebbüs bakımından çalışma ortamının güvensiz ve belirsiz hale gelmesine yol açmaktadır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 13, 35 ve 48. maddelerine aykırıdır.

v)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).

Kamu hizmetinin aksamaması ve 06.02.2023 tarihinde yaşanan deprem afetlerine bağlı olarak, başta işçilik maliyetleri olmak üzere yapım işlerinin girdi fiyatlarında öngörülme- yen artışların meydana gelmesi nedeniyle sözleşmenin karşı tarafında bulunanların, yüklenicilerin desteklenmesi için kanunlaştırılan geçici 7. maddede yer alan iptali talep edilen ibareyle Cumhurbaşkanına geniş bir düzenleme alanı bırakılacağından; hiçbir kanuni kayda tabi olmayan anılan ibare, söz konusu geçici madde kapsamında yapılan sözleşmelerin hakim olduğu sektörlerde kötü ekonomik koşullara maruz kalan firmaların rekabet kabiliyetine zarar gelmesine; kamu yararına aykırı şekilde belli özel teşebbüslerin himaye edilmesine; özel teşebbüslerin mameleklerinin ve teşebbüs hürriyetlerinin korunmasına elverişli ortam hazırlanamamasına; taahhüt edilen işlerin (yapım işleri) sürdürülemez hale gelmesine; ek fiyat farkı ve süre uzatımı verilmesinin fayda – maliyet özelinde etki analizinde beklenmedik sonuçlar görülmesine; sözleşmenin karşı tarafında bulunanlara, yüklenicilere gerekli finansman desteğinin verilememesine; en nihayetinde kamu maliyesi bakımından yük doğmasına dolayısıyla milli ekonominin zarara uğramasına ve dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olacağından; Anayasa'nın 5 ve 167. maddelerine de aykırıdır.

vi)Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırılık: Anayasa'nın 104. maddesinde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sayılmıştır. Bu görev ve yetkiler arasında “anılan geçici 7. madde kapsamında ek fiyat farkı ile süre uzatımı verilebilecek işleri, ek fiyat farkı hesaplama yöntemlerini, uygulama dönemini, başvuru sü-relerini, süre uzatımına bağlı olarak yapılacak işlemler ile ek fiyat farkı ve süre uzatımına dair diğer hususlar dâhil bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usulleri, (8. mad-deye göre belirlenen esas ve usuller de dikkate almak suretiyle) tespit etme” görev ve yet-kisi sayılmadığı gibi; iptali talep edilen ibarenin bulunduğu fıkra- da yer alan düzenleme-leri 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 orga-nın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamamasına yönelik hükmü ve 104. maddesini ihlal etmiştir. Kaldı ki Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının "Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez." şeklindeki ikinci cümlesi uyarınca; iptali talep edilen ibarede yer aldığı fıkra da genel olarak bulunan ek fiyat farkı ve süre uzatımı verilmesine yönelik usul ve esasların, açıklandığı üzere mülkiyet hakkının ve sözleşme özgürlüğünün kapsamında kaldığı gözetildiğinde; açıkça öngörülmüş konu bakımından yetkisizlik hali sebebiyle, Cumhurbaşkanı tarafından bu hususlarda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi de çıkarılamaz. Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırıdır.

vii)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

"...

75. Anayasa'nın 7. maddesinde "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez." denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Bu hükme yer veren Anayasa'nın 7. maddesinin gerekçesinde yasama yetkisinin parlamentoya ait olması "demokrasi rejimini benimseyen siyasi rejimlerde kaçınılmaz bir durum" olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca gerekçede "Millet adına kanun koyma yetkisini yasama meclisi yerine getirir. Bu yetki devredilemez. Ancak, Anayasanın 99 ve 129 uncu maddeleri hükümleri saklıdır" denilmek suretiyle bu ilkenin anlamı ve istisnaları belirtilmiştir. Madde gerekçesinden de anlaşılabacağı üzere yasama yetkisinin devredilemezliği, esasen kanun koyma yetkisinin TBMM dışında başka bir organca kullanılamaması anlamına gelmektedir. Anayasa'nın 7. maddesi ile yasaklanan, kanun yapma yetkisinin devredilmesidir (AYM, E.2011/42, K.2013/60, 9/5/2013; E.2021/73, K.2022/51, 21/4/2022, § 15).

76. Türevsel nitelikteki düzenleyici işlemler bakımından yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir kanun kuralı ile sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın yürütmenin düzenlemesine bırakılması, Anayasa'nın belirtilen maddesine aykırılık oluşturur. Bununla birlikte yasama organının temel ilkeleri ve çerçeveyi kanunla belirlendikten sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz (AYM, E.2011/42, K.2013/60, 9/5/2013; E.2019/36, K.2021/15, 4/3/2021, § 57).

77. Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda kanunda genel ifa-delerle düzenleme yapılarak ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmenin türevsel nitelikteki

düzenleyici işlemlerine bırakılması mümkündür. Anayasa’da münhasıran kanunla düzenleme yapılması öngörül-meyen konularda yasamanın asliliği ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri haricinde geçerli olan yü-rütmenin türevselliği ilkeleri gereği idari işlemlerin kanuna dayanması zorunluluğu vardır. Ancak bu durumda kanunda belirlenmesi gereken çerçeve, Anayasa’nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü du-rumdakinden çok daha geniş olabilecektir. (AYM, 19/2/2020, E.2018/91, K.2020/10, § 110; E.2019/36, K.2021/15, 4/3/2021, § 56).

78. 4735 sayılı Kanun’un 4. maddesinin ikinci fıkrasında anılan Kanun’da belirtilen hâller dı-şında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamayacağı ve ek sözleşme düzenlenemeyeceği, 8. madde-sinin ikinci fıkrasında sözleşmede yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandık-tan sonra değişiklik yapılamayacağı, söz konusu maddenin birinci fıkrasında ise sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilebilmesine ilişkin esas ve usulleri tespiti Kamu İhale Kurumunun teklifi üzerine Cumhurbaşkanı’nın yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır. Farklı amaçlarla ihdas edilen bu hüküm-lerle kurulan sistem nedeniyle yüklenicilerin başlangıçta öngörüle-meyen ve sözleşme süresi içinde or-taya çıkabilecek fiyat artışları nedeniyle zarara uğramaları söz konusu olabilecektir. Gerekçesinde de ifade edildiği üzere bu olumsuzluğun giderilmesi amacıyla kabul edilen geçici 6. maddeyle uluslararası ölçekte 2022 yılında ortaya çıkan gelişmelere bağlı olarak enerji fiyatları başta olmak üzere girdi fiyatlarında ortaya çıkan öngörül-meyen artışlardan yüklenicilerin korunmasının amaç-landığı anlaşılmaktadır.

79. Geçici 6. maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında; getirilen imkânlardan yarar-lanma bakımından başlangıç tarihi, fiyat farkı alma imkânı bulunanlar yönünden oranın artırılabil-eceği, fiyat farkı alma imkânı bulunmayanlara fiyat farkı verilebileceği, fiyat farkı hesaplamasında endekslerden yararlanılacağı, ek fiyat farkı verilebileceği, belirli tarihler arasında gerçekleştirileme-yen yapım işleri için süre uzatımı verilebileceği, belirli tarihten önce yapılan ve devam etmekte olan sözleşmelerden sözleşme bedelinin yüzde on beşine kadar olanların feshedilebileceği öngörülmüş ve fesih hususlarında düzenlemeler yapılmıştır.

80. Maddenin beşinci fıkrasıyla Cumhurbaşkanı’na önceki fıkralarda yapılan düzenlemeler çerçevesinde çeşitli yetkiler verilmiştir. Buna göre Cumhurbaşkanı birinci fıkranın (a) ve (b) bentleri kapsamına girecek alım türleri, ürün ve girdiler ile bu bentlere ilişkin hesaplama yöntemlerini; (a) bendinde belirtilen oranları ve uygulama dönemini; başvuru ve onay süreleri ile fiyat farkı, ek fiyat farkı, süre uzatımı ve sözleşmenin feshine dair diğer hususlar dâhil önceki fıkraların uygulanmasına ilişkin esas ve usulleri tespit edebilecektir. Bu düzenlemeden anlaşılabileceği üzere Cumhurbaşkanı’na alım türü, ürün, girdi, hesaplama yöntemi, oran, uygulama dönemi, başvuru ve onay süresi ile fiyat farkı, ek fiyat farkı, süre uzatımı ve sözleşmenin feshine dair diğer hususlar dâhil esas ve usul belirle-me yetkisi verilmektedir.

81. Bununla birlikte dava konusu kural, Cumhurbaşkanı’nın “Birinci fıkranın (a) ve (b) bent-leri kapsamına girecek alım türleri, ürün ve girdiler ile bu bentlere ilişkin hesaplama yöntemleri-ni” neye göre tespit edeceği konusunda herhangi bir ölçüt ya da çerçeve içermemektedir. Ayrıca atıf yapılan (a) bendinde Cumhurbaşkanı’na düzenleme yapma yetkisi verilen hesaplama yönteminin dahi düzenlenmediği görülmektedir. Hakeza kuralda Cumhurbaşkanı’na “(a) bendinde belirtilen oranla-rı” belirleme yetkisi verilmiş ise de bu konuda da herhangi bir ölçüt ya da çerçeve belirlenmemiştir. Öte yandan bu oranın ne olduğu atıf yapılan (a) bendinde dahi belirli olmadığı gibi anılan bentte herhangi bir alt ya da üst sınır da belirtilmemiştir. Bu durumda genel çerçevesi kanunla belirlenme-den Cumhurbaşkanı’na tanınan düzenleme yetkisinin yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesiyle bağ-daşmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

82. Geçici 6. maddenin altıncı fıkrasında taşıma yoluyla eğitime erişim kapsamında öğrenci taşıma ve öğle yemeği hizmet alımlarının belirli tarihler arasında gerçekleştirilen kısımları için ek fi-yat farkı verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak bu kapsamdaki sözleşmelerde/protokollerde bu maddenin diğer fıkralarının uygulanmayacağı, ek fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin esas ve usulle-rin Kamu İhale Kurumunun görüşü üzerine Millî Eğitim Bakanlığına belirleneceği öngörülmüştür.

83. Sözleşme/protokol konusu mal ve hizmet kalemleri ve ek fiyat farkının uygulanacağı za-man aralığı belirliyen ve birinci fıkranın (b) bendinde olduğu gibi ek fiyat farkı hesabının kanunla somut ölçülere dayandırılabilmesi imkânı varken hesaplama ile ilişkin esas ve usul belirleme yetkisinin Millî Eğitim Bakanlığına verilmesi yasama yetkisinin devri niteliğindedir.

84. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 7. maddesine aykırıdır. İptalleri gerekir.

...”

şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 13.09.2023 tarihli ve 2022/81 E.; 2023/153 sayılı Kararı).

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 7nci maddesine -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 ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de halel getirmektedir.

Bu noktada şunu belirtmek gerekir ki kanun koyucunun, Anayasa'ya aykırı olduğuna Anayasa Mahkemesince karar verilmiş düzenlemeleri, defaatle kanunlaştırmaması; hukuk devleti ilkesinin aşındırıldığının somut bir görünümüdür.

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

Tüm bu nedenlerle 7491 sayılı Kanun'un 40. maddesiyle 05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen geçici 7. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan “Cumhurbaşkanı” ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 35, 48, 90, 104, 123, 153 ve 167. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

8) 27.12.2023 tarihli ve 7491 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 40. maddesiyle 05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen geçici 7. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan “ilgili mevzuatında düzenleme” ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7491 sayılı Kanun'un 40. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na 06.02.2023 tarihinde yaşanan deprem afetlerine bağlı olarak, başta işçilik maliyetleri olmak üzere yapım işlerinin girdi fiyatlarında öngörülmeven artışlar meydana gelmesi gerekçesiyle geçici madde 7 eklenmiştir. Yapım işlerine yönelik söz konusu geçici madde, (madde lafzında sayılı) sözleşme türlerinde verilecek ek fiyat farkına ve bu sözleşmelerin süre uzatımı verilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir.

Anılan geçici 7. maddenin dördüncü fıkrasına göre; 4735 sayılı Kanun'un geçici 5. maddesinin altıncı ve yedinci fıkraları kapsamındaki yapım işleri sözleşmeleri için bu geçici 7. maddeye uygun olarak ilgili mevzuatında düzenleme yapılabilecektir. Ancak iptali talep edilen ibareyle ilgili mevzuatında düzenleme yapılabilmesi, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki: anılan geçici maddenin birinci fıkrasına göre 01.03.2023 tarihinden önce 4734 sayılı Kanun'a göre ihalesi yapılan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden (geçici kabulü onaylanmamış olan) yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmelerde, sözleşmenin 01.01.2024 tarihinden 31.12.2024 tarihine kadar (bu tarihler dâhil) gerçekleştirilen kısımları için; a) İhale dokümanında fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin hüküm bulunan sözleşmelerde, sözleşmesine göre hesaplanan fiyat farkı tutarı sözleşmesindeki fiyat farkı formülünde yer alan B katsayısı 1,00'e kadar artırılarak hesaplanabilecektir. Bu katsayı, 2985 sayılı Kanun kapsamındaki konut ve konut ile birlikte ihaleye çıkılan yapım işlerinde 1,15'e kadar artırılabilir. b) İhale dokümanında fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin hüküm bulunmayan sözleşmelerde, Türkiye İstatistik Kurumu tarafından aylık olarak yayımlanan yurt içi üretici fiyatı genel endeksinde ihale tarihinin içinde bulunduğu aydan uygulama ayına kadar gerçekleşen değişimin yüzde on beşine kadar fiyat farkı hesaplanabilecektir. İkinci fıkrasına göre birinci fıkra kapsamındaki sözleşmelerde altı ayı geçmemek üzere idarece bu maddeye göre süre uzatımı verilebilecektir. Üçüncü fıkrasına göre bu madde kapsamında ek fiyat farkı ile süre uzatımı verilebilecek işleri, ek fiyat farkı hesaplama yöntemlerini, uygulama dönemini, başvuru sürelerini, süre uzatımına bağlı olarak yapılacak işlemler ile ek fiyat farkı ve süre uzatımına dair diğer hususlar dâhil bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usulleri, 8 inci maddeye göre belirlenen esas ve usuller de dikkate alınmak suretiyle tespiti Cumhurbaşkanlığı yetkilidir.

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

“Ek fiyat farkı ve/veya sözleşmelerin devri

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

Ülkemizde ve dünyada hammadde temininde ve tedarik zincirlerinde yaşanan aksaklıklar ile girdi fiyatlarındaki beklenmeyen artışlar nedeniyle 1/12/2021 tarihinden önce 4734 sayılı Kanuna göre ihalesi yapılan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce fesih veya tasfiye edilmeksizin kabulü/geçici kabulü yapılan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmelerde, 1/7/2021 ile 31/12/2021 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) gerçekleştirilen kısımlar için, ihale dokümanında fiyat farkı verilmesine ilişkin hüküm bulunup

bulunmadığına bakılmaksızın, 1/7/2021 ile 30/11/2021 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) ihalesi yapılan işlerde ihale tarihinin (son teklif verme tarihi) içinde bulunduğu aya ait endeks, 1/7/2021 tarihinden önce ihale edilen işlerde ise 2021 yılı Haziran ayına ait endeks temel endeks olarak kabul edilerek ve sözleşme fiyatları kullanılarak yüklenicinin başvurusu üzerine sözleşmesine göre he-saplanan fiyat farkına ilave olarak ek fiyat farkı verilebilir.

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

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

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

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

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

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

şeklindedir. Anılan geçici 5. maddenin lafzından anlaşılabacağı üzere;

a) altıncı fıkra kapsamındaki sözleşmeler: 4734 sayılı Kanundan istisna edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinden Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmelerdir,

b) yedinci fıkra kapsamındaki sözleşmeler: kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin taraf olduğu veya bu kuruluş veya birliklerin kaynaklarıyla karşılanan mal ve hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmelerdir.

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

Bu incelemeye geçmeden önce bir husus ortaya koymak gerekmektedir. 08.04.2022 tarihli ve 7394 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 19. maddesiyle 4735 sayılı Kanun'a eklenen geçici 6. maddenin eldeki dava konusuyla benzer hükümler ihtiva eden dördüncü fıkrasında yer alan "...ilgili mevzuatında düzenleme..." ibaresinin ve beşinci fıkrasında yer alan "...Cumhurbaşkanı..." ibaresinin iptali istemiyle CHP tarafından dava açılmıştır. Anayasa Mahkemesi, 13.09.2023 tarihli ve 2022/81 E.; 2023/153 sayılı Kararıyla söz konusu "...Cumhurbaşkanı..." ibaresini, Anayasa'nın 7. maddesine aykırı olduğundan bahisle iptal etmiş; ve "...ilgili mevzuatında düzenleme..." ibaresi hakkında "4735 sayılı Kanun'un geçici 6. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "...Cumhurbaşkanı..." ibaresinin iptali nedeniyle dördüncü fıkrasında yer alan "...ilgili mevzuatında düzenleme..." ibaresinin uygulanma imkânı kalmamıştır. Bu nedenle anılan kural 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası kapsamında değerlendirilmiş ve bu kural yönünden Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılmasına gerek görülmemiştir." şeklinde karar vermiştir. Bu doğrultuda 7491 sayılı Kanun'un 40. maddesiyle 4735 sayılı Kanun'a eklenen geçici 7. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanı" ibaresinin iptal edilmesiyle birlikte; 7491 sayılı Kanun'un 40. maddesiyle 4735 sayılı Kanun'a eklenen geçici 7. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "ilgili mevzuatında düzenleme" ibaresinin uygulanma imkanı kalmayacaktır.

a) 7491 sayılı Kanun'un 40. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen geçici madde 7'nin dördüncü fıkrasında yer alan "ilgili mevzuatında düzenleme" ibaresinin (7351 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle 4735 sayılı Kanun'a eklenen) geçici madde 5'in altıncı fıkrası yönünden Anayasa'ya aykırılığı

Anılan geçici 5. maddenin altıncı fıkrası kapsamındaki sözleşmeler: 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan (4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, istisna hükümleri düzenlenmektedir.) istisna edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinden Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmelerdir. Anılan geçici 5. maddenin altıncı fıkrasına göre; bu sözleşmeler için idareler tarafından anılan geçici 5. maddeye uygun olarak ilgili mevzuatında düzenleme yapılabilir. İptali talep edilen ibare uyarınca; bu yapım işleri sözleşmeleri için anılan geçici 7. maddeye uygun olarak ilgili mevzuatında düzenleme yapılabilir. Bu durum, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki anılan geçici 5. maddenin altıncı fıkrası kapsamındaki yapım işleri sözleşmeleri için anılan geçici 7. maddeye uygun olarak ilgili mevzuatında düzenleme yapmaya yetkili makam; anılan geçici 5. maddenin altıncı fıkrasında yer alan "idareler tarafından bu maddeye uygun olarak ilgili mevzuatında düzenleme yapılabilir" ibaresine istinaden; idareler olacaktır.

i) 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 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’ndan varestede tutulan yapım işlerinden Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından anılan geçici 7. maddeye uygun olarak yapılacak düzenlemelerin (ek fiyat farkı ve süre uzatımı verilmesi ve bunlara ilişkin usul ve esasların); normlar hiyerarşisinin ana halkası olarak hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerinin karşılanması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; -Anayasal ilkelerin aksine- anılan geçici 7. maddeye uygunluk kaydıyla idareleri sınırlamış, ilgili mevzuatın ne olduğunu dahi zikretmemiştir. İdarelerin ek fiyat farkı ödenecek, süre uzatımı verilecek Kamu İhale Kanunu’ndan varestede tutulan yapım işlerini tespit ederken esas alacağı nesnel, objektif ölçütler ortaya konulmamıştır. Yine idareye başvuru süreleri, ek fiyat farkı hesaplamaları, süre uzatımı gibi hususların düzenlenmesi, tamamen idarelerin uhdesine bırakılmıştır. Kaldı ki anılan geçici 7. maddenin üçüncü fıkrasıyla Cumhurbaşkanına çok geniş bir alanda düzenleme yapma yetkisi verdiği de gözetildiğinde; “anılan geçici 7. maddeye uygunluk” kaydının uygulamada idareleri sınırlamaya yeterli olmadığı ortaya çıkacaktır. Tüm bu hususların kanun düzeyinde açık ve net bir şekilde düzenlenmemesi ve bunlara yönelik nesnel, somut ölçüt öngörülmemesi, sözleşmenin karşı tarafı konumunda bulunan kimselerin ticari öngörülebilirliklerinin ortadan kaldırılmasına, keyfi uygulamalara neden olacaktır. Bu belirsizlik ise maddenin lafzında zikredilen ratio legis’in gerçekleşmemesine neden olacaktır; 06.02.2023 tarihinde yaşanan deprem afetlerine bağlı olarak, başta işçilik maliyetleri olmak üzere yapım işlerinin girdi fiyatlarında öngörülmeleyen artışların meydana gelmesi nedeniyle sözleşmenin karşı tarafında bulunanların yüklenici risklerinin bertaraf edilmesine imkan vermeyecektir. Yine idarelerin yapacağı düzenlemeleri, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; sözleşmelerin karşı tarafında bulunanlar bakımından hukuki öngörülebilirliğe halel getirmektedir. İdarelerin uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan geçici 7. maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarelerin (düzenleyici) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

ii)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından; Anayasa’nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve

belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idarelere; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan vareste tutulan yapım işlerinden Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından anılan geçici 7. maddesine uygun olarak düzenleme yapma yetkisi (ek fiyat farkı ve süre uzatımı verilmesi ile bunlara ilişkin usul ve esasları tespit etme yetkisi) veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

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

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

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

iv)Mülkiyet hakkı, sözleşme / teşebbüs özgürlüğü ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri 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 4734 sayılı Kanun'dan istisna edilen yapım işlerinden Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından ek fiyat farkı ve süre uzatımı verilmesi; mülkiyet hakkının ve sözleşme özgürlüğünün kesişim alanındadır. Başka bir anlatımla sözleşmenin karşı tarafında bulunan, yüklenici (mülkiyet hakkına binaen) mameleki bakımından bir azalma olmaması için, idare ile (sözleşme özgürlüğüne binaen) akdettiği sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması suretiyle idareden ek fiyat farkı verilmesini, süre uzatımını talep edebilecektir. O halde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan varestede tutulan yapım işlerinden Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından ek fiyat farkı verilmesi ve süre uzatımına ilişkin esas ve usuller (söz gelimi idareye başvuru süreleri, ek fiyat farkı hesaplamaları, süre uzatımı); nihayetinde mülkiyet hakkının ve teşebbüs özgürlüğünün kullanımına etki edecektir. Mülkiyet hakkına ve özel teşebbüs kurma hürriyetine yapılan söz konusu müdahalenin hukuka uygun nitelik kazanması için; Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları çerçevesinde yapılması gerekmektedir. Bu sınırlardan olan kanunilik kaydı gereğince; iptali talep edilen ibarede yer alan hususların kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu, bu hususların düzenlenmesini idarelerin uhdesine bırakmak suretiyle; anılan hak ve hürriyete idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır.

Öte yandan, Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır. O halde özel teşebbüs statüsündeki sözleşmenin karşı tarafında bulunanların, yüklenicilerin 06.02.2023 tarihinde yaşanan deprem afetlerine bağlı olarak, başta işçilik maliyetleri olmak üzere yapım işlerinin girdi fiyatlarında öngörülmeleyen artışların meydana gelmesi nedeniyle desteklenmesi için kanunlaştırılan geçici 7. maddeyi, Devletin Anayasa'nın anılan hükmü bağlamındaki tedbir alma yükümlülüğü kapsamında değerlendirmek mümkündür. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre de Devletin, "özel teşebbüsün gelişmesini sağlamaya dönük ekonomik ve sosyal politikalar uygulama ve özel teşebbüse güvenli çalışma ortamı sağlamak için önlemler alma yetkisi de bulunmaktadır" (Anayasa Mahkemesi'nin 25.02.2010 tarihli ve 2007/65 E.; 2010/43 K. sayılı Kararı). Ancak kanun koyucu tedbir alma yükümlülüğü doğrultusunda kanun düzeyinde ek fiyat farkı ve süre uzatımı verilmesini öngörmüş ve fakat 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan varestede tutulan yapım işlerinden Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından bunların usul ve esaslarının genel çerçevesini çizmemiş; dahası idarelerin (düzenleyici) işlemlerine bırakmıştır. Bu itibarla idarelerin keyfî işlem ve eylemlerine açık hale gelen ihtilaflı düzenleme, özel teşebbüs bakımından çalışma ortamının güvensiz ve belirsiz hale gelmesine yol açmaktadır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 13, 35 ve 48. maddelerine aykırıdır.

v)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).

Kamu hizmetinin aksamaması ve 06.02.2023 tarihinde yaşanan deprem afetlerine bağlı olarak, başta işçilik maliyetleri olmak üzere yapım işlerinin girdi fiyatlarında öngörülme- yen artışların meydana gelmesi nedeniyle sözleşmenin karşı tarafında bulunanların, yüklenicilerin desteklenmesi için kanunlaştırılan geçici 7. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan iptali talep edilen ibareyle idarelere geniş bir düzenleme alanı bırakılacağından; hiçbir kanuni kayda tabi olmayan anılan ibare, söz konusu 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan varestede tutulan yapım işlerinden Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmelerin hakim olduğu sektörlerde kötü ekonomik koşullara maruz kalan firmaların rekabet kabiliyetine zarar gelmesine; kamu yararına aykırı şekilde belli özel teşebbüslerin himaye edilmesine; özel teşebbüslerin mameleklerinin ve teşebbüs hürriyetlerinin korunmasına elverişli ortam hazırlanamamasına; taahhüt edilen işlerin (yapım işleri) sürdürülemez hale gelmesine; ek fiyat farkı verilmesinin ve süre uzatımının fayda – maliyet özelinde etki analizinde beklenmedik sonuçlar görülmesine; sözleşmenin karşı tarafında bulunanlara, yüklenicilere gerekli finansman desteğinin verilmemesine; en nihayetinde kamu maliyesi bakımından yük doğmasına dolayısıyla milli ekonominin zarara uğramasına ve dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olacağından; Anayasa'nın 5 ve 167. maddelerine de aykırıdır.

vi)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 Protokol'nün, sınırlama koşulu olarak kanunilik ilkesini de içermek suretiyle mülkiyet hakkını düzenleyen 1. maddesini de ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7491 sayılı Kanun'un 40. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen geçici madde 7'nin dördüncü fıkrasında yer alan "ilgili mevzuatında düzenleme" ibaresi, (7351 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle 4735 sayılı Kanun'a eklenen) geçici madde 5'in altıncı fıkrası yönünden, Anayasa'nın 2, 5, 7, 10, 13, 35, 48, 90, 123 ve 167. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

b) 7491 Kanun'un 40. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen geçici madde 7'nin dördüncü fıkrasında yer alan "ilgili mevzuatında düzenleme" ibaresinin (7351 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle 4735 sayılı Kanun'a eklenen) geçici madde 5'in yedinci fıkrası yönünden Anayasa'ya aykırılığı

Anılan geçici 5. maddenin yedinci fıkrası kapsamındaki sözleşmeler: kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin taraf olduğu veya bu kuruluş veya birliklerin

kaynaklarıyla karşılanan mal ve hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmelerdir. Anılan geçici 5. maddenin yedinci fıkrasına göre; bu sözleşmelerde, anılan geçici 5. maddeye göre fiyat farkı ödenebilmesine yönelik ilgili kuruluş veya üst birliğin mevzuatında düzenleme yapılabilecektir. İptali talep edilen ibare uyarınca; bu yapım işleri sözleşmeleri için anılan geçici 7. maddeye uygun olarak ilgili mevzuatında düzenleme yapılabilecektir. Bu durum, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki anılan geçici 5. maddenin yedinci fıkrası kapsamındaki yapım işleri sözleşmeleri için anılan geçici 7. maddeye uygun olarak ilgili mevzuatında düzenleme yapmaya yetkili makam; anılan geçici 5. maddenin yedinci fıkrasında yer alan “Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst birliklerinin” ibaresine istinaden; kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst birlikleri olacaktır. Başka bir anlatımla her ne kadar; anılan geçici 5. maddenin yedinci fıkrasında açıkça “kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst birlikleri tarafından ilgili kuruluş veya üst birliğin mevzuatında düzenleme yapılabilir” ibaresi yer almasa da; maddenin lafzından bu düzenlemelerin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst birlikleri tarafından yapılacağı anlaşılmaktadır.

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

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

Öte yandan Anayasa Mahkemesi'ne göre “Anayasa'nın 123. maddesinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği belirtildikten sonra, idarenin kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı hükme bağlanmış, kamu tüzelkişiliğinin, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulacağı ifade edilmiştir. İdarenin bütünlüğü, tekil devlet modelinin yönetim alanındaki temel ilkesidir. İdarenin bütünlüğü ilkesiyle, idari görevleri yerine getiren kurumlar arasında birliğin sağlanması ve idari yapı içinde yer alan kurumların bir bütünlük içerisinde

çalışması öngörülmüştür. Bu ilke, merkezin denetimi ve gözetimi ile hayata geçirilmekte ve yönetimde bütünlüğü sağlamak için başlıca iki hukuksal araç, “hiyerarşi” ve “idari vesayet” kullanılmaktadır. Bunlardan hiyerarşi, merkezî yönetim içinde yer alan örgütler ve bunlara bağlı birimler arasındaki, idari vesayet ise merkezi yönetim ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki bütünlüşmeyi sağlamaktadır. Meslek kuruluşları ve üst kuruluşları, üstlendikleri hizmetler itibarıyla Anayasamızda kamu kurumu niteliğinde birer kamu tüzelkişisi olarak yer almışlardır. Bu nitelikleri itibarıyla, idari teşkilat bütünü içerisinde kamu idareleri, kamu kurumları yanında meslek kuruluşları olarak ayrı bir kategoriye oluşturmaktadırlar. Meslek kuruluşları da idari teşkilat bütünü içerisinde yer alan kurum ve kuruluşlar gibi Devletin gözetim ve denetimine tabidirler.” (Anayasa Mahkemesi’nin 22.06.2016 tarihli ve 2015/106 E.; 2016/128 K. sayılı Kararı, § 6, 7,8).

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

Bu nedenle kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin taraf olduğu veya bu kuruluş veya birliklerin kaynaklarıyla karşılanan yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından anılan geçici 7. maddeye uygun olarak yapılacak düzenlemelerin (ek fiyat farkı verilmesi ve süre uzatımına ilişkin usul ve esasların); normlar hiyerarşisinin ana halkası olarak hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerinin karşılanması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; –Anayasal ilkelerin aksine- anılan geçici 7. maddeye uygunluk kaydıyla kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını ve üst birliklerini sınırlamıştır, ilgili mevzuatın ne olduğunu dahi zikretmemiştir. Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin ek fiyat farkı ödenecek ve süre uzatımı verilecek kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin taraf olduğu veya bu kuruluş veya birliklerin kaynaklarıyla karşılanan yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeleri tespit ederken esas alacağı nesnel, objektif ölçütler ortaya konulmamıştır. Yine idareye başvuru süreleri, ek fiyat farkı hesaplamaları, süre uzatımı gibi hususların düzenlenmesi; tamamen kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin uhdesine bırakılmıştır. Kaldı ki anılan geçici 7. maddenin üçüncü fıkrasıyla Cumhurbaşkanına çok geniş bir alanda düzenleme yapma yetkisi verdiği de gözetildiğinde; “anılan geçici 7. maddeye uygunluk” kaydının kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerini sınırlamaya yeterli olmadığı ortaya çıkacaktır. Tüm bu hususların kanun düzeyinde açık ve net bir şekilde düzenlenmemesi ve bunlara yönelik nesnel, somut ölçüt öngörülmemesi, sözleşmenin karşı tarafı konumunda bulunanların ticari öngörülebilirliklerinin ortadan kaldırılmasına, keyfi uygulamalara neden olacaktır. Bu belirsizlik ise maddenin lafzında zikredilen ratio legis’in gerçekleşmemesine neden olacaktır; 06.02.2023 tarihinde yaşanan deprem afetlerine bağlı olarak, başta işçilik maliyetleri olmak üzere yapım işlerinin girdi fiyatlarında öngörülmeyen artışların meydana gelmesi nedeniyle sözleşmenin karşı tarafında bulunanların yüklenici risklerinin bertaraf edilmesine imkan vermeyecektir. Yine kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin yapacağı düzenlemeleri, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; sözleşmelerin karşı tarafında bulunanlar bakımından hukuki öngörülebilirliğe hanel getirmektedir. Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan geçici maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin (düzenleyici) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına

gelecektir. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2, 123 ve 135. maddelerine aykırıdır.

ii)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından; Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerine; onların taraf olduğu veya onların kaynaklarıyla karşılanan yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından anılan geçici 7. maddeye uygun olarak düzenleme yapma yetkisi (ek fiyat farkı verilmesi ve süre uzatımı ile bunlara ilişkin usul ve esasları tespit etme yetkisi) veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

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

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

Ancak iptali talep edilen ibarenin kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerine verdiği öznel ve keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi; söz gelimi aynı yapım işleri bakımından farklı ek fiyat farkı verilmesine; benzer nitelikteki yapım işlerinden bazıları için daha karmaşık idareye başvuru usulünün öngörülmesine; benzer işler bakımından emsallerine nazaran daha az süre uzatımı yapılmasına; uygulamada her bir yapım işleri için ek fiyat farkı ve süre uzatımı verilmesi şartlarının farklılaşmasına; aynı koşullarda bulunan yüklenicilerden birinin ek fiyat farkı yahut süre uzatımı başvurusunun kabul edilip diğerinin edilmemesine; yükleniciler arasında muamele farklılığı yapılmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Bir başka deyişle, ihtilaflı kural, benzer durumda bulunan kişilere kanun yoluyla avantajların dağıtımında haklı sebebe dayanmayan, keyfi

muamele farklılıklarını mümkün hale getirmektedir. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

iv)Mülkiyet hakkı, sözleşme / teşebbüs özgürlüğü ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri bakımından: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi olanağı sağlar. Bununla birlikte mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme) şeklinde tanımlanmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve 1988/ 34 E., 1989/26 K. sayılı Kararı). Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan sözleşme özgürlüğü; tarafların bir sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğünü, sözleşmeye son verme özgürlüğünü, sözleşmenin içeriğini belirleme /değiştirme özgürlüğünü, sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğünü içerir. O halde anılan kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin taraf olduğu veya bu kuruluş veya birliklerin kaynaklarıyla karşılanan yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından ek fiyat farkı ve süre uzatımı verilmesi, mülkiyet hakkının ve sözleşme özgürlüğünün kesişim alanındadır. Başka bir anlatımla sözleşmenin karşı tarafında bulunan, yüklenici (mülkiyet hakkına binaen) mameleki bakımından bir azalma olmaması için, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu ve üst birlikleri ile (sözleşme özgürlüğüne binaen) akdettiği sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması suretiyle kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu ve üst birliklerinden ek fiyat farkı verilmesini, süre uzatımını talep edebilecektir. O halde kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin taraf olduğu veya bu kuruluş veya birliklerin kaynaklarıyla karşılanan yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından ek fiyat farkı ve süre uzatımı verilmesine ilişkin esas ve usuller (söz gelimi kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerine başvuru süreleri, ek fiyat farkı hesaplamaları, süre uzatımı); nihayetinde mülkiyet hakkının ve teşebbüs özgürlüğünün kullanımına etki edecektir. Mülkiyet hakkına ve özel teşebbüs kurma hürriyetine yapılan söz konusu müdahalenin hukuka uygun nitelik kazanması için; Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları çerçevesinde yapılması gerekmektedir. Bu sınırlardan olan kanunilik kaydı gereğince; iptali talep edilen ibarede yer alan hususların kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu, bu hususların düzenlenmesini kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin uhdesine bırakmak suretiyle; anılan hak ve hürriyete idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır.

Öte yandan, Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır. O halde özel teşebbüs statüsünde sözleşmenin karşı tarafında bulunanların, yüklenicilerin 06.02.2023 tarihinde yaşanan deprem afetlerine bağlı olarak, başta işçilik maliyetleri olmak üzere yapım işlerinin girdi fiyatlarında öngörülme-yen artışların meydana gelmesi nedeniyle desteklenmesi için kanunlaştırılan geçici 7. maddeyi, Devletin Anayasa'nın anılan hükmü bağlamındaki tedbir alma yükümlülüğü kapsamında değerlendirmek mümkündür. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre de Devletin, "özel teşebbüsün gelişmesini sağlamaya dönük ekonomik ve sosyal politikalar uygulama ve özel teşebbüse güvenli çalışma ortamı sağlamak için önlemler alma yetkisi de bulunmaktadır" (Anayasa Mahkemesi'nin 25.02.2010 tarihli ve 2007/65 E.; 2010/43 K. sayılı Kararı). Ancak kanun koyucu, tedbir alma yükümlülüğü doğrultusunda kanun düzeyinde ek fiyat farkı ve süre

uzatımı öngörmüş ve fakat kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin taraf olduğu veya bu kuruluş veya birliklerin kaynaklarıyla karşılanan yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından bunların usul ve esaslarının genel çerçevesini çizmemiş; dahası kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin (düzenleyici) işlemlerine bırakmıştır. Bu itibarla kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin keyfi işlem ve eylemlerine açık hale gelen ihtilaflı düzenleme, özel teşebbüs bakımından çalışma ortamının güvensiz ve belirsiz hale gelmesine yol açmaktadır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 13, 35 ve 48. maddelerine aykırıdır.

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

Kamu hizmetinin aksamaması ve 06.02.2023 tarihinde yaşanan deprem afetlerine bağlı olarak, başta işçilik maliyetleri olmak üzere yapım işlerinin girdi fiyatlarında öngörülme- yen artışların meydana gelmesi nedeniyle sözleşmenin karşı tarafında bulunanların, yüklenicilerin desteklenmesi için kanunlaştırılan geçici 7. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan iptali talep edilen ibareyle kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerine geniş bir düzenleme alanı bırakılacağından; hiçbir kanuni kayda tabi olmayan anılan ibare, söz konusu kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin taraf olduğu veya bu kuruluş veya birliklerin kaynaklarıyla karşılanan yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmelerin hakim olduğu sektörlerde kötü ekonomik koşullara maruz kalan firmaların rekabet kabiliyetine zarar gelmesine; kamu yararına aykırı şekilde belli özel teşebbüslerin himaye edilmesine; özel teşebbüslerin mameleklerinin ve teşebbüs hürriyetlerinin korunmasına elverişli ortam hazırlanamamasına; taahhüt edilen işlerin (yapım işleri) sürdürülemez hale gelmesine; ek fiyat farkı verilmesinin ve süre uzatımının fayda – maliyet özelinde etki analizinde beklenmedik sonuçlar görülmesine; sözleşmenin karşı tarafında bulunanlara, yüklenicilere gerekli finansman desteğinin verilememesine; en nihayetinde kamu maliyesi bakımından yük doğmasına; dolayısıyla milli ekonominin zarara uğramasına ve dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olacağından Anayasa'nın 5 ve 167. maddelerine de aykırıdır.

vi)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Bunun yanında; Anayasa'nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler

barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 35. maddesiyle benzer hükümler içeren Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün, sınırlama koşulu olarak kanunilik ilkesini de içermek suretiyle mülkiyet hakkını düzenleyen 1. maddesini de ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7491 sayılı Kanun'un 40. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen geçici madde 7'nin dördüncü fıkrasında yer alan "ilgili mevzuatında düzenleme" ibaresi, (7351 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle 4735 sayılı Kanun'a eklenen) geçici madde 5'in yedinci fıkrası yönünden, Anayasa'nın 2, 5, 7, 10, 13, 35, 48, 90, 123, 135 ve 167. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

9) 27.12.2023 tarihli ve 7491 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 48. maddesiyle 5015 sayılı Kanun'un 20. maddesinin ikinci fıkrasının (g) bendinin birinci cümlesinde yer alan değiştirilen "ve Kurum tarafından her türlü tesiste (rafineri hariç) lisansa tabi tüm faaliyetler geçici olarak durdurulur ve bu süre içerisinde söz konusu tesis için başka bir gerçek veya tüzel kişiye de lisans verilmez" ibaresinde bulunan "geçici olarak durdurulur" ibaresi ile (g) bendine birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümlelerin Anayasa'ya aykırılığı

29.04.2021 tarihli ve 7318 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun "İdari yaptırımlar" kenar başlıklı 20. maddesinin ikinci fıkrasına (g) bendi eklenmiştir. Anılan bendin birinci cümlesine göre bu Kanun'a göre lisansa tabi faaliyetler ile ilgili olarak, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun "Kaçakçılık Suçları ve Cezaları" kenar başlıklı 359. maddesinin (a) ve (b) fıkraları kapsamında; muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme veya bu belgeleri kullanma, belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleme veya bu belgeleri kullanma suçları ile aynı maddenin (ç) fıkrasında yazılı suçların işlendiğinin anılan Kanun'un "Bazı kaçakçılık suçlarının cezalandırılmasında usul kenar başlıklı" kenar başlıklı 367. maddesi uyarınca Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi ile birlikte durum, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'na (Kuruma) da iletilecek ve Kurum tarafından her türlü tesiste (rafineri hariç) lisansa tabi tüm faaliyetler kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar veya mahkeme kararı kesinleşinceye kadar geçici olarak durdurulacak ve bu süre içinde söz konusu tesis için başka bir gerçek veya tüzel kişiye de lisans verilmeyecektir.

Ancak 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 20. maddesinin ikinci fıkrasına 7318 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle eklenen (g) bendinin birinci cümlesinde yer alan "...ve Kurum tarafından her türlü tesiste (rafineri hariç) lisansa tabi tüm faaliyetler kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar veya mahkeme kararı kesinleşinceye kadar geçici olarak durdurulur..." ibaresi, Anayasa'nın 13 ve 48. maddelerine aykırı olduğundan bahisle iptal edilmiş ve anılan cümlede yer alan "...ve bu süre içinde söz konusu tesis için başka bir gerçek veya tüzel kişiye de lisans verilmez." ibaresinin 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince iptaline karar verilmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 28.09.2023 tarihli ve 2023/35 E.; 2023/163 K. sayılı Kararı).

Bunun üzerine kanun koyucu tarafından 7491 sayılı Kanun'un 48. maddesiyle anılan (g) bendinin birinci cümlesinde yer alan "ve Kurum tarafından her türlü tesiste (rafineri hariç) lisansa tabi tüm faaliyetler kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar veya mahkeme kararı kesinleşinceye kadar geçici olarak durdurulur ve bu süre içinde söz konusu tesis için başka bir

gerçek veya tüzel kişiye de lisans verilmez” ibaresi “ve Kurum tarafından her türlü tesiste (rafineri hariç) lisansa tabi tüm faaliyetler geçici olarak durdurulur ve bu süre içerisinde söz konusu tesis için başka bir gerçek veya tüzel kişiye de lisans verilmez” şeklinde değiştirilmiş ve bende birinci cümlesinden sonra gelmek üzere ““Kurum tarafından geçici durdurma işleminin kaldırılıp kaldırılmayacağı bu fıkra da yer verilen suçlarla sınırlı olmak üzere Cumhuriyet başsavcılığı veya mahkemelerden temin edilecek bilgilere göre altı ayda bir değerlendirilir. Ancak kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi üzerine ya da mahkûmiyet dışında bir hüküm veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde kesinleşmesi beklenmeksizin Kuruma yargı merciince bildirilmesiyle veya sair suretlerle Kurumca ıttıla edilmesi durumunda geçici durdurma işlemi Kurum tarafından kaldırılır.” şeklindeki cümleler eklenmiştir.

Ne var ki bu Kanun’a göre lisansa tabi faaliyetler ile ilgili olarak, Vergi Usul Kanunu’nun 359. maddesinin (a) ve (b) fıkraları kapsamında; muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme veya bu belgeleri kullanma, belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleme veya bu belgeleri kullanma suçları ile aynı maddenin (ç) fıkrasında yazılı suçların işlendiğinin anılan Kanun’un 367. maddesi uyarınca Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi ile birlikte durumun, Kuruma iletilmesi üzerine; Kurum tarafından her türlü tesiste (rafineri hariç) lisansa tabi tüm faaliyetlerin geçici olarak durdurulmasına cevaz veren ve iptali talep edilen ibare ile “Kurum tarafından geçici durdurma işleminin kaldırılıp kaldırılmayacağı bu fıkra da yer verilen suçlarla sınırlı olmak üzere Cumhuriyet başsavcılığı veya mahkemelerden temin edilecek bilgilere göre altı ayda bir değerlendirilmesine” ilişkin iptali talep edilen (bende birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen) ilk cümle ile “kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi üzerine ya da mahkûmiyet dışında bir hüküm veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde kesinleşmesi beklenmeksizin Kuruma yargı merciince bildirilmesiyle veya sair suretlerle Kurumca ıttıla edilmesi durumunda geçici durdurma işleminin Kurum tarafından kaldırılmasına” ilişkin (bende birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen) ikinci cümle Anayasa’ya aykırıdır. Zira kanun koyucu “kovuşturmaya yer olmadığına dair karar veya mahkeme kararı kesinleşinceye kadar” ibaresini kaldırmış ve fakat anılan 367. madde uyarınca Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi ile birlikte durumun Kuruma da iletileceğine yönelik kuralı muhafaza etmekle uygulamada geçici durdurma işleminin muhakemenin aynı safhalarına tekabül etmesini temin etmiştir ve iptali talep edilen cümlelerle (aşağıda detaylandırılacağı üzere) Anayasa Mahkemesi kararının gereklerini karşılamamıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki iptali talep ibarenin yer aldığı cümleye konu fiiller: bu Kanun’a göre lisansa tabi faaliyetler ile ilgili olarak

-213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 359. maddesinin (a) ve (b) fıkraları kapsamında; muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme veya bu belgeleri kullanma, belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleme veya bu belgeleri kullanma suçlar

-213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 359. maddesinin (ç) fıkrasında yazılı suçlar

şeklinde dir. (Açıklamalar kısmında sayılı fıkralara konu vergi suçları olarak adlandırılacaktır.) 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 359. maddesinin (a), (b) ve (ç) fıkraları:

“a) Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan;

1) Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapanlar, gerçek olmayan veya kayda konu işlem-lerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açanlar veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydedenler,

2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar,

Hakkında on sekiz aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Varlığı noter tasdik kayıtları ve-ya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belge-lerin ibraz edilmemesi, bu fıkra hükmünün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilir. Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgedir.(2)(3)

b) Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sayfalarını yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir.(3)

...

ç) (Ek:29/4/2021-7318/4 md.) Hazine ve Maliye Bakanlığınca yetkilendirilmediği halde, ödeme kaydedici cihaz mührünü kaldıran, donanım veya yazılımını değiştiren veya yetkilendirilmiş olsun ya da olmasın ödeme kaydedici cihazın hafıza birimlerine, elektronik devre elemanlarına veya harici donanım veya yazılımlarla olan bağlantı sistemine ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemlere fiziksel veya bilişim yoluyla müdahale ederek; gerçekleştirilen satış-lara ait mali belge veya bilgilerin cihazda kayıt altına alınmasını engelleyen, cihazda kayıt altına alınan bilgileri değiştiren veya silen, ödeme kaydedici cihaz veya bağlantılı diğer donanım ve sistemler ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemler tara-fından Hazine ve Maliye Bakanlığı veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarına elektronik ortamda iletilmesi gereken belge, bilgi veya verilerin iletilmesini önleyen veya bunların gerçeğe uygun olmayan şekilde iletilme-sine sebebiyet verenler üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.(3)”

şeklindedir. Yine 5015 sayılı Kanun kapsamında yürütülen faaliyetler, 1. mad-desi uyarınca yurt içi ve yurt dışı kaynaklardan temin olunan petrolün doğrudan veya işlenerek güvenli ve ekonomik olarak rekabet ortamı içerisinde kullanıcılara sunumuna ilişkin piyasa faaliyetlerinin tamamı olup; anılan Kanun’un çeşitli hükümlerinde derpiş edilmiştir: dağıtım, iletim gibi.

Öte yandan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “Tanımlar” kenar başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrasının (e) ve (f) bentleri uyarınca soruşturma evresi, “Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden” itibaren başlar ve “iddianamenin kabulüyle” tamamlanır. Kovuşturma evresi, “iddianamenin kabulünden” itibaren başlar ve “hükmün kesinleşmesiyle” tamamlanır.

Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 172 ve devamı maddeleri uyarınca Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde kovuşturmayaya yer olmadığına karar verir; kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar, itiraz edilmezse kararın tebliğinden 15 gün sonra, karara itiraz edilirse sulh ceza hakimliği tarafından itiraz başvurusunun reddedilmesi üzerine kesinleşir. Buna ilave olarak ceza usul hukuku mucibince bir mahkeme kararının kesinleşmesi, istinaf ve temyiz olağan kanun yollarının tüketilmesiyle tekâmül eder.

İptali talep edilen ibare ise bu Kanun'a göre lisansa tabi faaliyetler ile ilgili olarak sayılı fıkralara konu vergi suçlarının anılan Kanun'un 367. maddesi uyarınca Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi ile birlikte durumun Kuruma da iletilmesi üzerine (diğer bir söyleyişle kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın veya mahkeme kararının kesinleşmesi - res judicata- aranmaksızın) her türlü tesiste (rafineri hariç) lisansa tabi tüm faaliyetlerin geçici olarak durdurulmasını ve sayılı fıkralara konu fiilleri işlediği tespit edilenlerin soruşturma ve kovuşturma evreleri boyunca (geçici bir süre için) bu faaliyetlerden doğan (genel anlamda) hak ve yetkilerinin kullanımının askıya alınmasını öngörmektedir. Bu durum, Anayasa'ya aykırıdır.

Açıklamalara geçilmeden önce son olarak belirtmek gerekir ki iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümle ve devamı cümlelerde, geçici durdurma kararı, mahkeme tarafından tedbiren verilmeyecektir. Söz gelimi mahkeme tarafından mahkumiyet kararı kuruldu ise; bu kararda, “kararın kesinleşmesine kadar faaliyete ilişkin tüm belgelerin askıya alınması” da hüküm altına alınması yahut söz konusu suçların petrol piyasasının (vergi tahsili özelinde) güvenliğini bozucu nitelikte olması durumu bakımından; mevcut delil durumuna göre, mahkeme tarafından (mahkumiyet kararı kurulmadan önce) tedbiren askıya alınma kararı verilmesi gibi seçenekler bulunmamaktadır. Sayılı fıkralara konu vergi suçlarının işlendiğinin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi ile birlikte durumun Kuruma iletilmesi üzerine; Kurumca resen idari işlem tesisi marifetiyle geçici durdurma kararı verilecektir.

i)Erkler ayrılığı ilkesi, hukuk devleti ilkesi, hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaması, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri, hak arama özgürlüğü, masumiyet karinesi bakımından: İptali talep edilen ibare ve cümleler, Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinde güvencelenen adil yargılanma hakkını ve Anayasa'nın 38. maddesinde temelini bulan masumiyet karinesini ihlal etmektedir. Zira iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümlelerin lafzından; geçici durdurma işlemini tesis edecek yetkili makamın hakim/mahkeme olmadığı; Kurum olduğu anlaşılmaktadır.

AIHM, Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında “cezai alanda ... yöneltilebilir suçlama” terimini, üç ölçütü değerlendirilmektedir: Fiilin iç hukuktaki hukuki niteliği, fiilin mahiyeti ve müeyyidenin ağırlık derecesi (AIHM, Engel et diğerleri-Hollanda, 8 Haziran 1976, başvuru no : 5100/71 ve diğerleri, § 82). Sözleşme'nin 6. maddesi çerçevesindeki bu yaklaşım ve söz konusu ölçütler, 7 numaralı Protokol'ün ne bis in idem ilkesine ilişkin 4. maddesi bakımından da geçerlidir. (AIHM, Prina-Romanya, kabul edilebilirlik, 8 Eylül 2020, başvuru no : 37697/13, § 48 vd.). Burada söz konusu fiil, geçici durdurma işleminin ağırlık derecesi ve kişi üzerindeki sonuçlarıyla beraber dikkate alındığında, onun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi anlamında “ceza” olarak değerlendirilmesi gereği ve suç ithamıyla ilişkili hak ve güvencelerin bu bağlamda işletilmesi gerekliliği ortaya çıkar.

O halde geçici durdurma konulu tedbir kararının, ağır neticeleri olması itibarıyla yargısal niteliğinin bulunması ve dolayısıyla adil yargılanma hakkı gereğince bağımsız ve tarafsız hakim veya mahkeme tarafından verilmesi lazım gelmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu tür tedbirleri, adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirmektedir: “50. Prensipde, 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, bu faaliyetlerin geçici olarak durdurulması bakımından yargısal güvence öngörmemiştir. Zira bu tedbir, bir yandan orantısız biçimde çok uzun bir dönem için verilecek diğer yandan tedbir almayı gerektirecek fiillerin petrol piyasasının (vergi tahsili özelinde) güvenliğini bozucu nitelikte olması durumu bakımından mevcut delil durumunun hakim/mahkemeler tarafından değerlendirilmesi, bu yaptırımın muhataplarının hakim/mahkemeler nezdinde savunma hakkını kullanması söz konusu olmayacaktır.

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). İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (m.11/1), Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (m.14/2) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m.6/2); masumiyet karanesini ifade eden başlıca uluslararası hak koruma belgeleridir. AİHS'nin 6. maddesinin ikinci fıkrasına göre: “Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır”. Türkiye Anayasası'na göre; savaş, seferberlik ve olağanüstü hallerde dahi bu ilkeye istisna getirilmesi mümkün değildir (m.15/2) 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 bulunulmamasını gerekli kılar. Dolayısıyla sadece suç isnadına konu ceza yargılaması kapsamında değil ceza yargılaması ile eş zamanlı olarak yürütülen diğer hukuki süreç ve yargılamalarda da (idari, hukuk, disiplin gibi) masumiyet karanesinin ihlali söz konusu olabilir (Galip Şahin, B. No: 2015/6075, 11/6/2018, § 39; Turgut Duman, B. No: 2014/15365, 29/5/2019, § 103). Güvencenin ikinci yönü ise ceza yargılaması sonucunda mahkûmiyet dışında bir hüküm kurulduğunda devreye girer ve daha sonraki yargılamalarda ceza gerektiren suçla ilgili olarak kişinin masumiyetinden şüphe duyulmamasını, kamu makamlarının toplum nezdinde kişinin suçlu olduğu izlenimini uyandıracak işlem ve uygulamalardan kaçınmasını gerektirir (Galip Şahin, § 40; Turgut Duman, § 104). Nasıl ki Anayasa Mahkemesi, masumiyet karanesinin kamu otoritelerini bağladığını ifade ediyorsa, AİHM de, masumiyet karanesinin ihlalinin bir hâkim veya mahkemeden kaynaklanabileceği gibi, başka kamu otoritelerinden de gelebileceğine dikkat çekmektedir (AİHM, *Allenet de Ribemont-Fransa*, 10 Şubat 1995, başvuru no : 15175/89, § 36).

Ancak ilk derece mahkemesince verilecek bir mahkumiyet kararı aranmaması (İlk derece mahkemesinin mahkumiyet kararı, fiilin o muhatap tarafından işlendiğine dair kuvvetli-makul şüpheyi aşan karine teşkil etse de; bu durum dahi, kesin hükmün bağlayıcılığı ilkesini-masumiyet karinesini ihlal etmektedir.); tedbir almayı gerektirecek fiillerin petrol piyasasının (vergi tahsili özelinde) güvenliğini bozucu nitelikte olması durumu bakımından mevcut delil durumunun değerlendirilmemesi; ilgili muhatapın petrol piyasalarından tamamen uzaklaşması sonucu doğuracak çok uzun bir zaman dilimi (altı aylardan oluşan bir zaman kümesi) için orantısız biçimde bu tedbirin uygulanması; hakim/mahkemeler yerine bu tedbirin Kurum tarafından alınması, son tahlilde suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilmemiş kişinin suçlu muamelesine tabi tutulması anlamına gelecek ve masumiyet karinesini ihlal edecektir. Zira Kurum, yazılı suçların işlendiğinin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi ile birlikte durumun Kuruma da iletilmesi üzerine; geçici olarak durdurma kararı verebilecektir. O halde Kurum, sadece yargı merciince tespit edilmiş bir suç şüphesine istinaden değil resen de bu kararı verebilecektir. Zira Cumhuriyet başsavcılığının soruşturmaya yer olmadığına dair karar vermesi olasılığında dahi; suçların işlendiğinin kendisine intikal ettirilmesiyle Kurum, geçici olarak durdurma kararı verebilecektir. O halde Kurum, sadece yargı merciince tespit edilmiş bir suç şüphesine istinaden değil resen de bu kararı verebilecektir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümlelerin gerekçesinde ratio legis'in; "uzun sürmesi muhtemel adli süreç esnasında kaçakçılık faaliyetlerinin devam ettirilme ihtimaline karşılık oluşacak kamu zararını önlemek" olduğu kaleme alınmıştır. Ancak adli süreçlerin uzaması, geçici olarak durdurma kararının iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümleye konu usulle verilmesinin haklı gerekçesi olamaz. Zira adli süreçlerin uzaması, makul ve hukuki bir neden olmayıp mevcut (hukuka aykırı) yargı mekanizmasının fiili neticesidir. Kaldı ki gerekçede;

"...Diğer taraftan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı kesinleşme sürecinin kısa olması göz önünde bulundurularak, askıya alma kararının kalkması için söz konusu kararın kesinleşmesi aranmamaktadır. Kovuşturmaya yer olmadığına dair verilen karar ile ilgili olarak ise kesinleşme sürecinin kısa olması ve kaldırılması durumunda ara dönemde devirden kaynaklı oluşabilecek zararların önüne geçmek adına söz konusu kararın kesinleşmesi aranmaktadır

şeklindeki açıklamalarda bazı karar türleri bakımından ayırım yapılmasının nedeni olarak "kesinleşme sürecinin kısa olması" gösterilmektedir. Ancak fiili durum olan adli süreçlerin uzunluğu yahut kısalığı, haklı neden teşkil etmez.

Yine kanun koyucu, iptali talep edilen cümlelerle Anayasa Mahkemesi kararının bağlayıcılığından cihetle birtakım mekanizmalar getirmiştir. Ne var ki bu mekanizmalar da Anayasa'nın 13, 36, 38 ve 48. maddelerinin gereklerini karşılamaya elverişli değildir. İptali talep edilen (anılan bende birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen) ilk cümleyle Kurumca geçici durdurma işleminin kaldırılıp kaldırılmayacağına bu fıkra da yer verilen suçlarla sınırlı olmak üzere Cumhuriyet başsavcılığı veya mahkemelerden temin edilecek bilgilere göre altı ayda bir değerlendirmesi, bu gerekliliği karşılamamaktadır. Zira değerlendirme işleminde yine yargısal güvenceleri haiz bir mekanizma öngörülmemiştir, değerlendirme hakim yahut mahkeme tarafından yapılmayacaktır; idare, kendi verdiği kararı yine kendi "denetleyecektir" (Ki bu denetim/değerlendirme mekanizmasının mantığına ters düşmektedir.); altı aylık süre ise piyasa ekonomisi ve teşebbüslerin faaliyetlerinin sürdürmesi, tedbirin değişen koşullara göre uyarlanması bakımından orantısız biçimde uzundur. Cumhuriyet başsavcılığı veya mahkemelerden temin edilecek bilgilerin ise bağlayıcı nitelikte

olmadığı cümlelerin lafzından anlaşılmaktadır. Başka bir anlatımla söz gelimi savcılık tarafından soruşturmaya yer olmadığı kararı verildiği takdirde; Kurumun derhal geçici olarak koruma kararını kaldırmasının zorunluğu olduğuna ilişkin açık bir kural bulunmamaktadır.

Yine iptali talep edilen (anılan bende birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen) ikinci cümleyle kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi üzerine Kurum tarafından geçici durdurma işlemi ortadan kaldırılacaktır. Bu kuralın kanunla hüküm altına alınmasına gerek dahi yoktur. Bu kural geçici durdurma işleminin muhatabına yeni bir hak tanımamaktadır. Zira mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ilkesi gereğince kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesinin olağan neticesi, bu karara konu eylemlere istinaden başka makamlarca tesis edilen işlemlerin dayanaktan yoksun kalmasına (işlemi tesis eden makamca geri alınmasına/ iptal edilmesine) sebep olacaktır. İptali talep edilen ikinci cümleyle mahkûmiyet dışında bir hüküm veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde kesinleşmesi beklenmeksizin (yargı merciince bildirilmesiyle veya sair suretlerle Kurumca ıttıla edilmesi durumunda) Kurum tarafından geçici durdurma işleminin ortadan kaldırılması, karar türleri arasında (yukarıda belirtildiği üzere) haklı neden olmaksızın ayırım yapmaktadır. Zira fiili durum olan adli süreçlerin uzunluğu yahut kısalığı, haklı neden teşkil etmez. Kanun koyucu, haklı neden olmaksızın mahkûmiyet dışındaki bir karar veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına kararına muhatap teşebbüsler bakımından lehe uygulama öngörmektedir.

Bu durum, (Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan sınırlandırmanın sınırlarının gereklerini karşılamayarak) demokratik bir toplum düzeninde olmayacak biçimde sayılı fıkralara konu vergi suçlarını işlediği iddia edilenlerin (tespit edilenlerin) adil yargılanma hakkının özüne dokunmaktadır.

Yine bu tedbire karşı idari yargı yoluna başvurulabileceği ve yürütmenin durulması kararının alınabileceği ve böylece geçici durdurma kararının muhatabının haklarının korunabileceği ileri sürülebilir. Ancak kanun koyucu, yargılama sürelerinin uzunluğunu, iptali talep edilen ibarenin ve cümlelerin gerekçesi olarak belirlemiştir. O halde burada çelişik iki sav bulunmaktadır. Zira idari yargı yolu da uzun sürecek ve muhatapların hakları korunamayacaktır.

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

Diğer taraftan bu durum; bir fonksiyon gaspına sebep olacak, Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan erkler ayrılığı ilkesini, 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesini ve 6. maddesinde yer alan hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanmamasına yönelik hükmü ihlal edecektir. Zira ağır cezai niteliği haiz durdurma işleminin bir hakim/mahkeme yerine Kurum tarafından tesis edilmesi, altı ayda bir değerlendirilmesi ve ortadan kaldırılması yürütme kuvveti ile yargı kuvveti arasındaki ayrılığa hâlel getirmiştir. O nedenle iptali talep edilen ibare ve cümleler, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2 ve 6. maddelerine aykırıdır.

ii)Ölçülülük ilkesi bağlamında suç ve ceza arasında orantılılık ilkesi bakımından: İptali talep edilen ibare ve cümlelerle faaliyet yürütenler, bir yaptırıma muhatap kılınmıştır. Başka bir anlatımla sayılı fıkralara konu vergi suçlarını işlediği tespit edilenlerin, bu Kanun kapsamında yürütülen lisansa tabi tüm faaliyetleri; yazılı suçların işlendiğinin Cum-huriyet başsavcılığına bildirilmesi ile birlikte durumun Kuruma da iletilmesi üzerine; başka bir deyişle

soruşturma ve/veya kovuşturma başlatılması durumunda geçici ola-rak durdurulacaktır. AİHM, Sözleşme’nin 6. maddesi anlamında “cezaî alanda ... yönel-tilen suçlama” terimini, üç ölçütü değerlendirilmektedir: Fiilin iç hukuktaki hukuki nite-lemesi, fiilin mahiyeti ve müeyyidenin ağırlık derecesi (AİHM, Engel et diğerleri-Hollanda, 8 Haziran 1976, başvuru no : 5100/71 ve diğerleri, § 82). Sözleşme’nin 6. maddesi çer-çevesindeki bu yaklaşım ve söz konusu ölçütler, 7 numaralı Protokol’ün ne bis in idem ilkesine ilişkin 4. maddesi bakımından da geçerlidir. (AİHM, Prina-Romanya, kabul edilebilirlik, 8 Eylül 2020, başvuru no : 37697/13, § 48 vd.). Burada söz konusu fiil, askıya alma işleminin ağırlık derecesi ve kişi üzerindeki sonuçlarıyla beraber dikkate alındı-ğında, onun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi anlamında “ceza” olarak değerlendirilme-si gereği ve ceza hukukuyla ilişkili hak ve güvencelerin bu bağlamda işletilmesi gereklili-ği ortaya çıkar.

Ancak burada suç (sayılı fıkralara konu suçların işlenmesi) ve ceza (bu faaliyetle-rin soruşturma ve/veya kovuşturma başlatılması durumunda askıya alınması) arasın-daki hassas denge gözetilmemiştir. Zira bir suça, ağır bir ceza bağlanmıştır. Halbuki Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine dayanan “suç ve ceza arasında orantılılık” ilkesi, cezada adalet, kefaret anlayışının ve zarar ilkesinin bir sonu-cudur. Bu ilke, Türk Ceza Kanunu’nun 3. maddesinde de hüküm altına alınmıştır. Öte yandan bu ilke, Anayasa’nın 2. maddesinde hüküm altına alınan hukuk devleti ile 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkelerinin somut bir görünümüdür. Nitekim Anayasa Mahkemesi’ne göre de;

“Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. “Elverişlilik”, başvuru-ulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, “gereklilik” başvuru-ulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, “orantılılık” ise başvuru-ulan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında da “ölçülülük ilkesi” gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur. Ceza, toplumda korunmaya değer görülen hukuki değerlerin ihlali durumunda Devletin gösterdiği tepki olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla ceza hukukunun amacı, toplumsal yaşam bakımından önem arz eden hukuksal değerleri korumaktır. Fakat Devlet, bu hukuksal değerleri korumak üzere sahip olduğu cezalandırma yetkisini istediği biçim ve kapsamda kullanamaz. Bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır. Faile, işlediği suçun ağırlığı ile orantılı ceza ve güvenlik tedbiri uygulanması, orantılılık ilkesi ile örtüşmektedir. Bu ilke, cezaya ve güvenlik tedbirine hükmedilmesinde önemli bir sınırlayıcı unsurdur. Bu noktada orantılılık ilkesi hem kanun koyucuyu hem de hâkimi bağlar. (Anayasa Mahkemesi’nin 05.05.2016 tarihli ve 2016/16 E.: 2016/ 37 K. sayılı Kararı)’’.

Ancak burada amaç (““uzun sürmesi muhtemel adli süreç esnasında kaçakçılık faali-yetlerinin devam ettirilme ihtimaline karşılık oluşacak kamu zararını önlemek””) ile araç arasında orantı bulunmamaktadır. Zira yukarıda da açıklandığı üzere ilk derece mah-kemesince verilecek bir mahkumiyet kararı aranmaması (İlk derece mahkemesinin mah-kumiyet kararı, fiilin o muhatap tarafından işlendiğine dair kuvvetli-yeterli-makul şüpheyi aşan karine teşkil etse de; bu durum dahi, kesin hükmün bağlayıcılığı ilkesini-masumiyet karinesini ihlal etmektedir.); tedbir almayı gerektirecek fiillerin petrol piyasasının (vergi tahsili) özelinde güvenliğini bozucu nitelikte olması durumu bakımından mevcut delil durumunun değerlendirilmemesi; ilgili muhatapın petrol piyasasından tamamen uzak-laşması sonucu doğuracak nitelikte çok uzun bir zaman dilimi (altı aylardan oluşan bir zaman kümesi) için orantısız biçimde bu tedbirin uygulanması; karar türleri arasında haklı neden olmaksızın ayırım

yapılması; tedbirin, amacı dışında kullanılmasına zemin hazırlamaktadır. Söz gelimi iki rakip firmadan biri, diğeri hakkında Vergi Denetim Kuru-lu'na (Zira bu durumda keyfiyet, savcılığa ve akabinde Kuruma iletilecektir.) yahut doğru-dan savcılığa ihbar yahut şikayette bulunmak suretiyle; soruşturma evresini başlatıp; kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesine kadar; ihbar yahut şikayet edilen firmanın faaliyetlerini geçici olarak durdurup; pekâlâ o dönemde gerçekleşecek bir ihaleye iştirak etmesini engelleyebilecek; bir piyasa aktörünü, piyasa dışında bırakabilirdir. Bu durum da petrol piyasalarında belirli şirketlerin hakim duruma gelmesi-ne; tedbir hükmünün, amacı dışında kullanılmasına ve kamu yararı bakımından telafisi güç ya da imkansız zararlar doğmasına neden olacaktır. Kanun koyucu bu türden kötü niyetli davranışları engellemeye yönelik bir mekanizma (tedbir almayı gerektirecek fiil-lerin petrol piyasasının -vergi tahsili özelinde- güvenliğini bozucu nitelikte olması du-rumu bakımından mevcut delil durumunun değerlendirilmesi gibi) öngörmemiştir. Yine geçici olarak durdurulan süre içinde söz konusu tesis için başka bir gerçek ya da tüzel kişiye belge verilmemesi, hakkında geçici olarak durdurma işlemi tesis edilen ilgilinin piyasa içinde kalmasını sağlamaya yeterli değildir. Bu noktada belirtmek gerekir ki ma-kul olmayan yargılama süreleri, Devletin özel teşebbüsler bakımından öngörülen pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemesinin meşru gerekçesi değildir.

Yine iptali talep edilen cümlelerin Anayasa Mahkemesi kararının gereklerini karşı-lamadığı yukarıda detaylı biçimde açıklanmıştır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki iptali talep edilen ibarenin ve iptali talep edilen cümlelerin gerekçesinde ratio legis'in ; “söz konusu sektörün dinamikleri ve aktörleri de dikkate alınarak kamu yararı ve bireysel yarar arasında dengeli, ölçülü bir düzenlemenin hayata geçirilmesi” olduğu kaleme alınmıştır. Ne var ki iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümlelerin değişik formülasyonu da bu amacı gerçekleştirmeye elverişli değildir.

Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare ve cümleler, Anayasa'nın 2 ve 13. maddelerine aykırıdır.

iii)Eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri, eşitlik ilkesi, mülkiyet hakkı ve teşebbüs özgürlüğü bakımından: İptali talep edilen ibareyle sayılı fıkralara konu vergi suçlarını işlediği tespit edilenlerin bu Kanun kapsamında yürütülen faaliyetlerinin, yazılı suçların işlendiğinin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi ile birlikte durumun Kuruma da iletilmesi üzerine; başka bir deyişle soruşturma ve/veya kovuşturma başlatılması durumunda geçici olarak durdurulması; iptali talep edilen ilk cümleyle Kurumca bu fıkra da yer verilen suçlarla sınırlı olmak üzere Cumhuriyet başsavcılığı veya mahkemelerden temin edilecek bilgilere göre geçici durdurma işleminin kaldırılıp kaldırılmayacağına altı ayda bir değerlendirilmesi; iptali talep edilen ikinci cümleyle kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi üzerine ya da mahkûmiyet dışında bir hüküm veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde kesinleşmesi beklenmeksizin Kuruma yargı merciince bildirilmesiyle veya sair suretlerle Kurumca ıttıla edilmesi durumunda geçici durdurma işlemi Kurum tarafından ortadan kaldırılması mülkiyet hakkının ve teşebbüs özgürlüğünün uygulanma alanı dâhilindedir.

Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi 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).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, işletmelerin faaliyette bulunması için gerekli işletme ruhsatlarını ve lisanslarını, mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirmektedir:

“36. İşletme faaliyeti bünyesindeki bir ruhsat malvarlığı değerleri arasında olup bunun iptali edilmesi Protokol No. 1 Madde 1 tarafından güvence altına alınan haklara bir müdahale niteliğindedir (Megadat.com SRL v. Moldova, §§ 62-63; Bimer S.A. v. Moldova, § 49; Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd. v. Poland, § 49; Capital Bank AD v. Bulgaria, § 130; Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden, § 53; Vékony v. Hungary, § 29; Fredin v. Sweden (no. 1), § 40; Malik v. the United Kingdom, § 90).

37. İptali bir bankanın otomatik olarak tasfiye sürecine girmesine yol açan bankacılık ruhsatı/lisansı da malvarlığı değerleri arasındadır (Capital Bank AD v. Bulgaria, § 130).

38. Ayrıca, ülke çapında karasal televizyon yayın lisansı, yayın frekansları tahsis edilmediğinde özünü yitirmektedir (Centro Europa 7 S.R.L. and di Stefano v. Italy [BD], § 177).

39. Benzer şekilde, başvurucunun su ürünleri işletmesinin rutin bir unsuru olarak midye yavruları avlama izni malvarlığı kapsamında olup bunun geçici süreyle yasaklanması söz konusu izne getirilmiş bir kayıtlama olarak görülmektedir (O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. Ireland, § 89).”

Yine AİHM, ruhsatın yahut lisansın iptal edilmesini ve şirketin faaliyetlerinin geçici olarak yasaklanmasını, mülkiyet hakkı bağlamında ele almaktadır:

“113. ... – başvuruçuların işletme ruhsatının, kamu makamlarınca ilgili kararlarda herhangi bir kamu yararı gerekçesine dayanılmaksızın iptal edilmesi; Vassallo v. Malta, § 43 – taşınmaza el atılma tarihinden itibaren ilk el etma amaçlarına uygun olarak somut bir kullanım olmaksızın yirmi sekiz yıl geçmesinin, kamu yararı koşulu bakımından Protokol No. 1 Madde 1 çerçevesinde sorun doğurması; ve Megadat.com SRL v. Moldova, § 79 – kamu makamlarının başvuruçu şirketin ruhsatını/lisansını iptal ederken herhangi bir sahîh ve tutarlı politika izlediğinin Mahkemeyi tatmin edecek ölçüde gösterilmemesi).”

“359. Nihayet yakın tarihli bir vakada, olgunlaşmamış midye (midye yavrusu) avlayan bir şirket, İrlanda Hükümeti'nin Avrupa Birliği çevre mevzuatına uymakla mali kayba sebep olduğundan yakınmıştır. Hükümet, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (“ABAD”) İrlanda'nın iki AB çevre direktifi çerçevesindeki yükümlülüklerini yerine getirmede başarısız olduğuna karar verdikten sonra, 2008'de, şirketin faaliyetlerini yürüttüğü limanda midye yavrusu avlanmasını geçici olarak yasaklamıştır. Böylece, şirketin elinde 2010 yılında satmak için hiç olgun midyesi kalmamış ve bir kar kaybı meydana gelmiştir. Mahkeme, hem çevrenin korunmasının hem de muhatap Devletin AB hukuku çerçevesindeki yükümlülüklerinin meşru amaç olduğunu gözlemlemiştir. Bir tacir olarak şirket, Devletin AB kurallarına uyma gereğinin işini etkileyebileceğinin farkında olmalıydı.”

Bununla birlikte AİHM, 16.06.2021 kesinleşme tarihli ve 21392/08 Başvuru No'lu Karahasanoğlu / Türkiye kararında olduğu gibi; ihtiyadi tedbir kararının mülkiyet hakkını ihlal

edip etmediğine yönelik muhakemeyi birtakım kıstaslar çerçevesinde yürütmektedir: tedbirin adil bir denge gözetilerek konulması, başvuran üzerinde aşırı yük oluşturmaması, tedbirin uygulanma süresi, kısıtlamaların kapsamı ve usuli güvencelerin varlığı... :

“149. ... Mahkeme içtihatlarına göre, müdahalenin niteliği izlenen amaç, müdahale edilen mülkiyet haklarının niteliği ve başvuranın ve müdahalede bulunan Devlet makamlarının tutumu; itiraz edilen tedbirin adil denge ilkesine uygun olup olmadığının ve özellikle, başvuranlar üzerinde aşırı bir yük oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesinde kullanılan temel faktörler arasındadır (Forbk. minster Enterprises Limited / Çek Cumhuriyeti, no. 38238/04, § 75, 9 Ekim 2008).

150. Mahkeme, yargılama taraflarından birine ait olan mülke el konulmasının, esas olarak katı ve kısıtlayıcı bir tedbir olduğunu kaydeder. Bu durum, bir malikin işletme faaliyetlerini ve hatta yaşam koşullarını riske atacak derecede, malikin haklarını etkileyebilir (bk. JGK Statyba Ltd ve Guselnikovas / Litvanya, no. 3330/12, § 129, 5 Kasım 2013). Ancak Mahkeme bankaların istikrarının ve yatırımcıların ve alacaklıların menfaatlerinin geniş şekilde korunması gerektiğini ve yerel makamların bu tür konuların nasıl ele alınacağını tercih edilmesi konusunda geniş bir takdir yetkisinden faydalandığını kabul etmiştir (bk. diğer kararlar arasında, yukarıda anılan International Bank for Commerce and Development AD ve Diğerleri, § 124). Başvuranın varlıklarına geçici olarak el konulması için izlenen hedefler ve yukarıda bahsedilen meşru amaç arasında sağlanması gereken denge ile ilgili olarak; Mahkeme, başvuranın bu husustaki beyanlarının genel mahiyetinin tedbirin aşırı uzun süreli olduğu iddiasının doğruluğunu sorguladığını kaydeder.

151. Mahkeme, uzun süreli ihtiyati tedbirlerin 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesinin ihlal edilmesine neden olduğu önceki davalarda, ihlal tespit edilmesinin, bazı faktörlere dayandığını kaydeder. Kısıtlamaların yürürlükte kaldığı sürecin, Mahkeme’nin değerlendirmesi bakımından önemli olmasına karşın (bk. yukarıda anılan Forminster Enterprises Limited, § 77), kısıtlamaların kapsamı ve mahiyetiyle birlikte usuli güvencelerin varlığı veya yokluğu da bu değerlendirme bakımından önemlidir.

152. Örneğin, JGK Statyba Ltd and Guselnikovas (yukarıda anılan, §§ 130-33) davasında, ihlal yalnızca kısıtlamanın on yıldan uzun bir süre boyunca yürürlükte kalmasına değil, aynı zamanda yerel mahkemelerin alternatif ve daha az kısıtlayıcı tedbirler almayı değerlendirmemesi ve konuyu tutarsız bir biçimde ele almasına dayanmıştır. Zira, başvuran şirketin mülkiyet hakları daha önceki kesin ve bağlayıcı kararda katı suretle tespit edilmiştir. Tedbirlerin ceza yargılamaları bağlamında iki buçuk yıl devam ettiği Džinić (yukarıda anılan, §§ 70-82) davasında; Mahkeme, el konulan mülkün değerinin suçun işlenmesiyle elde edildiği iddia edilen maddi kazancın dokuz katından daha fazla olması ve yerel mahkemelerin bu hususta herhangi bir değerlendirme yapmaması nedeniyle tedbirin orantısız olduğunu tespit etmiştir. Uzan ve Diğerleri (yukarıda anılan, §§ 212-15) davasında, başvuranların yakınlarının veya müdürlerinin, bir bankanın faaliyetlerine ilişkin kamu fonlarını kötüye kullanmaktan dolayı yargılanmaları nedeniyle başvuranlara ihtiyati tedbirler uygulanmıştır. Bazı başvuranlar açısından söz konusu tedbirler on yıl boyunca sürmüştür; diğer başvuranlar açısından ise Mahkeme’nin karar verdiği tarihte bu tedbirler yerel mahkemelerce halen sürdürülmekteydi. Mahkeme ihlal tespitinde çeşitli faktörleri göz önünde bulundurmıştır. Söz konusu tedbirlerin ilk etapta uygulanmasının orantılı olarak değerlendirilebileceğini belirtirken, kısıtlamaların derecesinin oldukça geniş olduğunu ve zaman içerisinde orantısız hale geldiğini tespit etmiştir. Mahkeme bu bağlamda, başvuranların tedbirlerin münferit olarak değerlendirilmesinden faydalanamadıklarını, bu tedbirlerin otomatik, genel ve katı bir şekilde uygulandığını ve ceza

yargılamalarının sona ermesinden veya beraatle sonuçlanmasından sonra dahi devam ettiğini ve ödeme kararlarının yetkili mahkemelerce iptal edildiğini vurgulamıştır. Başvuranlar ayrıca, taraf olmadıkları ceza yargılamaları kapsamında kendileri bakımından uygulanan söz konusu tedbirlere etkin şekilde itiraz etmek amacıyla herhangi bir usuli güvenceden faydalanmamışlardır. Mahkeme son olarak, dava dosyasında, başvuranların suçların işlenmesine dâhil olduklarını gösteren herhangi bir kanıt bulunmadığını ifade etmiştir.”

Anayasa Mahkemesi de 23.07.2020 tarihli ve 2017/26532 başvuru nolu Şeyhmus Terece kararında mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden tedbirleri, AİHM perspektifi çerçevesinde yorumlamıştır:

“28. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden tedbirlerin makul bir sürede sonuçlanmadığına ilişkin iddia ve şikâyetleri -ister bir suç isnadı isterse de bir medeni hak ve yükümlülüğe ilişkin olsun- mülkiyet hakkına etkileri kapsamında değerlendirmektedir. AİHM, mülkiyeti sınırlandıran tedbirlerin Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesine göre adil olabilmesi için mülkün sahibinin güncel zararının kaçınılmaz olandan daha fazla olmaması gerektiğini sıklıkla vurgulamaktadır (Raimondo/İtalya, B. No: 12954/87, 22/2/1994, § 33; Borzhonov/Rusya, B. No: 18274/04, 22/1/2009, § 61; Jucys/Litvanya, B. No: 5457/03, 8/1/2008, § 36). Bu bağlamda East/West Alliance Limited/Ukrayna (B. No: 19336/04, 23/1/2014, §§ 166-218) kararında, başvurunun mülkünden on yıl boyunca yoksun kalmasına yol açan el atma tedbirinin mülkiyet hakkına ölçüsüz bir müdahale olduğu sonucuna varılmıştır. Jucys/Litvanya kararında ise elkoyma tedbirinin yaklaşık 8,5 yıl sürdüğüne vurgu yapılarak mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin başvuruca aşırı ve orantısız bir külfet yüklediği belirtilmiştir (Jucys/Litvanya, §§ 34-39). Poiss/Avusturya (B. No: 9816/82, 23/4/1987) kararında ise başvurunun taşınmazını kullanmasının ve üzerinde tasarruf etmesinin geçici olarak önüne geçen bir tedbirin uygulanması, mülkiyet hakkına müdahale olarak görülmüştür. AİHM, başvuruyu mülkiyetten barışçıl yararlanmaya ilişkin birinci kural çerçevesinde incelemiş ve müdahaleye konu tedbirin yirmi dört yıldır devam ettiğine dikkat çekerek başvurunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olmadığına karar vermiştir (Poiss/Avusturya, §§ 61-70).”

Öte yandan 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. Zira Anayasa Mahkemesi de bir kararında:

“Özel girişimlerin ulusal ekonominin gereklerine uygun yürümesini sağlayacak önlemlerin alınması siyasi iktidarların tercihinin bırakılmıştır. İktidarlar uygun buldukları önlemleri, Ana-yasa'da yer alan kurallara aykırı olmamak koşuluyla, kendi ekonomik politikaları çerçevesinde belirlerler. Anayasa'nın 48. maddesi ile özel teşebbüsleri ulusal ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara göre koruma ve geliştirme görevi Devlete verilmiştir. Devletin bu madde uyarınca yerine getirmesi gereken görevi, özel teşebbüsün gelişmesini sağlayacak doğrultuda ekonomik ve sosyal politikalar uygulamak, özel teşebbüse güvenli çalışma ortamı sağlamaktır. Yasa koyucu, devletin üstlendiği görevleri ve is-tenilen kamu hizmetlerini yerine getirebilmesi için ulusal ekonomiyi zarar tarzındaki ödemelerden arındırma yetkisini kullanmasını siyasal ve ekonomik bir zorunluluk olarak kabul etmektedir. Devlet, bu amacı gerçekleştirme yönünde milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun olarak anayasal sınırlar içinde kimi düzenlemeler getirebileceği gibi bunları değiştirmeye ve kaldırmaya da yetkilidir.”

şeklinde gerekçe kaleme almak suretiyle bu hususu vurgulamıştır (Anayasa Mahkemesi’nin 20.11.2003 tarihli ve 2002/32 E.; 2003/100 K. sayılı Kararı). Kanun koyucu da kamu zararını önlemek amacıyla özel teşebbüsler bakımından ihtilaf konusu geçici durdurma konulu önlemi öngörmüştür. Ancak bu tedbirin, açıklandığı üzere Anayasa’nın diğer hükümlerini ihlal etmesi; kanun koyucunun (bilhassa verginin tahsili özelinde) ekono-mik politikalara ilişkin tercihini hukuka aykırı biçimde yapmasına neden olmaktadır.

Başka bir anlatımla petrol piyasalarındaki aktörler, maliki bulundukları bu Kanun kapsamındaki lisansları kullanmak suretiyle; teşebbüs özgürlüğüne binaen faaliyette bulunmaktadır. O halde söz konusu aktörlerin piyasa faaliyetlerinin geçici olarak durdurulması ve lisanslarını kullanamamaları (nedeniyle şirketin kontrol edilememesi, mamelekin azalması-Zira, bu lisanslara istinaden faaliyette bulunup mal varlığını arttırmaya yönelik meşru beklentisi bulunmaktadır.-) anlamına geleceğinden; mülkiyet hakkına ve teşebbüs özgürlüğüne müdahale olacaktır. Bu müdahalenin hukuka uygun kılınması, Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarının gereklerinin karşılanmasıyla mümkündür. Ancak yukarıda defaatle açıklandığı üzere; [ilk derece mahkemesince verilecek bir mahkumiyet kararı aranmaması (İlk derece mahkemesinin mahkumiyet kararı, fiilin o muhatap tarafından işlendiğine dair kuvvetli-makul şüpheyi aşan karine teşkil etse de; bu durum dahi, kesin hükmün bağlayıcılığı ilkesini-masumiyet karinesini ihlal etmektedir.); tedbir almayı gerektirecek fiillerin petrol piyasasının (vergi tahsili özelinde) güvenliğini bozucu nitelikte olması durumu bakımından mevcut delil durumunun değerlendirilmemesi; ilgili muhatabın petrol piyasasından tamamen uzaklaşması sonucu doğuracak nitelikte çok uzun bir zaman dilimi için orantısız biçimde bu tedbirin uygulanması nedeniyle] bu tedbirin orantılı olmaması söz konusu müdahaleyi, hukuka aykırı hale getirmektedir. Buna ilave olarak elbette sınırlandırmanın amacı, kamu yararı (“uzun sürmesi muhtemel adli süreç esnasında kaçakçılık faaliyetlerinin devam ettirilme ihtimaline karşılık oluşacak kamu zararını önlemek”)dır; ancak tedbirin çok uzun süreli (altı aylardan oluşan bir zaman kümesi) olması, kamu yararı meşru amacının sınırlarını aşmakta, muhatabın üzerinde aşırı bir yük oluşturmakta, Anayasa’nın 13. maddesindeki ölçülülük ilkesini de çiğnemektedir. Ezcümle bu tedbir; amacı gerçekleştirmek için orantılı, daha az sınırlayıcı ve ölçülü (bu külfete katlanmayı kaçınılmaz olarak gerektirecek) bir tedbir değildir. İptali talep edilen ibare ve cümleler, “teminat göstererek faaliyetin devamına imkân tanınması gibi daha hafif bir müdahale aracı” değildir.

Buna ilave olarak tedbire itiraz söz konusu olduğunda; bu itirazın kısa sürede karara bağlanmasına yönelik bir usul güvencesi de öngörülmemiştir. Halbuki ruhsat iptaline ilişkin idari işlemin iptali için açılan davaların, yargılama süresinin makullüğü şartını karşılamadığı AİHM kararlarına konu olmuştur:

“‘‘Mete / Türkiye (Başvuru No. 39327/02, 25 Ekim 2005) 1997 yılında yerel idare, başvurunun lokantasına ait alkollü içki ruhsatını iptal etmiş ve başvurunun lokantasını işletmesini yasaklamıştır. Başvurucu, İdare Mahkemesi önünde yargı denetimi sürecini başlatmış ve mahkemeden ruhsat iptali kararını kaldırmasını istemiştir. İdare Mahkemesi 1998 yılında başvurunun talebini reddetmiştir. Başvurucu, Danıştaya temyiz başvurusunda bulunmuş ve ruhsat iptalinin durdurulmasına yönelik ihtiyati tedbir talep etmiştir. Danıştay 1998 yılında ihtiyati tedbir talebini reddetmiş, 2001 yılında İdare Mahkemesinin kararını esastan onaylamış ve başvurunun taleplerini reddeden nihai kararını da 2002 yılında vermiştir.

AİHM söz konusu idari davaların dört yıl sekiz ay sürdüğünü kaydetmiş ve bu uzun sürenin koşullarını yargılamaların uzunluğunun makul olup olmadığına ilişkin değerlendirmede

kullanılan dört kriter ışığında incelemiştir. İdare Mahkemesinin 1998 yılında verdiği kararın tarihi ile Danıştayın bu karara yönelik temyiz talebine dair 2001 yılında verdiği hüküm arasında neredeyse iki yıl sekiz ay geçmiştir. Mahkeme, Danıştayın ilk kararı ile nihai kararı arasında da yaklaşık bir yıl dört ay bulunduğunu kaydetmiştir. Her iki duruma ilişkin olarak da Mahkeme, hükûmetin dilekçelerinde bu gecikmeleri mazur gösteren tatmin edici bir açıklama sunulmamış olduğunu dile getirmiştir. AİHM bu aşırı gecikmenin başvurucunun tutumuna değil, davalı devletin temyiz sistemine atfedilebileceğini belirterek, 6(1). maddede korunan yargılama süresinin makullüğü şartının ihlal edilmiş olduğunu tespit etmiştir.”

Yine sayılı fıkralara konu vergi suçlarını işlediği tespit edilenlerin bu Kanun kapsamında yürütülen faaliyetlerinin, yazılı suçların işlendiğinin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi ile birlikte durumun Kuruma da iletilmesi üzerine; soruşturma ve/veya kovuşturma başlatılması durumunda geçici olarak durdurulması, teşebbüs hürriyeti bağlamında eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Zira Anayasa’nın 10. maddesi uyarınca Devlet, Anayasa’nın 48. maddesinde yer alan 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 ise, somut olayda benzer durumda olanlara ilişkin bir muamele farklılığı yapmayı meşrulaştıracak “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır.

Nitekim 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 açıklandığı üzere; uzun süreli biçimde (altı aylardan oluşan bir zaman kümesi) ve fiillerin petrol piyasasının (vergi güvenliği özelinde) güvenliğini bozucu niteliği aranmaksızın doğrudan bu tedbirin uygulanması; petrol piyasasındaki aktörler arasında yer alan “tedbirin muhatabı özel teşebbüs” için Devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirememesine; Anayasa’nın 10. maddesinde temelini bulan eşitlik ilkesinin aksine aktörler arasında haklı nedene dayanmayan ayırım ve muamele farklılığı yapmasına neden olacaktır. Kaldı ki bir özel teşebbüse yönelik bu türden bir iddia ve isnadın varlığı dahi; diğer aktörler karşısında, onun değer/itibar kaybına uğraması için yeterlidir.

Buna ilave olarak yukarıda açıklandığı üzere kovuşturmayla yer olmadığına dair karar ile mahkûmiyet dışında bir hüküm veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına kararı bakımından haklı neden olmaksızın karar türleri arasında ayırım yapılmıştır. Bir an için bu ayırımın nedeni olarak Anayasa Mahkemesi’nin anılan kararının gerekçesinin

“25. Diğer yandan faaliyetin geçici olarak durdurulmasına neden olan fiiller sebebiyle yapılacak ceza yargılamasının idari tedbir üzerindeki etkisi de orantılılık incelemesinde gözetilmelidir. Buna göre idarenin faaliyeti geçici olarak durdurma işlemi, Cumhuriyet Başsavcılığınca kovuşturmayla yer olmadığına dair karar veya mahkeme kararı kesinleşinceye

kadar devam edecektir. 5015 sayılı Kanun'da tedbir işleminin değişen şartlara göre soruşturma ve kovuşturma aşamasında gözden geçirilmesine imkân tanıyan bir düzenleme bulunmadığı gibi kişi hakkında yürütülen ceza yargılamasında kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın veya beraat kararının verildiği ancak henüz kesinleşmediği döneme dair bir istisnanın da yer almadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kişi hakkında yürütülen ceza yargılamasında idarenin tespitinden farklı bir değerlendirme yapıldığı durumlarda kuralın idarenin tedbir işlemini sebep unsuru yönünden yeniden gözden geçirmesine imkân tanımadığı sonucuna ulaşılmıştır..”

şeklindeki bölümü olduğu ileri sürülebilir. Ancak kanun koyucu, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesini aramaktadır. Yine kesinleşmeme durumunu beraat kararına özgülememiş; mahkûmiyet dışında bir hükme veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına genişletmiştir.

Yine iptali talep edilen cümlelerin Anayasa Mahkemesi kararının gereklerini karşılamadığı yukarıda detaylı biçimde açıklanmıştır.

Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare ve cümleler; Anayasa'nın 10, 13, 35 ve 48. maddelerine aykırıdır.

iv)Sosyal devlet ilkesi; Devletin temel amaç ve görevleri; özel teşebbüs hürriyeti; Devletin ekonomik kalkınmayı, özellikle sanayiın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini planlama görevi; para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma yükümlülüğü bakımından: Anayasa Mahkemesi bir kararında:

“Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtil-mektedir. Sosyal hukuk devleti de insan hak ve özgürlüklerine saygı gösteren, birey ve toplum arasında denge kuran, özel girişimciliğin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, işsizliği önleyici ve ulusal gelirin adaletli biçimde dağılmasını sağlayacak önlemleri alan devlettir.

Anayasa'nın 5. maddesinde, kişinin temel hak ve özgürlüklerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli koşulları hazırlamaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmış, Anayasa'nın 45. maddesiyle de tarımsal üretim planlamasını yapma görevi Devlete verilmiştir. ...

...

Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrasına göre, Devletin özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak önlemleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. ...

...

Anayasa'nın 166. maddesi ise planlamaya ilişkin olup, ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmanın bir plan çerçevesinde gerçekleştirilmesi ilke olarak kabul edilmekte, ayrıca, planlamanın ülke kaynakla-rının değerlendirilip verimli kullanılmasını sağlayacak, ekonominin tüm sektörleri ile ülke bütününde dengeli ve uyumlu gelişmeyi sağlamaya yönelik biçimde

yapılacağı, planlarda millî tasarrufu artırıcı, ya-tırımı, istihdamı geliştirici ve yatırımları toplum yararına yöneltici önlemlere öncelik verileceği belirtil-mektedir.

...

Anayasa'nın 167. maddesi, piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesine ilişkin olup, Dev-lete para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştiri-ci önlem alma ve piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme yükümlülüğü getiren bir düzenlemedir.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında da belirtildiği gibi, sosyal devlet ekono-mik açıdan müdahaleci devlettir. Anayasamız, mülkiyet hakkını, özel girişim özgürlüğünü kabul etmekte, aynı zamanda bütün çağdaş anayasalarda olduğu gibi kamu yararı amacıyla bunlara sınırlamalar getiri-lebilmesini ve özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini sağ-layacak önlemlerin alınmasını öngörmektedir. Anayasa'nın "kişilerin ve toplumun refah huzur ve mutlu-luğunu sağlamak" görevini Devlete veren 5. maddesi, "özel teşebbüslerin millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri" al-makla görevlendiren 48. maddesi, "ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayi-in ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızlı gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirme-sini yaparak verimli şekilde kullanılmasını" planlama görevi veren 166. maddesi ve Devletin "para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı önlemleri alacağını" öngö-ren 167. maddesi hükümleri, Devletin gerektiğinde ekonomik hayata müdahale edebileceğini göstermek-tedir.

...”

şeklindeki gerekçeyi kaleme almıştır (20.11.2003 tarihli ve 2002/32 E.; 2003/100 K. sayılı Kararı). O halde Anayasa'nın 2, 5, 48, 166 ve 167. maddeleri bir küll olarak değeri-len-dirildiğinde ve Anayasa'nın sistematik yorumu uyarınca; petrol piyasası bakımından öngörülen geçici olarak durdurma konulu tedbir, Devletin sosyal devlet niteliğinin, te-mel amaç ve görevlerinin; petrol piyasası özelinde ekonomik kalkınmayı ve özellikle sanayi-in yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini planlama görevi-nin (Zira, petrol piyasalarında yukarıda sayılı fıkralara konu vergi suçlarının işlenmesi, bir taraftan vergi tahsilini azaltmak suretiyle ekonomik kalkınmayı zedeleyecek diğer taraftan haksız rekabet gibi vasıtalarla petrol piyasasının işleyişini bozacak ve dolayısıyla bir girdi olan petrol fiyatları, diğer piyasaları olumsuz yönde etkileyecektir.), petrol piyasası öze-linde para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbir alma yükümlülüğünün bir gereği olarak; milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütmesini sağlamak amacıyla özel teşebbüsle-rin faaliyetlerine yönelik getirdiği sınırlandırmaların somut bir görünümüdür. Zira iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümlelerin ve iptali talep edilen cümlelerin hükmünün gerekçesinde de ("uzun sürmesi muhtemel adli süreç esnasında kaçakçılık faaliyetlerinin devam ettirilme ihtimaline karşılık oluşacak kamu zararını önlemek") bu husus, vurgu-lanmaktadır. Ancak yukarıda açıklandığı üzere söz konusu tedbirin ve tedbirin fer'i hü-kümlerinin, Anayasa'nın anılan amir hükümlerine aykırı olması; sayılı fıkralara konu vergi suçlarını işlediği tespit edilen (iddia edilen) firmaların rekabet kabiliyetine zarar gelmesine ve sistem dışına itilmesine; kamu yararına aykırı şekilde belli özel teşebbüs-lerin himaye edilmesine; özel teşebbüslerin mameleklerinin ve teşebbüs hürriyetlerinin korunmasına elverişli ortam hazırlanamamasına; ikame edilebilecek alternatif enerji kaynakları olmasına rağmen halen stratejik önemi haiz petrolün üretimi, iletimi, dağıtımı

gibi piyasalarda dengesizlik ve istikrarsızlık görülmesine; iktisadi riskin öngörülemez biçimde çeşitlenmesine; petrol fiyatlarındaki dengesizlik sebebiyle finans piyasalarının, borsanın kötü etkilenmesine; petrolün (yakıt yahut hammadde ve saire) girdi olarak kullanıldığı tüm ürünlerin maliyetlerinin artmasına ve dolayısıyla nihai kullanıcı olan tüketicinin alım düzeyinin düşmesine; enflasyon oluşmasına; kısa ve uzun vadede ithalat ve ihracat dengelerinin bozulmasına; ekonomik kalkınmanın yavaşlamasına; petrol pi-yasası özelinde ekonomi ve sanayii politikalarının milli tasarrufu ve üretimi artırıcı, yatı-rım ve istihdamı geliştirici, verimli, dengeli biçimde planlanamamasına; Devletin deneti-minde petrol sektöründe serbest piyasa koşullarının oluşmasının engellenmesine ve piyasanın tekelleşme yahut kartelleşmeye açık hale gelmesine; en nihayetinde kamu maliyesi bakımından yük doğmasına dolayısıyla milli ekonominin zarara uğramasına ve dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olacağından, iptali talep edilen ibare ve cümleler, Anayasa'nın 2, 5, 48, 166 ve 167. maddelerine aykırıdır.

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

İptali talep edilen ibarenin ve cümlelerin kanunlaştırılmasının hukuki saiklerinden birinin Anayasa Mahkemesi'nin 28.09.2023 tarihli ve 2023/35 E.; 2023/163 K. sayılı Kararı olduğu yukarıda açıklanmıştır. Anayasa Mahkemesi, eldeki dava konusuyla aynı içeriğe sahip bir hüküm ihtiva eden ve söz konusu iptal kararına konu ibareye yönelik "Anayasa'ya Aykırılık Sorunu" temellendirmesinde:

"12. Anayasa'nın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. maddesinin birinci fıkrasında "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir." denilmek suretiyle çalışma özgürlüğünün bir parçası olan özel teşebbüs özgürlüğü herkes yönünden güvenceye bağlanmıştır. Özel teşebbüs özgürlüğü, her gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin tercih ettiği alanda ekonomik-ticari faaliyette bulunmak üzere teşebbüs kurabilmesini, dilediği mesleki faaliyete girebilmesini ve faaliyeti ile mesleğini devletin veya üçüncü kişilerin müdahalesi olmaksızın dilediği biçimde yürütebilmesini ifade etmektedir (AYM, E.2015/34, K.2015/48, 13/5/2015).

13. Kural, rafineri hariç her türlü tesiste lisansa tabi tüm faaliyetlerin kovuşturmayaya yer ol-madığına dair kararın veya mahkeme kararının kesinleşinceye kadar geçici olarak durdurulmasını öngörmek suretiyle teşebbüs özgürlüğüne yönelik bir sınırlama getirmektedir.

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

15. Bu kapsamda teşebbüs özgürlüğünü sınırlamaya yönelik bir kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve ön-görülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir.

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

17. İtiraz konusu kural uyarınca faaliyetin geçici olarak durdurulması tedbirinin uygulanma-sı için öncelikle kuralda belirtilen vergi kaçakçılığı suçlarının işlenip işlenmediğinin tespiti amacıyla lisansa tabi faaliyet gösterenlerin eylemlerinin incelemeye konu edilerek Vergi Denetim Kurulu müfet-tişlerince bu mükellefler hakkında rapor düzenlenmesi gerekmektedir. Daha sonra vergi müfettişle-rince yapılan inceleme sonucunda bu fiillerin işlendiği yönünde rapor tanzim edilmesi durumunda dü-zenlenen raporun geçici faaliyet durdurma işlemi yapılmaksızın Vergi Denetim Kurulu Başkanlığına intikal ettirilmesi ve rapor değerlendirme komisyonunun olumlu mütalaasından geçtikten sonra Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilerek suç duyurusunda bulunulması gerekmektedir. Son aşamada lisansa tabi tüm faaliyetlerin geçici olarak durdurulması tedbirinin uygulanması amacıyla Vergi De-netim Kurulu tarafından EPDK'ya bildirimde bulunulması ve EPDK tarafından denetim yetkisine sahip kolluk birimleri aracılığıyla ilgili tesis mühürlenerek lisansa tabi tüm faaliyetlerin kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar veya mahkeme kararı kesinleşinceye kadar durdurulacağı anlaşılmaktadır.

18. Bu itibarla geçici olarak faaliyet durdurma tedbirini gerektiren hâller, tedbirin kim tara-findan tesis edileceği ve devam edeceği azami sürenin herhangi bir tereddüde yer vermeyecek biçimde açık ve net olarak belirlendiği gözetildiğinde kuralın belirli ve öngörülebilir olduğu anlaşılmaktadır.

19. Anayasa'nın 48. maddesinde özel teşebbüs özgürlüğü mutlak bir hak olarak düzenlenme-miş olup anılan maddenin ikinci fıkrasında "Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır." hükmüne yer verilmek suretiyle millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlarla bu özgürlüğe sı-nırlamalar getirilebilmesine imkân sağlanmıştır. Nitekim maddenin gerekçesinde de "Devlet, kamu yararı olan hallerde ve millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlarla özel teşebbüs özgürlüğüne sı-nırlamalar getirebilir." denilerek millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçların özel teşebbüs özgür-lüğü yönünden birer sınırlama sebebi olduğu vurgulanmıştır (AYM, E.2015/34, K.2015/48, 13/5/2015).

20. Kuralla, petrol piyasasında vergi kaçakçılığıyla etkin şekilde mücadele edilmesinin ve bu nedenle devletin vergi kaybına uğramasının önlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla vergi kaybının ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla teşebbüs özgürlüğüne müdahalede bulunulma-sının anayasal açıdan meşru bir amaca dayandığı sonucuna ulaşılmıştır. Ancak sınırlamanın meşru bir amacının bulunması yeterli olmayıp ölçülü olması da gerekmektedir.

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

22. Petrol piyasasında lisansa tabi faaliyetlerde kuralda belirtilen vergi kaçakçılığı suçları-nın işlendiği tespit edilen tesislerin faaliyetlerinin geçici olarak durdurulması sonucunda vergi kaybı riskinin azalacağı açıktır. Bu itibarla kuralın anılan meşru amaca ulaşma bakımından elverişli olma-dığı söylenemez.

23. Faaliyetin geçici olarak durdurulması tedbiri teşebbüsün ekonomik geleceğini tehlikeye düşürdüğünden oldukça ağır bir sınırlamadır. Bu bağlamda daha hafif bir sınırlama aracının bulunup bulunmadığı önem taşımaktadır. Faaliyetin geçici olarak durdurulması yerine teminat göstererek fa-aliyetin devamına imkân tanınması da başvurulabilecek araçlardan biridir. Ancak tedbire konu faali-yet alanında çok kısa sürede oldukça yüksek tutarlarda vergi kaçakçılığının yapılabilmesinin müm-kün olması karşısında teminat gösterme yükümlülüğünün meşru amaca ulaşılması bakımından faali-yetin geçici olarak durdurulması kadar etkili sonuç doğurmayabileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun doğrudan faaliyetin geçici olarak durdurulmasını öngörmüş olmasının takdir yet-kisi kapsamında kaldığı ve gerekli olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

24. Kanun dışı faaliyetin önlenmesi bakımından idarece yapılacak tespit üzerine faaliyetin geçici olarak durdurulması etkili bir araçtır. Söz konusu tedbir işleminin bir mahkeme tarafından uy-gulanması gerektiğine dair anayasal güvence bulunmamakla birlikte tedbirin yargısal bir tespit ol-madan uygulanacak olması hatalı değerlendirmelerin yapılması ihtimalini de beraberinde getirmek-tedir. Buna karşın tedbir işlemine karşı Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca idari yargı yoluna başvu-rulması ve açık bir hukuka aykırılığın bulunduğu hâllerde yargı mercilerince yürütmenin durdurulma-sına karar verilebilmesi mümkündür.

25. Diğеr yandan faaliyetin geçici olarak durdurulmasına neden olan fiiller sebebiyle yapıla-cak ceza yargılamasının idari tedbir üzerindeki etkisi de orantılılık incelemesinde gözetilmelidir. Bu-na göre idarenin faaliyeti geçici olarak durdurma işlemi, Cumhuriyet Başsavcılığınca kovuşturmaya yer olmadığına dair karar veya mahkeme kararı kesinleşinceye kadar devam edecektir. 5015 sayılı Kanun'da tedbir işleminin değişen şartlara göre soruşturma ve kovuşturma aşamasında gözden geçi-rilmesine imkân tanıyan bir düzenleme bulunmadığı gibi kişi hakkında yürütülen ceza yargılamasın-da kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın veya beraat kararının verildiği ancak henüz kesinleş-mediği döneme dair bir istisnanın da yer almadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kişi hakkında yürütü-len ceza yargılamasında idarenin tespitinden farklı bir değerlendirme yapıldığı durumlarda kuralın idarenin tedbir işlemi-ne sebep unsuru yönünden yeniden gözden geçirmesine imkân tanımadığı sonu-cuna ulaşılmıştır.

26. Bu itibarla tedbir işleminin değişen şartlara göre soruşturma ve kovuşturma aşamasında gözden geçirilerek kaldırılmasına veya bu süre zarfında faaliyetin geçici olarak durdurulmasında da-ha hafif tedbirin uygulanmasına imkân tanımayan kuralın kişilere aşırı bir külfet yüklediği ve kamu zararının önlenmesi biçimindeki amaç ile teşebbüs özgürlüğüne getirilen sınırlama arasındaki makul dengenin bozulduğu, kuralın orantısız, dolayısıyla ölçüsüz bir sınırlamaya neden olduğu anlaşılmak-tadır.

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

şeklinde açıklamaları kaleme almıştır.

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

Bu noktada şunu belirtmek gerekir ki kanun koyucunun, Anayasa'ya aykırı olduğuna Anayasa Mahkemesince karar verilmiş düzenlemeleri, defaatle kanunlaştırması; hukuk devleti ilkesinin aşındırıldığının somut bir görünümüdür.

vi)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 ve cümleler, Anayasa'nın 35 ve 36. maddeleriyle benzer hükümler içeren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkı ve masumiyet karinesine ilişkin 6. ve Ek 1 No'lu Protokolü'nün mülkiyet hakkına ilişkin 1. maddelerini de ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki geçici durdurma işleminin kaldırılıp kaldırılmayacağının bu fıkra da yer verilen suçlarla sınırlı olmak üzere Cumhuriyet başsavcılığı veya mahkemelerden temin edilecek bilgilere göre altı ayda bir değerlendirilmesi ile kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi üzerine ya da mahkûmiyet dışında bir hüküm veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde kesinleşmesi beklenmeksizin Kuruma yargı merciince bildirilmesiyle veya sair suretlerle Kurumca ıttıla edilmesi durumunda geçici durdurma işleminin kaldırılması; geçici durdurma işlemi tesis edildikten sonra gerçekleşecektir. O halde iptali talep edilen cümleler, iptali talep edilen ibarenin fer'i hükmü olduğundan; iptali talep edilen ibarenin iptal edilmesiyle birlikte iptali talep edilen cümlelerin uygulanma imkânı kalmayacaktır.

Tüm bu nedenlerle 7491 sayılı Kanun'un 48. maddesiyle 5015 sayılı Kanun'un 20. maddesinin ikinci fıkrasının (g) bendinin birinci cümlesinde yer alan değiştirilen “ve Kurum tarafından her türlü tesiste (rafineri hariç) lisansa tabi tüm faaliyetler geçici olarak durdurulur ve bu süre içerisinde söz konusu tesis için başka bir gerçek veya tüzel kişiye de lisans verilmez” ibaresinde bulunan “geçici olarak durdurulur” ibaresi ile (g) bendine birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümleler, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 10, 13, 35, 36, 38, 48, 90, 153, 166 ve 167. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin ve cümlelerin iptali gerekir.

10) 27.12.2023 tarihli ve 7491 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 50. maddesiyle 05.05.2005 tarihli ve 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığı ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun'un başlığıyla birlikte yeniden düzenlenen mülga 27. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan “her türlü bilgi, veri ve istatistiği toplamak” ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

15.07.2018 tarihli ve 30479 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan (4) numaralı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin Gelir İdaresi Başkanlığı’nın ana hizmet birimlerinden olan Uygulama ve Veri Yönetimi Daire Başkanlığı’nın görevlerini düzenleyen 143. maddesinin birinci fıkrasının “Vergiye gönüllü uyumu artırmak, vergi kayıp ve kaçığı ile mücadele etmek ve tahsilatta etkinliği artırmak amacıyla mükellefiyet, vergilendirme ve vergiye uyum düzeyine ilişkin yapılacak çalışmalar için her türlü bilgi, veri ve istatistiği toplamak suretiyle oluşturulacak Risk Analizi Sistemi üzerinden risk analizi yapmak ve vergiye gönüllü uyum düzeyini ölçmek” şeklindeki (ğ) bendinde yer alan “...her türlü bilgi, veri ve istatistiği toplamak...” ibaresinin, Anayasa’nın 20 ve 104. maddelerine aykırı olduğundan bahisle; Anayasa Mahkemesi nezdinde iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi, anılan ibarenin Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesine aykırı olduğundan cihetle iptal etmiştir (Anayasa Mahkemesi’nin 09.11.2022 tarihli ve 2018/123 E.; 2022/138 K. sayılı Kararı).

Bunun üzerine kanun koyucu tarafından 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığı ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun’un mülga 27. maddesi yeniden düzenlenmiş (esasen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde yer alan hüküm aynen Kanun’a aktarılmış) ve Gelir İdaresi Başkanlığı, “Vergiye gönüllü uyumu artırmak, vergi kayıp ve kaçığı ile mücadele etmek ve tahsilatta etkinliği artırmak amacıyla mükellefiyet, vergilendirme ve vergiye uyum düzeyine ilişkin yapılacak çalışmalar için her türlü bilgi, veri ve istatistiği toplamak suretiyle oluşturulacak Risk Analizi Sistemi üzerinden risk analizi yapmaya ve vergiye gönüllü uyum düzeyini ölçmeye” yetkili kılınmıştır. Ancak Gelir İdaresi Başkanlığı’nı her türlü bilgi, veri ve istatistiği toplamak yetkisiyle donatan ve iptali talep edilen ibare, Anayasa’ya aykırıdır.

i) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile kişisel verilen korunması bakımından: Vergiye gönüllü uyumu artırmak, vergi kayıp ve kaçığı ile mücadele etmek ve tahsilatta etkinliği artırmak amacıyla mükellefiyet, vergilendirme ve vergiye uyum düzeyine ilişkin yapılacak çalışmalar için toplanacak her türlü bilgi, veri ve istatistiğin bir kısmı, kişisel veri niteliğindedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi’ne göre “... Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri, sağlık bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler” kişisel veri olarak kabul edilmektedir (E. 2013/122, K. 2014/74, 9.4.2014; E. 2014/149, K. 2014/151, 2.10.2014; E. 2013/84, K. 2014/183, 4.12.2014; E. 2014/74, K. 2014/201, 25.12.2014; E. 2014/180, K. 2015/30, 19.3.2015; E. 2015/32, K. 2015/102, 12.11.2015).

Yine Anayasa Mahkemesi’nin 09.11.2022 tarihli ve 2018/123 E.; 2022/138 K. sayılı Kararında da bunların, vergi mükelleflerinin kişisel nitelikteki verilerini de kapsayacağı belirtilmiştir:

“123. Dava konusu kuralla Uygulama ve Veri Yönetimi Daire Başkanlığına vergiye gönüllü uyumu artırmak, vergi kayıp ve kaçığı ile mücadele etmek ve tahsilatta etkinliği artırmak amacıyla mükellefiyet, vergilendirme ve vergiye uyum düzeyine ilişkin yapılacak çalışmalar için her türlü bilgi, veri ve istatistiği toplama yetki ve görevi verildiği görülmektedir. Bu kapsamda toplanacak bilgi ve verilerin vergi mükelleflerinin kişisel nitelikteki verilerini de kapsayacağı açıktır.”

O halde Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından vergiye gönüllü uyumu artırmak, vergi kayıp ve kaçağı ile mücadele etmek ve tahsilatta etkinliği artırmak amacıyla mükellefiyet, vergilendirme ve vergiye uyum düzeyine ilişkin yapılacak çalışmalar için toplanacak her türlü bilgi, veri ve istatistiğin içeriğinde yer alan; mükellefin Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, adı ve soyadı, vergi kimlik numarası, ticaret unvanı, iş yeri sicil numarası, kayıtlı olduğu oda sicil numarası, faaliyet-çalışan-abonelik bilgileri, iş yeri adresi, telefon numarası, e posta adresi gibi veriler; kişiyi belirli, belirlenebilir kıldığından; kişisel veri niteliğindedir. Ancak söz konusu her türlü bilgi, veri ve istatistiğin kişisel veri arz ettiği durumlarda anılan 27. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde, kişisel verilerin korunmasına yönelik hüküm de bulunmamaktadır.

Halbuki kişisel verilerin korunması; anayasal düzeyde (20. madde) özel hayatın gizliliği hakkına ilişkindir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre;

“özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkı, temel hak ve özgürlükler arasında önemli bir yer tutar. Özel hayatın gizliliğinin korunması, bu hayatın başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Kişinin özel hayatının, yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkı, kişinin temel haklarından biridir ve bu niteliği nedeniyle insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde de yer almış; demokratik ülkelerin mevzuatında açıkça belirlenen istisnalar dışında devlete, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur. Kişisel verilerin korunması hakkı ise özel hayatın gizliliği hakkının özel bir biçimi olarak bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Öte yandan kişisel verilerin korunması hakkı sınırsız olmayıp bu hakkın Anayasa'da güvence altına alınan diğer temel hak ve özgürlüklerin korunması veya Anayasa'nın devlete bir görev olarak yüklediği millî güvenliğin, kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması gibi nedenlerle sınırlandırılması mümkündür. Ancak bu sınırlama yapılırken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. ... ”

(Anayasa Mahkemesi'nin 24.07.2019 tarihli ve 2017/16 E.; 2019/64 K. No'lu Kararı, § 48, 49, 50). Başka bir anlatımla temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesi gereğince kişisel verilerin korunması hakkı kısıtlanırken; söz konusu kayıtlamalar; kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir şekilde belirlenmelidir, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine, ölçülülük ilkesine ve sınırlama sebebine aykırı olmamalıdır.

Ancak kanun koyucu, vergiye gönüllü uyumu artırmak, vergi kayıp ve kaçağı ile mücadele etmek ve tahsilatta etkinliği artırmak amacıyla mükellefiyet, vergilendirme ve vergiye uyum düzeyine ilişkin yapılacak çalışmalar için söz konusu her türlü bilgi, veri ve istatistiğin toplanma usul ve esaslarını; objektif kıstaslarla kanun düzeyinde belirlememiştir. Başka bir anlatımla Gelir İdaresi Başkanlığı'nın her türlü bilgi, veri ve istatistiği, (bilhassa süre ve şekil yönünden) toplama usulüne, sadece vergiye gönüllü uyumu artırmak, vergi kayıp ve kaçağı ile mücadele etmek ve tahsilatta etkinliği artırmak amacıyla mükellefiyet, vergilendirme ve vergiye uyum düzeyine ilişkin yapılacak çalışmalar için toplandığına ilişkin şeffaflığı sağlayacak ve ayrımcı uygulamalarda bulunulmadığını temin edecek bilgi, veri ve istatistiğin istenilmesine, bunlara erişimde kullanılacak teknolojik olanaklara, bunların ne kadar süre ile ve nasıl muhafaza edileceğine, depolama usulüne, düzeltilmesi için yapılacak başvuru prosedürüne, bunların Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından hangi kurum ve kuruluşlarla (nasıl) paylaşılmasına, bunların amacı dışında kullanılmamasına, Gelir İdaresi Başkanlığının bunlar hakkında sözlü ve yazılı açıklama istemesine, bunların siber güvenliğinin sağlanmasına;

bunlara resmi makamların keyfi müdahalesinin önlenmesine; bunlardan suret alınmasına; bunların analiz ve imha edilme usulüne (vb.) ilişkin kanuni bir güvence öngörülmemiştir. Bu noktada belirtmek gerekir ki iptali talep edilen ibarenin yer aldığı bentte bulunan “Vergiye gönüllü uyumu artırmak, vergi kayıp ve kaçığı ile mücadele etmek ve tahsilatta etkinliği artırmak amacıyla mükellefiyet, vergilendirme ve vergiye uyum düzeyine ilişkin yapılacak çalışmalar için” ibaresi, Gelir İdaresi Başkanlığını amaç/konu bakımından kayıtlayan ölçüt niteliğini haiz değildir. Zira Gelir İdaresi Başkanlığı, zaten vergiye gönüllü uyumu artırmak, vergi kayıp ve kaçığı ile mücadele etmek ve tahsilatta etkinliği artırmak amacıyla mükellefiyet, vergilendirme ve vergiye uyum düzeyine ilişkin yapılacak çalışmalar için gerekli bilgi, veri ve istatistiği toplayabilmelidir ancak burada hukuki mesele, söz konusu bilgi, veri ve istatistiği (hem içerik hem de şekil ve süre yönünden) toplama usulü bakımından kanun düzeyinde Gelir İdaresi Başkanlığını kurala bağlamaktır.

Ezcümle Gelir İdaresi Başkanlığı, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına yönelik müdahalenin kapsam ve usulü bakımından hiçbir nesnel ölçütle sınırlandırılmamıştır. Her ne kadar 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun bir güvence teşkil ettiği ileri sürülebilirse de; vergiye gönüllü uyuma yönelik maksadı nazara alındığında; Hazine ve Maliye Bakanlığı’na bağlı ve Devlet gelirleri politikasının belirlenmesi ile gelir tahminlerine ilişkin çalışmaları yapan idari birimin sınırlandırılması için; özel koruma hükümlerinin öngörülmesi gerekirdi. Zira genel hükümler, Gelir İdaresi Başkanlığı’nın 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 134. maddesinde kurala bağlanan “Devlet gelirleri politikasının belirlenmesi ile gelir tahminlerine ilişkin çalışmaları yapmak ve gelir politikasını adalet ve tarafsızlık içinde uygulamak; vergi ve diğer gelirleri en az maliyetle toplamak; mükelleflerin vergiye gönüllü uyumunu sağlamak; mükellef haklarını gözeterek yüksek kalitede hizmet sunmak suretiyle yükümlülüklerini kolayca yerine getirmeleri için gerekli tedbirleri almak” şeklindeki görev ve yetkileri karşısında; kişisel veriler bakımından tam korumayı, yeterli biçimde sağlayamayabilir. Hiçbir sınırlandırmaya tabi olmayan söz konusu müdahale, kişisel verilerin korunması hakkını tamamen savunmasız bırakmakta, keyfiliğe açık hale getirmekte ve demokratik toplumda gerekli olmayan şekilde sınırlandırarak onun özüne dokunmaktadır.

Buna ilave olarak ölçülülük ilkesi gereğince kişisel verilerin korunması hakkına yapılan söz konusu müdahalede; amaç ve araç ilişkisi bakımından, aracın (mükellefiyet, vergilendirme ve vergiye uyum düzeyine ilişkin yapılacak çalışmalar için her türlü bilgi, veri ve istatistiği toplamak), amacı (vergiye gönüllü uyumu artırmak, vergi kayıp ve kaçığı ile mücadele etmek ve tahsilatta etkinliği artırmak) gerçekleştirmeye elverişli, gerekli olması ve amaç ile araç arasında orantı bulunması gerekmektedir. Ancak her türlü bilgi, veri ve istatistiği toplanmasına yönelik usul ve esasların (sınırlamaya tabi tutulmadan) kanun düzeyinde belirlenmemesi, amacı gerçekleştirmek bakımından orantılı değildir. Zira, Gelir İdaresi Başkanlığına tanınan geniş yetki nedeniyle kişisel verilerin korunması ile vergiye gönüllü uyum düzeyinin ölçülmesi arasındaki hassas denge gözetilmemiştir.

Son olarak belirtmek gerekir ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne (AİHM) göre, kişinin özel hayatına ilişkin verilerin yalnızca kaydedilmesi, işlenmeseler dahi, özel hayat hakkına müdahale oluşturur (S. ve Marper/Birleşik Krallık, 4 Aralık 2008, başvuru no : 30562/04 ve 30566/04 , p.67). İptali talep edilen ibarenin öngörülemez şekilde uygulanacağı kişisel verilere ilişkin olarak, Sözleşme’nin 8. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hak sınırlama ölçütleriyle uyumlu bir düzenleme yapılmamıştır. Söz konusu düzenlemenin özel hayat hakkına getirdiği sınırlama, kanunilik ilkesinin gerektirdiği şekilde yeterli hukuki belirlilik ve güvence içermediği gibi; demokratik toplumda orantılı bir tedbir de değildir. Kanunilik ve orantılılık ölçütleriyle uyumlu olmayan düzenleme, AİHS’nin 8. maddesinin

uygulanmasında özel hayat hakkıyla toplumun bütününün çıkarları arasında adil bir denge kurulması gerekliliğine işaret eden AİHM perspektifine de aykırıdır (Birçok karar arasında bkz. mesela : AİHM, X, Y ve Z/Birleşik Krallık, 22 Nisan 1997, başvuru no: 21830/93, p.41). Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 13 ve 20. maddelerine aykırıdır.

ii) Erkler 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 de (eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm ihtiva eden) İletişim Başkanlığı'nı, görevleri ile ilgili olarak gerekli gördüğü bilgileri bütün kamu kurum ve kuruluşlarından ve diğer gerçek ve tüzel kişilerden doğrudan isteme yetkisiyle donatan 14 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 17. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "gerekli gördüğü bilgileri" ibaresinin iptali istemi hakkında verdiği (red) kararında; "...Nitekim istenebilecek bilgiler Başkanlığın görevleriyle ilgili olanlar ile sınırlı tutulmuştur..." şeklindeki gerekçeyle talep edilecek verilerin talep eden kurumun görev alanıyla sınırlandırılması gerekliliğine vurgu yapmıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 03.03.2021 tarihli ve 2018/134 E.; 2021/13 sayılı Kararı, § 23).

Anılan karara rağmen kanun koyucu, Gelir İdaresi Başkanlığı'nın vergiye gönüllü uyumu artırmak, vergi kayıp ve kaçığı ile mücadele etmek ve tahsilatta etkinliği artırmak amacıyla mükellefiyet, vergilendirme ve vergiye uyum düzeyine ilişkin yapılacak çalışmalar için her türlü bilgi, veri ve istatistiği toplamakla yetkili olduğunu hüküm altına almıştır. Başka bir deyişle Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından talep edilebilecek her türlü veri ve bilginin konu bakımından sınırını "Gelir İdaresi Başkanlığı'nın görev alanıyla" çizmemiştir. Bu noktada belirtmek gerekir ki iptali talep edilen ibarenin yer aldığı bentte bulunan "Vergiye gönüllü uyumu artırmak, vergi kayıp ve kaçığı ile mücadele etmek ve tahsilatta etkinliği artırmak amacıyla mükellefiyet, vergilendirme ve vergiye uyum düzeyine ilişkin yapılacak çalışmalar için" ibaresi, "Gelir İdaresi Başkanlığı'nın görev alanıyla" ibaresini tam manasıyla karşılamamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği karar karşısında; kanun koyucunun iptali talep edilen ibareyi kanunlaştırması; Anayasa'nın 153. maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6. maddesine ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de halel getirmektedir.

Bu noktada şunu belirtmek gerekir ki kanun koyucunun, Anayasa'ya aykırı olduğuna Anayasa Mahkemesince karar verilmiş düzenlemeleri, defaatle kanunlaştırması; hukuk devleti ilkesinin aşındırıldığının somut bir görünümüdür.

iii) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile mülkiyet hakkı bakımından: Söz konusu bilgi, veri ve istatistikte vergi işlemlerinin yürütülmesi sırasında vâkıf olunan kişilerin malvarlığı değerleri kapsamında kalan ticari sırları, meslek sırları, müşteri çevrelerinin yer alması kuvvetle muhtemeldir. Her halükârda; sınırsız kapsamlı ihtilaflı ibarenin anılan türde kişisel verilerin söz konusu olmasına mani olacak herhangi bir güvence içermemesi, iptali istenen kuralın Anayasa'ya uygunluk incelemesinde söz konusu türden

verilerin dikkate alınmasını haklı kılmaktadır. O halde; bu her türlü bilgi, veri ve istatistik, aynı zamanda Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının konusudur.

Nitekim AİHM'in Iatridis/Yunanistan davasında başvurunun geçerli bir kira sözleşmesi altında bir sinemayı 11 yıl kesintisiz olarak işletmesi sonucu bir malvarlığı değeri oluşturacak ölçüde müşteri çevresi (clientele) edindiğine karar vermiştir. AİHM bu sonuca varırken açık hava sinemalarının Yunanistan yerel kültürel yaşamında oynadığı rol ile böyle bir sinemanın sahip olduğu müşteri çevresinin temelde o muhitin sakinlerinden oluştuğunu dikkate almıştır (AİHM, Iatridis /Yunanistan, [BD] B. No. 31107/96, 25.03.1999, paragraf: 54).

O halde ticari sırların, meslek sırlarının, müşteri çevrelerinin yer aldığı bilgi, veri ve istatistiğin hiçbir sınır olmaksızın Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından toplanması; malvarlığı değerini dolayısıyla mülkiyet hakkını ihlal eder niteliktedir. Zira mülkiyet hakkı da ancak Anayasa'nın 13. maddesi çerçevesinde ve 35. madde dahilinde sınırlandırılabilir. Ancak ihtilaflı ibare, mülkiyet hakkına yapılacak müdahalenin kapsamını öngörülebilir şekilde ortaya koymadığı ve hak sahibi açısından keyfiliğe karşı hiçbir güvence öngörmediği için; Anayasa'nın 13 ve 35. maddelerinde öngörülen kanunilik ilkesine aykırıdır. Esasen, yukarıda ve aşağıda ihtilaflı ibarenin kanunilik ilkesine aykırılığına ilişkin olarak ortaya koyulmuş tespitler, mutatis mutandis, bu alt başlıkta ortaya koyulan Anayasa'ya aykırılık tespiti açısından da geçerlidir. Ayrıca ihtilaflı ibare; mülkiyet hakkına, sınırları öngörülebilir olmayan şekilde, belirsiz kapsamlı müdahaleleri mümkün kılması itibarıyla; Anayasa'nın 35. maddesinde yer alan ve mülkiyet hakkının sınırlandırılması koşulu olan kamu yararı meşru amacının sınırlarını aşmakta, Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçülülük ilkesini de çiğnemektedir. Ezcümle; Gelir İdare Başkanlığı'nın bu yetkisi; hiçbir kanuni koşulla kayıtlanmamıştır, amacı gerçekleştirmek için orantılı, daha az sınırlayıcı ve ölçülü bir tedbir değildir.

Son olarak belirtmek gerekir ki mülkiyet hakkı, Anayasa'nın hak ve özgürlüklere özgülenmiş ikinci kısmın ikinci bölümünde tanınmış ve güvence altına alınmış bulunmakla; en güvenceli anayasal hak ve özgürlükler arasında yer almaktadır. Şu halde kanunlar, mülkiyet hakkını konu alan ve Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne, Ek 1 No'lu Protokol'e, aykırı olamazlar. Mülkiyet hakkına, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne, Ek 1 No'lu Protokol'e, aykırı şekilde getirilecek bir sınırlama; Anayasa'nın 35. maddesinin yanında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, Ek 1 No'lu Protokol'ün, ihlali sonucunu da doğuracaktır. AİHM'nin ifade ettiği üzere, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin toplumun genel yararının gerekleriyle bireyin temel haklarının korunması gerekliliği arasında adil bir denge kurması (AİHM, Beyeler/İtalya, 5 Ocak 2000, başvuru no: 33202/96, §107) ve başvurulanan araçlarla hedeflenen amaç arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin bulunması gerekmektedir (AİHM, James ve diğerleri/Birleşik Krallık, 21 Şubat 1986, başvuru no: 8793/79, §50). AİHM, bu çerçevede; mülkiyet hakkını daha az sınırlayıcı diğer elverişli tedbirlerin kamu makamlarınca dikkate alınması gerekliliğine önem atfedebilmektedir (AİHM, Vaskrsić/Slovenya, 25 Nisan 2017, başvuru no: 31371/12, §83). Müdahale konusu olabilecek kişisel verilere ilişkin asgari kanuni sınırların yokluğu; ölçülülük ilkesinin ihlal edildiğinin açık kanıtıdır. Kanunilik ve ölçülülükle ilgili yukarıdaki analizlerin ışığında, ihtilaflı ibare, mutatis mutandis Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne, Ek 1 No'lu Protokol'e de aykırıdır.

iv)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 önkoşullarından 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 Gelir İdaresi Başkanlığı'na verilen her türlü bilgi, veri ve istatistiği toplama yetkisinin ve bilhassa konu, şekil ve süre yönünden toplama esas ve usulünün; hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılaması ve kanuna dayanması ile aykırı davranmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde Gelir İdaresi Başkanlığı'na tanınan ve hiçbir koşulla sınırlandırılmayan geniş takdir yetkisi, Gelir İdaresi Başkanlığı'nın keyfi uygulamalarına sebep olabilecektir. Yine idarenin uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan 27. maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir. Gelir İdaresi Başkanlığı'nın tesis edeceği işlemleri çok kısa sürede değiştirme olasılığı da; vergi mükelleflerinin hukuki ve iktisadi öngörülebilirliğine halel getirecektir.

Yukarıda belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesi İletişim Başkanlığı'nı, görevleri ile ilgili olarak gerekli gördüğü bilgileri bütün kamu kurum ve kuruluşlarından ve diğer gerçek ve tüzel kişilerden doğrudan isteme yetkisiyle donatan 14 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 17. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “gerekli gördüğü bilgileri” ibaresinin iptali istemi hakkında verdiği (red) kararında;

“Kuralın Başkanlığın CBK'da açıkça düzenlenmiş olan görevlerini yerine getirebilmesi amacıyla düzenlendiği ve istenebilecek bilgilerin Başkanlığın görevleriyle ilgili ve gerekli olanlarla sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır. Gerekli görülen bilgilerin istenmesindeki amaç, kapsam ve sınır açıkça belirlenmiş olup kuralın hem kişiler hem de idare yönünden belirli ve öngörülebilir olduğu açık olduğundan kuralda belirsizlik bulunmamaktadır.”

şeklindeki gerekçeyle talep edilecek verilerin talep edilmesindeki amaç, kapsam ve sınırın açıkça tespit edilmesinin, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerinin gerekliliği olduğuna vurgu yapmıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 03.03.2021 tarihli ve 2018/134 E.; 2021/13 sayılı Kararı, § 39). Anılan karara rağmen kanun koyucu, ihtilaflı ibarenin yer aldığı bent hükmünde, Gelir İdaresi Başkanlığı'nın vergiye gönüllü uyumu artırmak, vergi kayıp ve kaçağı ile

mücadele etmek ve tahsilatta etkinliği artırmak amacıyla mükellefiyet, vergilendirme ve vergiye uyum düzeyine ilişkin yapılacak çalışmalar için her türlü bilgi, veri ve istatistiği toplamakla yükümlü olduğunu hüküm altına almıştır. Başka bir anlatımla Gelir İdaresi Başkanlığı'na tarafından toplanacak her türlü bilgi, veri ve istatistiğin konu bakımından sınırını “Gelir İdaresi Başkanlığı'nın görev alanıyla” çizmemiştir. Ezcümle kanun koyucu, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine istinaden; idareyi konu (göreviyle ilgili olarak) bakımından sınırlandırmamıştır. Diğer bir söyleyişle iptali talep edilen ibarenin yer aldığı bentte bulunan “vergiye gönüllü uyumu artırmak, vergi kayıp ve kaçığı ile mücadele etmek ve tahsilatta etkinliği artırmak amacıyla mükellefiyet, vergilendirme ve vergiye uyum düzeyine ilişkin yapılacak çalışmalar için” ibaresi, “Gelir İdaresi Başkanlığı'nın görev alanıyla” ibaresini tam manasıyla karşılamamaktadır. Zira iptali talep edilen ibarenin yer aldığı bentte bulunan “vergiye gönüllü uyumu artırmak, vergi kayıp ve kaçığı ile mücadele etmek ve tahsilatta etkinliği artırmak amacıyla mükellefiyet, vergilendirme ve vergiye uyum düzeyine ilişkin yapılacak çalışmalar için” ibaresi, Gelir İdaresi Başkanlığı'nı konu bakımından kayıtlayan ölçüt niteliğini haiz değildir. Zira Gelir İdaresi Başkanlığı, zaten vergiye gönüllü uyumu artırmak, vergi kayıp ve kaçığı ile mücadele etmek ve tahsilatta etkinliği artırmak amacıyla mükellefiyet, vergilendirme ve vergiye uyum düzeyine ilişkin yapılacak çalışmalar için her türlü bilgi, veri ve istatistiği toplayabilmelidir ancak burada hukuki mesele, söz konusu veri ve bilgi, veri ve istatistiği (hem içerik hem de şekil ve süre yönünden) toplama usulü bakımından kanun düzeyinde Gelir İdaresi Başkanlığı'nı kurala bağlamaktır.

Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

v)Yasama yetkisinin devredilemezliği 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 bent hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Gelir İdaresi Başkanlığı'na) her türlü bilgi, veri ve istatistiği toplama (ve bilhassa konu, şekil ve süre yönünden toplama esas ve usulünü belirleme) yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

vi)Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen ibarenin idareye (Gelir İdaresi Başkanlığı'na) verdiği sınırsız takdir yetkisi, vergi mükellefleri 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 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).

Ne var ki iptali talep edilen ibarenin idareye verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından vergi mükelleflerinden farklı usullerle (süre ve şekillerle) ve farklı konularda bilgi, veri ve istatistik toplanmasına, temin edilen bilgi, veri ve istatistiğin bir kısmının incelemeye tabi tutulduktan sonra imha edilmesine ve fakat bazılarının muhafaza edilmesine; bazı bilgi, veri ve istatistiğin başka idari birimlerle paylaşılmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Başka bir anlatımla, her türlü bilgi, veri ve istatistiği toplama (ve bilhassa konu, şekil ve süre yönünden toplama esas ve usulünü belirleme) yetkisinin idareye bırakılması, aynı durumda olan vergi mükellefleri arasında; bilgi, veri ve istatistik toplama bakımından haklı nedene dayanmayan ve keyfi muamele farklılıklarına yol açacaktır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa’nın 10. maddesine aykırıdır.

vii)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, Anayasa hükümleriyle benzer hükümler içeren Türkiye’nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin 8. maddesini ve mülkiyet hakkına ilişkin Ek 1 No’lu Protokolü’nü (kanunilik ve demokratik toplumda orantılılık ölçütlerini) ihlal ettiğinden Anayasa’nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7491 sayılı Kanun’un 50. maddesiyle 05.05.2005 tarihli ve 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığı ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun’un başlığıyla birlikte yeniden düzenlenen mülga 27. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan “her türlü bilgi, veri ve istatistiği toplamak” ibaresi, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 7, 10, 13, 20, 35, 90, 123 ve 153. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

11) 27.12.2023 tarihli ve 7491 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 51. maddesiyle 5345 sayılı Kanun’un 29. maddesine eklenen fıkrada yer alan “sınava tabi tutulmadan müdür olarak atanabilirler” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

15.07.2018 tarihli ve 30479 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan (4) numaralı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 155. maddesinde Gelir İdaresi Başkanlığı’nda Uzman personel çalıştırılmasına ilişkin hükümler yer almaktadır. Anılan maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesine göre Gelir İdaresi grup müdürü, vergi dairesi müdürü, müdür, vergi dairesi müdür yardımcısı ve müdür yardımcısı kadrolarına atanacakların, yapılacak yazılı ve sözlü sınavlardan ayrı ayrı yüz tam puan üzerinden en az yetmiş puan almaları şarttır. Anılan maddenin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesine göre Devlet gelir uzmanlığına atandıktan sonra bu unvanı en az beş yıl hizmeti bulunanlar sınava tabi tutulmadan müdür olarak atanabilirler. Söz konusu ikinci cümle Anayasa’nın 2, 70, 104 ve 128. maddelerine aykırı olduğundan bahisle Cumhuriyet Halk Partisi tarafından Anayasa Mahkemesi nezdinde iptal davası açılmış ve anılan cümle, Anayasa’nın 104. maddesinin on

yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olduğundan bahisle iptal edilmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 09.11.2022 tarihli ve 2018/123 E.; 2022/138 K. sayılı Kararı).

Bunun üzerine kanun koyucu tarafından 7491 sayılı Kanun'un 51. maddesiyle 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığı ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun'un "Avukat ve uzman personel çalıştırılması" kenar başlıklı 29. maddesine bir fıkra eklenmiştir. Ek fıkraya göre Devlet gelir uzmanlığına atandıktan sonra bu unvanda en az beş yıl hizmeti bulunanlar, sınava tabi tutulmadan müdür olarak atanabilecektir. Ancak Devlet gelir uzmanlığına atandıktan sonra bu unvanda en az beş yıl hizmeti bulunanların sınava tabi tutulmadan müdür olarak atanabilmesine cevaz veren ve iptali talep edilen ibare, Anayasa'ya aykırıdır.

Devlet gelir uzmanlarının kamu görevlisi olduğuna, Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen kararında yer verilmiştir: "Dava konusu kuralda ise hâlihazırda kamu görevlisi olan devlet gelir uzmanlarının müdür olarak atanabilmesi hususu düzenlenmekte olup...". O halde Devlet gelir uzmanlarının özlük haklarına (söz gelimi müdür olarak atanmalarına) ilişkin kanun düzeyinde yapılan düzenlemelerin Anayasa'nın 128. maddesinin gereklerini karşılaması lazım gelmektedir.

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

Başka bir anlatımla kamu görevlilerinin özlük hakları bağlamında kanunilik ilkesinin hem şekli hem de maddi yönü bulunmaktadır. Kanun koyucu, Devlet gelir uzmanlığına atandıktan sonra bu unvanda en az beş yıl hizmeti bulunanların sınava tabi tutulmadan müdür olarak atanabilmesine ilişkin hükmü kanun düzeyinde formüle ettiğinden ve idareye keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi tanımadığından; şekli anlamda kanunilik ilkesinin gereklerini karşılamıştır. Ancak Devlet gelir uzmanlığına atandıktan sonra bu unvanda en az beş yıl hizmeti bulunanların sınava tabi tutulmadan müdür olarak atanabilmesine ilişkin hüküm, maddi anlamda kanunilik ilkesinin gereklerini karşılamamaktadır. Zira maddi anlamda kanunilik ilkesinin gereklerinin karşılanması için; Anayasa'nın diğer maddeleriyle güvence altına alınan hakların ihlal edilmemesi lazım gelmektedir. Aşağıda ayrıntılı biçimde açıklandığı üzere kanun koyucu, Anayasa'nın Devlet gelir uzmanlarının atanmasına ilişkin genel çerçeveyi çizen diğer hükümlerini (Anayasa'nın 2, 5, 10, 49, 70, 90. maddelerini) ihlal etmek suretiyle; 128. maddedeki amir kurala da aykırı davranmıştır.

ii) Kamu hizmetinde görevin gerekli kıldığı nitelikler bakımından: Anayasa'nın 70. maddesinde yer alan ve her Türk vatandaşına eşit şekilde tanınan kamu hizmetine girme hakkı, kamu hizmeti icra edecek personellerin istihdamının liyakata dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlar. Anayasa; ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun

dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayrımın yalnızca ödev-nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev, görevin gerekleri doğrultusunda yerine getirilmemiş olacak demektir. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar, kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir (Anayasa Mahkemesi'nin 09.10.1979 tarihli ve 1979/19 E.; 1979/39 K. sayılı Kararı).

Anayasa'nın 128. maddesinde temelini bulan ve hukuk devletinin ana halkasını oluşturan (şekli ve bilhassa maddi anlamda) kanunilik ilkesi ışığında, Anayasa'nın 70. maddesi ele alındığında görüleceği üzere; kamu hizmetine girme hakkının temel bir hak olarak etkililiği, maddenin "Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayrım gözetilemez" şeklindeki ikinci fıkrasında yer alan "görevin" ibaresinin; kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevin, kanun düzeyinde liyakat esasının icaplarını karşılayacak ve keyfilığe yol açmayacak biçimde açıklanmasını gerektirir.

Başka bir anlatımla personelin o görevi ifa edebilme yetisi ölçülüp; akabinde o göreve getirilmesiyle liyakat ilkesinin gerekleri karşılanacaktır. Bu ölçümün nasıl yapılacağı elbette kanun koyucunun takdirindedir ancak kanun koyucu, bu yetkisini hukuka uygun biçimde kullanmalıdır. Aksi bir tutum, Anayasa'nın 70. maddesindeki hakkı etkisiz ve göstermelik hale getirecektir. Eldeki dava konusu, Devlet gelir uzmanlığına atandıktan sonra bu unvanda en az beş yıl hizmeti bulunanların sınava tabi tutulmadan müdür olarak atanabileceğini hüküm altına almıştır. Kanun koyucu, müdür olarak atanmanın kriterini "en az beş yıl hizmeti bulunma" ile sınırlamıştır. Bu perspektifte müdür olma yetisine sahip olmayan ve performansı düşük bir kimse, sırf beş yıl süreyle Devlet gelir uzmanı olarak istihdam edildiği için müdür olarak atanabilecektir. Halbuki müdür olarak atanabilmek için bir kadro değişikliği gerekmektedir ve bu kadroya uygunluğun nesnel bir ölçüm aracı (söz gelimi yazılı sınav; dil puanı) ile saptanması gerekmektedir. Ancak kanun koyucu, beş yıl kıdeme sahip olanlar bakımından bu türden bir ölçüm aracı öngörmemiştir.

Buna ilave olarak belirtmek gerekir ki 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 155. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesine göre Gelir İdaresi grup müdürü, vergi dairesi müdürü, müdür, vergi dairesi müdür yardımcısı ve müdür yardımcısı kadrolarına atanacakların, yapılacak yazılı ve sözlü sınavlardan ayrı ayrı yüz tam puan üzerinden en az yetmiş puan almaları şarttır. Beş yıl kıdeme sahip olanlara tanınan bu imkan, söz konusu sınavı uygulamada anlamsız hale getirecektir. Zira bir kimse görece zor bir sınava girmektense; mevcut statüsünde (gelir uzmanı unvanında) görece kısa bir süre (beş yıl) beklemeyi tercih edecektir.

O halde beş yıl kıdeme sahip ve fakat görevin gerektirdiği niteliklere sahip olmayan bir kimsenin müdür olarak atanmasına imkan veren ihtilaflı ibare, Anayasa'nın 70. maddesine aykırıdır.

iii)Eşitlik ilkesi bakımından: İptali talep edilen ibare, beş yıl kıdeme sahip olan ve olmayan Devlet gelir uzmanları arasında kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olduğundan; anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır.

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).

Ne var ki iptali talep edilen ibare, beş yıl kıdeme sahip olan ve olmayan Devlet gelir uzmanları arasında haklı neden olmaksızın ayırım yapmaktadır. Zira bir kısım gelir uzmanı, sadece sınava girip müdür olarak atanabilecekken; bir kısım gelir uzmanı, beş yıl bekleyerek müdür olarak atanabilecektir. Söz gelimi henüz beş yıl kıdemi dolmadan sınava girip başarısız olan bir kimse; beş yılı dolunca müdür olarak atanabilecektir. Halbuki Devlet gelir uzmanlığına atandıktan sonra bu unvanı en az beş yıl hizmeti bulunanların müdür olma yetisine sahip olduğu bir varsayım iken; yapılan yazılı sınavda başarılı olan bir kimsenin söz konusu yetisi, kesin olarak ispatlanmıştır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

iv)Çalışma barışı bakımından: Anayasa'nın 2 ve 5. maddeleriyle Devlet için öngörülen "sosyal devlet" niteliğinin bir görünümü, Anayasa'nın 49. maddesiyle Devlete yüklenen çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğüdür. Anayasa Mahkemesi, "Anayasa'nın 49. maddesine göre, çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlete karşı ileri sürülecek bu hak, bireylere zorlama yetkisi ve yaptırımı vermemiştir. Devlet, olanakları ölçüsünde, yeterli örgütler kurarak iş bulmayı kolaylaştırıp sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Devletin herkese iş verme, herkesi işe yerleştirme zorunluluğu bulunmamaktadır. İşsizliği önlemek amacıyla yapacağı çalışmalarla Devlet, öncelikle kamu sektöründe iş vermek yolunu izleyecek, bu nedenle de yasal düzenlemeler yapacaktır." şeklinde hüküm kurmak suretiyle; Anayasa'nın 49. maddesinin kapsama alanında özel sektörün yanı sıra kamu sektörünün de değerlendirileceğine işaret etmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 19.12.1989 tarihli ve 1989/14 ve 1989/49 sayılı Kararı). O halde Devlet, hem özel sektörde hem de kamu sektöründe çalışma barışını sağlamalıdır. Ancak maddi anlamda kanuna tekabül etmeyen iptali talep edilen ibare; Gelir İdaresi Başkanlığı bünyesinde istihdam edilen personel arasında çalışma barışının bozulmasına neden olacaktır. Zira tüm personel; bazı kimselerin liyakatsiz oldukları halde müdür olarak atandıklarının bilincinde olacaktır. Çalışma barışının bozulması; Gelir İdaresi Başkanlığı bünyesinde istihdam edilen personelin çalışma motivasyonlarının düşmesine; liyakatli uzmanın hiyerarşik üstü olan liyakatsiz müdür ile ilişkisinin bozulmasına; ilgilerini başka alanlara yöneltmelerine; sorumluluklarını yeteri kadar yerine getirememelerine ve vergi işlemlerinin zafiyete uğramasına sebep olabilecektir. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2, 5 ve 49. maddelerine de aykırıdır.

v)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, yukarıdaki başlıklarda aykırı olduğu gösterilen temel haklara ilişkin anayasal düzenlemelerin muadilleri olarak adil çalışma koşullarına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23.; (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nın 3 ve 22. maddeleri; ILO'nun 94 No'lu Çalışma Şartları (Kamu

Sözleşmeleri) Sözleşmesi ile 151 No'lu Çalışma İlişkileri (Kamu Hizmeti) Sözleşmesi'ni ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7491 sayılı Kanun'un 51. maddesiyle 5345 sayılı Kanun'un 29. maddesine eklenen fıkrada yer alan "sınava tabi tutulmadan müdür olarak atanabilirler" ibaresi, Anayasa'nın 2, 5, 10, 49, 70, 90 ve 128. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

12) 27.12.2023 tarihli ve 7491 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 63. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı

7491 sayılı Kanun'un 63. maddesiyle 5520 sayılı Kanun'un geçici 14. maddesinde birtakım değişiklikler ve eklemeler yapılmaktadır. Bu değişiklik ve ekleme, kanun koyucunun süregelen hukuka aykırı tutumunun nihai görünümüdür.

Bu nedenle 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. Bunun akabinde 26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. maddesiyle 5520 sayılı Kanun'un geçici 14. maddesine istisna hükümlerinin kapsamını genişleten fıkralar eklenmiştir. Yine anılan ek fıkraların Anayasa'ya aykırı olması nedeniyle; CHP'li milletvekilleri tarafından Anayasa Mahkemesi nezdinde 22.07.2022 tarihinde 2022/91 E. sayılı dosya üzerinden iptal davası açılmıştır. Sonrasında 03.11.2022 tarihli ve 7420 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 23. maddesiyle anılan geçici 14. maddede yer alan tarihlerin süresini uzatan ve Cumhurbaşkanına yetki tanıyan birtakım değişiklikler yapılmıştır. Yine bu değişikliklerin Anayasa'ya aykırı olması nedeniyle; CHP'li milletvekilleri tarafından Anayasa Mahkemesi nezdinde 06.01.2023 tarihinde 2023/9 E. sayılı dosya üzerinden iptal davası açılmıştır.

Nihayetinde 7491 sayılı Kanun'un 63. maddesiyle anılan geçici 14. maddede yer alan "31/12/2023" ibareleri "30/6/2024" şeklinde değiştirilmiş ve maddeye "Cumhurbaşkanı, bu maddede belirtilen 30/6/2024 tarihini, bitim tarihinden itibaren her defasında altı ayı geçmeyen süreler halinde üç defa uzatmaya, kazanç istisnasını sıfıra kadar indirmeye veya kanuni seviyesine kadar artırmaya, istisna oranını; hesap türü, hesapların vadesi ve hesap açılış tarihine

göre ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye yetkilidir.” şeklindeki dokuzuncu fıkra eklenmiştir. Söz konusu 63. madde, Anayasa’ya aykırıdır.

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”

şeklinde. 7407 sayılı Kanun’un 12. maddesiyle anılan geçici maddeye eklenen fıkraların gerekçesi;

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

şeklinde. 7420 sayılı Kanun’un 23. maddesiyle anılan geçici maddede yapılan değişikliklerin gerekçesi:

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

şeklinde. İptali talep edilen maddenin gerekçesi ise;

“Kur korumalı mevduat ve katılım hesaplarına uygulanan kurumlar vergisi istisnasının süresi 30/6/2024 tarihine kadar uzatılmaktadır. Ayrıca, Cumhurbaşkanına, sürenin bitimini müteakip bu süreyi her defasında altı ayı geçmeyen süreler halinde uzatma, uygulanan istisna

oranını azaltma ve tekrar kanuni seviyesine getirme, hesap türü, hesapların vadesi ve açılış tarihine göre istisna oranını azaltma ve farklı istisna oranı belirleme yetkisi verilmektedir.”

şeklindedir.

Kanun koyucu, anılan geçici 14. maddenin amacına istinaden; 7407 sayılı Kanun’un 12. maddesiyle anılan geçici maddeye fıkralar eklemek suretiyle istisnanın kapsamını genişletmiş; 7420 sayılı Kanun’un 23. maddesiyle anılan geçici maddenin ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları yönünden istisnanın süresini uzatmış, Cumhurbaşkanını istisnanın uygulama biçimini belirleme yetkisiyle donatmış, bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükelleflerinin kazançları hakkında uygulanacak istisna hükümlerinin kapsamını genişletmiştir. İptali talep edilen maddeyle yine istisnanın süresini 30.06.2024 tarihine uzatmış ve Cumhurbaşkanına bu maddede belirtilen 30.06.2024 tarihini, bitim tarihinden itibaren her defasında altı ayı geçmeyen süreler halinde üç defa uzatma, kazanç istisnasını sıfıra kadar indirme veya kanuni seviyesine kadar artırma, istisna oranını; hesap türü, hesapların vadesi ve hesap açılış tarihine göre ayrı ayrı veya birlikte belirleme yetkisi vermiştir. Ancak Devletin, bu amaca istinaden; iptali talep edilen maddeyle anılan geçici maddede sayılı kazançlar bakımından (istisnaların süresi uzatılmak ile uygulama alanı genişletilmek ve Cumhurbaşkanını yetkilendirilmek suretiyle) vergi alacağından feragat etmesi, Anayasa’ya aykırıdır.

(Kanun koyucu, her ne kadar söz konusu düzenlemeyi geçici olarak –bir kez- ihdas etse de; düzenlemenin süresinin uzatılarak yıllara sari uygulanması; onu, kalıcı hale getirmiştir.)

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 nci maddede belirtilen kazançlardan yapılan tevkifat hariç) hesaplanan geçici vergiden mahsup edilir.” şeklindedir.

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

1) Söz konusu geçici 14. maddenin ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında yer alan “31.12.2023 tarihine” ibarelerinin “30.06.2024 tarihine” şeklinde değiştirilmesi (istisnaların süresinin uzatılması) suretiyle;

a)ikinci fıkra yönünden: birinci fıkra kapsamına girmeyen ve fakat kurumlar, 31.12.2021 tarihli bilançolarında yer alan yabancı paralarını 30.06.2024 tarihine kadar Türk lirası mevduat ve katılma hesaplarına dönüşümün desteklenmesi kapsamında dönüşüm kuru üzerinden Türk lirasına çevirir ve bu suretle elde edilen Türk lirası varlığını en az üç ay vadeli Türk lirası mevduat ve katılma hesaplarında değerlendirir ise “oluşan kur farkı kazançlarının, geçici vergi dönemi sonu değerlemesiyle Türk lirasına çevrildiği tarih arasına isabet eden kısmı

ile dönem sonu değerlemesinden kaynaklananlar da dahil olmak üzere vade sonunda elde edilen faiz ve kar payları ile diğer kazançlar” kurumlar vergisinden müstesna olacaktır,

b)üçüncü fıkra yönünden: kurumlar, 31.12.2021 tarihli bilançolarında yer alan altın hesabı ile bu tarihten sonra açılacak işlenmiş ve hurda altın karşılığı altın hesabı bakiyelerini 30.06.2024 tarihine kadar Türk lirası mevduat ve katılma hesaplarına dönüşümün desteklenmesi kapsamında dönüşüm fiyatı üzerinden Türk lirasına çevirir ve bu suretle elde edilen Türk lirası varlığını en az üç ay vadeli Türk lirası mevduat ve katılma hesaplarında değerlendirir ise; “Türk lirasına çevrildiği tarihte oluşan kazançlar ile dönem sonu değerlemesinden kaynaklananlar da dahil olmak üzere vade sonunda elde edilen faiz ve kar payları ile diğer kazançlar” kurumlar vergisinden müstesna olacaktır,

c)dördüncü fıkra yönünden: kurumlar, 31.03.2022 tarihli bilançolarında yer alan yabancı paralarını 01.06.2024 tarihine kadar Türk lirası mevduat ve katılma hesaplarına dönüşümün desteklenmesi kapsamında dönüşüm kuru üzerinden Türk lirasına çevirir ve bu suretle elde edilen Türk lirası varlığını en az üç ay vadeli Türk lirası mevduat ve katılma hesaplarında değerlendirir ise; “söz konusu hesapların dönem sonu değerlemesinden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere vade sonunda elde edilen faiz ve kar payları ile diğer kazançlar” kurumlar vergisinden müstesna olacaktır ve Cumhurbaşkanı, bu istisnayı 30.06.2024 tarihine kadar her bir geçici vergi veya yıllık hesap dönemleri sonu itibarıyla kurumların bilançolarında yer alan yabancı paralar için ayrı ayrı veya birlikte uygulamaya yetkili olacaktır,

ç)beşinci fıkra yönünden: bu madde kapsamındaki istisnalar, 30.06.2024 tarihine kadar vade sonunda yenilenen hesaplara da uygulanacaktır.

2) İptali talep edilen maddeyle anılan geçici 14. maddeye dokuzuncu fıkranın eklenmesi suretiyle; Cumhurbaşkanı, maddede belirtilen 30.06.2024 tarihini, bitim tarihinden itibaren her defasında altı ayı geçmeyen süreler halinde üç defa uzatma, kazanç istisnasını sifıra kadar indirme veya kanuni seviyesine kadar artırma, istisna oranını; hesap türü, hesapların vadesi ve hesap açılış tarihine göre ayrı ayrı veya birlikte belirleme yetkisiyle donatılmıştır (Cumhurbaşkanının yetkilendirilmesi)

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

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

“Vergilendirme yetkisi, devletin ülkesi üzerindeki egemenliğine dayanarak vergi alma konusunda sahip olduğu hukuki ve fiili gücü olarak tanımlanabilir. Bu yetki devletin mali alanda sürdürdüğü egemenliğin içerdiği yetkilerin (harcama, bütçe yapma, borçlanma vb.) en önemlilerinden biridir. Devlet, kamu hizmetlerinin görülmesi için gereksinim duyduğu mali kaynakları vergilendirme yetkisini kullanarak karşılar. ... Her şeyden önce dar anlamda vergilendirme yetkisi, devletin kamu 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 edebilir. Ancak söz konusu feragat müessesesi, anayasal vergilendirme ilkelerin gereklerini karşılamalıdır. Aksi bir tutum (iptali talep edilen madde hükmünde olduğu gibi); bütçe dengesinin bozulmasına, planlanan çerçevenin dışına çıkılmasına, kamu harcamalarının karşılanamamasına, mükelleflerin haklarının ve son tahlilde Anayasa’nın ihlal edilmesine sebep olur.

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

Ekonomik koşulların kötüleşmesi ve kamu maliye politikasının gereği gibi oluşturulmaması minvalindeki ve diğer mahiyetteki sebepler neticesinde ortaya çıkan kur artışlarına karşı; (anılan geçici 14. maddenin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarına konu) yabancı paralarını, altın hesaplarını (ve anılan geçici 14. maddenin beşinci fıkrasına konu yenilenen hesaplarını) Türk Lirasına çeviren kurumlar vergisi mükelleflerinin ve eklenen dokuzuncu fıkra ile “Cumhurbaşkanı tarafından süre uzatımı (30.06.2024 tarihinin bitim tarihinden itibaren her defasında altı ayı geçmeyen süreler halinde üç defa uzatılması) ve kazanç istisnasının sıfıra kadar indirilmesi veya kanuni seviyesine kadar artırılması ve istisna oranının hesap türü, hesapların vadesi ve hesap açılış tarihine göre ayrı ayrı veya birlikte belirlenmesi syretiyle ortaya çıkan kurumlar vergisi mükelleflerinin” desteklenmesi amacıyla; iptali talep edilen 63. maddenin değişiklik ve ekleme yaptığı anılan geçici maddenin fıkralarında sayılı kazançlar ve yenilenen hesaplar bakımından (uzun sürelerle) (oranı, Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen) 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 öngörülememesi (ve bu meblağın katlanarak artışı); toplumun, refah, huzur ve mutluluğunun sağlanmasının finansal aracı olan bütçenin dengesinin kamu gelirleri aleyhine bozulmasına, kamu hizmetlerinin verilmesinde aksaklıklara sebep olacaktır.

Başka bir anlatımla kurumlar vergisi mükelleflerinden (ve yenilenen hesap sahiplerinden, bilanço esasına göre defter tutan gelir 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; ikinci fıkra uyarınca 31.12.2021 tarihli bilançolarında yabancı para bulunan (ve 30.06.2024 tarihine kadar Türk lirasına çeviren) kurumlar vergisi mükellefleri; üçüncü fıkra uyarınca 31.12.2021 tarihli bilançolarında altın hesabı bulunan (ve 30.06.2024 tarihine kadar Türk lirasına çeviren) kurumlar vergisi mükellefleri; dördüncü fıkra uyarınca 31.03.2022 tarihli bilançolarında yabancı para bulunan (ve 30.06.2024 tarihine kadar Türk lirasına çeviren) kurumlar vergisi mükellefleri; beşinci fıkra uyarınca 30.06.2024 tarihine kadar vade sonunda yenilenen hesaplar; yedinci fıkra uyarınca birinci, ikinci, üçüncü fıkraların yanı sıra dördüncü fıkroda öngörülen istisnalar bakımından bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükellefleri bulunmaktadır.

Diğer bir deyişle Türk lirasına güvenip; 31.12.2021 ve 31.03.2022 ilâ 30.06.2024 tarihli bilançolarında Türk lirası bulunan mükellefler, bu istisnadan yararlanamayacaktır. Haklı neden olmaksızın; vergisini ödemek suretiyle kamu külfetine katlanan mükellefler arasında; 31.12.2021 ve 31.03.2022 tarihli bilançosunda yabancı para, altın hesabı bulunup bulunmadığı (ve 30.06.2024 tarihine kadar Türk lirasına çevirim çevirmediği ve 30.06.2024 tarihine kadar vade sonunda hesap yenileyip yenilemediği) esas alınarak; vergi istisnası tanınması suretiyle ayırım yapılmaktadır. Devlet bütçesinde büyük bir paya sahip kurumlar vergisinin yükü, Türk lirasına güvenip 31.12.2021 ve 31.03.2022 ilâ 30.06.2024 tarihli bilançolarında Türk lirası bulunan mükellefler üzerinde bırakılmaktadır. Halbuki istisna hükmünün getiriliş amaçlarından biri, Türk lirasının değerini korumaktır. Türk lirasına güvenip 31.12.2021 ve 31.03.2022 ilâ 30.06.2024 tarihli bilançolarında Türk lirası bulunan mükelleflerin kur artışlarına karşı desteklenmesi amacıyla kanun koyucu tarafından bu türden bir tedbir alınmamıştır. Ezcümle istisna hükmünün (istisnaların süresinin uzatılması ile uygulama alanının genişletilmesi ve Cumhurbaşkanının yetkilendirilmesi) amacı ile neticesi, çelişmektedir. Öte yandan, kanun yoluyla avantajların dağıtımı (somut vakada vergi istisnası tanınması) bakımından anılan kategoriler arasında muamele farklılığını meşrulaştıracak haklı bir sebep bulunmamaktadır. Soyut olarak kamu yararı içeren Türk lirasının korunması hedefine, ekonomi bilimine uygun tedbirlerle, Devletin vergi kaybına yol açmadan ve eşitlik ilkesi çiğnenmeden ulaşılması mümkündür. Bu açıdan, Türk lirasının değerinin korunması hususundaki yönetsel zayıflık, Anayasa'nın yasakladığı ayrımcılığın haklı sebebi addedilemez. İhtilaflı 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 iptali talep edilen maddede, 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 fıkra da mali yükümlülüklerden sadece verginin belirtilmiş olması dolayısıyla bu ilke vergi ile ilgili olup diğer mali yükümlülüklerle ilgili değildir.

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

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

şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi’nin 13. 10. 2021 karar tarihli ve 2018/135 E.; 2021/71 K. sayılı Kararı). Anılan hükme rağmen kanun koyucu, kamu giderlerinin finansmanında kullanılan ve büyük bir meblağa karşılık gelen vergi kaleminden feragat etmektedir. (O kadar ki, istisnanın Hazine’ye getireceği yük tahmin edilebilir dahi değildir. Zira, istisna edilecek vergi miktarına ilişkin bir üst sınır öngörülmemiştir ve bu meblağ, katlanarak artmaktadır. Geçici bir madde olarak getirilen söz konusu düzenlemenin uygulama süresinin her defasında uzatılması, anılan maddeyi kalıcı hale getirmiş ve Hazine’nin üstüne artık telafi edilemez bir yük bırakmıştır.) Diğer bir deyişle; kur artışlarından kaynaklanan zarar neticesinde bütçe dengesi – üstelik öngörülemeyen bir seviyede– bozulmaktadır. Anılan geçici maddenin yürürlüğe girdiği tarihteki dolar kuru ile bugünkü dolar kurunun karşılaştırıldığı finansal tablo, ekonomik açıdan ülkemizin içinde bulunduğu vahim durumu ortaya koymaktadır. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen madde; Anayasa’nın 2, 5, 10 ve 73. maddelerine aykırıdır.

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

Yasama organının, halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırları belirleyerek yetki vermesi ve sonuçlarını denetlemesine bütçe hakkı denilmektedir. “Bütçe hakkı”, vergi ve benzeri gelirlerle kamu

harcamalarının çeşit ve miktarını belirleme ve onaylama hakkıdır. Bu hak, halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşan yasama organına aittir. Bütçe, yürütmenin Meclis'e karşı temel sorumluluk düzeneğidir. Meclis, bütçe ile yürütmeye gelir toplama ve gider yapma yetkisi vermekte, bütçede yıllık gelir ve giderleri arasında fark bulunması halinde bu farkın ne kadarının borçlanma yöntemiyle karşılanacağı hususunu da belirlemekte, bu yetkinin uygun kullanılmasını da bütçe sürecinin bir parçası olan kesin hesap kanunu ile denetlemektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında da belirtildiği üzere; "Yasama organının, halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırlarını belirleyerek yetki vermesi ve sonuçlarını denetlemesine bütçe hakkı denilmektedir. (...) Bu hak, demokratik parlamenter yönetim sistemini benimsemiş olan ülkelerde, halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşan ve en yetkili organ olan yasama organına ait bulunmaktadır. (...) Bütçe yapısının fonksiyonunu ifa edebilmesi, temel bütçe ilkelerine uyulması ile mümkün olmaktadır. Bütçe ilkeleri; bütçenin hazırlanması, görüşülüp onaylanması, uygulanması ve denetlenmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulması gereken kuralları ifade eder. Bu ilkeler, devlet bütçelerinin temel özellikleri ve amaçlarının gerçekleşmesi için uygulanması zorunlu olan ulusal ve uluslararası alanda kabul görmüş klasik maliye biliminin ilkeleridir." (AYM'nin 30.12.2010 tarihli ve 2008/84 E.; 2010/121 K. ve 27.12.2012 tarihli ve 2012/102E.; 2012/+207 K. sayılı Kararları).

Bütçe hakkı, Anayasa'nın 87. 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 madde hükmüyle; sayılı hallerde kurumlar vergisinden (ve gelir vergisinden) feragat edilmek suretiyle; 16.12.2022 tarihli ve 7427 sayılı 2023 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ile 25.12.2023 tarihli ve 7489 sayılı 2024 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'nun gelir kalemlerinde ciddi ve öngörülemez bir azalma meydana gelecektir. Kamu gelirleri, bütçe kanununun bütçe hakkı kapsamında öngörmediği biçimde düşecektir; dolayısıyla kamu harcamalarının finansmanı için ayrılan kaynakta azalma ve kamu hizmetlerinin görülmesinde aksaklık meydana gelecektir. TBMM tarafından kabul edilen bütçe kanununda yer alan gelir-gider dengesini bozacak ve bunun kesin hesap kanunu ile denetlenmesini zorlaştıracak olan anılan madde hükmü; TBMM'nin bütçe hakkını, erkler ayrılığı ilkesini, hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanmamasına yönelik hükmü ihlal etmektedir. Bu nedenlerle iptali talep edilen madde, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 87. maddelerine aykırıdır.

iii)Devletin; mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma yükümlülüğü bakımından: "Anayasa'nın 167. maddesinin ilk fıkrasında; 'Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.' denilmektedir. Maddede yalnız, tekelleşme değil, tekel oluşturmaya üretim ve hizmet kuruluşlarının 'fiyat anlaşmaları', 'coğrafi bölge paylaşma' ve 'benzeri suretle' gerçekleştirilecek kartelleşme de 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'te yer alan istisnaların, (iptali talep edilen maddeyle) süresinin uzatılması, uygulama alanının genişletilmesi ve Cumhurbaşkanının yetkilendirilmesi, açıklandığı üzere kamu yararı barındırmadığından; bankacılık sektörüne zarar gelmesine; Hazine üzerine öngörülemez büyüklükte yük bırakılmasına; bütçe dengesinin bozulmasına ve bütçe açığının artmasına; iktisadi büyümenin gerilemesine; kamu harcamalarının finanse edilememesine; kamu yararına aykırı şekilde genel olarak "ikinci fıkra uyarınca 31.12.2021 tarihli bilançolarında yabancı para bulunan (ve 30.06.2024 tarihine kadar Türk lirasına çeviren) kurumlar vergisi mükelleflerinin; üçüncü fıkra uyarınca 31.12.2021 tarihli bilançolarında altın hesabı bulunan (ve 30.06.2024 tarihine kadar Türk lirasına çeviren) kurumlar vergisi mükelleflerinin; dördüncü fıkra uyarınca 31.03.2022 tarihli bilançolarında yabancı para bulunan (ve 30.06.2024 tarihine kadar Türk lirasına çeviren) kurumlar vergisi mükellefleri; beşinci fıkra uyarınca 30.06.2024 tarihine kadar vade sonunda hesap yenileyenlerin; yedinci fıkra uyarınca birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü fıkralarında öngörülen istisnalar bakımından bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükelleflerinin'' himaye edilmesine; 31.12.2021 ve 31.03.2022 ilâ 30.06.2024 tarihli (Kaldı ki iptali talep edilen maddeye konu dokuzuncu fıkra uyarınca Cumhurbaşkanı, bu maddede belirtilen 30.06.2024 tarihini, bitim tarihinden itibaren her defasında altı ayı geçmeyen süreler halinde üç defa uzatmaya yetkili kılınmıştır.) bilançolarında Türk lirası bulunan kurumlar vergisi mükelleflerinin (ve gelir vergisi mükelleflerinin) mameleklerinin korunmasına elverişli ortam hazırlanamamasına; ekonomik istikrarın sürdürülemez hale gelmesine; öngörülebilir bir ekonomik denge oluşturulamamasına; para politikasının fayda – maliyet özelinde etki analizinde beklenmedik sonuçlar görülmesine; gerçekçi ekonomik değerlendirme yapılamamasına; hesap verilebilir ve şeffaf bir mali politika yönetilememesine; Türk parasının kıymetinin korunamamasına; dolayısıyla milli ekonominin zarara uğramasına ve sonuç olarak, kişilerin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olacağından; Anayasa'nın 5 ve 167. maddelerine de aykırıdır.

iv)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 anlaşılabacağı 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 ve geçici madde 14'te yer alan vergi istisnalarının süresinin uzatılmasına, uygulama alanının genişletilmesine ve Cumhurbaşkanının yetkilendirilmesine yönelik iptali talep edilen maddeyi, Devletin, Anayasa'nın anılan hükmü bağlamındaki tedbir alma yükümlülüğü kapsamında değerlendirmek mümkündür. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre de Devletin, "özel teşebbüsün gelişmesini sağlamaya dönük ekonomik ve sosyal politikalar uygulama ve özel teşebbüse güvenli çalışma ortamı sağlamak için önlemler alma yetkisi de bulunmaktadır"

(Anayasa Mahkemesi'nin 25.02.2010 tarihli ve 2007/65 E.; 2010/43 K. sayılı Kararı). Ancak kanun koyucu, söz konusu tedbir alma yükümlülüğü doğrultusunda; özel teşebbüsleri, kur artışları karşısında desteklemek amacıyla; sayılı hallerde kurumlar vergisinden vareste tutmuştur. Ancak Devlet, bu yükümlülüğünü sadece "ikinci fıkra uyarınca 31.12.2021 tarihli bilançolarında yabancı para bulunan (ve 30.06.2024 tarihine kadar Türk lirasına çeviren) kurumlar vergisi mükellefleri; üçüncü fıkra uyarınca 31.12.2021 tarihli bilançolarında altın hesabı bulunan (ve 30.06.2024 tarihine kadar Türk lirasına çeviren) kurumlar vergisi mükellefleri; dördüncü fıkra uyarınca 31.03.2022 tarihli bilançolarında yabancı para bulunan (ve 30.06.2024 tarihine kadar Türk lirasına çeviren) kurumlar vergisi mükellefleri; beşinci fıkra uyarınca 30.06.2024 tarihine kadar vade sonunda hesap yenileyenler ile yedinci fıkra uyarınca birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü fıkralarında öngörülen istisnalar bakımından bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükellefleri" bakımından yerine getirmiştir. Diğer bir deyişle 31.12.2021 ve 31.03.2022 ilâ 30.06.2024 tarihli bilançolarında Türk lirası hesabı bulunan kurumlar vergisi mükellefleri, istisnadan yararlanamayacaktır. (Kaldı ki iptali talep edilen maddeye konu dokuzuncu fıkra uyarınca Cumhurbaşkanı, bu maddede belirtilen 30.06.2024 tarihini, bitim tarihinden itibaren her defasında altı ayı geçmeyen süreler halinde üç defa uzatmaya yetkili kılınmıştır.) Oysa anılan koşul, söz konusu iki kategoriyi kamusal avantajların dağıtımında birbirinden ayırmayı haklı kılacak şekilde ilgili bir koşul değildir. Ezcümle haklı bir neden olmaksızın, aynı durumda bulunan özel teşebbüslere sağlanan destek bakımından bir muamele farklılığı yapılmıştır. Halbuki eşitlik ilkesi bağlamında teşebbüs özgürlüğü gereğince; Devlet, kur artışlarından etkilenen tüm özel teşebbüsler bakımından gerekli tedbirleri almalıdır. Bu yükümlülüğün aksine; bilançolarında Türk lirası hesabı bulunan özel teşebbüslere, vergi istisnası tanınmayarak; onlar bakımından, çalışma ortamları güvensiz ve belirsiz hale getirilmiştir. Avantajların dağıtımında (somut vakada vergi istisnası tanınması) anılan kategoriler arasında muamele farklılığını meşrulaştıracak haklı bir sebep bulunmamaktadır. Soyut olarak kamu yararı içeren Türk lirasının korunması hedefine, ekonomi bilimine uygun tedbirlerle, devletin vergi kaybına yol açmadan ve eşitlik ilkesi çiğnenmeden ulaşılması mümkündür. Bu açıdan, Türk lirasının değerinin korunması hususundaki yönetsel zaaf, ayrımcılığın haklı sebebi addedilemez. Öte yandan vergi istisnasının bir kısım özel teşebbüslere tanınıp diğerlerine tanınmaması, piyasa koşullarında firmaların rekabet kabiliyetine, yatırım ve istihdam politikalarına etki edecektir.

Yine iptali talep edilen maddeyle, dördüncü fıkranın ikinci cümlesinde yer alan ibarenin değiştirilmesiyle Cumhurbaşkanı, bu istisnayı 30.06.2024 tarihine kadar her bir geçici vergi veya yıllık hesap dönemleri sonu itibarıyla kurumların bilançolarında yer alan yabancı paralar için ayrı ayrı veya birlikte uygulamaya yetkili; ve dokuzuncu fıkra eklenmesiyle kazanç istisnasını sifıra kadar indirmeye veya kanuni seviyesine kadar artırmaya, istisna oranını; hesap türü, hesapların vadesi ve hesap açılış tarihine göre ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye yetkili kılınmış ve fakat bu yetkisi, keyfi uygulamaları bertaraf edecek somut, nesnel, net ölçütlerle sınırlandırılmamıştır. Bu durum da Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan kanunilik ilkesinin aksine özel teşebbüs hürriyetine idari işlemlerle (söz gelimi Cumhurbaşkanının işlemleriyle bazı özel teşebbüslere daha az yahut daha fazla vergi istisnası tanınmak suretiyle; bazılarının daha az bazılarının daha fazla vergi tahsil edilerek) müdahale edilmesinin önünü açacak ve haklı neden olmaksızın özel teşebbüsler arasında ayrımcı uygulamalara neden olacaktır.

Bu nedenle anılan madde, Anayasa'nın 10, 13 ve 48. maddelerine aykırıdır.

v)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 (başka bir deyişle sayılı istisnaların süresinin uzatılması ile uygulama alanının genişletilmesi ve Cumhurbaşkanının yetkilendirilmesi) suretiyle; Devletin mali kaynaklarının azalması sonucunu doğuracak iptali talep edilen madde, temel hak ve özgürlükler bakımından Devlete yüklenen yükümlülüğün gereği gibi yerine getirilememesi sonucunu doğuracağından; Anayasa'nın 2, 5 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 (başka bir deyişle sayılı istisnaların süresinin uzatılması ile uygulama alanının genişletilmesi ve Cumhurbaşkanının yetkilendirilmesi) sebebiyle mali kaynakların azaldığına yönelik bir mazereti ileri sürememelidir. Bu hüküm, Devletin, mali kaynaklarını sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek yerine getirme imkanını bilerek ve isteyerek ve ölçüsüz şekilde azaltmaması yükümlülüğünü de içerir. 65. 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 ulaşılması 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, iptali talep edilen maddenin kendinde yahut değişiklik yaptığı geçici madde hükmünde vergi istisnasına ilişkin bir üst sınır da öngörülmemiştir ve kanundaki bu eksiklik, kanunun lehine değil, aksine, onun tehdit ettiği anayasal ilkenin somut duruma uygulanması bakımından dikkate alınmak gerekir. Bir başka deyişle, üst sınırsız söz konusu vergi istisnasının (sayılı istisnaların süresinin uzatılmasının, uygulama alanının genişletilmesinin ve Cumhurbaşkanının yetkilendirilmesinin) Hazine üzerinde oluşturacağı yükün öngörülemezliğinin, Anayasa'nın 2, 5 ve 65. 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 madde, Anayasa'nın 2, 5 ve 65. maddelerine de aykırıdır.

vi)Eşitlik ilkesi ve mülkiyet hakkı bakımından: İptali talep edilen maddeyle anılan geçici maddede değiştirilen ibareler ve eklenen fıkra, 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 tanımlanmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve 1988/ 34 E., 1989/26 K. sayılı Kararı).

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

Ancak haklı neden olmaksızın (30.06.2024 tarihine kadar) bilançolarında –Türk lirası değil- yabancı para / altın hesabı bulunan kurumlar vergisi mükellefleri (ile bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükellefleri) (ve 30.06.2024 tarihine kadar vade sonunda hesap yenileyenler) vergiden istisna tutulurken; aynı konumda bulunmalarına rağmen kanun koyucu tarafından bilançolarında Türk lirası bulunan kurumlar vergisi mükellefleri (ile bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükellefleri) bakımından bu türden bir tedbir alınmamıştır. Bilançolarında yabancı para /altın hesabı bulunan ve bulunmayan kurumlar vergisi mükellefleri (ve 30.06.2024 tarihine kadar vade sonunda hesap yenileyen ve yenilemeyen), vergi istisnası şeklinde tezahür eden böyle bir ekonomik avantajdan faydalanabilecek olmak bakımından aynı durumdadırlar. Bu iki kategori arasında vergi istisnası şeklinde somutlaşan ekonomik bir avantaja sahip olmak bakımından yapılan muamele farklılığını meşrulaştıran (nihayetinde mülkiyet hakkına müdahale edilmesi sonucunu doğuran) haklı bir sebep bulunmamaktadır. Bu nedenle iptali talep edilen madde, Anayasa'nın 10 ve 35. maddelerine aykırıdır.

vii)Hukuk devleti, vergilerin kanuniliği ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin 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 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 (süresinin uzatılmasına ve uygulama alanının genişletilmesine) yönelik alt düzenleyici işlemler, asıl olarak Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından tesis edilecektir. İdarenin düzenleyici işlemlerinin normlar hiyerarşisinin ana halkası olarak hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerinin karşılanması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için ve vergilerin (istisnaların) kanuniliği ilkesi gereğince; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak iptali talep edilen madde, birçok muğlak ibareyi muhtevasında barındıran (ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci) fıkraların uygulama süresini uzatmakta; bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükellefleri bakımından uygulama alanını genişletmektedir. Nitekim iptali talep edilen maddenin değişiklik yaptığı ikinci ve dördüncü fıkraların lafzında yer alan (ve beşinci fıkroda yer alan “yenilenen hesaplar” ibaresinin kapsamında kalan) “yabancı paralar” ibaresinin hangi paraları (söz gelimi Kanada Doları, İsviçre Frangı, Japon Yeni, Çin 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 (istisnaların) kanuniliği, idarenin kanuniliği ilkesi gereğince asıl olan; ilgili yabancı paraların türünün kanun lafzında zikredilmesidir. Yine iptali talep edilen maddenin değişiklik yaptığı ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarda istisnadan yararlanmanın koşulu, “bu suretle elde edilen Türk lirası varlığı, en az üç ay vadeli Türk lirası mevduat ve katılma hesaplarında değerlendirme” şeklinde belirlenmiş iken; normlar hiyerarşisi teorisi, hukuki belirlilik ilkesi, yasama yetkisinin devredilmezliği, vergilerin (istisnaların) 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.) .

Tekraren belirtmek gerekir ki iptali talep edilen madde, birçok muğlak ibareyi muhtevasında barındıran (ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci) fıkraların uygulama süresini uzatmakta; bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükellefleri bakımından uygulama alanını genişletmektedir.

Söz gelimi yine mükelleflerin yurt dışındaki yabancı paralarını veya altın hesaplarını yurt içine aktardığında nasıl bir hesaplama yöntemi izleneceği; bilançodaki yabancı paranın veya altın hesabının kısmen dönüşümünün mümkün olup olmadığı, 30.06.2024 tarihine kadar vade sonunda yenilenen hesapların kapsamı net değildir. Bu nitelikteki hususların kanun

düzeyinde açık ve net bir şekilde düzenlenmemesi ve idarenin uhdesine bırakılması, istisnadan faydalanmak isteyen kurumlar vergisi mükelleflerinin (ve bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükelleflerinin) (ve 30.06.2024 tarihine kadar vade sonunda hesap yenileyenlerin) hukuki öngörülebilirliklerinin ortadan kaldırılmasına, keyfi uygulamalara neden olacaktır. Bu belirsizlik ise, söz konusu geçici maddenin lafzında zikredilen ratio legis'in gerçekleşmemesine ve iptali talep edilen maddenin gerekçesinin temelsiz kalmasına neden olacaktır; kur artışları karşısında yabancı paralarını veya altın hesaplarını Türk lirasına çeviren özel teşebbüslerin işletme risklerinin bertaraf edilmesine imkan vermeyecektir, Hazine üzerinde aşırı büyüklükte bir yük bırakacaktır. Bir başka deyişle ihtilaflı kuralın yarattığı hukuki belirsizlik, hedeflediği kamu yararı amacının gerçekleşmesi bakımından da elverişsizliğe sebebiyet vermektedir. Öte yandan iptali talep edilen maddeyle anılan geçici maddenin dördüncü fıkrasının son cümlesi değiştirilmiştir. Bu kapsamda (tüm idari teşkilatın makamına bağlı bulunduğu ve yürütme ve devleti temsil yetkilerinin bir kişide birleştiği monist yapılı yürütme organının başı konumunda bulunan) Cumhurbaşkanına dördüncü fıkra da yer alan istisnayı 30.06.2024 tarihine kadar her bir geçici vergi veya yıllık hesap dönemleri sonu itibarıyla kurumların bilançolarında yer alan yabancı paralar için ayrı ayrı veya birlikte uygulatma yetkisi tanınması ve fakat Cumhurbaşkanının bu yetkiyi kullanırken kanuni, nesnel, somut, açık, anlaşılabilir bir ölçütle kayıtlanmaması; kurumlar vergisi mükellefleri (ve bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükellefleri) bakımından belirsiz ve keyfi uygulamalara neden olacaktır. Başka bir anlatımla Cumhurbaşkanı, bu istisnayı ayrı ayrı veya birlikte uygulatmaya yönelik işlemi tesis ederken kanuni düzeyde, objektif kriterlerle kayıtlanmamıştır; istisnanın uygulama yöntemi, (kanunilik ilkesine aykırı şekilde) Cumhurbaşkanınca belirlenecektir.

Bununla birlikte kanun koyucu, iptali talep edilen maddeyle anılan geçici maddeye dokuzuncu fıkra eklemiştir. Ek dokuzuncu fıkraya göre Cumhurbaşkanı, bu maddede belirtilen 30.06.2024 tarihini, bitim tarihinden itibaren her defasında altı ayı geçmeyen süreler halinde üç defa uzatmaya, kazanç istisnasını sıfıra kadar indirmeye veya kanuni seviyesine kadar artırmaya, istisna oranını; hesap türü, hesapların vadesi ve hesap açılış tarihine göre ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye yetkilidir. Cumhurbaşkanı anılan geçici maddeye konu istisna süresini azami bir buçuk yıl daha uzatabilecektir. Ancak Cumhurbaşkanının bu uzatma yetkisini ne'ye göre kullanacağı belirsizdir; söz gelimi dolar kurunun fahiş düzeyde yükselmesi, Cumhurbaşkanını kayıtlayan bir ölçüt olarak öngörülmemiştir. Yine Cumhurbaşkanı, kazanç istisnasını sıfıra kadar indirmeye veya kanuni seviyesine kadar artırmaya, istisna oranını; hesap türü, hesapların vadesi ve hesap açılış tarihine göre ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye yetkili kılınmak suretiyle; takriben iki yıllık boyunca; TBMM, kur korumalı mevduat mekanizmasının işleyişinden, Hazine üzerinde büyük bir yük bırakılarak bütçeye verilen zarardan büsbütün habersiz bırakılacaktır. Cumhurbaşkanı, dördüncü fıkra da olduğu gibi dokuzuncu fıkra da "kazanç istisnasını sıfıra kadar indirme veya kanuni seviyesine kadar artırma, istisna oranını; hesap türü, hesapların vadesi ve hesap açılış tarihine göre ayrı ayrı veya birlikte belirleme" hususunda kanuni düzeyde, objektif kriterlerle kayıtlanmamıştır.

Öte yandan Cumhurbaşkanının, Bakanlığın veya TCMB'nin yapacağı düzenlemeleri, tek başına, herhangi bir öngörülebilirlik zemini bulunmadan ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; söz konusu özel teşebbüsler (ile bilanço esasına göre defter tutan gelir vergisi mükellefleri) bakımından hukuki ve iktisadi öngörülebilirliğe halel getirmektedir. Dahası idarenin düzenleyici işlemleriyle istisnanın kapsamının genişletilmesi veya daraltılması, uygulama yönteminin belirlenmesi, süresinin uzatılması, alt-üst oran haddinin saptanıp münferiden hesap türleri vb. bakımından belirlenmesi; vergilerin (istisnanın) kanuniliği ilkesinin aksine; şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarenin (Cumhurbaşkanının, Bakanlığın

veya TCMB'nin) (düzenleyici) işlemlerine, maddi anlamda vergiye (istisnaya) ilişkin kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen madde, Anayasa'nın 2, 73 ve 123. maddelerine aykırıdır.

viii) 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 idareye (Bakanlığa, TCMB'ye, Cumhurbaşkanına) tanınan yetkinin süresinin uzatılması ve kapsamının genişletilmesi, geniş bir yelpazeye yayılmakla birlikte, kendilerine aykırılık oluşturduğu kurallar ve hak-özgürlükler çerçevesini aşmaktadır. Diğer bir deyişle idareye (Bakanlığa, TCMB'ye, Cumhurbaşkanına) tanınan yetkinin süresinin uzatılması ve kapsamının genişletilmesi, ilgili hak ve özgürlüklerin “Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılması” sonucunu doğurduğundan; bunun yaptırımı (Anayasa'nın 14. maddesinin üçüncü fıkrası mucibince), iptali istenen kuralın AYM tarafından iptalidir. Kanun koyucu, idareye (Bakanlığa, TCMB'ye, Cumhurbaşkanına) tanıdığı çok geniş yetkilerin süresini uzatmak ve kapsamını genişletmek suretiyle; idare tarafından anılan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesine veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasına imkan verdiğinden; ihtilafli kural, Anayasa'nın 14. maddesine aykırı olup iptali gerekir.

ix)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). Yukarıda ayrıntılı şekilde gösterildiği üzere; iptali talep edilen maddeyle muhtevasında muğlaklık barındıran fıkraların uygulama süresinin uzatılması suretiyle; idareye (Bakanlığa, TCMB'ye) vergi istisnasının kapsamını belirleme ve Cumhurbaşkanına dördüncü fıkra da öngörülen istisnayı “30.06.2024 tarihine kadar her bir geçici vergi veya yıllık hesap dönemleri sonu itibarıyla kurumların bilançolarında yer alan

yabancı paralar için ayrı ayrı veya birlikte uygulatma” yetkisi veren ve ek dokuzuncu fıkrayla Cumhurbaşkanına “bu maddede belirtilen 30.06.2024 tarihini, bitim tarihinden itibaren her defasında altı ayı geçmeyen süreler halinde üç defa uzatma, kazanç istisnasını sıfıra kadar indirme veya kanuni seviyesine kadar artırma, istisna oranını; hesap türü, hesapların vadesi ve hesap açılış tarihine göre ayrı ayrı veya birlikte belirleme” yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa’nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

x)Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırılık: Anayasa’nın 104. maddesinde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sayılmıştır. Bu görev ve yetkiler arasında “bu istisnayı 30.06.2024 tarihine kadar her bir geçici vergi veya yıllık he-sap dönemleri sonu itibarıyla kurumların bilançolarında yer alan yabancı paralar için ayrı ayrı veya birlikte uygulatma” görev ve yetkisi sayılmadığı gibi; anılan geçici 14. maddenin dördüncü fıkrasının son cümlesinde yer alan (söz konusu beşinci ve yedinci fıkralara, kapsamının belirlenmesi bakımından, sirayet edecek) düzenlemeleri yapmayı dayandırabileceği (Anayasa’nın 104. maddesinde) genel ve kapsayıcı mahiyette bir hüküm de bulunmamaktadır.

Benzer biçimde Anayasa’nın 104. maddesindeki görev ve yetkiler arasında “bu maddede belirtilen 30.06.2024 tarihini, bitim tarihinden itibaren her defasında altı ayı geçmeyen süreler halinde üç defa uzatma, kazanç istisnasını sıfıra kadar indirme veya ka-nuni seviyesine kadar artırma, istisna oranını; hesap türü, hesapların vadesi ve hesap açılış tarihine göre ayrı ayrı veya birlikte belirleme” görev ve yetkisi sayılmadığı gibi; anılan ek dokuzuncu fıkraya konu 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 düzenlene-mez.” şeklindeki ikinci cümlesi uyarınca; iptali talep edilen maddenin değişiklik yaptığı (Cumhurbaşkanının yetkilendirildiği dördüncü fıkranın son cümlesi dahil) tüm fıkralar-da yer alan vergi istisnası ile iptali talep edilen maddeyle eklenen ve vergi istisnasının süresine ve usulüne ilişkin hususları belirleme yetkisini Cumhurbaşkanına tevdi eden dokuzuncu fıkranın; açıklandığı üzere mülkiyet hakkı ile teşebbüs hürriyetinin uygu-lanma alanlarına ilişkin olduğu gözetildiğinde; açıkça öngörölmüş konu bakımından yetkisizlik hali sebebiyle, Cumhurbaşkanı tarafından bu hususlarda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi de çıkarılamaz. Bu nedenlerle iptali talep edilen madde, Anayasa’nın Baş-langıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırıdır.

xi)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 madde, 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 7491 sayılı Kanun'un 63. maddesi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 14, 35, 48, 65, 73, 87, 90, 104, 123 ve 167. maddelerine aykırıdır; anılan maddenin iptali gerekir.

13) 27.12.2023 tarihli ve 7491 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 69. maddesiyle 01.12.2011 tarihli ve 6253 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Kanunu'nun 29. maddesinin on ikinci fıkrasının değiştirilen (c) bendinin (2) numaralı alt bendinde yer alan "idari uzman" ibaresinin; 77. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek 35. maddesinin dokuzuncu fıkrasının (c) bendinin değiştirilen (2) numaralı alt bendinde yer alan "idari uzman" ibaresinin; 78. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek 37. maddesinin dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen ikinci fıkra da yer alan "idari uzman" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

-7491 sayılı Kanun'un 69. maddesiyle 6253 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Kanunu'nun "Atama esasları" kenar başlıklı 29. maddesinde birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda on ikinci fıkrasının (c) bendi değişmiştir. Değişik (c) bendinin (2) numaralı alt bendine göre Başkan Yardımcısı olarak görev yapanlar görevden alındıklarında, (1) numaralı alt bent kapsamında (daha önce İdari Teşkilatta mesleğe özel yarışma sınavı ile giren ve belirli süreli meslek içi eğitimden sonra özel bir yeterlik sınavı sonucunda atanmış olanlar ile iç denetçi ve hukuk müşaviri unvanlı kadrolarda bulunanlar, daha önceki bulundukları anılan kadrolarına) yer almayanlar, Başkan Yardımcısı kadrosunda kesintisiz en az iki yıl görev yapmış olmaları halinde idari uzman kadrolarına atanacaktır. Ancak on ikinci fıkrasının değiştirilen (c) bendinin (2) numaralı alt bendinde yer alan "idari uzman" ibaresi, Anayasa'ya aykırıdır.

-7491 sayılı Kanun'un 77. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin üst kademe kamu yöneticilerinin özlük haklarını düzenleyen ek 35. maddesinin dokuzuncu fıkrasının (c) bendinin (2) numaralı alt bendi değiştirilmiştir. Değişik alt bende göre kamu görevlileri arasında üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine atananlardan (a) ve (b) bentleri [a) Ek göstergesi bakanlık genel müdürü dengi ve daha yüksek tespit edilen üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerinden alınanlar veya görevleri sona erenler b) İl valilerinden veya il valiliği yapmış olanlardan görevden alınanlar) görevlerinden alınanlar veya görevleri sona erenler] dışında kalanlardan (1) numaralı alt bent (daha önce 657 sayılı Kanunun 36 ncı maddesinin "Ortak Hükümler" bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendinde sayılan merkez teşkilatına ait kadrolar ile mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri ve yeterlikleri aynı veya benzer nitelik arz eden merkez teşkilatına ait kadro veya pozisyonlarda bulunanlar daha önceki bu kadro veya pozisyonlarına) kapsamında yer almayanlar, bu bent kapsamındaki kadro, pozisyon ve görevlerde toplam en az üç yıl görev yapmış olmaları halinde görevden alındığı veya görevinin sona erdiği kuruma ait idari uzman unvanlı kadro veya pozisyonlara, Cumhurbaşkanınca veya bakanlarca ya da atamaya yetkili amirlerce atanacaklardır. Ancak ek 35. maddesinin dokuzuncu fıkrasının (c) bendinin değiştirilen (2) numaralı alt bendinde yer alan "idari uzman" ibaresi, Anayasa'ya aykırıdır.

-7491 sayılı Kanun'un 78. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek 37. maddesinin dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere birkaç fıkra eklenmiştir Bu kapsamda dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen ikinci fıkra ya göre mülga ek 18. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (2) numaralı alt bendi ile dördüncü fıkra kapsamına girenler (Sosyal Güvenlik İl Müdürü ile Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürü kadrosunda bulunanlardan görevden alınan veya görevleri sona erenler hakkında da mülga ek 18. maddenin (c) bendi ve

bu bende bağılı hükümleri uygulanır.) hakkında anılan alt bent hükümleri, bunların kurumların idari uzman unvanlı kadro veya pozisyonlarına atanması suretiyle uygulanacaktır. Ancak dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen ikinci fıkrada yer alan “idari uzman” ibaresi, Anayasa’ya aykırıdır.

Hülasa 69. maddeye göre anılan (2) numaralı alt bende konu kamu görevlileri, idari uzman kadrolarına atanacaktır.

Hülasa 77. maddeye göre anılan (2) numaralı alt bende konu kamu görevlileri, idari uzman unvanlı kadro veya pozisyonlara, Cumhurbaşkanınca veya bakanlarca ya da atamaya yetkili amirlerce atanacaklardır.

Hülasa 78. maddeye göre dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen ikinci fıkraya konu kamu görevlileri hakkında anılan alt bent hükümleri, bunların kurumların idari uzman unvanlı kadro veya pozisyonlarına atanması suretiyle uygulanacaktır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki Türk Kamu personel rejiminde idari uzman olabilmek için yeterlilik sınavında başarılı olunması, belirli dil puanı, uzmanlık tezinin kabul edilmesi gibi; o kamu görevini ifa etmeye yetisini gösterir birtakım şartların sağlanması gerekmektedir. Söz gelimi 657 sayılı Devlet memurları Kanunu’nun “Uzman istihdamı” kenar başlıklı ek 41. maddesi aşağıdaki şekildedir:

“Uzman istihdamı(2)

Ek Madde 41- (Ek: 11/10/2011 – KHK-666/3 md.)

(Değişik fıkra: 2/7/2018 - KHK-703/174 md.) Bakanlıklar ile diğer kamu kurum ve kuruluşları-nın teşkilatlanmalarına ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde öngörülmesi kaydıyla kurumun gö-rev alanına giren konularda çalıştırılmak üzere merkez teşkilatlarında, Yükseköğretim Kurulu Başkanlı-ğında, Yükseköğretim Kalite Kurulunda, Genelkurmay Başkanlığı ve kuvvet komutanlıklarının merkez karargâhlarında uzman ve uzman yardımcısı istihdam edilebilir.(3)

Uzman yardımcılığına atanabilmek için; 48 inci maddede sayılan şartlara ek olarak, yapılacak yarışma sınavında başarılı olma ve (...) (1) en az dört yıllık lisans eğitimi veren hukuk, siyasal bilgiler, ikti-sat, işletme, iktisadi ve idari bilimler fakültelerinden veya bu bakanlıklar ve kurumlarca yürütülen ku-rumsal hizmet gerekleri çerçevesinde en az dört yıllık lisans eğitimi veren ve yönetmelikle belirlenen yük-seköğretim kurumlarından ya da bunlara denkliği Yükseköğretim Kurulu tarafından kabul edilen yurti-çindeki veya yurtdışındaki öğretim kurumlarından mezun olma şartı aranır.(1)

Uzman yardımcıları mesleğe özel yarışma sınavı ile alınır. Uzman yardımcılığı giriş sınavı merke-zi sınav sonuçlarına göre; yazılı ve sözlü sınav veya yalnızca sözlü sınavdan oluşur. Öğrenim dalları itiba-rıyla belirlenecek uzman yardımcılığı kadrolarına giriş sınavı için, eleme sınavı sonucunda aranacak puan türleri, taban puanları ve sınavda alınan başarı derecelerine göre çağrılacak aday sayısı tespit edi-lerek, giriş sınavı duyurusuyla ilan edilir. Ancak, giriş sınavına çağrılacak aday sayısı, atama yapılacak kadro sayısının yirmi katından, yalnızca sözlü sınav yapılması hâlinde sözlü sınava çağrılacak aday sayı-sı giriş sınavı duyurusunda belirtilen kadronun dört katından fazla olamaz. Yazılı sınav, kurumun görev alanına göre yönetmelikle belirlenen konulardan yapılır. Yazılı sınav sonucunda yetmiş

puandan az ol-mamak üzere, en yüksek puandan başlanarak giriş sınavı duyurusunda belirtilen kadronun dört katına kadar aday sözlü sınava çağrılır. Sözlü sınav, adayların;

- a) Sınav konularına ilişkin bilgi düzeyi,
- b) Bir konuyu kavrayıp özetleme, ifade yeteneği ve muhakeme gücü,
- c) Liyakati, temsil kabiliyeti, davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğu,
- d) Özgüveni, ikna kabiliyeti ve inandırıcılığı,
- e) Genel yetenek ve genel kültürü,
- f) Bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığı,

yönlerinden değerlendirilerek, ayrı ayrı puan verilmek suretiyle gerçekleştirilir.

Adaylar, komisyon tarafından üçüncü fıkranın (a) bendi için elli puan, (b) ila (f) bentlerinde ya-zılı özelliklerin her biri için onar puan üzerinden değerlendirilir ve verilen puanlar ayrı ayrı tutanağa ge-çirilir. Bunun dışında sözlü sınav ile ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmaz. Sınav komisyonu, kurum içinden veya dışından yönetmelikle belirlenen kişilerden oluşur. Sözlü sınavda başarılı sayılmak için, ko-misyon başkan ve üyelerinin yüz tam puan üzerinden verdikleri puanların aritmetik ortalamasının en az yetmiş olması şarttır. Başarı puanı en yüksek olan adaydan başlanmak suretiyle giriş sınavı duyurusunda belirtilen uzman yardımcısı kadro sayısı kadar asıl adayın isimleri ilan edilir. Yapılan sınavlarda başarılı olmak şartıyla, giriş sınavı duyurusunda belirtilen uzman yardımcısı kadro sayısının yarısını geçmemek üzere komisyon tarafından belirlenen sayıda yedek adayın isimlerini kapsayan bir liste belirlenerek ilan edilir.

Uzman yardımcılığına atananlar, en az üç yıl çalışmak ve istihdam edildikleri birimlerce belirle-necek konularda hazırlayacakları uzmanlık tezi, oluşturulacak tez jürisi tarafından kabul edilmek kay-dıyla, yapılacak yeterlik sınavına girmeye hak kazanırlar. Süresi içinde tezlerini sunmayan veya tezleri kabul edilmeyenlere tezlerini sunmaları veya yeni bir tez hazırlamaları için altı ayı aşmamak üzere ilave süre verilir. Yeterlik sınavında başarılı olanların uzman kadrolarına atanabilmeleri, Kamu Personeli Ya-bancı Dil Bilgisi Seviye Tespit Sınavından asgari (C), Dışışleri Uzmanlığı için asgari (B) düzeyinde veya dil yeterliği bakımından bunlara denkliği kabul edilen ve uluslararası geçerliliği bulunan başka bir belgeye yeterlik sınavından itibaren en geç iki yıl içinde sahip olma şartına bağlıdır. Sınavda başarılı olamayan-lar veya sınava girmeye hak kazandığı hâlde geçerli mazereti olmaksızın sınav hakkını kullanmayanlara, bir yıl içinde ikinci kez sınav hakkı verilir. Verilen ilave süre içinde tezlerini sunmayan veya ikinci defa hazırladıkları tezleri de kabul edilmeyenler, ikinci sınavda da başarı gösteremeyen veya sınav hakkını kullanmayanlar ile süresi içinde yabancı dil yeterliliği şartını yerine getirmeyenler, uzman yardımcısı un-vanını kaybederler ve kurumlarında durumlarına uygun memur unvanlı kadrolara atanırlar.

Uzman ve uzman yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazır-lama ve yeterlik sınavı ile uzman ve uzman yardımcılarıyla ilgili diğer hususlar, Devlet Personel Başkan-lığının görüşü alınarak kurumlarınca hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir.

İkinci, üçüncü, dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralarda yer alan hükümler, 36 ncı maddenin “Ortak Hükümler” bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendinde belirtilen uzman ve uzman yardımcılarının merkez teşkilatına ait kadrolarda bulunanlar, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı yasama uzman ve yasama uzman yardımcılarını ile 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun eki (III) sayılı Cetvelde yer alan düzenleyici ve denetleyici kurumların uzman ve uzman yardımcılarını hakkında da uygulanır.(1)(2)

(Değişik fıkra: 2/7/2018 - KHK-703/174 md.) Bu madde kapsamında istihdam edilen uzman ve uzman yardımcılarını bakanlıkların merkez teşkilatı kadrolarında bulunan uzman ve uzman yardımcılarını için mevzuatında öngörülmüş olan mali ve sosyal hak ve yardımlar ile 36 ncı maddenin “Ortak Hükümler” bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendi hükmünden aynı usul ve esaslar çerçevesinde yararlanırlar.

(Ek fıkra: 2/7/2018 - KHK-703/174 md.) Bu madde kapsamında istihdam edilen uzman ve uzman yardımcılarınına teşkilatlanmaya ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde öngörülmesi kaydıyla diğer görevlerinin yanı sıra yönetmelikle belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde araştırma, analiz, teftiş, denetim, inceleme ve soruşturma yaptırılabilir. Denetime tabi gerçek ve tüzel kişiler, denetim için gereken gizli dahi olsa bütün belge, defter ve bilgileri talep edildiği takdirde ibraz etmek, para ve para hük-mündeki evrakı ve ayniyatı ilk talep halinde denetimle görevli uzman ve uzman yardımcılarınına göster-mek, sayılmasına ve incelemesine yardımcı olmak zorundadır. Araştırma, inceleme, analiz, teftiş, denetim, inceleme ve soruşturma ile görevli uzman ve uzman yardımcılarını, görevleri sırasında tüm resmi daire, kurum, kuruluş ve kamuya yararlı derneklerle, gerçek ve tüzel kişilerden gerekli yardım, bilgi, evrak, kayıt ve belgeleri istemeye yetkili olup, kanuni bir engel olmadıkça bu isteğin yerine getirilmesi zorunludur. Uzman ve uzman yardımcılarınına teftiş, denetim, inceleme ve soruşturma işlerine ilişkin görevlendirme-lerinde, 10/2/1954 tarihli ve 6245 sayılı Harcırah Kanununun 33 üncü maddesinin (b) fıkrası hükmü uygulanır. Bunların görevlendirme ve çalışmalarınına ilişkin usul ve esaslar Devlet Personel Başkanlığının görüşü alınarak çıkarılacak kurumsal yönetmelikle düzenlenir.”

Ancak kanun koyucu 7491 sayılı Kanun’un 69, 77 ve 78. maddelerine konu kimseler bakımından görevden alınmaları/sona ermeleri ve benzeri yoluyla görevden el çekenlerin idari uzman olarak atanmasını ve buna ilişkin fer’i hükümleri düzenlemektedir. Başka bir deyişle kanun koyucu tarafından belli kimselerin görevden el çektilirse dahi özlük haklarının muhafaza edilmesini teminen; (idari uzman niteliklerini taşımamalarına rağmen); bir türden “idari uzman” başlığı altında arpalık oluşturulmaktadır.

7491 sayılı Kanun’un 69, 77 ve 78. maddeleri, bazı kamu görevlilerinin idari uzman olarak atanmasını ve buna ilişkin usul ve esasları benzer biçimde düzenlediğinden; usul ekonomisi gereğince; bu dava konularının Anayasa’ya aykırılık gerekçeleri, aynı başlık altında temellendirilecektir.

i) Kamu görevlilerinin özlük hakları bağlamında kanunilik ilkesi bakımından: Anayasa’nın 128. maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerekir (Anayasa Mahkemesi’nin 22.11.2012 tarihli ve 2011/107 E.; 2012/184 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi’nin sıkça vurguladığı gibi kanunilik ölçütünün sağlandığından söz edilebilmesi için kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kurallar keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olmalıdır. Esasen kanunun bu

niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa'nın 128. maddesinde yer verilen kanunilik ölçütü, Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır (aynı yöndeki değerlendirme için bkz. AYM, E.2018/88, K.2020/24, 11/6/2020 §§ 13, 14) (Anayasa Mahkemesi'nin, 22.10.2020 tarihli ve 2020/1 E.; 2020/563 K. sayılı Kararı, § 41).

Başka bir anlatımla kamu görevlilerinin özlük hakları bağlamında kanunilik ilkesinin hem şekli hem de maddi yönü bulunmaktadır. Kanun koyucu, yukarıda detaylı biçimde açıklandığı üzere anılan 69, 77 ve 78. maddelere konu personelin idari uzman olarak atanmasına ilişkin usul ve esasları kanun düzeyinde formüle ettiğinden ve idareye keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi tanımadığından; şekli anlamda kanunilik ilkesinin gereklerini karşılamıştır. Ancak anılan 69, 77 ve 78. maddelere konu personelin idari uzman olarak atanabilmesine ve buna ilişkin usul ve esaslara ilişkin hükümler, maddi anlamda kanunilik ilkesinin gereklerini karşılamamaktadır. Zira maddi anlamda kanunilik ilkesinin gereklerinin karşılanması için; Anayasa'nın diğer maddeleriyle güvence altına alınan hakların ihlal edilmemesi lazım gelmektedir. Aşağıda ayrıntılı biçimde açıklandığı üzere kanun koyucu, Anayasa'nın idari uzman olarak atanmaya ve buna ilişkin usul ve esaslara ilişkin genel çerçeveyi çizen diğer hükümlerini (Anayasa'nın 2, 5, 10, 49, 70, 90. maddelerini) ihlal etmek suretiyle; 128. maddedeki amir kurala da aykırı davranmıştır.

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

Anayasa'nın 128. maddesinde temelini bulan ve hukuk devletinin ana halkasını oluşturan (şekli ve bilhassa maddi anlamda) kanunilik ilkesi ışığında, Anayasa'nın 70. maddesi ele alındığında görüleceği üzere; kamu hizmetine girme hakkının temel bir hak olarak etkililiği, maddenin "Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayrım gözetilemez" şeklindeki ikinci fıkrasında yer alan "görevin" (ve görevden el çektirme sonucunda yeni atanacak pozisyonun, unvanın, kadronun) ibaresinin; kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevin, kanun düzeyinde liyakat esasının icaplarını karşılayacak ve keyfiliğe yol açmayacak biçimde açıklanmasını gerektirir.

Başka bir anlatımla personelin o görevi ifa edebilme yetisi ölçülüp; akabinde o göreve getirilmesiyle liyakat ilkesinin gerekleri karşılanacaktır. Bu ölçümün nasıl yapılacağı elbette kanun koyucunun takdirindedir ancak kanun koyucu, bu yetkisini hukuka uygun biçimde kullanmalıdır. Aksi bir tutum, Anayasa'nın 70. maddesindeki hakkı etkisiz ve göstermelik hale getirecektir.

Buna ilave olarak bir kimse, istihdam edildiği kadro, pozisyon ya da unvandan başka bir kadro, pozisyon ya da unvana atandıktan sonra; bu yeni kadro, pozisyon ya da unvanı sıfatıyla ifa ettiği görevinden el çektirildiği takdirde; eski kadro, pozisyon ya da unvanına geri gelmesi, hukukun iç mantığı gereğidir. Elbette bu mantıksal argüman, ilgili kimsenin yetilerinin başka bir kadro, pozisyon ya da unvanı karşıladığı hallerde geçerli değildir. Diğer bir deyişle yeni atandığı pozisyon, kadro yahut unvan sıfatıyla görevden el çektirilen kimse, eğer geri gelecekse eski kadro, pozisyon ya da unvanına atanmalıdır. Ancak ilgili kimse yeterliliğe sahipse; başka bir kadro, pozisyon yahut unvana atanabilir. Eldeki dava konuları yönünden yeni atandıkları pozisyon, kadro yahut unvan sıfatıyla görevden el çektirilen kimselerin atanacakları statü: idari uzmanlıktır. İdari uzman olabilmek için ise; kişinin yukarıda açıklandığı üzere sayılı yeterliliklere sahip olması gerekmektedir.

Ancak kanun koyucu tarafından, yukarıda açıklandığı üzere;

-7491 sayılı Kanun'un 69. maddesiyle 6253 sayılı Kanun'un "Atama esasları" kenar başlıklı 29. maddesinde birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda on ikinci fıkrasının (c) bendi değişmiştir. Değişik (c) bendinin (2) numaralı alt bendine göre Başkan Yardımcısı olarak görev yapanlar görevden alındıklarında, (1) numaralı alt bent kapsamında (daha önce İdari Teşkilatta mesleğe özel yarışma sınavı ile giren ve belirli süreli meslek içi eğitimden sonra özel bir yeterlik sınavı sonucunda atanmış olanlar ile iç denetçi ve hukuk müşaviri unvanlı kadrolarda bulunanlar, daha önceki bulundukları anılan kadrolarına) yer almayanlar, Başkan Yardımcısı kadrosunda kesintisiz en az iki yıl görev yapmış olmaları halinde idari uzman kadrolarına atanacaktır. Ancak söz konusu kimselerin idari uzman kadrolarına atanmaya yeterli olup olmadıklarını kanun düzeyinde ölçülecek bir mekânza öngörülmemiştir; "Başkan Yardımcısı kadrosunda kesintisiz en az iki yıl görev yapmış olmaları" şartı idari uzman olmak için yukarıda bahsi geçen şartlarla (söz gelimi 657 sayılı Kanun'un ek 41. maddesinde öngörülen kanuni ölçütlerle) bağdaşmamaktadır.

-7491 sayılı Kanun'un 77. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin üst ek 35. maddesinin dokuzuncu fıkrasının (c) bendinin (2) numaralı alt bendi değiştirilmiştir. Değişik alt bende göre kamu görevlileri arasından üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine atanarlardan (a) ve (b) bentleri [a] Ek göstergesi bakanlık genel müdürü dengi ve daha yüksek tespit edilen üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerinden alınanlar veya görevleri sona erenler b) İl valilerinden veya il valiliği yapmış olanlardan görevden alınanlar) görevlerinden alınanlar veya görevleri sona erenler] dışında kalanlardan (1) numaralı alt bent (daha önce 657 sayılı Kanunun 36 ncı maddesinin "Ortak Hükümler" bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendinde sayılan merkez teşkilatına ait kadrolar ile mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri ve yeterlikleri aynı veya benzer nitelik arz eden merkez teşkilatına ait kadro veya pozisyonlarda bulunanlar daha önceki bu kadro veya pozisyonlarına) kapsamında yer almayanlar, bu bent kapsamındaki kadro, pozisyon ve görevlerde toplam en az üç yıl görev yapmış olmaları halinde görevden alındığı veya görevinin sona erdiği kuruma ait idari uzman unvanlı kadro veya pozisyonlara, Cumhurbaşkanınca veya bakanlarca ya da atamaya yetkili amirlerce atanacaklardır. Ancak söz konusu kimselerin idari uzman unvanlı kadro ve pozisyonlara atanmaya yeterli olup olmadıklarını kanun düzeyinde ölçülecek bir mekânza öngörülmemiştir; "bu bent kapsamındaki kadro, pozisyon ve görevlerde toplam en az üç yıl görev yapmış olmaları" şartı idari uzman olmak için yukarıda bahsi geçen şartlarla (söz gelimi 657 sayılı Kanun'un ek 41. maddesinde öngörülen kanuni ölçütlerle) bağdaşmamaktadır.

-7491 sayılı Kanun'un 78. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek 37. maddesinin dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere birkaç fıkra eklenmiştir. Bu kapsamda dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen ikinci fıkraya göre mülga ek 18. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (2) numaralı alt bendi ile dördüncü fıkra kapsamına girenler (Sosyal Güvenlik İl Müdürü ile Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürü kadrosunda bulunanlardan görevden alınan veya görevleri sona erenler hakkında da mülga ek 18. maddenin (c) bendi ve bu bende bağlı hükümleri uygulanır.) hakkında anılan alt bent hükümleri, bunların kurumların idari uzman unvanlı kadro veya pozisyonlarına atanması suretiyle uygulanacaktır. Ancak söz konusu kimselerin idari uzman unvanlı kadro ve pozisyonlara atanmaya yeterli olup olmadıklarını kanun düzeyinde ölçülecek bir mekanizma öngörülmemiştir.

Hülasa eldeki dava konuları kapsamında kalan personel; idari uzman olarak atanmaya yeterli olmasa dahi; liyakat ilkesinin aksine bu statüde istihdam edilecektir. Bu nedenle ihtilaflı ibareler, Anayasa'nın 70. maddesine aykırıdır.

iii)Eşitlik ilkesi bakımından: İptali talep edilen ibareler, eldeki dava konuları kapsamındaki kimseler ile idari uzman olarak atanmak isteyen kimseler arasında kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olduğundan; anılan ibareler, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır.

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).

Zira bir kimse idari uzman olarak atanmak istediğinde yukarıda bahsi geçen şartları (KPSS, ALES, YDS gibi sınavlarda başarılı olmak, istihdam edilmek istediği idari birimin kendi yapacağı yazılı ve sözlü sınavda başarılı olmak) taşımaları ve uzman yardımcısı olarak istihdam edildikten sonra belirli sürede görevde kalmasının akabinde, tez yazması neticesinde uzman olarak atanacaktır. Ancak eldeki dava konuları kapsamında kalan kimseler, bu türden şartları taşımaksızın; sırf belirli kadro, pozisyon ve unvanlarda nispeten kısa sürelerle istihdam edildikleri için idari uzman kadrolarına atanacaktır. Bu iki kategori arasında; kamu hizmetine giriş şartları arasında haklı neden olmaksızın ayırım yapılmaktadır; bu durum, kanun hükmü vasıtasıyla keyfî muamele farklılıklarına yol açmaktadır. İptali istenen ibarelerin eldeki dava konuları kapsamında kalan kimseler ile idari uzman olarak atanmak isteyen kimseler arasında muamele farklılığına yol açabileceği hasebiyle kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğunun tespiti için, ihtilaflı ibarelerin haklı gerekçeye dayanmayan muamele farklılığını yalnızca olası kıldığının tespiti yeterli addedilmek gerekir.

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

iv)Çalışma barışı bakımından: Anayasa'nın 2 ve 5. maddeleriyle Devlet için öngörülen “sosyal devlet” niteliğinin bir görünümü, Anayasa'nın 49. maddesiyle Devlete yüklenen çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğüdür. Anayasa Mahkemesi, “Anayasa'nın 49. maddesine göre, çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlete karşı ileri sürülecek bu hak, bireylere zorlama yetkisi ve yaptırımı vermemiştir. Devlet, olanakları ölçüsünde, yeterli örgütler kurarak iş bulmayı kolaylaştırıp sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Devletin herkese iş verme, herkesi işe yerleştirme zorunluluğu bulunmamaktadır. İşsizliği önlemek amacıyla yapacağı çalışmalarla Devlet, öncelikle kamu sektöründe iş vermek yolunu izleyecek, bu nedenle de yasal düzenlemeler yapacaktır.” şeklinde hüküm kurmak suretiyle; Anayasa'nın 49. maddesinin kapsama alanında özel sektörün yanı sıra kamu sektörünün de değerlendirileceğine işaret etmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 19.12.1989 tarihli ve 1989/14 ve 1989/49 sayılı Kararı). O halde Devlet, hem özel sektörde hem de kamu sektöründe çalışma barışını sağlamalıdır. Ancak maddi anlamda kanuna tekabül etmeyen iptali talep edilen ibareler; eldeki dava konuları kapsamında kalan kimselerin idari uzman olarak atandıkları kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen personel arasında çalışma barışının bozulmasına neden olacaktır. Zira tüm personel; bazı kimselerin liyakatsiz oldukları halde idari uzman olarak atandıklarının bilincinde olacaktır. Çalışma barışının bozulması; söz konusu kamu kurum ve kuruluşları bünyesinde istihdam edilen personelin çalışma motivasyonlarının düşmesine; ilgilerini başka alanlara yöneltmelerine; sorumluluklarını yeteri kadar yerine getirememelerine ve (teknik konularda esasen uzman olmayan ve fakat idari uzman kadrolarında istihdam edilen kimselerin uzmanlık gerektiren kamu görevini ifa edememeleri nedeniyle) kamu hizmetlerinin yürütülmesinin zafiyete uğramasına sebep olabilecektir. Bu nedenle iptali talep edilen ibareler, Anayasa'nın 2, 5 ve 49. maddelerine de aykırıdır.

v)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 ibareler, yukarıdaki başlıklarda aykırı olduğu gösterilen temel haklara ilişkin anayasal düzenlemelerin muadilleri olarak adil çalışma koşullarına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23.; (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nın 3 ve 22. maddeleri; ILO'nun 94 No'lu Çalışma Şartları (Kamu Sözleşmeleri) Sözleşmesi ile 151 No'lu Çalışma İlişkileri (Kamu Hizmeti) Sözleşmesi'ni ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7491 sayılı Kanun'un 69. maddesiyle 01.12.2011 tarihli ve 6253 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Kanunu'nun 29. maddesinin on ikinci fıkrasının değiştirilen (c) bendinin (2) numaralı alt bendinde yer alan “idari uzman” ibaresinin; 77. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek 35. maddesinin dokuzuncu fıkrasının (c) bendinin değiştirilen (2) numaralı alt bendinde yer alan “idari uzman” ibaresinin; 78. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek 37. maddesinin dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen ikinci fıkrada yer alan “idari uzman” ibaresi, Anayasa'nın 2, 5, 10, 49, 70, 90 ve 128. maddelerine aykırıdır; anılan ibarelerin iptali gerekir.

14) 27.12.2023 tarihli ve 7491 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 71. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı

7491 sayılı Kanun'un 71. maddesiyle 20.06.2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun “Yürürlük” kenar başlıklı 38. maddesinin birinci fıkrasının (a)

bendinin (1) numaralı alt bendinde yer alan “31/12/2023” ibaresi “31/12/2024” şeklinde değiştirilmiştir.

Değişiklik sonrasında anılan 38. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin (1) numaralı alt bendine göre 6331 sayılı Kanun’un “İş sağlığı ve güvenliği hizmetleri” kenar başlıklı 6 ve “İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin desteklenmesi” kenar başlıklı 7. maddeleri, 4857 sayılı İş Kanunu’nun mülga 81. maddesi kapsamında çalışanlar hariç kamu kurumları ile 50’den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için 31.12.2024 tarihinde yürürlüğe girecektir.

6331 sayılı Kanun’un 6 ve 7. maddeleri aşağıdaki şekildedir:

“İş sağlığı ve güvenliği hizmetleri

MADDE 6 – (1) Mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulmasına yönelik çalışmaları da kapsayacak, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunulması için işveren;

a) Çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve on ve daha fazla çalışanı olan çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde diğer sağlık personeli görevlendirir. Çalışanları arasında belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması hâlinde, bu hizmetin tamamını veya bir kısmını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak yerine getirebilir. Ancak belirlenen niteliklere ve gerekli belgeye sahip olması hâlinde, tehlike sınıfı ve çalışan sayısı dikkate alınarak, bu hizmetin yerine getirilmesini kendisi üstlenebilir. (Ek cümle: 10/9/2014-6552/16 md.) Belirlenen niteliklere ve gerekli belgeye sahip olmayan ancak 50’den az çalışanı bulunan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyeri işverenleri veya işveren vekili tarafından Bakanlıkça ilan edilen eğitimleri tamamlamak şartıyla işe giriş ve periyodik muayene-ler ve tetkikler hariç iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini yürütebilirler.[2][3]

b) Görevlendirdikleri kişi veya hizmet aldığı kurum ve kuruluşların görevlerini yerine getirmeleri amacıyla araç, gereç, mekân ve zaman gibi gerekli bütün ihtiyaçlarını karşılar.

c) İşyerinde sağlık ve güvenlik hizmetlerini yürütenler arasında iş birliği ve koordinasyonu sağ-lar.

ç) Görevlendirdikleri kişi veya hizmet aldığı kurum ve kuruluşlar tarafından iş sağlığı ve güven-liği ile ilgili mevzuata uygun olan ve yazılı olarak bildirilen tedbirleri yerine getirir.

d) Çalışanların sağlık ve güvenliğini etkilediği bilinen veya etkilemesi muhtemel konular hak-kında; görevlendirdikleri kişi veya hizmet aldığı kurum ve kuruluşları, başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanları ve bunların işverenlerini bilgilendirir.

(2) 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşla-rı; iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini, Sağlık Bakanlığına ait döner sermayeli kuruluşlardan doğrudan alabileceği gibi 4734 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde de alabilir.

(3) Tam süreli işyeri hekimi görevlendirilen işyerlerinde, diğer sağlık personeli görevlendirilmesi zorunlu değildir.

(4) (Ek: 10/9/2014-6552/16 md.) Birinci fıkranın (a) bendine göre yapılacak görevlendirme sü-resinin belirlenmesinde 5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu ile 4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu kapsamındaki öğrenci statüsünde olan çırak ve stajyerler, çalışan sa-yısının toplamına dâhil edilmez.

İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin desteklenmesi

MADDE 7 – (1) İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yerine getirilmesi için, Bakanlıkça aşağıdaki şartlarla destek sağlanabilir:

a) Kamu kurum ve kuruluşları hariç ondan az çalışanı bulunanlardan, çok tehlikeli ve tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri faydalanabilir. Ancak, Cumhurbaşkanı, ondan az çalışanı bulunanlardan az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinin de faydalanmasına karar verebilir.[4]

b) Giderler, iş kazası ve meslek hastalığı bakımından kısa vadeli sigorta kolları için toplanan primlerden kaynak aktarılacak suretiyle, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından finanse edilir.

c) Uygulamada, Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtları esas alınır.

ç) Bu Kanun ve diğer mevzuat gereğince yapılan kontrol ve denetimlerde; istihdam ettiği kişilerin sigortalılık bildiriminde bulunmadığı tespit edilen işverenlerden, tespit tarihine kadar yapılan öde-meler yasal faizi ile birlikte Sosyal Güvenlik Kurumunca tahsil edilir ve bu durumdaki işverenler, sağla-nan destekten üç yıl süreyle faydalanamaz.

d) Uygulamaya ilişkin olarak ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye, uygulamayı yönlendir-meye ve doğabilecek sorunları çözmeye Bakanlık yetkilidir.

(2) Aşağıdaki konular ile bunlara ilişkin usul ve esaslar, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alı-narak Bakanlıkça çıkarılan yönetmelikle belirlenir:

a) İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yerine getirilmesi için sağlanacak desteğin uygulanması.

b) Destek sağlanacak ondan az çalışanı bulunan işyerlerinin özellikleri göz önünde bulundurula-rak; Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ödenecek iş sağlığı ve güvenliği hizmet bedellerinin tespiti, des-tek olunacak kısmı ve ödenme şekli.

c) Destekten faydalanabilecek işyerlerinin taşınması gereken şartlar.

ç) İş sağlığı ve güvenliği hizmeti verecek kuruluşların özellikleri.

(3) Etkinlik ve sürekliliğin sağlanması amacıyla; Bakanlık tarafından Sağlık Bakanlığı, Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı ve ilgili meslek kuruluşlarıyla iş birliği yapılabilir.”

4857 sayılı Kanun’un (20.06.2012 tarihli ve 6331 sayılı Kanun’un 37. maddesiyle) mülga 81. maddesi ise aşağıdaki şekildedir:

“İşyeri hekimleri MADDE 81. – (Başlığıyla birlikte değişik madde:15/5/2008-5763/4 md.)

İşverenler, devamlı olarak en az elli işçi çalıştırdıkları işyerlerinde alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin belirlenmesi ve uygulanmasının izlenmesi, iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi, işçilerin ilk yardım ve acil tedavi ile koruyucu sağlık ve güvenlik hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla, işyerindeki işçi sayısı, işyerinin niteliği ve işin tehlike sınıf ve derecesine göre; a) İşyeri sağlık ve güvenlik birimi oluşturmakla, b) Bir veya birden fazla işyeri hekimi ile gereğinde diğer sağlık personelinin görevlendirmekle, c) Sanayiden sayılan işlerde iş güvenliği uzmanı olan bir veya birden fazla mühendis veya teknik elemanı görevlendirmekle, yükümlüdürler.

İşverenler, bu yükümlülüklerinin tamamını veya bir kısmını, bünyesinde çalıştırdığı ve bu maddeye dayanılarak çıkarılacak yönetmelikte belirtilen vasıflara sahip personel ile yerine getirebileceği gibi, işletme dışında kurulu ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak da yerine getirebilir. Bu şekilde hizmet alınması işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.

(Ek fıkra:23/7/2010-6009/49 md.) İşyeri sağlık ve güvenlik birimleri ile ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin nitelikleri, ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alınmasına ilişkin hususlar, bu birimlerde bulunması gereken araç, gereç ve teçhizat ile görevlendirilecek işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer sağlık personelinin nitelikleri, sayısı, işe alınmaları, görev, yetki ve sorumlulukları, çalışma şartları, görevlerini nasıl yürütecekleri, eğitimleri ve belgelendirilmeleri ile eğitim kurumlarının yetkilendirilmeleri, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı eğitim programlarının ve bu programlarda görev alacak eğiticilerin niteliklerinin belirlenmesi ve belgelendirilmeleri ile eğitimlerin sonunda yapılacak sınavlar ilgili tarafların görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

(Ek fıkra:23/7/2010-6009/49 md.) İşyeri hekimlerinin, işyeri sağlık ve güvenlik birimleri ile ortak sağlık ve güvenlik birimlerinde görevlendirilmeleri ve hizmet verilen işyerlerinde çalışan işçilerle sınırlı olmak üzere görevlerini yerine getirmeleri hususunda diğer kanunların kısıtlayıcı hükümleri uygulanmaz.

(Mülga fıkra:23/7/2010-6009/49 md.)

Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşlarında ilgili mevzuatına göre çalıştırılmakta olan hekimlere, üçüncü fıkroda öngörülen eğitimler aldırılmak suretiyle ve aslî görevleri kapsamında, çalışmakta oldukları kurum ve kuruluşların asıl işveren olarak çalıştırdıkları işçilerin işyeri hekimliği hizmetleri gördürülür. Bu kurum ve kuruluşların diğer personel için oluşturulmuş olan sağlık birimleri, işyeri sağlık ve güvenlik birimi olarak da kullanılabilir.”

Ezcümle 6331 sayılı Kanun’un iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri ile bunların desteklenmesini düzenleyen 6 ve 7. maddelerinin yürürlük tarihi, 4857 sayılı Kanun’un mülga 81. maddesi kapsamında çalışanlar hariç kamu kurumları ile 50’den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için; 31.12.2023 tarihinden 31.12.2024 tarihine uzatılmıştır. Bu durum, Anayasa’ya aykırıdır.

Açıklamalara geçmeden önce belirtmek gerekir ki; kanun koyucu, söz konusu yürürlük tarihini ilk kez 12.07.2013 tarihli ve 6495 sayılı Kanun’un 56. maddesiyle 01.07.2016 olarak belirlemiş; çeşitli kanunlarla bu tarihi ertelemiştir. Söz gelimi 03.07.2020 tarihli ve 7252 sayılı Kanun’un 10. maddesiyle; 01.07.2020 tarihi, 31.12.2023 tarihine uzatılmıştır. Hülasa iptali talep edilen maddeyle 6331 sayılı Kanun’un iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri ile bunların

desteklenmesini düzenleyenleyen hükümleri, anılan mülga 81. madde kapsamında çalışanlar hariç kamu kurumları ile 50'den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için 01.07.2016 ila 31.12.2024 tarihleri arasında uygulanmamıştır ve uygulanmayacaktır.

i)Anayasa'nın Başlangıç bölümü, sosyal devlet ilkesi, Devletin temel amaç ve görevleri, yaşama hakkı, çalışma hakkı, sağlık hakkı ve sosyal güvenlik hakkı bakımından;

Anayasa'nın Başlangıç bölümünde "Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu" vurgulanmış, 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti, sosyal devlet olarak nitelendirilmiş, 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri arasında "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak" ile "insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" sayılmış; 17. maddesinde ise herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu güvence altına alınmıştır. Yine Anayasa'nın 49. maddesinde çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğu hüküm altına alınmış ve Devlete, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ... korumak, çalışmayı desteklemek, ... için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü yüklenmiştir. Anayasa'nın 56. maddesinde herkesin sağlık hakkına sahip olduğu teminat altına alınmıştır. Anayasa'nın 60. maddesinde ise herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu garanti edilmiş ve Devletin, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alacağı ve teşkilatı kuracağı kurala bağlanmıştır. Anayasa'nın birlikte ele alınması gereken Başlangıç bölümü, 2, 5, 17, 49, 56 ve 60. maddeleri, uygulamada iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri ile bunların desteklenmesiyle somutlaşmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu doğrultuda değerlendirmelerde bulunmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 15.05.2019 tarihli ve 2017/156 E.; 2019/37 K. Sayılı Kararı):

"72. Anayasa'nın 5. maddesinde kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak üzere siyasal, ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılması devletin temel görevleri arasında sayılmıştır. Sosyal devlet sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Eko-nomik ve malî politikalar, çalışma hayatını etkileyen düzenlemeler, sosyal devletin gerçekleşmesini sağ-layan araçlardır.

73. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında "Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" denilerek kişinin yaşam ve vücut dokunulmazlığı güvence altına alınmıştır. İnsanın çalışma hayatında bazı risklerle karşı karşıya kalması veya çeşitli nedenlerle zarar görmesi ihtimal dâhilinde olup kişinin bu risklerden korunmayı istemesi de kişinin "yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı" kapsamında kalmaktadır.

74. Anayasa'nın 49. maddesinde çalışmanın, herkesin hakkı ve ödevi olduğu belirtilmiş; devlete çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek, çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek ve işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli tedbirleri alma öde-vi verilmiştir.

...

77. Yaşam hakkını güvence altına alan Anayasa'nın 17. maddesi, Anayasa'nın 5. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde devlete birtakım yükümlülüklerin yüklenildiği anlaşılmaktadır. Söz konusu yükümlülüklerden birini, her türlü tehlikeye karşı bireylerin maddi

varlıklarını ve yaşam hakkını koruma yükümlülüğü oluşturmaktadır. Pozitif yükümlülüğün maddi boyutunu teşkil eden bu yükümlülük, devletin bireylerin maddi varlıklarını ve yaşam hakkını korumak için gerekli yasal düzenlemeleri oluşturma ve bu kanunların uygulanmasını sağlayacak etkili bir mekanizma kurma şeklinde hukuki tedbirleri almasının yanı sıra yeterli düzeyde önleyici idari tedbirler almasını da gerektirmektedir.”

Benzer biçimde Anayasa Mahkemesi’nin 14.05.2015 tarihli ve 2014/177 E.; 2015/49 K. sayılı Kararının gerekçesinde yer alan değerlendirmeler aşağıdaki şekildedir:

“Anayasa’nın 2. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir. Bu maddede nitelikleri belirtilen sosyal hukuk devleti, insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatını geliştirmek ve ekonomik önlemler alarak çalışanlarını koruyan, onların insan onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçirebilen, sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetken devlettir. Çağdaş devlet anlayışı sosyal hukuk devletinin tüm kurum ve kurallarıyla Anayasa’nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurularak işletilmesini, bu yolla bireylerin refah, huzur ve mutluluğunun sağlanmasını gerekli kılar.

Anayasa’nın 17. maddesinin ilk fıkrasında da herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını ko-ruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Kişinin yaşam hakkı ve maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, birbiriyle sıkı bağlantıları olan, devredilemez ve vazgeçilemez haklardır. Devlet, ya-şam hakkının bir gereği olarak, bireylerin yaşamlarına saygı göstermekle ödevli olduğu gibi bireyleri, ge-rek üçüncü kişilerden ve gerekse sorumluluğunda bulunan personelin eylemlerinden kaynaklanan risklere karşı koruma yükümlülüğü altındadır.

Anayasa’nın 56. maddesinin birinci fıkrasında,“Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.”denilmek suretiyle sağlık hakkı güvenceye bağlanmıştır. Anayasa’nın 56. maddesinde düzenlenen sağlık hakkı, insanların sağlıklarının korunması, hastalandıklarında iyileştirilmeleri, tıbbi bakım görmeleri ve tedavi edilebilmeleri için Devletin sağladığı her türlü imkândan yararlanabilme hak-kıdır. Sağlık hakkı, Devlete, kişilerin sağlık hakkından tam anlamıyla yararlanabilmesi amacıyla uygun yasal, idari, mali, yargısal ve diğer önlemleri alması zorunluluğunu ifade eden“gereğini yerine getirme yükümlülüğü”yüklemektedir.

Anayasa’nın 49. maddesinde, çalışmanın, herkesin hakkı ve ödevi olduğu belirtilmiş; Devlete, çalışanların yaşam düzeyini yükseltmek, çalışma yaşamını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışma-yı denetlemek, işsizliği gidermeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli önlemleri alma ödevi verilmiştir. Çalışanların yaşam düzeyinin yükseltilmesi ve çalışma ya-şamının geliştirilmesi için çalışanların korunması ödevinin, çalışanların güvenli ve sağlıklı bir iş orta-mında çalışmalarının temin edilmesini de kapsadığı açıktır.

Devletin, çalışanların güvenli ve sağlıklı bir iş ortamında çalışmalarını temin edici yasal ve idari tedbirler alması, Anayasa’nın 17. maddesinde güvenceye bağlanan yaşama hakkının bir gereği olduğu kadar, 56. maddesinde düzenlenen sağlık hakkı ile 49. maddesinde düzenlenen çalışma hakkı yönünden de bir zorunluluktur. Ayrıca, 3.6.1981 tarihli ve 155 sayılı

İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin ILO Sözleşmesi ile 7.6.1985 tarihli ve 161 sayılı İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin ILO Sözleşmesi'nde de, Devletin bu yönde tedbir almasını gerekli kılan hükümler yer almaktadır.

Kanun koyucu, gerek Anayasa gerekse uluslararası sözleşmelerle Devlete yüklenen bu ge-rekleri ifa etmek amacıyla 6331 sayılı Kanun'u ihdas etmiştir. Anılan Kanun'un 1. maddesinde, Ka-nun'un amacının,işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlü-lüklerini düzenlemek olduğu ifade edilmektedir. Kanun'un çeşitli maddelerinde (4., 6., 10., 11., 12., 13., 14., 15., 16., 17., 18. ve 20. maddelerinde) işverenlere birtakım yükümlülükler yüklenmiş, çalı-şanlara ise çeşitli haklar sağlanmıştır.”

Yine Anayasa Mahkemesi, iş sağlığı ve iş güvenliğini aşağıdaki biçimde tanımlamıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 26.10.2022 tarihli ve 2018/76 E.; 2022/125 K. Sayılı Kararı):

“149. İş sağlığı, çalışan bir kişinin çalışma şartları ile kullanılan araç ve gereçlerden doğabilecek tehlikelerden arındırılmış veya bu tehlikelerin en aza indirildiği bir iş çevresinde işyeri ortamı ve çalışma koşullarından kaynaklı sağlıklarını kaybetmelerini önleyici tedbirlerin alınmasını ifade etmektedir. İşçilerin kazaya uğramalarını önleyici tedbirleri ifade eden iş güvenliği ise işyerinde kullanılan araç, gereç ve maddelerin kullanımı ve varlığından doğabilecek risklere karşı işçilerin korunması ve gerekli tedbirlerin alınmasıdır.”

Kanun koyucu da Anayasa'nın anılan hükümlerinin Devlete yüklediği yükümlülüğün bir gereği olarak; iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri ile bunların desteklenmesi bakımından 6331 sayılı Kanun'un 6 ve 7. maddelerini düzenlemiştir. Ancak kanun koyucu, 4857 sayılı Kanun'un mülga 81. maddesi kapsamında çalışanlar hariç kamu kurumları ile 50'den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri bakımından bu yükümlülüğünü ifa etmeyi çok uzun bir süredir (takriben sekiz yıldır) ertelemektedir. Bu durum, çalışanları korumak amacıyla getirilen düzenlemelerin anılan kamu kurumları ve iş yerlerinde çalışanlar açısından uygulanmaması sonucunu doğurmaktadır. Bu kimseler, iş sağlığı ve güvenliği düzenlemelerinin sağladığı koruma alanının büsbütün dışında bırakılmaktadır. Başka bir anlatımla iptali talep edilen madde, söz konusu çalışanların iş güvenliklerinin sağlanması ve meslek hastalıklarından korunması imkânını ortadan kaldırır niteliktedir. Söz konusu çalışanlar, sağlıksız ve güvensiz çalışma koşullarına terk edilmektedir. Çalışanların beden bütünlüğü ile ruh sağlığının ve kişisel güvenliğinin muhafaza edilmesini temin eden iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemelerin yürürlüğünün makul olmayan sürelerle ertelenmesi suretiyle; söz konusu kimseler yönünden çalışma hakkının kullanımı bakımından (çalışanları tehlike ve risklerden uzak tutacak) elverişli ortam hazırlanamamıştır. Söz konusu kimseler, iş güvenlikleri olmadığı için zarara uğrayacak ve iş sağlıkları olmadığı için zarara uğradıkları anda yahut sonrasında sağlık hizmetlerine başvuramayacaklardır.

Diğer bir söyleyişle söz konusu kimseler bakımından yaratılan iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin denetimsiz saha, “her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu”na yönelik düzenlemenin uygulamada karşılık bulamamasına; devletin sosyal niteliğinin hanel göremesine; Devletin “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak” ile “insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” şeklindeki temel amaç ve görevlerini ifa edememesine; sağlıklı bir

yaşam hakkının temin edilememesine; çalışma ve sosyal güvenlik haklarının kullanımı için elverişli bir ortam hazırlanamamasına neden olacaktır.

Öte yandan 6495 sayılı Kanun'un 56. maddesinin gerekçesi: “Alt komisyon metninin çerçeve 45 inci maddesi; uygulamada, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin ulaşılabilirliğinin yaygınlaştırılması, arz talep dengesinin oluşturulması, rekabet ve istihdamı olumsuz etkileyecek unsurların ortadan kaldırılması amacıyla, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 6 ve 7 nci maddelerinin yürürlüğünün ertelenmesine ilişkin düzenlemenin tarihinin değiştirilmesi suretiyle yeni çerçeve 56 ncı madde olarak kabul edilmiştir.” şeklindedir. Ancak yürürlüğün muhtelif kanunlarla yaklaşık sekiz yıl kadar ertelenmesi, gerekçede zikredilen amaçları aşmış ve 4857 sayılı Kanun'un mülga 81. maddesi kapsamında çalışanlar hariç kamu kurumları bakımından ilgili idarenin tüzel kişiliğinin ve 50'den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri bakımından ilgili işverenin, rehabet kapılmasına neden olmuştur. Zira bahsi geçen hükümlerin mütemadiyen yürürlüğünün ertelenmesi, sorumlu kimselerin bir yaptırıma muhatap olma riskini ortadan kaldıracağından; ilgililer, bu düzenlemeden doğan yükümlülükleri yerine getirmek bakımından gecikecektir. Bu durum ise nihayetinde iş kazalarının ve meslek hastalıklarının artmasına, işgücü potansiyelinin azalmasına ve ekonominin bu yönden olumsuz etkilenmesine neden olacaktır.

Bu nedenlerle iptali talep edilen madde, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 17, 49, 56 ve 60. maddelerine aykırıdır.

ii)Eşitlik ilkesi bakımından: İptali talep edilen maddeyle 6331 sayılı Kanun'un iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri ile bunların desteklenmesini düzenleyenleyen hükümlerinin anılan mülga 81. madde kapsamında çalışanlar hariç kamu kurumları ile 50'den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için 01.07.2016 ila 31.12.2024 tarihleri arasında uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. Başka bir anlatımla kanun koyucu tarafından 6331 sayılı Kanun'un iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri ile bunların desteklenmesini düzenleyenleyen hükümlerin uygulanması bağlamında “anılan mülga 81. madde kapsamında çalışanlar hariç kamu kurumları ile 50'den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri” ile bunlar dışındaki işyerleri bakımından haklı neden olmaksızın ayırım yapılmıştır. Bu durum, eşitlik ilkesine aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayırma ilişkin bir “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır.

Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; “[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır.” (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; “Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir” (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan 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).

Ne var ki, iptali talep edilen maddeyle çalışanlar arasında istihdam edildikleri kamu kurumları yahut çalıştıkları işyerleri esas alınarak fiziki bir ayırım yapılmıştır. Kanun koyucuya göre “anılan mülga 81. madde kapsamında çalışanlar hariç kamu kurumları ile 50'den az

çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri” dışındaki işyerlerde istihdam edilen kimseler, iş sağlığı ve güvenliği bakımından korunmaya daha mazhar kılınmıştır. Halbuki çalışma ortamının fiziki koşulları, bu kayırmacılığın makul sebebi sayılamaz. Başka bir anlatımla aynı işi gören kimselerin bir kısmı, “anılan mülga 81. madde kapsamında çalışanlar hariç kamu kurumları ile 50’den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri”nde çalıştığı takdirde; haklı gerekçeye dayanmayan muamele farklılığıyla karşı karşıya kalacaktır.

Yukarıda bahsi geçtiği üzere 6495 sayılı Kanun’un 56. maddesinin gerekçesi: “Alt komisyon metninin çerçeve 45 inci maddesi; uygulamada, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin ulaşılabilirliğinin yaygınlaştırılması, arz talep dengesinin oluşturulması, rekabet ve istihdamı olumsuz etkileyecek unsurların ortadan kaldırılması amacıyla, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 6 ve 7 nci maddelerinin yürürlüğünün ertelenmesine ilişkin düzenlemenin tarihinin değiştirilmesi suretiyle yeni çerçeve 56 ncı madde olarak kabul edilmiştir.” şeklindedir. Ancak yürürlük tarihinin makul olmayan sürelerle uzatılması; söz konusu gerekçeyi, haklı olmaktan çıkarmıştır.

Bu nedenle anılan madde, Anayasa’nın 10. maddesine aykırıdır.

iii)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 madde, yukarıdaki başlıklarda aykırı olduğu gösterilen temel hakka ilişkin anayasal düzenlemelerin muadilleri olarak, yaşam hakkına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 3. maddelerini; ILO’nun iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşmesini (C 155), Sağlık Hizmetlerine İlişkin Sözleşmesini (C 161); çalışma hakkına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 23.; (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı’nın 1. maddelerini; Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu ILO Sözleşmelerini ; ihlal ettiğinden Anayasa’nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7491 sayılı Kanun’un 71. maddesi, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 10, 17, 49, 56, 60 ve 90. maddelerine aykırıdır; anılan maddenin iptali gerekir.

15) 27.12.2023 tarihli ve 7491 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 75. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin değiştirilen ek 29. maddesinin Anayasa’ya aykırılığı

7491 sayılı Bazı Kanunlarda ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 75. maddesi ile 375 sayılı KHK’nin ek 29. maddesi değiştirilmiştir. Yapılan düzenleme ile huzur hakkı ödenebilmesi için Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde huzur hakkı ödenmesinin ve gösterge rakamının belirlenmesi şartı kaldırılmış ve yapılan düzenleme ile Cumhurbaşkanına “Kararname yerine karar alma yoluyla belirleyeceği ve 9000 gösterge rakamını geçemeyecek gösterge rakamı üzerinden huzur hakkı ödenebileceği” düzenlenmiştir. Yeni düzenlemenin esas itibarıyla önceki düzenlemeden farkı Cumhurbaşkanına doğrudan karar alma yoluyla huzur hakkı ödemesi yapabilmesi yetkisinin verilmesi ve Cumhurbaşkanını tarafından gösterge rakamı belirlenmesinin yapılması hususunda yetki verilmesidir.

703 sayılı KHK ile 375 sayılı KHK’ye ek 29. madde eklenmiş ve bu madde ile Bakanlıklar ve kamu kurum ve kuruluşlarında yönetim, denetim, tasfiye, danışma kurul, komisyonlarında görev alanlara, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde öngörülmesi ve gösterge

rakamının belirlenmesi şartıyla 1000 ve 3000 gösterge rakamı aralığında huzur hakkı ödeneceği, Cumhurbaşkanının da bunu 3 katına çıkarabileceğine ilişkin yetki devrine ilişkin düzenleme yapılmıştır. 375 sayılı KHK'nin ek 29. maddesi, 703 sayılı KHK'nın 178. maddesi ile 375 sayılı KHK'ye eklenmiştir.

703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükümlerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talebini içeren 06.09.2018 tarihli ve Mahkemenizin 8965 sırasına kaydedilen dilekçemiz ile söz konusu KHK'nın 178. maddesinin iptali talep edilmiştir.

Dilekçede söz konusu maddenin Yetki Kanunu'nun amaç ve kapsamı içinde olmadığı gibi Anayasa'nın 128. maddesine göre kanunla düzenlenmesi gereken hususlarda düzenleme öngördüğünden 128. maddeye ve aynı şekilde kanunla düzenlenmesi gereken hususlarda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleme yapılmasını öngörmesi dolayısıyla Anayasa'nın 104. maddesine aykırılığı öne sürülerek iptali talep edilmiştir.

Bu çerçevede Mahkemeniz tarafından 703 sayılı KHK'nın 178. maddesinin iptali halinde bu madde ile 375 sayılı KHK'ye eklenen ek madde 29 hükümleri, 178. maddenin iptaline rağmen hukuki olarak yasal dayanaktan yoksun olmasına rağmen yürürlükte olacaktır.

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin yayımlandığı 10.07.2018 tarihinden sonra hem söz konusu Kararname'de yapılan değişiklikler ile hem de bazı kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilatlanmalarına ilişkin yayımlanan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu, danışma kurulu üyelikleri ile komisyon, heyet, komite ve benzeri organlarda görev alanlara huzur hakkı ödenebilmesine ilişkin çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Anayasa'nın 150. maddesi çerçevesinde Cumhuriyet Halk Partisi tarafından ilgili Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine ilişkin huzur hakkı ödemelerinin mülkiyet hakkı kapsamında ve kamu görevlilerinin mali ve özlük haklarıyla ilgili olması nedeniyle CBK ile düzenlenemeyecek konulardan olması ve kanun ile düzenlenmesi gerektiği gerekçesiyle açılan iptal davaları Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmiş ve söz konusu huzur hakkı ödenmesine ilişkin düzenlemeler iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 09.11.2022 tarihli ve 2018/123 E.; 2022/138 K. sayılı emsal kararıyla, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu, danışma kurulu üyelikleri ile komisyon, heyet, komite ve benzeri organlarda görev alanlara huzur hakkı ödenebilmesine ilişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleme yapılmasını iki gerekçe ile iptal etmiştir. Bunlardan ilki söz konusu huzur hakkı ödemesinin Anayasa'nın İkinci Kısım İkinci Bölümü'nde yer alan mülkiyet hakkına ilişkin bir düzenleme içerdiğinden Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca CBK ile düzenlenemeyecek yasak alan içinde olmasıdır. İkincisi ise Anayasa'nın 128. maddesinde kamu görevlilerinin özlük ve mali haklarına ilişkin tanımlanan kanunilik ilkesine aykırı bir düzenleme olduğundan Anayasa madde 104/17 uyarınca münhasıran kanun ile düzenlenmesi gereken alanda düzenleme yapmış olmasıdır. Aşağıda söz konusu ilke kararı alıntılanmıştır:

“75. Anayasa'nın 35. maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20). Bu bağlamda mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis

edilen sınırlı ayni haklar ve fikrî hakların yanı sıra icrası kabil olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dâhildir (Mahmut Duran ve diğerleri, B. No: 2014/11441, 1/2/2017, § 60).

76. Anayasa Mahkemesinin norm denetimi ve bireysel başvuruya ilişkin kararlarında da kişilere ödenmesi öngörülen ücret, maaş, yaşlılık aylığı, emeklilik ikramiyesi ve kıdem tazminatı gibi ödemeler mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmektedir (norm denetimine konu karar için bkz. AYM, E.2019/50, K. 2019/96, 25/12/2019, § 13; bireysel başvuruya konu kararlar için bkz. Ayten Yeğenoğlu, B. No: 2015/1685, 23/5/2018, § 32; Naci Altınbulduk, B. No: 2017/38608, 11/12/2019, § 19; Muzaffer Peker, B. No: 2016/7192, 7/11/2019, § 30).

77. Bu bağlamda AFAD denetçi ve denetçi yardımcılarının mali ve sosyal haklar kapsamında yapılacak ödemeler söz konusu kişilere ekonomik menfaat temin etmeyi içerdiğinden “mülkiyet hakkı” kapsamındadır. Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan yasak, CBK’yla Anayasa’nın İkinci Kısım Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile Dördüncü Bölümü’nde yer alan siyasi haklar ve ödevlerle ilgili olarak sadece sınırlama yapılmasını değil, düzenleme yapılmasını da içermektedir. Kuralın mali ve sosyal hak ve yardımlara ilişkin kısmı Anayasa’nın İkinci Kısım İkinci Bölümü’nde yer alan mülkiyet hakkına ilişkin bir düzenleme içerdiğinden Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca CBK ile düzenlenemeyecek yasak alan içinde kalmaktadır.

78. Diğer yandan Anayasa’nın 128. maddesine göre memurlar ve diğer kamu görevlilerinin özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gerekmekte olup kuralla AFAD’da görevli denetçi ve denetçi yardımcılarının tanınan özlük haklarına yönelik düzenleme öngörülmektedir.

79. Bu itibarla Anayasa’nın 128. maddesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda düzenleme yapan kuralın özlük haklarına ilişkin kısmının Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

80. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerine aykırıdır. İptali gerekir.”

“161. Kuralın (2) numaralı fıkrası Yönetim Kurulu başkan ve üyelerine, 375 sayılı KHK’nın ek 29. maddesine göre ayda dörtten fazla olmamak üzere her bir toplantı için uhdesinde kamu görevi bulunanlara (2000) gösterge rakamının, uhdesinde kamu görevi bulunmayanlara ise (3000) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucunda bulunacak miktarda huzur hakkı ödenmesini öngörmektedir.

162. Kuralın (3) numaralı fıkrası ise uhdesinde kamu görevi bulunmayan sektör komitesi başkan ve üyelerine 375 sayılı KHK’nın ek 29. maddesine göre yılda altıdan fazla olmamak üzere her bir toplantı başına (2000) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucunda bulunacak miktarda huzur hakkı ödenmesini düzenlemektedir.

163. 375 sayılı KHK’nın ek 29. maddesinde bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilatlanmasına ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde öngörülmesi ve gösterge rakamı belirlenmesi kaydıyla yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu, danışma kurulu üyelikleri ve komisyon, heyet, komite ile benzeri organlarda görev alanlara ayda dörtten fazla olmamak üzere her bir toplantı için (1000) ila (3000) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucunda bulunacak miktarda, damga vergisi hariç herhangi bir vergiye

tabi tutulmaksızın huzur hakkı ödeneceği ve gösterge rakamlarının Cumhurbaşkanınca üç katına kadar artırılabilirliği belirtilmiştir.

164. Anılan düzenlemenin belirli bir kurum bakımından uygulanabilmesi, bu hususun ilgili CBK’da öngörülmesi ve gösterge rakamı belirlenmesi şartına bağlanmıştır. Söz konusu hüküm uyarınca ödenecek huzur hakkının belirlenmesinde (1000) ila (3000) gösterge rakamları esas alınabilecek olup Cumhurbaşkanı’na da bu rakamları üç katına kadar artırma yetkisi tanınmaktadır. Buna karşılık söz konusu hüküm doğrudan MYK’nın Yönetim Kurulu başkanı ve üyeleri ile uhdesinde kamu görevi bulunmayan sektör komitesi başkan ve üyelerine ödenecek huzur hakkının hesaplanmasında esas alınacak gösterge rakamına ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir. Dolayısıyla dava konusu CBK kuralları olmasaydı yalnızca KHK’nın ek 29. maddesi hükmünden hareketle MYK Yönetim Kurulu başkanı ve üyeleri ile uhdesinde kamu görevi bulunmayan sektör komitesi başkan ve üyelerine huzur hakkı ödenmesinin söz konusu olamayacağı açıktır.

165. CBK’nın 55. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “...mali ve sosyal hak ve yardımları ile...” ibaresinin Anayasa’ya uygunluk denetimi bölümünde belirtilen gerekçeler dava konusu kural yönünden de geçerlidir.

166. Dava konusu kural uyarınca yapılacak ödemeler söz konusu kişilere ekonomik menfaat temin etmeyi içerdiğinden “mülkiyet hakkı” kapsamındadır. Bu nedenle kural, Anayasa’nın İkinci Kısım İkinci Bölümü’nde yer alan mülkiyet hakkına ilişkin bir düzenleme içerdiğinden Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca CBK ile düzenlenemeyecek yasak alan içinde kalmaktadır.

167. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesine aykırıdır. İptali gerekir.”

İptali talep edilen 7491 sayılı Kanun ile değiştirilen 375 sayılı KHK’nın ek 29. maddesi ile yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararları ışığında yeni bir düzenleme yapıldığı gerekçesi ile; yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu, danışma kurulu üyelikleri ile komisyon, heyet, komite ve benzeri organlarda görev alanlara huzur hakkı ödenebilmesine ilişkin yeni bir hüküm ihdas edilmiştir. Maddenin gerekçesi şu şekildedir:

“MADDE 70- Bazı kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilatlanmalarına ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu, danışma kurulu üyelikleri ile komisyon, heyet, komite ve benzeri organlarda görev alanlara huzur hakkı ödenebilmesine ilişkin çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemelerden bir kısmı Anayasa Mahkemesi nezdinde iptal davasına konu edilmiş ve iptal edilmiştir. Madde ile ödenecek huzur hakkı tutarlarına ilişkin herhangi bir artış getirilmemekte olup mevcut gösterge rakamı sınırları ile söz konusu iptal kararları ve gerekçeleri dikkate alınarak huzur hakkı ödenebilmesine ilişkin mevzuatın yasal altyapısının oluşturulması amaçlanmıştır.”

Yapılan düzenleme ile Cumhurbaşkanına “Kararname” yerine “karar” alma yoluyla yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu, danışma kurulu üyelikleri ile komisyon, heyet, komite ve benzeri organlarda görev alanlara ödenecek huzur hakkını belirleme yetkisi verilmiş ve ayrıca söz konusu huzur hakkının tutarının belirlenmesinde de Cumhurbaşkanına yetki devri yaparak 9000 gösterge rakamını geçemeyecek gösterge rakamı üzerinden huzur hakkı miktarını tespit etme yetkisi verilmiştir. Yeni düzenlemenin esas itibarıyla önceki düzenlemeden farkı Cumhurbaşkanına doğrudan karar alma yoluyla huzur hakkı ödemesi yapabilmesi yetkisinin

verilmesi ve Cumhurbaşkanı tarafından gösterge rakamı belirlemesinin yapılması hususunda yetki verilmesidir.

Anayasa'nın 128. maddesinde, "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır" hükmü yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi, son olarak 43 sayılı CBK hakkında bu bağlamda verdiği ihlal kararında şu tespiti yapmıştır: "Anayasa'nın 128. maddesine göre memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerekmekte olup kuralla hazine ve maliye başmüfettişleri, müfettişler ve müfettiş yardımcılarının görev, yetki ve sorumluluklarına yönelik bir düzenleme öngörülmektedir ... Bu itibarla Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda düzenleme yapan kuralın Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olduğu anlaşılmaktadır" (AYM, E.2019/96, K.2022/17, 24/02/2022, §60-61).

Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen bu hüküm açıkça kamuda çalışmakta olan memurlar ve diğer kamu görevlilerinin; atama, nitelikleri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve diğer özlük işleri ile görevlerinin sona erme işlemlerinin kanun ile düzenlenmesi şartını getirmektedir.

Dolayısıyla bazı kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilatlanmalarına ilişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu, danışma kurulu üyelikleri ile komisyon, heyet, komite ve benzeri organlarda görev alan kamu görevlileri açısından yapılan görev kamu hizmeti olduğundan dolayı bu kişilere ilişkin mali haklar "aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri" kapsamında olması hasebiyle söz konusu kamu görevlilerine huzur hakkı ödenebilmesine ilişkin düzenlemelerin de kanun ile yapılması gerekmektedir.

Diğer yandan yukarıda belirtilen kurul ve organlarda görev alan kişilerden uhdesinde kamu görevi olmayan kişiler açısından da konunun irdelenmesi gerekir. Öncelikle bu kişilerin kimler olduğu netleştirilmelidir.

Anayasa Mahkemesi, 36 sayılı CBK'ye ilişkin açılan iptal davasında, 23.01.2020 tarihli ve 2019/78 E.; 2020/6 K. sayılı Kararında:

"20. Genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerinde kadro ve pozisyon esastır. Bu hizmetleri yürüten memur ve diğer kamu görevlileri kendilerine özgü statüye sahiptir. Görevleri dışında da kamu hizmetleri statüsünün bir bölümü olan bu statü hükmüne tabi olurlar ve resmî sıfat ve yetkilerini korurlar. Oysa Kurul, Cumhurbaşkanlığı teşkilatı içinde Cumhurbaşkanına bağlı icrai bir karar alma ve bunu uygulatma yetkisi olmayan tamamıyla istişari nitelikte bir birim olarak düzenlenmiştir. Kurul üyelerinin ancak kurul hâlinde çalıştıkları, tek başlarına bir hizmet yapmadıkları, kamu hizmetlerine geçici ve arızı olarak katıldıkları, görevin ifası sırasında devletin emredici gücünün kullanılmadığı, Kurulda yer alacak üyeler için kadro ve pozisyonun belirlenmediği, bu üyeler ile merkezî idare arasında tam bir statüer ilişkinin kurulmadığı, söz konusu Kurul üyelerinin Kurul üyeliği dışında başka meslek ve uğraşlarına devam edebildikleri anlaşılmaktadır. Bu itibarla Kurul üyelerinin yaptıkları görev, Anayasamın 128. maddesi anlamında devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli bir görev niteliğinde değildir. Dolayısıyla Kurul

üyelerinin belirlenmesi hususu münhasıran kanunla düzenlenmeyi gerektiren bir konu değildir.”

şeklindeki tespitiyle memur ve kamu görevlisi statüsünde olan personelin özlük, ödenek ve diğer mali haklarının Anayasa’nın 128. maddesinde belirlenen şekilde kanun ile düzenlenmesi gerektiğini vurguladığı gibi kamu görevlisi olmayan kişileri belirleme açısından da hukuki bir tespit yapmıştır.

Dolayısıyla söz konusu kişiler açısından yukarıda belirtilen kurul, komisyon veya organ üyelikleri görevlerini yürütmeleri ile bağlantılı olarak bunlara yönelik parasal, maddi gelir transferlerinin ayrı olarak değerlendirilmesi gerekir. Nitekim, bunlara ödenecek huzur hakkı da bu görevleri boyunca süreklilik teşkil eden bir maddi kazanç olduğundan “mülkiyet hakkı” kapsamında değerlendirilmesi gereken ekonomik değer ifade eden bir kazanç niteliği taşımaktadır.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 35. maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkının, “ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı haklarını” kapsadığını belirtmiştir (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, §§ 20, 21). Bu çerçevede gerek norm denetiminde gerekse bireysel başvuruda kişilere ödenmesi öngörülen ücret, maaş, yaşlılık aylığı, emeklilik ikramiyesi ve kıdem tazminatı gibi ödemeler mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmiştir (bkz. Adli tıp uzmanına ödenen otopsi ücreti konusunda AYM, Yasemin Balcı [GK], B. No: 2014/8881, 25/7/2017; noterlerin ücreti konusunda AYM, E.2017/163, K.2018/90, 06/09/2018; ek gösterge ve makam tazminatı dahil aylık maaş konusunda AYM, Ayten Yeğenoğlu, B. No: 2015/1685, 23/5/2018; yaşlılık aylığı konusunda AYM, E.2019/50, K. 2019/96, 25/12/2019, AYM, Naci Altunbulduk, B. No: 2017/38608, 11/12/2019 ve AYM, Muzaffer Peker, B. No: 2016/7192, 7/11/2019; emekli ikramiyeleri konusunda AYM, E.2018/8, K.2018/85, 11/5/2018, AYM, Ferda Yeşiltepe [GK], B. No: 2014/7621, 25/7/2017; işçilere ödenen kıdem tazminatı konusunda AYM, E. 2018/8, K.2018/85, 11/7/2018, AYM, Adnan Alver, B. No: 2014/5800, 9/11/2017). Anayasa Mahkemesi, yukarıda detayları verilen 09.11.2022 tarihli ve 2018/123 E.; 2022/138 K. sayılı kararında da ekonomik anlamdaki ödemelerin mülkiyet hakkı kapsamında olduğunu ve CBK ile düzenlenemeyeceğini belirlemiştir. Anayasa’nın 35. maddesi gereği mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemeler ancak kanun ile yapılabilir.

Bu çerçevede iptali talep edilen düzenleme ile Cumhurbaşkanına yapılan her iki yetki devri de yukarıda belirtilen hususlar açısından yetki devrinin sınırlarını aşan bir nitelik taşımaktadır.

Anayasa’nın 7. maddesinde, “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.” denilmiştir. Buna göre, “Anayasa’da kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Ancak yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamayacağı gibi yürütme organının yasama organı tarafından çerçevesi çizilmiş alanda genel nitelikte hukuksal tasarruflarda bulunması, hukuk devletinin belirlilik ilkesine de aykırı düşmez.” (Anayasa Mahkemesi’nin 04.12.2014 tarihli ve 2013/114 E.; 2014/184 K. sayılı Kararı)

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında ise, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini şu şekilde ifade etmiştir. “Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında yasama yetkisinin

devredilmezliği ilkesinden ne anlaşılması gerektiği hususu açıklanmıştır. Buna göre, kanunla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların kanun metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder... Anayasa’da öngörülen ayrık durumlar dışında, kanunlarla düzenlenmemiş bir alanda, kanun ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa’nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir.” (Anayasa Mahkemesi’nin 06.06.2013 tarihli ve 2013/47 E.; 2013/72 K. sayılı Kararı)

Bununla beraber Anayasa Mahkemesi’nin daha yakın tarihli kararlarında bu içtihadı bir miktar esnettiği görülmektedir.

“15... yasama yetkisinin devredilmezliği esasen kanun koyma yetkisinin TBMM dışında başka bir organca kullanılamaması anlamına gelmektedir. Anayasa’nın 7. maddesi ile yasaklanan husus, kanun yapma yetkisinin devredilmesi olup bu madde, yürütme organına hiçbir şekilde düzenleme yapma yetkisi verilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Kanun koyucu, yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca bir konuyu doğrudan kanunla düzenleyebileceği gibi bu hususta düzenleme yapma yetkisini yürütme organına da bırakabilir.

16. Yürütmenin trevselliği ilkesi gereğince yürütme organının bir konuda düzenleme yapabilmesi için yasama organınca yetkilendirilmesi gerekmektedir. Kural olarak, kanun koyucunun genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesi yeterli olmakla birlikte Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda genel ifadelerle yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle Anayasa’da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanmaları, özlük hakları gibi münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz.” (Anayasa Mahkemesi’nin 02.05.2018 tarihli ve 2017/143 E.; 2018/40 K. sayılı kararı).

Neticede sadece yakın dönem AYM kararları dikkate alındığında, ilkesel olarak kanun koyucunun “genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesi yeterli”dir, denilebilir. Ancak Mahkeme’nin, Anayasa’da farklı kavramlarla ifade ettiği kanunla düzenleme kaydı içeren konularda ise, “Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda”, “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda”, “Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda” genel ifadelerle yetkilendirme yapılması yetki devrinin sınırlarının açılması anlamına gelecektir.

Yasama yetkisinin genelliği ilkesi çerçevesinde kamu görevlilerine ve özel hukuk gerçek kişilerine kamu kurum ve kuruluşlarında oluşturulan kurul, komisyon veya organlarda görev alması nedeniyle ödenecek olan huzur hakkı adı altındaki denegin de kime ne kadar, hangi şartla ve miktarına ilişkin olarak temel düzenlemenin kanunla belirlenmesi gerekmekte olup bunun dışında Cumhurbaşkanına karar alma yoluyla bu denegin verilip verilmemesine, miktarının tespitine ilişkin konularda belirleme yapma yetkisi verilmesi yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararları ışığında temel kuralların da yürütme tarafından belirlenmesi anlamı taşıyacağından yetki devri sınırlarını aşan bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır.

Belirtilen nedenlerle, iptal davası konusu kanuni düzenleme, uhdesinde kamu görevi olan kamu görevlileri açısından Anayasa'nın 128. maddesinde tanımlanan kanunilik ilkesini zedelediği için Anayasanın 128. maddesine aykırıdır. Bu nedenle iptali gerekir.

Aynı şekilde uhdesinde kamu görevi olmayan özel hukuk gerçek kişileri açısından da yukarıda belirtildiği üzere mülkiyet hakkına ilişkin kanunilik ilkesini zedelediğinden Anayasa'nın 35. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Yürütme organı (ya da idare), Anayasa'da öngörülmüş durumlar dışında kanunların düzenlemediği bir alanda kendiliğinden kural koyamaz ya da bir kanuna aykırı olarak bir kural koyamaz.

İptali talep edilen düzenleme ile Anayasa'nın 35 ve 128. maddelerinde ve yasa ile düzenlenmesi öngörülmüş bir alanda Cumhurbaşkanına karar alma hakkı tanıyarak kamu görevlilerinin mali haklarına ve uhdesinde kamu görevi olmayan görevlilerin kazançlarına ilişkin düzenleme yapma yetkisi verilmesi yoluyla, fonksiyon gaspı yapmak suretiyle, Anayasa tarafından kanun koyucunun konu bakımından yetki alanına inhisar ettirilen bir alanda düzenleme yapmıştır. Yürütme organı (ya da idare), Anayasa'da öngörülmüş durumlar dışında kanunların düzenlemediği bir alanda kendiliğinden kural koyamaz. Dolayısıyla kamu görevlilerinin mali haklarının kanunla düzenlenmesi yolundaki Anayasa kuralı ile mülkiyet hakkının kanunla düzenlenmesi hakkındaki Anayasa kuralına aykırı bir düzenleme yapılması ve yürütmeye Anayasa'ya aykırı bir yetki tanımlanması, yasama yetkisinin devrine ilişkin sınırın aşıldığını ve yürütmenin yasamanın yetki alanına müdahale ettiğini göstermektedir. Bu nedenle, söz konusu madde, Anayasa'nın 7. maddesinde belirlenen yasama yetkisini devretme yasağına aykırıdır, iptali gerekir.

Anayasa'nın 8. maddesine göre; “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir”. Cumhurbaşkanınca alınacak kararlar, yürütme yetkisi olarak, Anayasa ve kanunlar çerçevesinde kullanılmalıdır. Oysa, 7491 sayılı Kanun ile değiştirilen 375 sayılı KHK'nin ek 29. maddesi ile Cumhurbaşkanı kararıyla huzur hakkı ödenmesi ve miktarının belirlenmesine ilişkin düzenleme yapılmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere kanunla düzenlenmesi öngörülen bir alanda düzenleme yapılması suretiyle kanun koyucunun alanına müdahale edilmesi, anayasal çerçeve dışında yetki kullanımını ortaya koymaktadır.

Bu itibarla iptali talep edilen madde, Anayasa'nın 8. maddesine de aykırıdır, iptali gerekir.

Anayasanın 2. maddesi; “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir” hükmünü içermektedir. Hukuk devleti ilkesinin genel olarak anlam ve içeriği ile bir hukuk devletinin temel amaç ve işlevleri Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında şu şekilde belirtilmiştir: “Anayasa'nın 2. maddesinde, Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasa koyucu, yasaların yalnız Anayasa'ya değil,

evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür" (AYMK, 27.2.2001, E.1999/43, K.2001/46, RG: 20.3.2002-24701).

Hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin ön koşullarındandır (AYMK, E.2012/116 K.2013/32, 28.2.2013). Bu çerçevede; "CBK'ların da hem kişiler hem idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması gerekir" (AYM, E.S. :2018/125, K.S.:2020/4, K.T.:22/1/2020, R.G. Tarih – Sayı: 13/5/2020 – 31126, §28). Hukuk devletinin en temel ilkelerinden birisi olan kanunla düzenleme ilkesi düzenlenen konudan kavram, ad ve kurum olarak söz etmek anlamına gelmez. Düzenlenen alanın kanun metninde kurallaştırılması gerekir. Kurallaştırma, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Kanunda temel esasların belirlenmiş olması şartıyla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdir yetkisine bırakılabilir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, kural olarak, sınırlı ve bağımlı bir yetki niteliğindedir. Yine Anayasa'nın 7. maddesi, yasama yetkisinin devredilmezliği kuralını öngörür. Bu nedenle yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi tanınması ya da Cumhurbaşkanının kanunilik alanına tabi bir konuda kararname çıkarması, Anayasa'nın 2 ve 7. maddelerine aykırılık oluşturur.

Söz konusu iptali talep edilen düzenleme ile kamu görevlilerine ve uhdesinde kamu görevi olmayan kişilere kamu kurum ve kuruluşlarındaki kurul, komisyon veya organlardaki görevleri nedeniyle huzur hakkı ödenmesine ilişkin düzenleme, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerini ihlal etmektedir. Söz konusu huzur hakkının kimlere ödeneceği belirsizdir. Cumhurbaşkanı bunu belirleyecektir. Dolayısıyla bazı kamu kurum ve kuruluşlarında kurulmuş olan kurul, komisyon veya organlarda görev yapan kamu görevlileri ve özel hukuk tüzel kişileri huzur hakkı alabilecek bazıları alamayacak, bunu belirleyecek yetkili kişi de Cumhurbaşkanı olacaktır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanına sınırları belirsiz kapsamı belirsiz bir yetki devri yapılmıştır. Diğer yandan iptale konu olan ve kamu görevlileri açısından bir ödenek olan ve özel hukuk gerçek kişileri açısından da bir ücret niteliği taşıyan huzur hakkının miktarı da belirsizdir. Dilekçenin yazıldığı tarih itibarıyla her bir toplantı için (9000x0,760871=6.848) ve aylık 27.391 TL.'ye kadar huzur hakkı ödenmesine karar verme yetkisi Cumhurbaşkanındadır. Cumhurbaşkanı bu yetkisini her bir kurul, komisyon veya organ üyesi için de ayrı ayrı kullanabilir, bazılarını aylık 1000 TL., bazılarını 27 bin 391 TL. olarak uygulayabilecektir. Dolayısıyla herhangi bir kriter, norm olmadan bir geniş huzur hakkı miktarını belirleme yetkisi hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesi ile bağdaşmaz. Dolayısıyla söz konusu düzenleme kanunilik, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine de aykırı olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, bazı kamu kurum ve kuruluşlarında kurulmuş olan kurul, komisyon veya organlarda görev yapan kamu görevlileri ve özel hukuk tüzel kişilerine huzur hakkı ödeneği ödenmesi kamu kurum veya kuruluşu tarafından yapılacak harcamalar ve ödenekler içerisinde yer almaktadır. Dolayısıyla da ilgili yıl bütçesi ile belirlenmektedir. Bu nedenle de aynı zamanda bir bütçeleme konusudur. Dolayısıyla Anayasa'nın 161. maddesi çerçevesinde kanunilik ilkesine tabi olarak ele alınması gereken bir konudur. İptali talep edilen düzenleme, bu açıdan da Anayasa'nın 161. maddesine aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7491 sayılı Kanun'un 75. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin değiştirilen ek 29. maddesi, Anayasa'nın 2, 7, 8, 35, 128 ve 161. maddelerine aykırıdır; anılan maddenin iptali gerekir.

16) 27.12.2023 tarihli ve 7491 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 77. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek 35. maddesine eklenen fıkra da yer alan “Cumhurbaşkanlığı yetkilidir” ibaresi ile 79. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 38. maddesine eklenen fıkra da yer alan “Cumhurbaşkanlığı yetkilidir” ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7491 sayılı Kanun'un 77. maddesiyle 375 sayılı KHK'nin üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarını, hizmet sürelerinin hesaplanmasını, yurt dışında görev yapmalarını, görevden alınmalarını, malî ve sosyal hak ve yardım verilmesini, yükselmelerini, sözleşmeli olarak çalıştırılmalarını, tazminat ödenmesini, emeklilik haklarını vb. düzenleyen ek 35. maddesine bir fıkra eklenmiştir. Ek fıkra ya göre bu maddenin uygulanmasında ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye ve uygulamayı yönlendirmeye Cumhurbaşkanlığı yetkili olacaktır. Ancak ek 35. maddenin uygulanmasında ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye ve uygulamayı yönlendirmeye Cumhurbaşkanlığını yetkili kılan ve iptali talep edilen ibare, Anayasa'ya aykırıdır.

7491 sayılı Kanun'un 77. maddesiyle 375 sayılı KHK'nin ekli (II) sayılı Cetveldeki kadrolarda istihdam edilenlere verilecek tazminat göstergelerini, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanının ek tazminatını, bu tazminatın, ilgili mevzuatı uyarınca en yüksek Devlet memurunun mali ve sosyal hakları esas alınmak suretiyle tespit edilen aylık, ikramiye, her türlü mali ve sosyal hak ile başka bir ödeme veya ücret tavanının hesaplanmasında ya da her ne ad altında olursa olsun ödenmekte olan aylık, zam, tazminat, ücret ve benzeri ödemelerin hesabı bakımından esas alınıp alınmayacağını vb. düzenleyen ek 38. maddesine bir fıkra eklenmiştir. Ek fıkra ya göre bu maddenin uygulanmasında ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye ve uygulamayı yönlendirmeye Cumhurbaşkanlığı yetkili olacaktır. Ancak ek 38. maddenin uygulanmasında ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye ve uygulamayı yönlendirmeye Cumhurbaşkanlığını yetkili kılan ve iptali talep edilen ibare, Anayasa'ya aykırıdır.

Söz konusu ek 35 ile ek 38. maddeler kamu görevlilerinin özlük haklarına ilişkin olduğundan ve iptali talep edilen ibarelerin yer aldığı fıkralar da aynı biçimde kaleme alındığından; usul ekonomisi gereğince; bu iki dava konusunun Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri aynı başlık altında temellendirilecektir.

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

Yine Anayasa Mahkemesi, stajyer müfettiş olarak görevlendirilebilmek için “yönetmelikte öngörülen şartları taşımak” gerekliliğine ilişkin bir kuralın Anayasa'nın 2 ve 128. maddelerine aykırı olduğuna hükmettiği kararında:

“45. Dava konusu kurallar; müfettişliğe giriş sınavına başvurabilmek için yönetmelikte öngörülen şartları taşımak gerektiğini, giriş sınavının yönetmelikte belirlenen konulardan yazılı ve/veya mülakat şeklinde yapılmasını ve stajyer müfettişlerin staj sürelerinin bitiminde oluşturulacak yönetmelikle belirlenecek konulardan sınava tabi tutulmalarını öngörmektedir.

46. Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer öz-lük işleri kanunla düzenlenir. Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklı-dır.” hükmüne yer verilerek memurlar ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri ve atanmalarına ilişkin hususların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

47. Anayasa’nın 7. maddesinde “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Mec-lisinindir. Bu yetki devredilemez.” denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir (AYM, E.2021/73, K.2022/51, 21/04/2022, § 15).

48. Stajyer müfettiş ve müfettişler tarafından sunulacak denetim hizmetleri Bakanlığın genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli gö-revlerdendir. Dolayısıyla askerî personelin müfettiş olarak atanmasına ilişkin şartlar ile bu ata-manın dayanağı giriş ve yeterlik sınavlarına ilişkin genel esasların kanunla düzenlenmesi ge-rekmektedir.

49. Kanun koyucu, Anayasa’ya uygun olması koşuluyla kamu görevine girişte veya belli bir unvana atamalarda yapılacak sınavların türü, biçimi ve usullerine dair hususlar ile sınava başvuru koşullarının belirlenmesine ilişkin konularda düzenleme yapma yetkisine sahip olup düzenlemenin kamu yararına, başka bir anlatımla ülke koşullarına uygun olup olmadığının belirlenerek takdir edilmesi kanun koyucuya aittir. Anayasa’ya uygunluk denetiminde kanun koyucunun kamu yararı an-layışının isabetli olup olmadığı değil incelenen kuralın kamu yararı dışında belirli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek kanunlaştırılıp kanunlaştırılmadığı incelenebilir (AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019, § 194).

50. Kamu görevlilerinin devlet ile olan ilişkileri statü hukuku içinde yürütülmektedir. Devlet, statüleri kanunlarla belirlenen ve bu statü kurallarına göre mesleğe alınan kamu görevlilerine atama, yükselme, aylık, ödül, nakil ve sınav gibi hak veya yükümlülükler getirebilir (AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/07/2019, § 195).

51. Kamu görevlisi statüsünde olan söz konusu personelin yazılı ve/veya sözlü sınavla mesle-ğe alınması, sınava başvuru konusunda şartlar öngörülmesi kanun koyucunun takdir yetkisinde ol-makla birlikte bu personelin anılan sınavlarla mesleğe alınmalarına ilişkin temel ilkelerin Anaya-sa’nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi ve bu bağlamda Anayasa’nın 7. maddesi uyarınca yasama yetkisinin idareye devredilmemesi gerekir (AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019, § 199).

52. Kuralda ise mesleğe giriş sınavına ilişkin başvuru şartlarının, mesleğe giriş ve ye-terlik sınavlarının konularının yönetmelikle belirleneceği hüküm altına alınmış ancak buna ilişkin temel ilkeler kanunda düzenlenmemiştir.

53. Açıklanan nedenlerle 926 sayılı Kanun’un ek 39. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cüm-lesinde yer alan “...ve yönetmelikte öngörülen şartları taşımak...” ve anılan fıkrasının

üçüncü cümlesi ile üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "...yönetmelikle belirlenecek konulardan..." ibareleri Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "...ve yönetmelikte öngörülen şartları ta-şımak..." ve üçüncü cümlesi ile üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "...yönetmelikle belirlene-cek konulardan..." ibareleri Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden bu cümle ve ibareler ayrıca Anayasa'nın 2. maddesi yönünden incelenmemiştir.

Kuralların Anayasa'nın 10., 13., 70., 123., 124. ve 153. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir."

şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin, 13.10.2022 tarihli ve 2021/84 E.; 2022/117 K. sayılı Kararı).

Yukarıda hem ek madde 35 hem de ek madde 38. madde kapsamındaki kimselerin kamu görevlisi olduğu hem de bu maddelere konu düzenlemelerin kamu görevlilerinin özlük haklarıyla ilgili olduğu açıklanmıştır. Diğer bir deyişle Anayasa'nın 128. maddesi gereğince; ek 35. madde bakımından üst kademe kamu yöneticilerinin atanmaları, hizmet sürelerinin hesaplanması, yurt dışında görev yapmaları, görevden alınmaları, malî ve sosyal hak ve yardım verilmesi, yükselmeleri, sözleşmeli olarak çalıştırılmaları, tazminat ödenmesi, emeklilik hakları vb. hem de ek 38. madde bakımından ekli (II) sayılı Cetveldeki kadrolarda istihdam edilenlere verilecek tazminat göstergeleri, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanının ek tazminatı, bu tazminatın, ilgili mevzuatı uyarınca en yüksek Devlet memurunun mali ve sosyal hakları bakımından önemi vb. dahil olmak üzere özlük işleri, kanun ile düzenleneceğinden; kanun koyucunun bu yetkisini, anayasal sınırlar içinde kullanması gerekir. İhtilafli ibareler, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı şekilde, kamu görevlileri için getirilen anayasal güvencelerin gereklerini karşılamaksızın; ek 35 ve ek 38. maddelerin uygulanmasında ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye ve uygulamayı yönlendirmeye Cumhurbaşkanlığı yetkili kılmıştır. Oysa bir kamu görevlisi olan ek 35 ve ek 38. maddelere konu kimseler bakımından sayılı hususların kanun düzeyinde belirlenmesi ve idarenin keyfi işlem ve eylemlerine terk edilmemesi gerekirdi. Başka bir anlatımla bu hususların idarenin (monist yapılı yürütme organının başı konumunda bulunan Cumhurbaşkanının himayesindeki Cumhurbaşkanlığının) konusu yapılması; özlük işleri bakımından Anayasa'nın 128. maddesi bağlamındaki (belirlilik ve öngörülebilirlik öğelerini içeren) maddi anlamda kanunilik ilkesini ihlal etmektedir. İptali istenen ibareler, yol açacağı keyfi uygulamalar itibarıyla, bu nedenle Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır (bu açıdan ayrıca bkz. aşağıda "ii" alt başlığı).

ii)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 önkoşullarından 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.

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

Bu nedenle hem ek 35. madde bakımından üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarının, hizmet sürelerinin hesaplanmasının, yurt dışında görev yapmalarının, görevden alınmalarının, malî ve sosyal hak ve yardım verilmesinin, yükselmelerinin, sözleşmeli olarak çalıştırılmalarının, tazminat ödenmesinin, emeklilik haklarının vb. hem de ek 38. madde bakımından ekli (II) sayılı Cetveldeki kadrolarda istihdam edilenlere verilecek tazminat göstergelerinin, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanının ek tazminatının, bu tazminatın, ilgili mevzuatı uyarınca en yüksek Devlet memurunun mali ve sosyal hakları bakımından öneminin vb.; Anayasa'nın 128. maddesinde hüküm altına alınan ve hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılaması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir.

Ancak kanun koyucu tarafından, iptali talep edilen ibarelerin yer aldığı fıkraların hükmüyle ek 35 ve ek 38. maddelerin uygulanmasında ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye ve uygulamayı yönlendirmeye Cumhurbaşkanlığı yetkili kılınmıştır. Ne türden tereddütlerin hasıl olacağı ve uygulamanın nasıl yönlendirileceğine ilişkin kanun düzeyinde bir açıklık bulunmamaktadır. Yine kanun düzeyinde Cumhurbaşkanlığı dolayısıyla Cumhurbaşkanı, bu yetkiler bakımından net, somut, nesnel, açık ve anlaşılabilir bir yetki ile sınırlandırılmamıştır. Bu durum ise Cumhurbaşkanlığına dolayısıyla Cumhurbaşkanıya anılan ek maddeler bakımından keyfi uygulamalara neden olabilecek sınırsız bir takdir yetkisi alanı hazırlamıştır.

Hülasa Cumhurbaşkanlığına bu konularda muğlak bir yetki tanınmasının nedeni, bir hukuk devletinde anlaşılamamakta dahası özlük haklarının liyakat ilkesinin icapları doğrultusunda düzenlenip düzenlenmeyeceği bakımından şüphe uyandırmaktadır.

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

çıkabilecek tereddütleri gidermeye ve uygulamayı yönlendirmeye açıkça kanuni genel çerçeve çizilmeksizin Cumhurbaşkanlığı yetkili kılınmıştır.

Bir an için ek 35. madde ile ek 38. maddenin diğer fıkraların açık ve net olduğu, idareyi sınırlandırdığı ileri sürülürse; “bu maddelerin uygulanmasında ortaya tereddüt çıkması” söz konusu olmayacaktır, dolayısıyla iptali talep edilen ibarelerin yer aldığı fıkraların kanunlaştırılmasına lüzum kalmayacaktır.

Yine idarenin (Cumhurbaşkanlığının) yapacağı düzenlemeleri, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; ek madde 35 ve ek madde 38 kapsamındaki kamu görevlileri bakımından hukuki öngörülebilirlik ilkesini zedelemektedir. O kadar ki; ihtilaflı ibarelerin içerdiği belirsizlik ve öngörülemezlik; keyfi uygulamalara zemin hazırlayacaktır. İdarenin uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, iptali talep edilen ibarelerin yer aldığı fıkraların uygulanmasını sağlamaya ilişkin anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarenin (Cumhurbaşkanlığının) düzenleyici ve dahi birel işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

Bu nedenlerle iptali talep edilen ibareler, Anayasa’nın 2, 123 ve 128. maddelerine aykırıdır.

iii)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa’nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa’nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi’nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarelerin yer aldığı fıkraların hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Cumhurbaşkanlığına); ek 35. madde bakımından üst kademe kamu yöneticilerinin atanmaları, hizmet sürelerinin hesaplanması, yurt dışında görev yapmaları, görevden alınmaları, malî ve sosyal hak ve yardım verilmesi, yükselmeleri, sözleşmeli olarak çalıştırılmaları, tazminat ödenmesi, emeklilik hakları vb. hakkındaki ve ek 38. madde bakımından ekli (II) sayılı Cetveldeki kadrolarda istihdam edilenlere verilecek tazminat göstergeleri, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanının ek tazminatı, bu tazminatın, ilgili mevzuatı uyarınca en yüksek Devlet memurunun mali ve sosyal hakları bakımından önemi vb. hakkındaki düzenlemelerin uygulanmasında ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye ve uygulamayı yönlendirmeye yetki veren yasa hükmü, Anayasa’nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

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

kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir (Anayasa Mahkemesi'nin 09.10.1979 tarihli ve 1979/19 E.; 1979/39 K. sayılı Kararı).

Anayasa'nın 128. maddesinde temelini bulan ve hukuk devletinin ana halkasını oluşturan kanunilik ilkesi ışığında, Anayasa'nın 70. maddesi ele alındığında görüleceği üzere; kamu hizmetine girme hakkının temel bir hak olarak etkililiği, maddenin "Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez" şeklindeki ikinci fıkrasında yer alan "görevin" ibaresinin; kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevin (ve bu görevle bağlantılı olarak "ek 35. madde bakımından üst kademe kamu yöneticilerinin atanmaları, hizmet sürelerinin hesaplanması, yurt dışında görev yapmaları, görevden alınmaları, malî ve sosyal hak ve yardım verilmesi, yükselmeleri, sözleşmeli olarak çalıştırılmaları, tazminat ödenmesi, emeklilik haklarının" vb. ve "ek 38. madde bakımından ekli (II) sayılı Cetveldeki kadrolarda istihdam edilenlere verilecek tazminat göstergeleri, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanının ek tazminatı, bu tazminatın, ilgili mevzuatı uyarınca en yüksek Devlet memurunun mali ve sosyal hakları bakımından öneminin"), kanun düzeyinde liyakat esasının icaplarını karşılayacak ve keyfiliğe yol açmayacak (vatandaşların eşit şekilde kamu hizmetine girme haklarının -ve atanmalarının, kamu hizmetini yerine getirdikleri takdirde alacakları tazminat, mali yardım, emeklilik vb. parasal karşılıkların- idarenin keyfî işlemler tesis etme ihtimaline karşı kanun seviyesinde korunması sağlayacak) biçimde açıklanmasını gerektirir. Zira, kamu hizmeti icra edecek bir personele atanmasının, hizmet sürelerinin hesaplanmasının, yurt dışında görev yapmasının, görevden alınmasının, malî ve sosyal hak ve yardım verilmesinin, yükselmesinin, sözleşmeli olarak çalıştırılmasının, tazminat ödenmesinin, emeklilik hakkının, tazminat göstergesinin, ek tazminatın, mali ve sosyal hakların; görevin gerektirdiği nitelikler dışındaki sebeplere (söz gelimi liyakat ilkesinin esaslarının aksine siyasi saiklere) dayandırılması, Anayasa'nın 70. maddesindeki hakkı etkisiz ve göstermelik hale getirecektir. Aksi bir tutum, diğer bir anlatımla bu hususlar hakkındaki düzenlenmelerin uygulanmasında ortaya çıkabilecek tereddütleri giderme ve uygulamayı yönlendirme yetkisini idarenin (Cumhurbaşkanlığının) keyfî uygulamalarına, objektif şekilde çerçevelenmemiş ve kayırmacılığa neden olabilecek takdir yetkisine bırakmak; anayasal amacın (kamu hizmeti icra edecek personel -atanması, ek göstergesi vd. tüm usul ve esasların- istihdamının dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlamak) bertaraf edilmesine neden olacak, anılan hakkın aynı nitelikte bulunan (koşullara sahip olan) kamu görevlileri bakımından eşit düzeyde güvence altına alınmasına engel oluşturacak ve kamu görevi ifa eden kişilerin liyakat ilkesinin esaslarını karşılayacak biçimde istihdamının (atanmasının, ödeme yapılmasının vd.) önüne, keyfî ve siyasi mülahazalarla alınmış idari kararların çıkarılmasını mümkün kılacaktır. Bunun sonucu olarak; kamu hizmeti yürüten kimselerin istihdamında görevin gerektirdiği niteliklerden başka ayırımların gözetilmesini mümkün kılan belirsiz ve öngörülemez kapsamlı ihtilaflı ibareler, Anayasa'nın 70. maddesine de aykırıdır.

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

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

KHK'nin 37. maddesinde, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadroları ku-rulmuş ve bu kadrolarda görev yapacak kişilerin atanma usul ve esasları düzenlenmiştir. Anılan mad-denin (2) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzman Yardımcılığına atanmanın koşulları; (3) nu-maralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığına atanmanın koşulları ile bu koşulları yerine getire-meyen Uzman Yardımcılarının bu unvanlarını kaybedecekleri ve Bakanlıkta durumlarına uygun kad-rolara atanacakları; (4) numaralı

fıkrasında ise Gümrük ve Ticaret Uzmanı ile Uzman Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavı ile diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında "Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kal-mak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hak-ları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler..."ın kanun hükmünde karar-namelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın "Kamu hizmetlerine girme hak-kı" başlıklı 70. maddesinin birinci fıkrasında, her Türk'ün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip ol-duğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın "Siyasi Haklar ve Ödev-ler" başlıklı dördüncü bölümünde yer alan ve 70. maddesinde korunan kamu hizmetlerine girme hak-kına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

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

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

v)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 "... Buna göre, (Telekomünikasyon) Kurum'da çalışan memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemelerin Bakanlar Kurulu'na bırakılması, Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır. Bu nedenle kuralın iptali gerekir..." şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 tarihli ve 2002/35 ve 2002/95 sayılı Kararı).

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 128. maddesine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen ibareleri kanunlaştırmaması, 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.

Bu noktada şunu belirtmek gerekir ki kanun koyucunun, Anayasa'ya aykırı olduğuna Anayasa Mahkemesince karar verilmiş düzenlemeleri, defaatle kanunlaştırmaması; hukuk devleti ilkesinin aşındırıldığının somut bir görünümüdür.

vi)Eşitlik ilkesi bakımından: İptali talep edilen ibareler uyarınca ek 35. madde bakımından üst kademe kamu yöneticilerinin atanmaları, hizmet sürelerinin hesaplanması, yurt dışında görev yapmaları, görevden alınmaları, malî ve sosyal hak ve yardım verilmesi,

yükselmeleri, sözleşmeli olarak çalıştırılmaları, tazminat ödenmesi, emeklilik hakları vb. hakkındaki ve ek 38. madde bakımından ekli (II) sayılı Cetveldeki kadrolarda istihdam edilenlere verilecek tazminat göstergeleri, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanının ek tazminatı, bu tazminatın, ilgili mevzuatı uyarınca en yüksek Devlet memurunun mali ve sosyal hakları bakımından önemi vb. hakkındaki düzenlemelerin uygulanmasında ortaya çıkabilecek tereddütleri giderme ve uygulamayı yönlendirme yetkisinin sınırsız biçimde idarenin uhdesine bırakılması, aynı nitelikte bulunan (koşullara sahip olan) ek 35 ve ek 38. maddelere konu kamu görevlileri arasında idare tarafından kayırma/ayırımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibareler, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır.

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).

Ne var ki, iptali talep edilen ibarelerin idareye verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, idare tarafından söz gelimi, aynı nitelikte bulunan (koşullara sahip olan) kamu görevlilerinin siyasi saiklerle kamu görevinden alınmalarına, farklı emeklilik koşulları oluşturulmasına tazminat göstergelerinin yahut mali ve sosyal hakların farklı biçimde hesaplanmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Başka bir anlatımla, ek 35. madde bakımından üst kademe kamu yöneticilerinin atanmaları, hizmet sürelerinin hesaplanması, yurt dışında görev yapmaları, görevden alınmaları, malî ve sosyal hak ve yardım verilmesi, yükselmeleri, sözleşmeli olarak çalıştırılmaları, tazminat ödenmesi, emeklilik hakları vb. hakkındaki ve ek 38. madde bakımından ekli (II) sayılı Cetveldeki kadrolarda istihdam edilenlere verilecek tazminat göstergeleri, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanının ek tazminatı, bu tazminatın, ilgili mevzuatı uyarınca en yüksek Devlet memurunun mali ve sosyal hakları bakımından önemi vb. hakkındaki düzenlemelerin uygulanmasında ortaya çıkabilecek tereddütleri giderme ve uygulamayı yönlendirme yetkisinin idareye bırakılması, uygulamada aynı durumda bulunan kişi kategorileri arasında haklı nedene dayanmayan ve keyfi muamele farklılıklarına yol açacaktır. İptali istenen ibarelerin aynı durumda bulunan ek 35 ve ek 38. maddelere konu kamu görevlileri arasında muamele farklılığına yol açabileceği hasebiyle kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğunun tespiti için, ihtilaflı ibarelerin haklı gerekçeye dayanmayan muamele farklılığını yalnızca olası kıldığıının tespiti yeterli addedilmek gerekir. Bu nedenle anılan ibareler, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

vii) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile çalışma hakkı bakımından: Anayasa'nın 2 ve 5. maddelerinde yer alan sosyal devlet ilkesinin bir görünümü, Anayasa'nın 49. maddesinde güvencelenen çalışma hakkıdır. Diğer bir deyişle herkese hak ve ödev olarak tanınan çalışma hakkı, Devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir. Devlet, herkes için uygun bir çalışma ortamı hazırlamalıdır. Çalışma hakkının eşit biçimde tanınması ve uygun bir çalışma ortamının sağlanması, istihdama ilişkin atanma, görevden

alınma, emeklilik, tazminat, mali ve sosyal yardım vd. tüm usul ve esasların hakkaniyetin ve hukukun gereklerini karşılayan biçimde belirlenmesiyle mümkündür. Ancak iptali talep edilen ibarelerin bu hususlara ilişkin düzenlemelerin uygulanmasında ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye ve uygulamayı yönlendirmeye temel çerçeve çizmeksizin Cumhurbaşkanlığını yetkili kılması; ek 35 ve ek 38. maddelere konu kamu görevlileri bakımından belirsiz uygulamalara; çalışma hakkı bakımından Devletin pozitif yükümlülüğünü ifa edememesine neden olacaktır. Zira idare (Cumhurbaşkanlığı), keyfi biçimde, demokratik toplum düzeniyle ve ölçülülük ilkesiyle bağdaşmayacak biçimde bazılarının üst kademe kamu yöneticisi olarak atayabilecek bazılarını görevden alacak, bazı kamu görevlilerinin tazminatlarını farklı biçimde hesaplayacak ve mali ve sosyal yardımlarını arttıracak, bazılarının ifa ettikleri görevin karşılığını almalarının önüne geçebilecek yahut iş yapmayan bir kimseye yüksek meblağlar verilmesine neden olacaktır. Halbuki burada çalışma hakkının temini, çalışma neticesinde uygun özlük haklarının verilmesidir. Başka bir anlatımla anılan ek madde 35 ve ek madde 38 kapsamında istihdam edilen üst kademe kamu yöneticileri ile kamu görevlileri bakımından çalışma hakkının kullanılması (ve çalışma hakkının kullanımı neticesinde uygun bir nakdi karşılık alınması) için gerekli ortam ve fırsat eşitliği hazırlanamayacaktır. Kanun koyucu, bu hususu kanun düzeyinde tespit etmemek suretiyle; maddi anlamda kanunilik, demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük ilkelerine aykırı olacak şekilde, anılan hakka keyfi idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır. Bu nedenle anılan ibareler, Anayasa'nın 2, 5, 13 ve 49. maddelerine aykırıdır.

viii)Çalışma barışı bakımından: Anayasa'nın 2 ve 5. maddeleriyle Devlet için öngörülen “sosyal devlet” niteliğinin bir görünümü, Anayasa'nın 49. maddesiyle Devlete yüklenen çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğüdür. Anayasa Mahkemesi, “Anayasa'nın 49. maddesine göre, çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlete karşı ileri sürülecek bu hak, bireylere zorlama yetkisi ve yaptırımı vermemiştir. Devlet, olanakları ölçüsünde, yeterli örgütler kurarak iş bulmayı kolaylaştırıp sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Devletin herkese iş verme, herkesi işe yerleştirme zorunluluğu bulunmamaktadır. İşsizliği önlemek amacıyla yapacağı çalışmalarla Devlet, öncelikle kamu sektöründe iş vermek yolunu izleyecek, bu nedenle de yasal düzenlemeler yapacaktır.” şeklinde hüküm kurmak suretiyle; Anayasa'nın 49. maddesinin kapsama alanında özel sektörün yanı sıra kamu sektörünün de değerlendirileceğine işaret etmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 19.12.1989 tarihli ve 1989/14 ve 1989/49 sayılı Kararı). O halde Devlet, hem özel sektörde hem de kamu sektöründe çalışma barışını sağlamalıdır. Ancak maddi anlamda kanuna tekabül etmeyen iptali talep edilen ibareler; üst kademe kamu yöneticileri ile kamu görevlileri arasında çalışma barışının bozulmasına neden olacaktır. Zira tüm personel; ek 35. madde bakımından üst kademe kamu yöneticilerinin atanmaları, hizmet sürelerinin hesaplanması, yurt dışında görev yapmaları, görevden alınmaları, malî ve sosyal hak ve yardım verilmesi, yükselmeleri, sözleşmeli olarak çalıştırılmaları, tazminat ödenmesi, emeklilik hakları vb. hakkındaki ve ek 38. madde bakımından ekli (II) sayılı Cetveldeki kadrolarda istihdam edilenlere verilecek tazminat göstergeleri, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanının ek tazminatı, bu tazminatın, ilgili mevzuatı uyarınca en yüksek Devlet memurunun mali ve sosyal hakları bakımından önemi vb. hakkındaki düzenlemelerin liyakat ilkesinin gereklerini karşılayacak biçimde belirlenmediğinin ve bazı kimselerin hak etmediği halde özlük haklarına sahip olduğunun bilincinde olacaktır. Çalışma barışının bozulması; üst kademe kamu yöneticileri ile kamu görevlilerinin çalışma motivasyonlarının düşmesine; ilgilerini başka alanlara yöneltmelerine; sorumluluklarını yeteri kadar yerine getirememelerine ve kamu hizmetlerinin yürütülmesinin aksamasına sebep olabilecektir. Bu nedenle iptali talep edilen ibareler, Anayasa'nın 2, 5 ve 49. maddelerine de aykırıdır.

ix) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile mülkiyet hakkı bakımından: İptali talep edilen ibareler ek 35. madde bakımından üst kademe kamu yöneticilerinin atanmaları, hizmet sürelerinin hesaplanması, yurt dışında görev yapmaları, görevden alınmaları, malî ve sosyal hak ve yardım verilmesi, yükselmeleri, sözleşmeli olarak çalıştırılmaları, tazminat ödenmesi, emeklilik hakları vb. hakkındaki ve ek 38. madde bakımından ekli (II) sayılı Cetveldeki kadrolarda istihdam edilenlere verilecek tazminat göstergeleri, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanının ek tazminatı, bu tazminatın, ilgili mevzuatı uyarınca en yüksek Devlet memurunun mali ve sosyal hakları bakımından önemi vb. hakkındaki düzenlemelerin içinde hangi isimle adlandırılırsa adlandırılırsın birtakım nakdi karşılıklar, ödemeler de yer almaktadır. Bu nakdi ödemeler ise mülkiyet hakkı kapsamında kalmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu türden nakdi karşılıkların, ödemelerin mülkiyet hakkının konusunu teşkil ettiğine delalet etmiştir. (Anayasa Mahkemesi’nin 09.11.2022 tarihli ve 2018/123 E.; 2022/138 K. sayılı Kararı):

“226. Dava konusu kural, TÜBİTAK personelinin ücret cetvelleri ile personel performans değerlendirme kriterleri kapsamında yapılacak ödemelerin Başkanlığın önerisi üzerine görüşülerek karara bağlanmasını Yönetim Kurulunun görevi olarak düzenlemektedir. Kural, ücret cetvelleri ile performans değerlendirme kriterlerine göre gerçekleştirilecek ödemelerin belirlenmesini Yönetim Kuruluna bırakmaktadır.

227. TÜBİTAK personelinin ücret cetvelleri ile personel performans değerlendirme kriterleri kapsamında yapılacak ödemelerin Başkanlığın önerisi üzerine görüşülerek karara bağlanmasını Yö-netim Kurulunun görevi sayan kural, yürütme yetkisine ilişkin bir konuyu düzenlemektedir.

228. 278 sayılı Kanun’un 17. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde diğer kanunlar-daki düzenleme ve kısıtlamalara tabi olunmaksızın toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunanlar dışın-daki Kurum personeline ödenecek aylık net ücretin, toplu iş sözleşmesi kapsamındaki personele öde-nen ve Yönetim Kurulu tarafından referans olarak belirlenen göreve karşılık gelen pozisyona yapılan ödemelerin iki katını; bu Kanun’un 19. maddesi uyarınca Kurumda görevlendirilen kişilere yapılacak aylık net ödemenin ise toplu iş sözleşmesi kapsamındaki personele ödenen ve Yönetim Kurulu tarafın-dan referans olarak belirlenen göreve karşılık gelen pozisyona yapılan ödemeleri geçmemek üzere Yö-netim Kurulu tarafından belirleneceği belirtilmiştir. Söz konusu fıkranın son cümlesinde ise Yönetim Kurulunun bu madde uyarınca yapılacak ödemelere ilişkin usul ve esasları belirlemeye, ücretin bir kısmını performansa bağlamaya yetkili olduğu hükme bağlanmıştır.

229. Anılan hüküm toplu iş sözleşmesi kapsamı dışında kalan personel ile Kurumda görevlen-dirilen personele yapılacak ödemelerin üst sınırını tespit etmekte ve bu üst sınırı aşmamak kaydıyla yapılacak ödemenin belirlenmesini Yönetim Kuruluna bırakmaktadır. Bunun yanında ödemelere iliş-kin usul ve esasların belirlenmesi ile ödemelerin bir kısmının performansa bağlanması konusunda yet-kiyi Yönetim Kuruluna tanımaktadır.

230. Dava konusu kural ise ücret cetvelleri ile personel performans değerlendirme kriterlerine göre gerçekleştirilecek değerlendirmeler kapsamında yapılacak ödemelerin Yönetim Kurulu tarafın-dan belirleneceğini düzenlemektedir. Personele ödenecek ücret ve performans değerlendirmesine göre ödeme, söz konusu kişilere ekonomik menfaat temin etmeyi içerdiğinden “mülkiyet hakkı” kapsamın-dadır. Bu nedenle kural, Anayasa’nın İkinci Kısım İkinci Bölümü’nde yer alan mülkiyet hakkına ilişkin bir düzenleme içerdiğinden

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca CBK ile düzenlenemeyecek yasak alan içinde kalmaktadır.

231. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesine aykırı görülerek iptal edildiğinden kuralın ayrıca konu bakımından yetki yönünden aynı fıkranın üçüncü ve dördüncü cümleleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

Kural, konu bakımından yetki yönünden Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesine aykırı görülerek iptal edildiğinden içerik yönünden incelenmemiştir.”

Ancak iptali talep edilen ibarelerle bu türden nakdi karşılıkların, ödemelerin; kanunilik ilkesinin aksine, keyfi uygulamalara neden olabilecek ve nesnel ölçütlerle sınırlandırılmayan takdir yetkisine istinaden Cumhurbaşkanlığınca belirlenmesi, mülkiyet hakkına müdahale niteliğindedir.

Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi 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).

Yukarıda defaatle açıklandığı üzere Cumhurbaşkanlığına iptali talep edilen ibareler nedeniyle sınırsız biçimde, net ölçüt olmaksızın ek 35. madde bakımından üst kademe kamu yöneticilerinin atanmaları, hizmet sürelerinin hesaplanması, yurt dışında görev yapmaları, görevden alınmaları, malî ve sosyal hak ve yardım verilmesi, yükselmeleri, sözleşmeli olarak çalıştırılmaları, tazminat ödenmesi, emeklilik hakları vb. hakkındaki ve ek 38. madde bakımından ekli (II) sayılı Cetveldeki kadrolarda istihdam edilenlere verilecek tazminat göstergeleri, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanının ek tazminatı, bu tazminatın, ilgili mevzuatı uyarınca en yüksek Devlet memurunun mali ve sosyal hakları bakımından önemi vb. hakkındaki düzenlemelerin uygulanmasında ortaya çıkabilecek tereddütleri giderme ve uygulamayı yönlendirme yetkisi tanındığından, üst kademe kamu yöneticilerinin ve kamu görevlilerinin mülkiyet hakkına kanunilik ilkesinin hilafına müdahale edilmekte; Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan sınırlamanın sınırlarının gerekleri karşılanmamaktadır. Bu nedenlerle iptali talep edilen ibareler, Anayasa'nın 13 ve 35. maddelerine aykırıdır.

x)Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırılık: Anayasa'nın 104. maddesinde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sayılmıştır. Bu görev ve yetkiler arasında “ek 35. madde bakımından üst kademe kamu yöneticilerinin atanma-ları, hizmet sürelerinin hesaplanması, yurt dışında görev yapmaları, görevden alınmaları, malî ve sosyal hak ve yardım verilmesi, yükselmeleri, sözleşmeli olarak çalıştırılmaları, taz-minat ödenmesi, emeklilik hakları vb. hakkındaki ve ek 38. madde bakımından ekli (II) sayılı Cetveldeki kadrolarda istihdam edilenlere verilecek tazminat göstergeleri, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanının ek tazminatı, bu tazminatın, ilgili mevzuatı uyarınca en yüksek Devlet memurunun mali ve

sosyal hakları bakımından önemi vb. hakkındaki düzen-lemelerin uygulanmasında ortaya çıkabilecek tereddütleri giderme ve uygulamayı yönlendirme” görev ve yetkisi sayılmadığı gibi; iptali talep edilen ibarelere konu 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 kuvvet-ler ayrılığı ilkesini ve 6. maddesinde yer alan hiçbir organın kaynağını Anayasa’dan almayan bir devlet yetkisi kullanmamasına 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 ibarelere konu öz-lük haklarına ilişkin düzenlemelerin uygulanmasında ortaya çıkabilecek tereddütleri giderme ve uygulamayı yönlendirme hususunun açıklandığı üzere mülkiyet hakkının kapsamında kaldığı gözetildiğinde; Cumhurbaşkanı tarafından bu hususlarda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi de çıkarılamaz. Bu nedenlerle iptali talep edilen ibareler, Ana-yasa’nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırıdır.

xi)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 ibareler, yukarıdaki başlıklarda aykırı olduğu gösterilen temel haklara ilişkin anayasal düzenlemelerin muadilleri olarak, çalışma hakkına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 23.; (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı’nın 1. maddelerini; Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu ILO Sözleşmelerini ; adil çalışma koşullarına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 23.; (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı’nın 3 ve 22. maddeleri; ILO’nun 94 No’lu Çalışma Şartları (Kamu Sözleşmeleri) Sözleşmesi ile 151 No’lu Çalışma İlişkileri (Kamu Hizmeti) Sözleşmesi’ni; mülkiyet hakkına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Ek 1 No’lu Protokolü’nü ihlal ettiğinden Anayasa’nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7491 sayılı Kanun’un 77. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin ek 35. maddesine eklenen fıkra da yer alan “Cumhurbaşkanlığı yetkilidir” ibaresi ile 79. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 38. maddesine eklenen fıkra da yer alan “Cumhurbaşkanlığı yetkilidir” ibaresi, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 35, 49, 70, 90, 104, 123, 128 ve 153. maddelerine aykırıdır; anılan ibarelerin iptali gerekir.

17) 27.12.2023 tarihli ve 7491 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 83. maddesiyle 06.09.2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma ve Altyapı Alanına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 28. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (b) bendinde yer alan “Hangi hallerde uygulanacağını ve miktarını açıkça belirtmek kaydıyla” ibaresi ile “idari para cezası uygulaması öngörmek” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

7491 sayılı Kanun’un 83. maddesiyle 06.09.2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma ve Altyapı Alanına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin “Ortak görevler ve hükümler” kenar başlıklı 28. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi değiştirilmiştir. Değişik (b) bendine göre Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı hizmet birimleri sorumluluk alanlarıyla ilgili olarak hazırladıkları ve Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle yürürlüğe konulan Bakanlık idari düzenlemelerinde, bu düzenlemeleri ihlal edecek hizmet

üretenler ile hizmetten yararlananlar için; hangi hallerde uygulanacağını ve miktarını açıkça belirtmek kaydıyla; Tersaneler ve Kıyı Yapıları Genel Müdürlüğü bir milyon Türk lirasına kadar, Ulaştırma Hizmetleri Düzenleme Genel Müdürlüğü ve Denizcilik Genel Müdürlüğü beş milyon Türk lirasına kadar idari para cezası uygulaması öngörmek ve ihlal edenlere belirlenen miktarda idari para cezası karar tutanağı düzenlemek veya düzenletmekle görevli ve yetkilidirler. Ancak hizmet üretenler ile hizmetten yararlananların muhatabı olduğu idari para cezalarının uygulanacağı haller ile miktarını tespit etme yetkisini idareye bırakan iptali talep edilen ibareler, Anayasa'ya aykırıdır.

i)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 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.

Anılan değişik (b) bendine göre Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı hizmet birimleri sorumluluk alanlarıyla ilgili olarak hazırladıkları ve Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle yürürlüğe konulan Bakanlık idari düzenlemelerinde, bu düzenlemeleri ihlal edecek hizmet üretenler ile hizmetten yararlananlar için; hangi hallerde uygulanacağını ve miktarını açıkça belirtmek kaydıyla; Tersaneler ve Kıyı Yapıları Genel Müdürlüğü bir milyon Türk lirasına kadar, Ulaştırma Hizmetleri Düzenleme Genel Müdürlüğü ve Denizcilik Genel Müdürlüğü beş milyon Türk lirasına kadar idari para cezası uygulaması öngörmek ve ihlal edenlere belirlenen miktarda idari para cezası karar tutanağı düzenlemek veya düzenletmekle görevli ve yetkilidirler.

Kanun koyucu iptali talep edilen ibarelerle hizmet üretenler ile hizmetten yararlananlara uygulanacak idari para cezalarını gerektirir halleri ve miktarını belirleme yetkisini büsbütün idarenin uhdesine bırakmış; sadece idari para cezasının üst limitini (Tersaneler ve Kıyı Yapıları Genel Müdürlüğü'nün uygulayacağı idari para cezaları bakımından bir milyon Türk lirasına kadar; Ulaştırma Hizmetleri Düzenleme Genel Müdürlüğü ve Denizcilik Genel Müdürlüğü'nün uygulayacağı idari para cezaları bakımından beş milyon Türk lirasına kadar) tespit etmekle yetinmiştir. Kademeli olarak idari para cezası gerektirir haller sıralanmamıştır. Yine hangi hal için ne kadarlık bir idari para cezası uygulanacağı, tekrür ve pişmanlık gibi hafifletici ve

ağırlaştırıcı nedenler belirsizdir. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi'nin imar mevzuatı hakkında aşağıda bahsi geçen kararında da belirtildiği üzere; idari para cezasının alt ve üst limitinin kanun düzeyinde gösterilip; hangi fiile ne kadar idari para cezası tatbik edildiğinin kanun düzeyinde belirlenmemesi, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık oluşturur.

Başka bir anlatımla kanun koyucu iptali talep edilen “hangi hallerde uygulanacağını ve miktarını açıkça belirtmek kaydıyla” şeklindeki ibarede, sarahat vurgusu yapmıştır. Ancak idari para cezası uygulanacak halleri ve miktarını tespit etme yetkisinin idarenin uhdesine bırakılması, bu vurguyu uygulamada karşılıksız bırakmaktadır. Zira kanun koyucu, idari para cezasının muhatapları bakımından öngörülebilirlik sağlayan genel çerçeveyi kanun düzeyinde çizmemiştir. İdare, idari para cezası uygulanacak halleri ve miktarını tespit etme yönünden nesnel, net, açık, anlaşılabilir bir ölçütle kayıtlanmadığından ve sınırsız bir takdir yetkisine sahip olduğundan; iptali talep edilen ibarelerin yer aldığı bende konu haller ve miktarı son tahlilde keyfi biçimde belirleyecek dolayısıyla idari para cezasına konu hallerin içeriğini ve miktarını her bir somut olay bakımından nesnel ölçütlere dayanmayarak, farklı biçimlerde doldurabilecektir.

Diğer bir söyleyişle Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı hizmet birimleri sorumluluk alanlarıyla ilgili olarak hazırladıkları ve Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle yürürlüğe konulan Bakanlık idari düzenlemelerinde, bu düzenlemeleri ihlal edecek hizmet üretenler ile hizmetten yararlananlar için; Tersaneler ve Kıyı Yapıları Genel Müdürlüğü bir milyon Türk lirasına kadar, Ulaştırma Hizmetleri Düzenleme Genel Müdürlüğü ve Denizcilik Genel Müdürlüğü beş milyon Türk lirasına kadar uygulanacak idari para cezası gerektirir hallerin ve miktarının; hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılaması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu, -anayasal ilkelerin aksine- bu hallerin ve miktarın nesnel ve somut ölçütlere istinaden tespit edilmesi hakkında tamamen sessiz kalmış, bu konuyu idarenin uhdesine bırakmıştır. O kadar ki; ihtilaflı ibarelerin yer aldığı bendin içerdiği belirsizlik ve öngörülemezlik nedeniyle; uygulamada aynı türden eylemlerde bulunan hizmet üretenler ile hizmetten yararlananların hallerinin suçların maddi unsurunu oluşturup oluşturmadığı, oluşturuyor ise verilecek idari para cezasının miktarı keyfi şekilde kabul edilecektir.

Kanun koyucu, iptali talep edilen ibarelerin yer aldığı bentte-kanunilik ilkesinin aksine-idareyi net biçimde sınırlandırmamak suretiyle; idari para cezasına konu halleri ve miktarı idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerinin düzenleme alanının konusu yapmış; -maddi anlamda- kanuni dayanaktan yoksun bırakmıştır. Kanun düzeyinde idareyi kayıtlayacak nesnel ölçütlerle belirlenmesi gereken; idari para cezasına konu halleri ve miktarı, idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine tevdi eden ve yukarıda tanımlandığı anlamda maddi anlamda kanunilik ilkesinin gereklerini yerine getirmeyen ihtilaflı ibareler, Anayasa'nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

Diğer bir söyleyişle; idari para cezasına konu hallerin hangi eylemlerle sübut edeceği ve miktarın neye göre belirleneceği; hukuki işlem olarak (maddi anlamda kanun niteliğini de haiz olan) bir kanun ile açıkça ortaya konulmamıştır. Bu nedenle idarenin yapacağı düzenlemeleri, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; hizmet üretenler ile hizmetten yararlananların idari para cezalarına muhatap kılınması bakımından hukuki öngörülebilirlik ilkesini zedelemektedir. İdarenin uhdesine sınırları belirsiz, aşırı ölçüde geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan 28. maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin anayasal işlevinin

ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarenin (düzenleyici ve dahi birel) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

Bu nedenlerle iptali talep edilen ibareler, Anayasa'nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

ii)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından; Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre, yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarelerin yer aldığı bent hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Bakanlığa, Tersaneler ve Kıyı Yapıları Genel Müdürlüğü ile Ulaştırma Hizmetleri Düzenleme Genel Müdürlüğü ve Denizcilik Genel Müdürlüğü'ne); idari para cezası uygulanacak halleri ve uygulanacak idari para cezasının miktarını tespit etme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

iii)Hukuk devleti ilkesi ile suç ve cezaların kanuniliği ilkesi bakımından: Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılama koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Asıl olan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır. AİHM de, hukuk devletinin ön koşullarından olan hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkeleri uyarınca; hukuk normlarının erişilebilir, öngörülebilir ve hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmaları gerektiğini ifade etmektedir (AİHM, Ürper ve Diğerleri/Türkiye, 20 Ocak 2010, başvuru no: 14526/07, §28). Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz"; üçüncü fıkrasında da "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur." denilerek "suç ve cezanın kanuniliği" ilkesi getirilmiştir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından disiplin cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir (Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2015 tarihli ve 2014/100 E.; 2015/6 K. sayılı Kararı).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 7. maddesi de, suçta ve cezada kanunilik ilkesini güvencelemektedir (AİHM, Kokkinakis/Yunanistan, 25 Mayıs 1993, başvuru no : 14307/88 § 52). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 7. maddesi uyarınca, kovuşturma ve mahkumiyete yol açan eylemin icra edildiği tarihte, ilgili eylemi cezalandırılabilir kılan kanuni bir düzenlemenin bulunmasının ve verilen cezanın da ilgili düzenleme tarafından belirlenmiş sınırları aşmamasının gerektiğini belirtmektedir (AİHM, Del Río Prada/İspanya, 21 Ekim 2013, başvuru no: 42750/09, § 80). Suçların kanuniliği ilkesi, suçun kanun tarafından açıklıkla tanımlanmasını gerektirir (AİHM, Cantoni/Fransa, 15 Kasım 1996, başvuru no: 17862/91, § 29). Sözleşme'nin 7. maddesindeki "hukuk" sözcüğü, ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik niteliklerini içerir. Bu itibarla; kişi, gerektiğinde mahkemelerce yapılan yorumların da yardımıyla, ilgili düzenlemenin lafzından, hangi eylem ve ihmallerin cezai sorumluluğunu doğuracağını ve söz konusu eylem ya da ihmal sebebiyle

hangi cezaya hükmedileceğini bilebilmelidir (AİHM, Kafkaris/Kıbrıs, 12 Şubat 2008, başvuru no: 21906/04, § 140).

Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, idari suç ve cezalar bakımından da geçerlidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu hususu vurgulamıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 11.11.2021 tarihli ve 2019/110 E.; 2021/85. K. sayılı Kararı):

“15. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti; eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuki güvenliği sağlayan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

16. Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri belirliliktir. Bu ilkeye göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına imkân tanımaması gerekir. Belirlilik ilkesi; hukuksal güvenlikle bağlantılı olup bireyin, kanundan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır.

17. Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz.” denilerek suçun kanuniliği ilkesi; üçüncü fıkrasında da “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.” ifadesine yer verilerek cezanın kanuniliği ilkesi getirilmiştir. Anayasa'nın anılan maddesinde yer alan suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belirli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri gerektiği düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

18. Anayasa'nın anılan maddesinde idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından her ikisi de bu maddede öngörülen ilkelere tabidir. Adli ve idari suçlarda davranış normlarına aykırı ve haksızlık teşkil eden bir fiille, kanun koyucunun koruma altına aldığı bir hukuki değerin ihlali söz konusu olup adli ve idari cezaların her ikisi de cebir içermektedir (AYM, E.2015/85, K.2016/3, 13/1/2016, §13).

19. Korunan hukuki değer ile ihlalin neden olduğu hukuki sonuçların aynı olmaması ise idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasındaki temel farklılığı oluşturmaktadır. Adli para cezalarından daha yüksek miktarlarda idari para cezalarının verilebilmesine imkân tanıyan düzenlemeler de bulunmakla birlikte adli suçlar için öngörülen cezaların idari suçlar için öngörülen cezalardan genellikle daha ağır olması, hürriyeti bağlayıcı cezaların kural olarak adli suçlar yönünden geçerli olması, idari suçlarda kanun koyucunun daha az önem atfettiği bir hukuki değerin ihlal edilmesi ve öngörülen yaptırımın da genellikle idari bir makam tarafından idari usuller izlenerek uygulanması nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkelerin aynı boyut ve kapsamıyla idari suçlara da uygulanması, işin mahiyetine uygun düşmemektedir. Yasama organının ağır işleyen yapısı ile ekonomik ve teknik hayatın hızla değişen ve gelişen şartları gözetilerek, suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin idari suçlar yönünden daha esnek uygulanması gerekmektedir (AYM, E.2015/85, K.2016/3, 13/1/2016, §14).

...

21. Anayasa Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği üzere idari nitelikteki suçların kanunda belirlenerek karşılığında cezasının gösterilmiş olması yeterli olup suç sayılan eylemler ve cezası, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek şekilde kanunda gösterildikten sonra yasama organının uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin konularda alınacak önlemlerin kamu hizmetlerinin ve toplumsal ihtiyaçların değişkenliği çerçevesinde duyulan gereksinmelere uygunluğunu sağlamak amacıyla yürütme organına yetki vermesi idari kararlarla suç ihdası ve dolayısıyla kanunilik ve belirlilik ilkesinin ihlali anlamına gelmemektedir (benzer yöndeki bir karar için bkz. AYM, E.2018/30, K.2018/94, 25/9/2018, §15). Ayrıca, Anayasa Mahkemesinin 31/5/2017 tarihli ve E.2017/103, K.2017/108 sayılı kararında da ifade edildiği gibi düzenleyici idari yaptırımlarda, yaptırımın uygulanacağı belirli, özel bir alan olduğundan kanunla çizilen çerçevenin genel olması belirlilik ilkesine aykırılık oluşturmaz (§19)’’

O halde hukuk devleti ilkesinin somut bir görünümü olan suç ve cezaların kanuniliği ilkesi karşısında; hizmet üretenler ile hizmetten yararlananlara uygulanacak idari para cezası gerektirir halleri ve idari para cezası miktarları, kanun düzeyinde net bir biçimde ortaya konulmalıdır. Ancak iptali talep edilen ibarelerin yer aldığı bentte idari para cezası gerektirir hallere ve idari para cezasının miktarına dair herhangi bir emare dahi bulunmamaktadır. Kanun düzeyinde idareyi kayıtlayacak nesnel, net, açık ve anlaşılabilir ölçüt öngörülmeyle (söz gelimi hizmet üretenler ile hizmetten yararlananlara ilgili kanunlarınca yüklenen yükümlülüklerin ihlali halinde verilecek idari para cezaları, kademeli olarak açıkça belirlenmeyerek); herhangi bir eylemin, işin yahut işlemin idari para cezası gerektirir bir nitelikte olduğunu ve buna verilecek idari para cezası tutarını tespit etmek, idarenin sınırsız takdir yetkisine bırakılmaktadır. İhtilaflı ibareler; yarattığı belirsizlik ve öngörülemezlikle, bu iki kavramı asgari öğeleri olarak içeren hukuk devleti ile suç ve cezaların kanuniliği ilkeleriyle keskin bir tezat içerisinde bulunmaktadır. İptali talep edilen ibareler, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin aksine; bir eylemin, işin yahut işlemin idari para cezası gerektirir bir nitelikte olduğunu ve buna verilecek idari para cezası tutarını belirleme yetkisini idarenin keyfi takdirine bıraktığından; Anayasa’nın 2 ve 38. maddelerine aykırıdır.

iv)Eşitlik ilkesi bakımından: Bir eylemin, işin yahut işlemin idari para cezası gerektirir bir nitelikte olduğunu ve buna verilecek idari para cezası tutarını tespit etme yetkisinin sınırsız biçimde idarenin uhdesine bırakılması, aynı içerikte ve aynı usulde eylemde bulunan hizmet üretenler ile hizmetten yararlananlar arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden, anılan ibareler, Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir ‘‘haklı neden’’in var olup olmadığına göre yapılır.

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).

Ne var ki, iptali talep edilen ibarelerin idareye verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, idare tarafından aynı nitelikte eylemde yahut işlemde bulunan hizmet üretenler ile hizmetten yararlananlardan bazılarının idari para cezasına muhatap kılınıp bazılarının idari para cezası verilmemesine yahut aynı haldeki bir hizmet üretene / hizmetten yararlanana yüksek miktarda idari para cezası uygulanıp bazısına daha düşük miktarda idari para cezası uygulanmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Başka bir anlatımla, iptali talep edilen ibarelerle hizmet üretenler ile hizmetten yararlananlara uygulanacak idari para cezası gerektirir halleri ve idari para cezası miktarlarını tespit etme yetkisinin idareye bırakılması, uygulamada aynı nitelikteki eylemde bulunan kişi kategorileri arasında haklı nedene dayanmayan ve keyfi muamele farklılıklarına yol açacaktır. İptali istenen ibarelerin aynı nitelikteki ve aynı usulde eylemde, işlemde, işte bulunan muhataplar arasında muamele farklılığına yol açabileceği hasebiyle kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğunun tespiti için, ihtilaflı ibarelerin haklı gerekçeye dayanmayan muamele farklılığını yalnızca olası kıldığının tespiti yeterli addedilmek gerekir. Bu nedenle anılan ibareler, Anayasa’nın 10. maddesine aykırıdır.

v)Erkler 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 konularıyla benzer bir hüküm ihtiva eden düzenleme hakkında verdiği iptal kararında:

“A- Anlam ve Kapsam

İmar mevzuatına göre yapılar ruhsata tabidir. Ruhsatı vermekle yetkili kamu idaresinin bil-gisi ve izni dışında yapı yapılması olanağı bulunmamaktadır. 3194 sayılı Yasa’nın itiraz konusu kura-lı da içeren 'Ceza hükümleri' başlıklı 42. maddesinin birinci fıkrasında, ruhsat alınmadan, ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının yapı sahibine ve müteahhidine, istisnalar dışında özel parselasyon ile hisse karşılığı belirli bir yer satan ve alana 500 000 liradan 25 000 000 li-raya kadar para cezası verileceği, ayrıca fenni mesule bu cezaların 1/5'inin uygulanacağı; üçüncü fık-rasında, belirtilen eylemlerin tekrarı halinde para cezalarının bir katı artırılarak, dördüncü fıkrasın-da ise cezaların ilgisine göre doğrudan doğruya belediyeler veya en büyük mülki amir tarafından uygulanacağı öngörülmüştür.

Maddede yazılı imar para cezalarının yıllara göre artışı, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298/B maddesi uyarınca tespit ve ilan edilen 'yeniden değerlendirme oranına' bağlanmıştır.

Yasayla her kişiye veya olaya özgü ceza tutarlarının belirlenmesinin mümkün olmaması ne-deniyile cezaların bireyselleştirilmesi için yasakoyucu cezayı alt ve üst sınırlarını göstermekte, ancak bu iki sınır arasında bir ceza belirleme konusunda da yargıca veya idareye

takdir yetkisi verebilmek-tedir. İdari para cezaları yargı organlarınca yapılan yargısal denetim sonucunda yargı kararlarıyla verilen adli para cezalarından farklı niteliktedir.

İtiraz konusu kuralda, alt ve üst sınırları gösterilmek suretiyle imar para cezası düzenlenmiştir. Yasa'yla gösterilen bu sınırlar arasında elli kat bulunmaktadır. Alt ve üst sınır arasındaki bu geniş alanda, idareye, cezayı belirleme olanağı, başka bir deyişle cezanın alt ve üst sınırları arasında alt sınırdan, alt sınırın üstünde veya üst sınırdan ceza verme konusunda takdir hakkı tanınmıştır.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, idarenin takdirine bırakılan alanının geniş olduğu, cezanın belirlenme-sinde hiçbir ölçütün Yasa'da gösterilmediği, bunun uygulamada keyfiliğe neden olabileceği, alt ve üst sınırlar arasındaki idarenin sınırsız takdir yetkisinin keyfi olarak aynı nitelikli yapılara farklı cezaların verilmesine yol açabileceği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3194 sayılı Yasa'nın 42. maddesinin birinci fıkrasında, ruhsat alınmadan, ruhsat veya ekleri-ne veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının yapı sahibine ve müteahhidine, istisnalar dışında özel parselasyon ile hisse karşılığı belirli bir yer satan ve alana 500 000 liradan 25 000 000 li-raya kadar para cezası verileceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri 'belirlilik'tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışla-rını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Yasa kuralı, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmelidir. 'Öngörülebilirlik şartı' olarak nitelendirilen bu ilkeye göre yasanın uygulanmasında takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi bireyleri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır. Belirlilik, kişilerin hukuk güvenliğini korumakla birlikte idarede istikrarı da sağlar.

Değişen sosyal, siyasal ve ekonomik koşullar kimi durumlarda devlet idarelerine bir takım hakların tanınması gereğini ortaya çıkarmıştır. Gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idare-ye değişik alanlarda yaptırım uygulama yetkileri tanınmaktadır.

3194 sayılı Yasa'nın 42. maddesinde düzenlenen idari para cezaları, imar ve kamu düzenine aykırı davranışların önlenmesi amacıyla, araya yargısal bir karar girmeden, idarenin doğrudan işlemiyle idare hukukuna özgü usullerle kesilen ve uygulanan yaptırımlardır. Mad-denin birinci fıkrasındaki idari yaptırım, idarenin ruhsat alınmadan, ruhsat veya eklerine veya

imar mevzuatına aykırı olarak yapının yapıldığı yönündeki tespiti ve bu konudaki değerlendirmesine bağlı olarak idarece uygulanmaktadır. Başka bir deyişle hem cezayı gerektiren eylemin işlendiğini saptamak hem de Yasa'da gösterilen alt ve üst sınırlar arasında cezanın tutarını belirlemek tamamıyla idari makamların, belediyeler veya en büyük mülki amirlerin kararlarıyla oluşmaktadır. İtiraz halinde yargının vereceği karar, onun bu niteliğini değiştirmemektedir. Sonuçları belli ölçüde genel para cezalarına benzese de tümüyle idari işleme dayanan bir yaptırımdır. Yargı organlarının müdahalesi olmadan idarece kararlaştırılmakta ve uygulanmaktadır.

İdari makamların Yasa'nın belirlediği sınırlar arasında cezanın takdirinde esas alacakları objektif ölçütler Yasa'da gösterilmemiştir. Yasa'yla imar para cezasının alt ve üst sınırları gösterilmiş, bu alan içinde cezayı uygulama yetkisi idareye bırakılmıştır. İdarelerin hangi ölçütleri esas alacakları açık, belirgin ve somut olarak Yasa'da yer almamıştır. Yasa kuralı bu anlamda belirli ve öngörülebilir değildir.

Alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüzdür. Cezanın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında elli kat gibi makul ve ölçülü olmayan şekilde genişliği, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yol açabilecek niteliktedir.

Yasakoyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, cezaların yasallığı ve hukuksal güvenlik ilkelerinin gereği olarak, farklı ve keyfi uygulamalara neden olmamak için, imar hukukuna uygun geçerli sebepler ve objektif ölçütleri yasada göstermesi gerekir.

Cezanın Yasa'da gösterilen sınırlar arasında idarece belirlenmesinde, yapının, taşkın, heyelan, kaya düşmesi gibi afet alanlarında bulunan, sıhhi ve jeolojik mahsurları olan veya bunlar gibi tehlikeli durumlar göstermesi nedeniyle imar planlarına veya ilgili idarelerce hazırlanmış, onaylanmış raporlara göre yapılması yasak olan alanlara, imar planlarında umumi hizmet alanlarına, kamu tesis alanlarına ve yapı sahibine ait olmayan alanlara yapılması; hangi amaçla yapıldığı, büyüklüğü ve konut, ticari, sanayi, otel, akaryakıt istasyonu gibi niteliği; fen ve sağlık kurallarına aykırılık taşıması; içinde oturacak veya çalışacak kişiler için tehlike oluşturması; çevresinde ya da aynı bölgede emsal yapılar için uygulanan imar para cezaları; kente ve çevreye etkisi; bitmiş ve kullanılır durumda olması gibi ölçütlere yer verilmemiştir.

Bu tür idari işlemlere karşı yargı yolu açık olmakla birlikte, bu güvencenin uygulama aşamasından sonra ve ancak itiraz yoluyla ortaya çıkacağı göz önünde bulundurulduğunda, yasa kurallarının yürürlükte olduğu sürece keyfiliği ortadan kaldırmaya yeterli olduğu söylenebilir. Hukuk kuralları, yargının yorumuna ihtiyaç göstermeyecek ve uygulayıcılar tarafından anlaşılabilir şekilde açık ve belirgin olmak, uygulayıcılara güvence vermek zorundadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”

şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 08.09.2022 tarihli ve 2022/54 E.; 2022/99 K. sayılı Kararı).

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 2. maddesine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen ibareleri kanunlaştırmaması, 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.

vi)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 ibareler, yukarıdaki başlıklarda aykırı olduğu gösterilen temel hakka ilişkin anayasal düzenlemelerin muadilleri olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin suç ve cezaların kanuniliği ilkesine ilişkin 7. maddesini ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7491 sayılı Kanun'un 83. maddesiyle 06.09.2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma ve Altyapı Alanına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 28. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (b) bendinde yer alan "Hangi hallerde uygulanacağını ve miktarını açıkça belirtmek kaydıyla" ibaresi ile "idari para cezası uygulaması öngörmek" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 7, 10, 38, 90, 123 ve 153. maddelerine aykırıdır; anılan ibarelerin iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

27.12.2023 tarihli ve 7491 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile getirilen iptali talep edilen düzenlemeler, birden fazla kanunda ve kanun hükmünde kararnamede hukuka aykırı değişiklikler, eklemeler 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

27.12.2023 tarihli ve 7491 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un

1) 15. maddesiyle 04.01.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'na 413. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen mükerrer madde 413'ün birinci fıkrasının birinci cümlesi, Anayasa'nın 2, 7, 10, 13, 35, 90 ve 123. maddelerine,

2)19. maddesiyle 17.07.1963 tarihli ve 278 sayılı Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun'un 4. maddesine eklenen fıkra da yer alan "karara bağlamaya yetkilidir" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 35, 49, 70, 90, 123, 128 ve 153. maddelerine,

3) 29. maddesiyle 14.10.1983 tarihli ve 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 31. maddesine eklenen fıkra, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 3, 5, 6, 7 ve 123. maddelerine,

4) 31. maddesiyle değiştirilen 3065 sayılı Kanun'un 36. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "indirim veya iade hakkını" ibaresinde bulunan "veya iade" ibaresi ve "indirim veya iade hakkı" ibaresinde bulunan "veya iade" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 35, 73, 90, 104, 123 ve 153. maddelerine,

5) 38. maddesiyle 03.01.2002 tarihli ve 4733 sayılı Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkol Piyasasının Düzenlenmesine Dair Kanun'un 8. maddesinin sekizinci fıkrasının birinci cümlesinden sonra gelen değiştirilen ilk cümlesinde yer alan "askıya alınır" ibaresi ile ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci cümleleri, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 10, 13, 35, 36, 38, 45, 48, 90, 153, 166 ve 167. maddelerine,

6) 39. maddesiyle 04.01.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na eklenen ek madde 12'nin ikinci fıkrasının (b) bendi ile (c) bendinde yer alan "Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü tarafından yönetmelikle belirlenir" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 36, 40, 48, 90, 123, 124, 125, 153 ve 167. maddelerine,

7) 40. maddesiyle 05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen geçici 7. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanı" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 35, 48, 90, 104, 123, 153 ve 167. maddelerine,

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

9) 48. maddesiyle 5015 sayılı Kanun'un 20. maddesinin ikinci fıkrasının (g) bendinin birinci cümlesinde yer alan değiştirilen "ve Kurum tarafından her türlü tesiste (rafineri hariç) lisansa tabi tüm faaliyetler geçici olarak durdurulur ve bu süre içerisinde söz konusu tesis için başka bir gerçek veya tüzel kişiye de lisans verilmez" ibaresinde bulunan "geçici olarak durdurulur" ibaresi ile (g) bendine birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümleler, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 10, 13, 35, 36, 38, 48, 90, 153, 166 ve 167. maddelerine,

10) 50. maddesiyle 05.05.2005 tarihli ve 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığı ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun'un başlığıyla birlikte yeniden düzenlenen mülga 27. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan "her türlü bilgi, veri ve istatistiği toplamak" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 7, 10, 13, 20, 35, 90, 123 ve 153. maddelerine,

11) 51. maddesiyle 5345 sayılı Kanun'un 29. maddesine eklenen fıkrada yer alan "sınava tabi tutulmadan müdür olarak atanabilirler" ibaresi, Anayasa'nın 2, 5, 10, 49, 70, 90 ve 128. maddelerine,

12) 63. maddesi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 14, 35, 48, 65, 73, 87, 90, 104, 123 ve 167. maddelerine,

13) 69. maddesiyle 01.12.2011 tarihli ve 6253 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Kanunu'nun 29. maddesinin on ikinci fıkrasının değiştirilen (c)

bendinin (2) numaralı alt bendinde yer alan “idari uzman” ibaresi; 77. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin ek 35. maddesinin dokuzuncu fıkrasının (c) bendinin değiştirilen (2) numaralı alt bendinde yer alan “idari uzman” ibaresi; 78. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin ek 37. maddesinin dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen ikinci fıkrada yer alan “idari uzman” ibaresi, Anayasa’nın 2, 5, 10, 49, 70, 90 ve 128. maddelerine,

14) 71. maddesi, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 10, 17, 49, 56, 60 ve 90. maddelerine,

15) 75. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin değiştirilen ek 29. maddesi, Anayasa’nın 2, 7, 8, 35, 128 ve 161. maddelerine,

16) 77. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin ek 35. maddesine eklenen fıkrada yer alan “Cumhurbaşkanlığı yetkilidir” ibaresi ile 79. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 38. maddesine eklenen fıkrada yer alan “Cumhurbaşkanlığı yetkilidir” ibaresi, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 35, 49, 70, 90, 104, 123, 128 ve 153. maddelerine,

17) 83. maddesiyle 06.09.2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma ve Altyapı Alanına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 28. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (b) bendinde yer alan “Hangi hallerde uygulanacağını ve miktarını açıkça belirtmek kaydıyla” ibaresi ile “idari para cezası uygulaması öngörmek” ibaresi, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 7, 10, 38, 90, 123 ve 153. maddelerine

aykırı olduğundan iptaline ve uygulanması halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar olacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz.”