

“... ”

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 2. maddesiyle 06.01.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. maddesinin (4) numaralı fıkrasına eklenen cümlede yer alan “yüzde ellisi” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

7351 sayılı Kanun’un 2. maddesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun (İYUK) yürütmenin durdurulmasını düzenleyen 27. maddesinin (4) numaralı fıkrasına vergi kanunları uyarınca iadesi talep edilen vergilere ilişkin olarak açılan davalarda, dava konusu tutarın yüzde ellisi oranında teminat alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğini öngören cümle eklenmiştir. Ancak bu türden davalarda yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesinin ön koşulu olan teminat oranının, iptali talep edilen ibareyle, yüzde elli olarak tespit edilmesi; Anayasa’ya aykırıdır.

Öncelikle bir ara karar ve yargı görevine mündemiç olan yürütmenin durdurulması kararının hukuki mahiyetini ortaya koymak gerekmektedir. Yürütmenin durdurulması, “özellikle, iptal davaları açısından büyük önem taşır. İptal davası yolu ile, yönetsel kararlara karşı bireyin korunması, yürütmenin durdurulması ile etkinlik kazanabilir. Dava sonuçlanıncaya kadar, bireyi yönetsel işlemlere karşı koruma gerekir. Yönetsel bir işlemin vereceği zarar, her zaman para ile ölçülebilen, tazminat vermekle giderilebilen zararlar değildir. Kimi durumlarda, kişilerin temel hak ve özgürlükleri söz konusudur. Yürütmenin durdurulması yöntemi, bireyi çeşitli yönleri ile yönetsel işlemlere karşı koruyan bir yöntemdir.”¹ Bununla birlikte İYUK’un 27. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Danıştay’da veya idari mahkemelerde dava açılması, dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmamaktadır. Ancak kanun koyucu, vergi davalarının özellik arz etmesi nedeniyle bu genel kurala bir istisna getirmiştir. Başka bir deyişle anılan maddenin 4. fıkrası uyarınca vergi mahkemelerinde, vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurmaktadır. Öte yandan anılan maddenin 6. fıkrası uyarınca yürütmenin durdurulması kararları teminat karşılığında verilmekte ve fakat ancak durumun gereklerine göre teminat aranmayabilmektedir; taraflar arasında teminata ilişkin olarak çıkan anlaşmazlıklar, yürütmenin durdurulması hakkında karar veren daire, mahkeme veya hakim tarafından çözümlenmekte; idareden ve adli yardımdan faydalanan kimselerden teminat alınmamaktadır. İptali talep edilen ibareyle yürütmenin durdurulması ara kararı verilebilmesi için teminat alınmasına yönelik ön koşulu düzenleyen hükme bir istisna (özel hüküm) getirilmiştir: Vergi kanunları uyarınca iadesi talep edilen vergilere ilişkin olarak açılan davalarda, dava konusu tutarın yüzde ellisi oranında teminat alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilemeyecektir. Anılan hükümlerin lafzından açıkça anlaşılacağı üzere; kanun koyucu, vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların salt açılmasıyla yürütmenin durdurulmasına (teminat karşılığı alınması ve fakat durumun gerektirdiği hallerde teminat alınmamasına) yönelik genel hükmü kanunlaştıırken gösterdiği davacının haklarını koruma refleksini, hiçbir haklı neden olmaksızın; anılan türden davalarda, yüzde elli oranında teminat aramak suretiyle; terk etmiştir. Başka bir anlatımla kanun koyucu tarafından söz konusu genel hükme, kamu yararı olmaksızın ve ölçülülük ilkesi gözetilmeksizin istisna getirilmiştir.

1 Gözübüyük, A. Şeref, Yönetsel Yargı, Güncelleştirilmiş B. 33, Ankara, Turhan Kitabevi Yay., 2013, s. 451, 452.

Şu halde; ihtilaflı kural, vergi kanunları uyarınca iadesi talep edilen vergilere ilişkin olarak açılan davalarda yürütmenin durdurulması kararının verilmesi bakımından;

1) durumun gereklerine göre teminat aranmaması,

2) %50'den düşük oranda teminat öngörülmesi,

olanaklarını ortadan kaldırmaktadır.

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

Yürütmenin durdurulması kararı, birçok Anayasal hükmün kesişiminde yer almaktadır. Nitekim Anayasa'nın 40. maddesi uyarınca Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Söz konusu Anayasa hükmünün tezahürlerinden biri de yürütmenin durdurulması kararıdır. O kadar ki, bu karar, bizzat Anayasa'da öngörülmüş bir ara karar türüdür. Zira Anayasa koyucu, Anayasa'nın 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu hüküm altına alırken; yürürlüğün durdurulması kararının verilebileceği halleri açıkça zikretmiştir: Yargılama sırasında idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilecektir. Öte yandan idari yargılama usulüne ait yürütmenin durdurulmasına yönelik ara kararın verilebilmesi için aranan koşulların, Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinde teminat altına alınan adil yargılanma hakkının gereklerini karşılaması gerekmektedir. Başka bir anlatımla "Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmü ile, 5. fıkrasında yer alan idare mahkemelerine tanınmış yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisi mahkeme hakkına ek güvence getirmekte, Anayasa'nın 36. maddesini desteklemektedir."²

Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında;

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

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

Adil yargılanma hakkını düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesinde, 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak

² İnceoğlu, Sibel, Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 4, B. 2, Avrupa Konseyi, 2019, s. 41.

iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.’ denilmektedir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, bir temel hak niteliği taşımasının 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 125. maddesinin birinci fıkrasında, ’idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.’ denilerek etkili bir yargı denetimi amaçlanmıştır. Çünkü yargı denetimi hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur. Bu kural, yönetimin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır. Anayasa’nın 125. maddesinin beşinci fıkrasında, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği, altıncı fıkrasında ise, yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali ile milli güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık nedenlerine bağlı olarak yasayla sınırlanabileceği hükmüne bağlanmıştır.

Hak arama özgürlüğü bakımından kişilerin idareye karşı sahip oldukları en etkili yargısal koruma mekanizması iptal davasıdır. İptal davasında, idari işlemin hukuk kurallarına aykırılığının belirlenmesi halinde iptali yoluna gidilmekte ve bunun sonucunda idarenin hukuka bağlılığı ve hukuk düzeninin korunması sağlanmaktadır. Genel ilke, iptal kararlarının geriye yürütmesi ve iptal edilen işlemi başından itibaren ortadan kaldırması, bu işleme ve ona dayanan sonuçlar hiç mevcut olmamış gibi kabul edilmesi olmakla birlikte, bu ilke, idari işlemin iptal kararına kadar mevcudiyetine ve etki doğurmasına engel değildir. Bu nedenle, kişileri iptal davası sonuçlanıncaya kadar hukuka aykırı idari işlemin olumsuz etkilerinden korumak, ileride giderilmesi veya düzeltilmesi imkânsız veya zor olan durumları önlemek, idareyi de hem olası bir tazmin yükünden kurtarmak hem de hukuk sınırları içine çekerek hukuk devletinin kesintiye uğramadan devamını sağlamak amacıyla yürütmenin durdurulması kurumu öngörülmüştür.

Yürütmenin durdurulması kurumu, yargının denetim etkinliğini artırıcı bir araç olarak dava hakkının bir parçasını oluşturduğu gibi kamu yararı ve kamu düzenini de sağlamaktadır. Yürütmenin durdurulması kararı ile dava konusu olan işlemin yapıldığı andan önceki durumun geri gelmesi sağlanmakta ve kişiler dava sonuçlanıncaya kadar bu işlemin olumsuz etkilerinden korunmaktadır.”

şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi’nin 03.06.2010 karar tarihli ve 2008/77 E.; 2010/77 K. sayılı Kararı).

Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir kararında yürütmeyi durdurma kararını (nın icrasını) adil yargılanma hakkı bağlamında ele almıştır: “AİHM, bir mahkeme tarafından verilen kararının icrasının, AİHS 6. maddesinin maksadı açısından “yargılama”nın bütünüleyici bir parçası olarak gerektiğini yineler (bkz. Hornsby – Yunanistan, 19 Mart 1997 kararı, Reports 1997-II, ss. 511-512, § 40). Bir Sözleşmecî Devlet’in yasal sistemi, nihai bağlayıcı bir yargı kararının ya da nihai bir karardan önce verilen ara kararın uygulanmasının taraflardan birinin aleyhine olacak şekilde engellenmesine izin veriyorsa, bu Madde ile güvence altına alınan mahkemeye başvurma hakkı görüntüde kalacaktır. Bu ilke, davacının medeni haklarına ilişkin

olarak sonucu kesin olan bir ihtilafla ilgili idari yargılamalar bağlamında daha da büyük bir önem arz etmektedir.” (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 12.07.2005 tarihli ve 36220/97 Başvuru No’lu Okyay ve Diğerleri. Türkiye Kararı, § 72).³ Öte yandan Mahkeme, yürütmenin durdurulmasıyla ilgili bir diğer kararında: “13. maddenin sözleşmedeki temel hak ve özgürlüklerin iç hukuk düzeninde uygulanmasını sağlayacak bir iç hukuk yolunun mevcudiyetini güvence altına aldığını hatırlatır. Söz konusu madde, bu nedenle, sözleşmeciler taraflara bu hüküm uyarınca yükümlendikleri taahhütlere ne şekilde uyacakları hususunda belli bir takdir hakkı tanımış olmasına rağmen, Sözleşme uyarınca yapılan bir şikayeti araştırmak ve bu şikayetin sebebini ortadan kaldırmakla görevli bir ulusal makamın mevcudiyetini sağlayan bir iç hukuk yolunu gerektirmektedir.” (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 12.07.2000 tarihli ve 40035/98 Başvuru No’lu Jabari. Türkiye Kararı, § 48).⁴

Yürütmenin durdurulmasına yönelik ara kararın verilebilmesi için aranan koşullardan biri de teminat gösterme yükümlülüğüdür (cautio judicatum solvi). Elbette kanun koyucu, bu kararın verilebilmesi için aranacak teminat bakımından bir oran belirleyebilir. Ancak tespit edilecek oranın; adil yargılanma hakkına halel getirmemesi, idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun fiilen kapatılması sonucunu doğurmaması ve temel hak ve hürriyetlerin etkili başvurularla korunabilmesine mani olmaması için; makul düzeyde olması gerekmektedir. Aksi bir tutum, davacının mahkemeye erişim hakkını ihlal edecek, akabinde idare tarafından tesis edilen vergisel idari işlem idari yargıda dava konusu yapılamayacak ve vergiye konu alacak bakımından mülkiyet hakkı etkili bir biçimde korunamayacaktır. İhtilaflı kuralla dava konusu tutarın (yarısına tekabül eden) yüzde ellisi oranında teminat belirlemek suretiyle; davacının anılan haklarını kullanmasının, kanun hükmüyle önüne geçilmiştir.

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). İptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümle hükmünün ratio legis’i kanun koyucu tarafından “Hazine kaybının önlenmesi, haksız iadelerin önüne geçilmesi”⁵ olarak belirlenmiştir. Ancak Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine dayanan ve 13. maddesinde de açıkça hüküm altına alınan ölçülülük ilkesinin (elverişlilik, gereklilik ve orantılılık unsurlarının) aksine; amaç, “Hazine kaybının önlenmesi, haksız iadelerin önüne geçilmesi” ile araç (iptali talep edilen ibareyle bu türden davalarda yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesi için yüzde elli oranında teminat alınmasının ön koşul olarak belirlenmesi) arasındaki adil denge, oran gözetilmemiştir. Diğer bir deyişle iptali talep edilen ibareyle belirlenen oran, dava konusunun yarısına denk düştüğünden fahiş düzeydedir. Nitekim kanun koyucu, pek çok Kanun’da takriben yüzde 15 bareminde teminat oranı belirlemiştir.⁶

3 <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:%22001-179236%22>] (Erişim tarihi: 09.02.2022).

4 <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:%22001-121732%22>] (Erişim Tarihi: 09.02.2022).

5 Giresun Milletvekili Cemal Öztürk ve 57 Milletvekilinin Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4058) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 285, Ankara, TBMM Basımevi, 2022, s. 9.

6 Söz gelimi 2004 sayılı İcra İflas Kanunu Md. 72/2: “İcra takibinden önce açılan menfi tespit davasına bakan mahkeme, talep üzerine alacağın yüzde on beşinden aşağı olmamak üzere gösterilecek teminat mukabilinde, icra takibinin durdurulması hakkında ihtiyati tedbir kararı verebilir.”

Md. 149/a/2: “İcra mahkemesinin geri bırakılma isteminin reddine ilişkin kararına karşı istinaf yoluna başvuran borçlu veya üçüncü şahıs, takip konusu alacağın yüzde on beşi nispetinde teminat yatırmadığı

Özce yürütmenin durdurulması kararını talep etme hakkını kötüye kullanmak suretiyle haksız kazanç elde eden, usulsüzlük yapanı engellemenin yolu, (verginin tahsil edilmesi sürecinin iyileştirilmesi yerine) ön koşullardan biri olan teminat için fahiş nitelikteki yüzde elli oranının tespit edilmesi suretiyle haklı olan kimseyi mağdur etmek değildir. Anayasa Madde 2., 13., 36., 40. ve 125. uyarınca aranan Anayasal kümülatif şartlar (idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartları) fahiş oranda aşılarak; davacının hak arama özgürlüğünü kullanması demokratik bir toplumda gerekli olmayan bir biçimde, ölçüsüz şekilde sınırlanmakta ve ihlal olunmaktadır. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2., 13., 36., 40. ve 125. maddelerine aykırıdır.

b) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları ve mülkiyet hakkı bakımından:

Yürütmenin durdurulması kararı, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin korunmasını da temin eder. İdare tarafından gerçekleştirilen bir işlem nedeniyle bir temel hak veya özgürlüğe müdahale edildiği iddiası karşısında; uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda; yürütmenin durdurulması kararının alınması, idareyi bu işlemde bulunmaktan yargılama (kesin hükümle) sona erene dek men edecek ve Devlet, müdahaleye konu temel hak ve özgürlük bakımından etkin biçimde koruma yükümlülüğünü yargılama safhasında da yerine getirecektir. İptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümle hükmünde ise; vergi kanunları uyarınca iadesi talep edilen vergilere ilişkin olarak açılan davalar söz konusudur. Alacağa konu vergi iadesinin, davacının mülkiyet hakkına ilişkin olduğu izahtan varestedir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin, bireysel başvuru üzerine, bir kararında hüküm altına aldığı üzere "İnceleme konusu somut olayda başvuru, başvuruya konu vergileri ve bu vergilere bağlı olarak kesilen cezaları malvarlığından ödemek zorunda kalmış olduğundan verginin esas itibarıyla mülkiyet hakkına yönelik bir müdahale olduğu görülmektedir (Bkz. Şpaçek, s.r.o./Çek Cumhuriyeti, B.No: 26449/95, 9/11/1999, § 41)." (Anayasa Mahkemesinin 12.11.2014 tarihli ve 2014/6192 Bireysel Başvuru No'lu Türkiye İş Bankası A.Ş. Kararı, § 48). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bir kararında bir limited şirket tarafından haksız yere fazla ödenen verginin iade talebini (ve beş yıl gecikmeli olarak ödenmesini), mülkiyet hakkı bağlamında değerlendirmiş ve kamu yararı ile bireysel yarar arasında adil denge gözetilmediğinden bahisle anılan hakkın ihlal edildiğine yönelik hüküm kurmuştur (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 09.03.2006 tarihli ve 10162/02 Başvuru No'lu Eko-Elda Avee . Yunanistan Kararı, § 31).⁷

Ancak kanun koyucu, fahiş oranda teminat belirleyerek; davacının vergiye konu alacağı bakımından mülkiyet hakkını, yürütmenin durdurulması kararı alamamak suretiyle koruyamamasına neden olacaktır. Başka bir anlatımla Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları kapsamında kalan ölçülülük ilkesinin aksine yüzde elli oranında teminat aranması nedeniyle adil yargılanma hakkı bağlamında yürütmenin durdurulması kararının alınamaması; nihayetinde dava konusu bakımından

takdirde satış durmaz. Bölge adliye mahkemesince talebin reddi hâlinde bu teminat, ayrıca hükme hacet kalmaksızın alacaklıya tazminat olarak ödenir."

⁷ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-72757%22%7D> (Erişim tarihi: 09.02.2022).

mülkiyet hakkının idare karşısında korumasız bırakacaktır. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır.

c) Eşitlik ilkesi bakımından: İptali istene ibare, eşitlik ilkesini de ihlal etmektedir. Zira, iptali talep edilen kural, Türk hukukunda hak arama özgürlüğünün bir tezahür biçimi olan yürütmenin durdurulması kararı verilmesine ulaşma imkanını, vergi kanunları uyarınca iadesi talep edilen vergilere ilişkin olarak açılan davalar bakımından, ekonomik durumu yeterli olmayan davacılar açısından ekonomik durumu yeterli olan davacılara nispetle; vergi kanunları uyarınca iadesi talep edilen vergilere ilişkin olarak açılan davaların davacıları açısından da, genel olarak, idari yargı önüne gelen başka konulu davaların davacılarına nispetle, haklı bir sebep olmaksızın, belirgin şekilde zorlaştırmakta ya da fiilen imkansız hale getirmektedir.

Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden"ın 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).

Dava konusu tutarın yüzde ellisi oranında teminat verebilecek sosyo-ekonomik düzeye sahip olan hak ihlali yapıldığını iddia eden kimse idari yargıda dava açıp yürütmenin durdurulması kararı talep edebileceksen; benzer vergisel idari işleme muhatap kılınan ve fakat yeterli maddi gücü olamayan bir kimse, yürütmenin durdurulması kararı talep edemeyecek ve o kimse bakımından icrai nitelikteki ve hukuka aykırı olduğu iddia edilen vergisel idari işlemin uygulanmasına devam edilecektir. Kanun koyucunun hak kaybına uğradığını ve kendisine yönelik hukuka aykırı işlemler tesis edildiğini iddia eden kimselerin yürütmenin durdurulması kararı talep edebilmesi bakımından; yüzde elli teminat aramak suretiyle; ekonomik koşul temelli ayırım yapması kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır. Zira, yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesi için gerekli koşullar bakımından söz konusu iki kategori davacı arasında ekonomik koşullu ayırım yapmayı haklı kılan makul bir sebep bulunmamaktadır. Öte yandan genel hüküm (İYUK Madde 27/6) uyarınca mahkeme tarafından durumun gereklerine göre teminat aranmayabilecektir. Davacı lehine getirilen bu hükümden ayrılarak; vergi kanunları uyarınca iadesi talep edilen vergilere ilişkin olarak açılan davalarda mutlaka teminat yatırılması zorunluluğu getirilmiş; dahası bu teminatın salt olarak yüzde elli oranında olacağı hüküm altına alınmıştır. Mahkemenin durumun gereklerine göre teminat aramamasına veya yüzde elliden düşük oranda teminat aramasına yönelik yargısal takdir yetkisi ortadan kaldırılmıştır. Halbuki sözgelimi 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 86. maddesi: "Yargılama giderlerini karşılayacak teminata, mahkemece kendiliğinden karar verilir. Hakim, teminat kararı vermeden önce tarafları veya müdahale talebinde bulunan kişiyi dinleyebilir." şeklindedir. Kanun koyucunun vergi kanunları uyarınca iadesi talep edilen vergilere ilişkin olarak açılan davaların davacıları ile idari yargıda görülen diğer davaların davacıları arasında ayırım yapmasında da haklı neden bulunmamaktadır. Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

ç) 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, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. ve etkili başvuru hakkına ilişkin 13. maddelerini ve Ek 1 No'lu Protokol'ün mülkiyet hakkına ilişkin 1. maddesini ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle, 7351 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle 06.01.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin (4) numaralı fıkrasına eklenen cümlede yer alan "yüzde ellisi" ibaresi, Anayasa'nın 2, 10, 13, 35, 36, 40, 90 ve 125. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

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 05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen Geçici Madde 5'in dördüncü fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanı" ibaresi ve beşinci fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanı tarafından düzenlemeler" ibaresi ile altıncı fıkrasında yer alan "idareler tarafından bu maddeye uygun olarak ilgili mevzuatında düzenleme" ibaresi ve yedinci fıkrasında yer alan "ilgili kuruluş veya üst birliğin mevzuatında düzenleme" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7351 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na ülkemizde ve dünyamızda hammadde temininde ve tedarik zincirlerinde yaşanan aksaklıklar ile girdi fiyatlarındaki beklenmeyen artışlar nedeniyle madde lafzında sayılan sözleşme türleri bakımından ek fiyat farkı verilebilmesine ve/veya sözleşme devri yapılabilmesine imkan tanıyan geçici 5. madde eklenmiştir.

Anılan geçici maddeye göre genel olarak; 01.12.2021 tarihinden önce 4734 sayılı Kanun'a göre ihalesi yapılan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih (7351 sayılı Kanun'un 17. maddesinin delaletiyle 22.01.2022 tarihi) itibarıyla devam eden veya bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce fesih veya tasfiye edilmeksizin kabulü/geçici kabulü yapılan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmelerde, 01.07.2021 ile 31.12.2021 tarihleri arasında (bu tarihler dahil) gerçekleştirilen kısımlar için, ihale dokümanında fiyat farkı verilmesine ilişkin hüküm bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, 01.07.2021 ile 30.11.2021 tarihleri arasında (bu tarihler dahil) ihalesi yapılan işlerde ihale tarihinin (son teklif verme tarihi) içinde bulunduğu aya ait endeks, 01.07.2021 tarihinden önce ihale edilen işlerde ise 2021 yılı Haziran ayına ait endeks temel endeks olarak kabul edilerek ve sözleşme fiyatları kullanılarak yüklenicinin başvurusu üzerine sözleşmesine göre hesaplanan fiyat farkına ilave olarak ek fiyat farkı verilebilecektir. Ayrıca bu kapsamdaki sözleşmeler, yüklenicinin başvurusu ve idarenin onayı ile devredilebilecektir. Anılan geçici madde, ek fiyat verilmesine ve sözleşmenin devrine yönelik usul ve esaslara ilişkin fer'i hükümleri içermekle beraber; birçok hususu idarenin düzenleme alanının konusu yapmıştır. Bu durum, Anayasa'ya aykırıdır.

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 05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen Geçici Madde 5'in dördüncü fıkrasında yer alan

“Cumhurbaşkanı” ibaresi ve beşinci fıkrasında yer alan “Cumhurbaşkanı tarafından düzenlemeler” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

Anılan geçici maddenin 4. fıkrasına göre; 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 dahil ek fiyat farkı hesaplamalarına ve sözleşmelerin devrine ilişkin esas ve usulleri tespiti Cumhurbaşkanlığı yetkili olacaktır. Anılan geçici maddenin 5. fıkrasına göre, Toplu Konut İdaresi Başkanlığı (TOKİ) tarafından birinci fıkrada sayılan nedenlerle, 01.12.2021 tarihinden önce ihale edilen ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte devam eden sözleşmelerle ilgili olarak; 01.07.2021 tarihi ile 31.12.2021 tarihleri arasındaki iş programına göre gerçekleştirilemeyen iş miktarı için süre uzatımı ve fiyat farkı verilmesine yönelik Cumhurbaşkanlığı tarafından düzenlemeler yapılabilecektir.

Ancak iptali talep edilen ibarelerle 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 dahil ek fiyat farkı hesaplamalarına ve sözleşmelerin devrine ilişkin esas ve usulleri tespit etme ile TOKİ’ye hasredilen işler özelinde süre uzatımı ve fiyat farkı verilmesine yönelik düzenlemeler yapma yetkisinin, Cumhurbaşkanlığına tevdi edilmesi, Anayasa’ya aykırıdır.

a)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa’ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa’nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi’nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin 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 Mahkemesinin 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, 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 dahil ek fiyat farkı hesaplamalarına ve sözleşmelerin devrine ilişkin esas ve usuller ile TOKİ’ye hasredilen işler özelinde süre uzatımı ve fiyat farkı verilmesine yönelik

düzenlemelere ilişkin hususların; normlar hiyerarşisinin ana halkası olarak hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerinin karşılanması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; – Anayasal ilkelerin aksine- ilk üç fıkrada yalnız ek fiyat farkı verilebilecek sözleşme türlerini, sözleşme devrinin şartlarını genel geçer 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; ülkemizde ve dünyamızda hammadde temininde ve tedarik zincirlerinde yaşanan aksaklıklar ile girdi fiyatlarındaki beklenmeyen artışlar 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 dayanacağı ve Anayasayla bağdaşır olması gereken esasların kanun düzeyinde belirlenmemesi ve böylece tamamen keyfi tasarruflara açık olması, hukuki belirlilik ve güvenlik ilkelerine aykırı olduğu gibi; hukuk devleti ilkesinin içerdiği kamu yararı kavramına da aykırıdır. Özellikle; ek fiyat farkı verilebilecek alım türlerini, ürün ve girdiler ile ek fiyat farkı hesaplamalarına ilişkin esas ve usulleri belirleme yetkisini hiçbir nesnel ve somut ölçüt olmadan Cumhurbaşkanının haiz olduğu hükmü, söz konusu alan bakımından kuşatıcı bir öngörülemezlik taşımasının yanında, Cumhurbaşkanının kanunca çerçevelenmemiş keyfi kararlar almasını mümkün kılması itibarıyla da açıkça kamu yararına aykırıdır. İhtilafli düzenleme, bu sebeple Anayasa’nın 2. maddesini de ihlal etmektedir.

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

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

tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarelerin yer aldığı madde hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; Cumhurbaşkanına; 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 dahil ek fiyat farkı hesaplamalarına ve sözleşmelerin devrine ilişkin esas ve usulleri tespit etme ile TOKİ'ye hasredilen işler özelinde süre uzatımı ve fiyat farkı verilmesine yönelik düzenlemeleri yapma yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

c) Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen ibarelerin Cumhurbaşkanına verdiği sınırsız takdir yetkisi, sözleşme konusu (mal ve hizmet alımları ile yapım işleri) ve koşulları bakımından sözleşmenin karşı tarafında bulunanlar, yükleniciler arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibareler, 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 ibarelerin idareye verdiği öznel ve keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi; sözelimi aynı iş kapsamındaki farklı alım türleri bakımından ek fiyat farkı verilmesine; benzer nitelikteki işler bakımından ayrı ek fiyat farkı hesaplanmasına; benzer nitelikteki işlerden bazıları için daha karmaşık idareye başvuru usulünün öngörülmesine; TOKİ'ye hasredilen işler bakımından emsallerine nazaran daha az süre uzatımı yapılmasına; uygulamada her bir mal ve hizmet alımları ile yapım işleri için ek fiyat farkı verilmesi ve sözleşmenin devri şartlarının farklılaşmasına; aynı koşullarda bulunan yüklenicilerden birinin sözleşmenin devri başvurusunun kabul edilip diğerinin edilmemesine; yükleniciler arasında muamele farklılığı yapılmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Öte yandan diğer işlerden ayrı olarak TOKİ'ye hasredilen işler bakımından 5. fıkranın lafzında sözleşmenin devrine ilişkin ibarenin yer almadığını da belirtmek gerekmektedir. Bu nedenle anılan ibareler, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

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

(başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme) şeklinde tanımlanmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve 1988/ 34 E., 1989/26 K. sayılı Kararı). Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan sözleşme özgürlüğü; tarafların bir sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğünü, sözleşmeye son verme özgürlüğünü, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünü, sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğünü içerir. O halde anılan geçici 5. madde kapsamındaki kamu ihale sözleşmeleri bakımından ek fiyat farkı verilmesi ve sözleşme devrinin yapılması, mülkiyet hakkının ve sözleşme özgürlüğünün kesişim alanındadır. Başka bir anlatımla sözleşmenin karşı tarafında bulunan, yüklenici mameleki bakımından bir azalma olmaması için, idare ile akdettiği sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması suretiyle idareden ek fiyat farkı verilmesini talep edebilecek ya da sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğüne istinaden sözleşmeyi devretmek için idareye başvuruda bulunabilecektir. O halde ek fiyat farkı verilmesi ve sözleşme devrinin yapılmasına ilişkin esas ve usuller (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 dahil ek fiyat farkı hesaplamalarına ve sözleşmelerin devrine ilişkin esas ve usuller ile TOKİ'ye hasredilen işler özelinde süre uzatımı ve fiyat farkı verilmesine yönelik düzenlemeler); 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 ibarelerde 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 ülkemizde ve dünyamızda hammadde temininde ve tedarik zincirlerinde yaşanan aksaklıklar ile girdi fiyatlarındaki beklenmeyen artışlar nedeniyle desteklenmesi için kanunlaştırılan geçici 5. maddeyi, Devletin Anayasa'nın anılan hükmü bağlamındaki tedbir alma yükümlülüğü kapsamında değerlendirmek mümkündür. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre de Devletin, "özel teşebbüsün gelişmesini sağlamaya dönük ekonomik ve sosyal politikalar uygulama ve özel teşebbüse güvenli çalışma ortamı sağlamak için önlemler alma yetkisi de bulunmaktadır" (Anayasa Mahkemesi'nin 25.02.2010 tarihli ve 2007/65 E.; 2010/43 K. sayılı Kararı). Ancak kanun koyucu, tedbir alma yükümlülüğü doğrultusunda kanun düzeyinde ek fiyat farkı verilmesini ve sözleşme devri yapılmasını öngörmüş ve fakat bunların usul ve esaslarının genel çerçevesini çizmemiş; dahası Cumhurbaşkanının (düzenleyici) 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 ibareler, Anayasa'nın 13., 35. ve 48. maddelerine aykırıdır.

d)Devletin; mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma yükümlülüğü bakımından: "Anayasa'nın 167. maddesinin ilk fıkrasında; 'Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.' denilmektedir. Maddede yalnız, tekelleşme değil, tekel 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).

Kamu hizmetinin aksamaması ve ülkemizde, dünyamızda hammadde temininde ve tedarik zincirlerinde yaşanan aksaklıklar ile girdi fiyatlarındaki beklenmeyen artışlar nedeniyle sözleşmenin karşı tarafında bulunanların, yüklenicilerin desteklenmesi için kanunlaştırılan geçici 5. maddede yer alan iptali talep edilen ibarelerle Cumhurbaşkanına geniş bir düzenleme alanı bırakılacağından; hiçbir kanuni kayda tabi olmayan anılan ibareler, söz konusu geçici madde kapsamında yapılan sözleşmelerin hakim olduğu sektörlerde kötü ekonomik koşullara maruz kalan firmaların rekabet kabiliyetine zarar gelmesine; kamu yararına aykırı şekilde belli özel teşebbüslerin himaye edilmesine; özel teşebbüslerin mameleklerinin ve teşebbüs hürriyetlerinin korunmasına elverişli ortam hazırlanamamasına; taahhüt edilen işlerin (mal ve hizmet alımları ile yapım işleri) sürdürülemez hale gelmesine; ek fiyat farkı verilmesinin ve sözleşmenin devredilmesinin fayda – maliyet özelinde etki analizinde beklenmedik sonuçlar görülmesine; sözleşmenin karşı tarafında bulunanlara, yüklenicilere gerekli finansman desteğinin verilememesine; en nihayetinde kamu maliyesi bakımından yük doğmasına dolayısıyla milli ekonominin zarara uğramasına ve dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olacağından; Anayasa'nın 5. ve 167. maddelerine de aykırıdır.

e) Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırılık: Anayasa'nın 104. maddesinde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sayılmıştır. Bu görev ve yetkiler arasında "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 dahil ek fiyat farkı hesaplamalarına ve sözleşmelerin devrine ilişkin esas ve usulleri tespit etme ile TOKİ'ye hasredilen işler özelinde süre uzatımı ve fiyat farkı verilmesine yönelik düzenlemeler yapma" görev ve yetkisi sayılmadığı gibi; iptali talep edilen ibarelerde yer alan düzenlemeleri yapmayı dayandırabileceği (Anayasa'nın 104. maddesinde) bir hüküm de bulunmamaktadır. Yasama organı, görevi ve yetkisi dahilinde olmayan bir konuda Cumhurbaşkanını yetkilendirmek suretiyle; Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini ve 6. maddesinde yer alan hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamamasına yönelik hükmü ve 104. maddesini ihlal etmiştir. Kaldı ki Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının "Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez." şeklindeki ikinci cümlesi uyarınca; iptali talep edilen ibarelerde yer alan ek fiyat farkı verilmesi ve sözleşmenin devrine yönelik usul ve esasların, açıklandığı üzere mülkiyet hakkının ve sözleşme özgürlüğünün 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.

f) Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Bunun yanında; Anayasa'nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibareler, 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 7351 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen Geçici Madde 5'in dördüncü fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanı" ibaresi ve beşinci fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanı tarafından düzenlemeler" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2., 5., 6., 7., 10., 13., 35., 48., 90., 123., 104. ve 167. maddelerine aykırıdır; anılan ibarelerin iptali gerekir.

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 05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen Geçici Madde 5'in altıncı fıkrasında yer alan "idareler tarafından bu maddeye uygun olarak ilgili mevzuatında düzenleme" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

Anılan geçici maddenin 6. fıkrasına göre; 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 sözleşmeler için idareler tarafından bu maddeye uygun olarak ilgili mevzuatında düzenleme yapılabilir. Ancak anılan fıkra kapsamında idarelerin söz konusu geçici maddeye uygun olarak ilgili mevzuatında düzenleme yapılabilmesine cevaz veren iptali talep edilen ibare, Anayasa'ya aykırıdır.

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

İlk fıkrası "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir" hükmünü içeren Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir).

Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Bu nedenle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan varestede tutulan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinden Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından ek fiyat farkı verilmesi ve sözleşme devri yapılmasına 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 maddeye uygunluk kaydıyla idareleri sınırlamış, ilgili mevzuatın ne olduğunu dahi zikretmemiştir. İdarelerin ek fiyat farkı ödenecek veya sözleşmenin devri yapılacak Kamu İhale Kanunu'ndan varestede tutulan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerini tespit ederken esas alacağı nesnel, objektif ölçüt ortaya konulmamıştır. Yine idareye başvuru süreleri, devir işlemlerinin tamamlanacağı süre, ek fiyat farkı hesaplamaları, süre uzatımı gibi hususların düzenlenmesi, tamamen idarelerin uhdesine bırakılmıştır. Kaldı ki anılan geçici maddenin Cumhurbaşkanına çok geniş bir alanda düzenleme yapma yetkisi verdiği de gözetildiğinde; "anılan maddeye uygunluk" kaydının 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; ülkemizde ve dünyamızda hammadde temininde ve tedarik zincirlerinde yaşanan aksaklıklar ile girdi fiyatlarındaki beklenmeyen artışlar nedeniyle sözleşmenin karşı tarafında bulunanların yüklenici risklerinin bertaraf edilmesine imkan vermeyecektir. Yine idarelerin yapacağı düzenlemeleri, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; sözleşmelerin karşı tarafında bulunanlar bakımından hukuki öngörülebilirliğe hanel getirmektedir. İdarelerin uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan geçici maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarelerin (düzenleyici) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

b) Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından; Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idarelere; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan varestede tutulan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinden Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından ek fiyat farkı verilmesi ve sözleşme devri yapılmasına ilişkin usul ve esasları tespit etme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

c)Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen ibarenin idarelere verdiği sınırsız takdir yetkisi, sözleşme konusu (4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan varestede tutulan mal ve

hizmet alımları ile yapım işleri) ve koşulları bakımından sözleşmenin karşı tarafında bulunanlar, yükleniciler arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer durumdaki kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır.

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

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

ç) Mülkiyet hakkı, sözleşme özgürlüğü ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları bakımından: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi imkanı sağlar. Bununla birlikte mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme) şeklinde tanımlanmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve 1988/ 34 E., 1989/26 K. sayılı Kararı). Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan sözleşme özgürlüğü; tarafların bir sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğünü, sözleşmeye son verme özgürlüğünü, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünü, sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğünü içerir. O halde iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünün kapsamındaki 4734 sayılı Kanun'dan istisna edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinden Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından ek fiyat farkı verilmesi ve sözleşme devrinin yapılması, mülkiyet hakkının ve sözleşme özgürlüğünün kesişim alanındadır. Başka bir anlatımla sözleşmenin karşı tarafında bulunan, yüklenici mameleki bakımından bir azalma olmaması için, idare ile akdettiği sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması suretiyle idareden ek fiyat farkı verilmesini talep edebilecek ya da sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğüne istinaden sözleşmeyi devretmek için idareye başvuruda bulunabilecektir. O halde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan varest

tutulan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinden Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından ek fiyat farkı verilmesi ve sözleşme devrinin yapılmasına ilişkin esas ve usuller (sözgelimi idareye başvuru süreleri, devir işlemlerinin tamamlanacağı süre, ek fiyat farkı hesaplamaları, süre uzatımı); nihayetinde mülkiyet hakkının ve teşebbüs özgürlüğünün kullanımına etki edecektir. Mülkiyet hakkına ve özel teşebbüs kurma hürriyetine yapılan söz konusu müdahalenin hukuka uygun nitelik kazanması için; Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları çerçevesinde yapılması gerekmektedir. Bu sınırlardan olan kanunilik kaydı gereğince; iptali talep edilen ibarede yer alan hususların kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu, bu hususların düzenlenmesini idarelerin uhdesine bırakmak suretiyle; anılan hak ve hürriyete idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır.

Öte yandan, Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır. O halde özel teşebbüs statüsündeki sözleşmenin karşı tarafında bulunanların, yüklenicilerin ülkemizde ve dünyamızda hammadde temininde ve tedarik zincirlerinde yaşanan aksaklıklar ile girdi fiyatlarındaki beklenmeyen artışlar nedeniyle desteklenmesi için kanunlaştırılan geçici 5. maddeyi, Devletin Anayasa'nın anılan hükmü bağlamındaki tedbir alma yükümlülüğü kapsamında değerlendirmek mümkündür. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre de Devletin, "özel teşebbüsün gelişmesini sağlamaya dönük ekonomik ve sosyal politikalar uygulama ve özel teşebbüse güvenli çalışma ortamı sağlamak için önlemler alma yetkisi de bulunmaktadır" (Anayasa Mahkemesi'nin 25.02.2010 tarihli ve 2007/65 E.; 2010/43 K. sayılı Kararı). Ancak kanun koyucu tedbir alma yükümlülüğü doğrultusunda kanun düzeyinde ek fiyat farkı verilmesini ve sözleşme devri yapılmasını öngörmüş ve fakat 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan varestede tutulan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinden Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından bunların usul ve esaslarının genel çerçevesini çizmemiş; dahası idarelerin (düzenleyici) işlemlerine bırakmıştır. Bu itibarla idarelerin keyfi işlem ve eylemlerine açık hale gelen ihtilaflı düzenleme, özel teşebbüs bakımından çalışma ortamının güvensiz ve belirsiz hale gelmesine yol açmaktadır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 13., 35. ve 48. maddelerine aykırıdır.

d)Devletin; mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma yükümlülüğü bakımından: "Anayasa'nın 167. maddesinin ilk fıkrasında; 'Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.' denilmektedir. Maddede yalnız, tekelleşme değil, tekel oluşturmayan üretim ve hizmet kuruluşlarının 'fiyat anlaşmaları', 'coğrafi bölge paylaşma' ve 'benzeri suretle' gerçekleştirilecek kartelleşme de yasaklanmış; Devlet, bunu engelleyici önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Böylece rekabetin ortadan kaldırılması, tekellerin ve kartellerin fiyatları 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 ülkemizde, dünyamızda hammadde temininde ve tedarik zincirlerinde yaşanan aksaklıklar ile girdi fiyatlarındaki beklenmeyen artışlar nedeniyle sözleşmenin karşı tarafında bulunanların, yüklenicilerin desteklenmesi için kanunlaştırılan geçici 5. maddenin 6. fıkrasında yer alan iptali talep edilen ibareyle idarelere geniş bir düzenleme alanı bırakılacağından; hiçbir kanuni kayda tabi olmayan anılan ibare, söz konusu 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan varestede tutulan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinden Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmelerin hakim olduğu sektörlerde kötü ekonomik koşullara maruz kalan firmaların rekabet kabiliyetine zarar gelmesine; kamu yararına aykırı şekilde belli özel teşebbüslerin himaye edilmesine; özel teşebbüslerin mameleklerinin ve teşebbüs hürriyetlerinin korunmasına elverişli ortam hazırlanamamasına; taahhüt edilen işlerin (mal ve hizmet alımları ile yapım işleri) sürdürülemez hale gelmesine; ek fiyat farkı verilmesinin ve sözleşmenin devredilmesinin fayda – maliyet özelinde etki analizinde beklenmedik sonuçlar görülmesine; sözleşmenin karşı tarafında bulunanlara, yüklenicilere gerekli finansman desteğinin verilmemesine; en nihayetinde kamu maliyesi bakımından yük doğmasına dolayısıyla milli ekonominin zarara uğramasına ve dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olacağından; Anayasa'nın 5. ve 167. maddelerine de aykırıdır.

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

Tüm bu nedenlerle 7351 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen Geçici Madde 5'in altıncı fıkrasında yer alan "idareler tarafından bu maddeye uygun olarak ilgili mevzuatında düzenleme" ibaresi, Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 13., 35., 48., 90., 123. ve 167. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

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 05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen Geçici Madde 5'in yedinci fıkrasında yer alan "ilgili kuruluş veya üst birliğin mevzuatında düzenleme" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

Anılan geçici maddenin 7. fıkrasına göre; kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin taraf olduğu veya bu kuruluş veya birliklerin kaynaklarıyla karşılanan mal ve hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmelerde, bu maddeye göre fiyat farkı ödenebilmesine yönelik ilgili kuruluş veya üst birliğin mevzuatında düzenleme yapılabilir. Ancak anılan fıkra kapsamında söz konusu geçici maddeye göre fiyat farkı ödenebilmesine ilişkin ilgili kuruluş veya üst birliğin mevzuatında düzenleme yapılabilmesine cevaz veren iptali talep edilen ibare, Anayasa'ya aykırıdır.

a)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kanuniliği ilkesi bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan,

Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin 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.

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 dayanarak kurulacağı ifade edilmiştir. İdarenin bütünlüğü, tekil devlet modelinin yönetim alanındaki temel ilkesidir. İdarenin bütünlüğü ilkesiyle, idari görevleri yerine getiren kurumlar arasında birliğin sağlanması ve idari yapı içinde yer alan kurumların bir bütünlük içerisinde çalışması öngörülmüştür. Bu ilke, merkezin denetimi ve gözetimi ile hayata geçirilmekte ve yönetimde bütünlüğü sağlamak için başlıca iki hukuksal araç, “hiyerarşi” ve “idari vesayet” kullanılmaktadır. Bunlardan hiyerarşi, merkezî yönetim içinde yer alan örgütler ve bunlara bağlı birimler arasındaki, idari vesayet ise merkezi yönetim ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki bütünleşmeyi sağlamaktadır. Meslek kuruluşları ve üst kuruluşları, üstlendikleri hizmetler itibarıyla Anayasamızda kamu kurumu niteliğinde birer kamu tüzelkişisi olarak yer almışlardır. Bu nitelikleri itibarıyla, idari teşkilat bütünü içerisinde kamu idareleri, kamu kurumları yanında meslek kuruluşları olarak ayrı bir kategoriyi 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 hakkında yapılacak düzenlemelerin kanun düzeyinde olması gerektiği ortaya çıkacaktır.

Bu nedenle kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin taraf olduğu veya bu kuruluş veya birliklerin kaynaklarıyla karşılanan mal ve hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından fiyat farkı verilmesine 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 maddeye uygunluk kaydıyla kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını ve üst birliklerini sınırlamıştır. Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin ek fiyat farkı ödenecek mal ve hizmet alımları ile yapım işlerini tespit ederken esas alacağı nesnel, objektif ölçüt ortaya konulmamıştır. Yine idareye başvuru süreleri, devir işlemlerinin tamamlanacağı süre, ek fiyat farkı hesaplamaları, süre uzatımı gibi hususların düzenlenmesi; tamamen kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin uhdesine bırakılmıştır. Kaldı ki anılan geçici maddenin Cumhurbaşkanına çok geniş bir alanda düzenleme yapma yetkisi verdiği de gözetildiğinde; “anılan maddeye göre” 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; ülkemizde ve dünyamızda hammadde temininde ve tedarik zincirlerinde yaşanan aksaklıklar ile girdi fiyatlarındaki beklenmeyen artışlar nedeniyle sözleşmenin karşı tarafında bulunanların, yüklenici risklerinin bertaraf edilmesine imkan vermeyecektir. Yine kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin yapacağı düzenlemeleri, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; sözleşmelerin karşı tarafında bulunanlar bakımından hukuki öngörülebilirliğe hanel getirmektedir. Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan geçici maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin (düzenleyici) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 2., 123. ve 135. maddelerine aykırıdır.

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

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

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

Ancak iptali talep edilen ibarenin kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerine verdiği öznel ve keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi; sözgelimi aynı iş kapsamındaki farklı alım türleri bakımından ek fiyat farkı verilmesine; benzer nitelikteki işler bakımından ayrı ek fiyat farkı hesaplanmasına; benzer nitelikteki işlerden bazıları için daha karmaşık idareye başvuru usulünün öngörülmesine; uygulamada her bir mal ve hizmet alımları ile yapım işleri için ek fiyat farkı verilmesi şartlarının farklılaşmasına; yükleniciler arasında muamele farklılığı yapılmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Öte yandan, diğer işlerden ayrı olarak kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin taraf olduğu veya bu kuruluş veya birliklerin kaynaklarıyla karşılanan mal ve hizmet alımı ile yapım işleri bakımından 7. fıkranın lafzında, sözleşmenin devrine ilişkin ibarenin yer almadığını da belirtmek gerekmektedir. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa’nın 10. maddesine aykırıdır.

ç) Mülkiyet hakkı, sözleşme özgürlüğü ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları bakımından: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Ek 1 No’lu Protokolü’nün 1. maddesinde ve Anayasa’nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi imkanı sağlar. Bununla birlikte mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme) şeklinde tanımlanmaktadır (Anayasa Mahkemesi’nin 21.06.1989 tarihli ve 1988/ 34 E., 1989/26 K. sayılı Kararı). Anayasa’nın 48. maddesinde yer alan sözleşme özgürlüğü; tarafların bir sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğünü, sözleşmeye son verme özgürlüğünü, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünü, sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğünü içerir. O halde anılan kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin taraf olduğu veya bu kuruluş veya birliklerin kaynaklarıyla karşılanan mal ve hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler sözleşmeleri bakımından ek fiyat farkı verilmesi, mülkiyet hakkının ve sözleşme özgürlüğünün kesişim alanındadır. Başka bir anlatımla sözleşmenin karşı tarafında bulunan, yüklenici mameleki bakımından bir azalma olmaması için, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu ve üst birlikleri ile akdettiği sözleşmenin değişen koşullara uyulanması suretiyle kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu ve üst birliklerinden ek fiyat farkı verilmesini talep edebilecektir. O halde kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin taraf olduğu veya bu kuruluş veya birliklerin kaynaklarıyla karşılanan mal ve hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından fiyat farkı verilmesine ilişkin esas ve usuller (sözgelimi idareye başvuru süreleri, ek fiyat farkı hesaplamaları); 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 ülkemizde ve dünyamızda hammadde temininde ve tedarik zincirlerinde yaşanan aksaklıklar ile girdi fiyatlarındaki beklenmeyen artışlar nedeniyle desteklenmesi için kanunlaştırılan geçici 5. maddeyi, Devletin Anayasa'nın anılan hükmü bağlamındaki tedbir alma yükümlülüğü kapsamında değerlendirmek mümkündür. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre de Devletin, "özel teşebbüsün gelişmesini sağlamaya dönük ekonomik ve sosyal politikalar uygulama ve özel teşebbüse güvenli çalışma ortamı sağlamak için önlemler alma yetkisi de bulunmaktadır" (Anayasa Mahkemesi'nin 25.02.2010 tarihli ve 2007/65 E.; 2010/43 K. sayılı Kararı). Ancak kanun koyucu tedbir alma yükümlülüğü doğrultusunda kanun düzeyinde ek fiyat farkı verilmesini öngörmüş ve fakat kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin taraf olduğu veya bu kuruluş veya birliklerin kaynaklarıyla karşılanan mal ve hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmeler bakımından bunların usul ve esaslarının genel çerçevesini çizmemiş; dahası kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin (düzenleyici) işlemlerine bırakmıştır. Bu itibarla kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst birliklerinin keyfi işlem ve eylemlerine açık hale gelen ihtilaflı düzenleme, özel teşebbüs bakımından çalışma ortamının güvensiz ve belirsiz hale gelmesine yol açmaktadır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 13., 35. ve 48. maddelerine aykırıdır.

d) Devletin; mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli 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 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 ülkemizde, dünyamızda hammadde temininde ve tedarik zincirlerinde yaşanan aksaklıklar ile girdi fiyatlarındaki beklenmeyen artışlar nedeniyle

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

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

Tüm bu nedenlerle 7351 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen Geçici Madde 5'in yedinci fıkrasında yer alan "ilgili kuruluş veya üst birliğin mevzuatında düzenleme" ibaresi, Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 13., 35., 48., 90., 123., 135. ve 167. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

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'in birinci fıkrası, ikinci fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanı" ibaresi ile üçüncü fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanı" ibaresi ve dördüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı

7351 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a, finansal istikrara katkı sağlamak ve gerçek kişilerin mevduat ve katılma hesaplarının getirilerini kur artışlarına karşı desteklemek amacıyla; gerçek kişilere ödeme yapılabilmesine imkan tanıyan geçici 35. madde eklenmiştir. Muhtevasında finansmanı teminen yapılacak kaynak aktarımına, ödeme kapsamına, ödemeye konu hesap tarihlerine, gerekli bilgi ve belgelerin talep edilebilmesine ve sorumluluk esaslarına ilişkin münferit hükümler barındıran anılan geçici maddenin; birinci fıkrası, ikinci fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanı" ibaresi ile üçüncü fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanı" ibaresi ve dördüncü fıkrası, Anayasa'ya aykırıdır.

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'in birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı

7351 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a geçici 35. madde eklenmiştir. Anılan geçici maddenin birinci fıkrasına göre; finansal istikrara katkı sağlamak ve gerçek kişilerin mevduat ve katılma hesaplarının getirilerini kur artışlarına karşı desteklemek amacıyla; bankalar nezdinde 21.12.2021 ve 31.12.2022 tarihleri arasında açılan Türk lirası vadeli mevduat ve katılma hesaplarına aktarılacak üzere, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na (TCMB) nakit kaynak aktarmaya ve nakit kaynak aktarımı için Bakanlık bütçesinde mevcut ya da yeni açılacak tertiplere ödenek eklemeye Hazine ve Maliye Bakanı yetkili olacaktır. Anılan fıkra hükmü, Anayasa'ya aykırıdır.

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

“Vergilendirme yetkisi, devletin ülkesi üzerindeki egemenliğine dayanarak vergi alma konusunda sahip olduğu hukuki ve fiili gücü olarak tanımlanabilir. Bu yetki devletin mali alanda sürdürdüğü egemenliğin içerdiği yetkilerin (harcama, bütçe yapma, borçlanma vb.) en önemlilerinden biridir. Devlet, kamu hizmetlerinin görülmesi için gereksinim duyduğu mali kaynakları vergilendirme yetkisini kullanarak karşılar. ... Her şeyden önce dar anlamda vergilendirme yetkisi, devletin kamu gelirleri içinde sadece vergi koymaya ilişkin yetkisini içerir. Geniş anlamda ise, devletin kamu giderlerini karşılamak üzere gerçek ve tüzel kişiler üzerine koyduğu her çeşit mali yükümlülüğe ilişkin yetkiyi kapsar.”⁸ O halde, vergi toplanmasının nedeni, kamu giderlerinin finansmanını teminen bütçe oluşturulmasıdır.

Kamu giderleri ise; “dar anlamda – geniş anlamda kamu giderleri; efektif (reel, gerçek) giderler – transfer giderleri; cari giderler – yatırım giderleri – transfer giderleri; organik sınıflama – fonksiyonel sınıflama, kamu harcamasının (hizmetinin), sağladığı yarar açısından sınıflama; verimli – verimsiz harcamalar sınıflaması” şeklinde tasnif edilebilir.⁹ Kamu giderlerini sınıflandırmanın çeşitli faydaları bulunmaktadır: “Hizmet gruplarının bir arada görülmesiyle kısıtlı kaynaklar en iyi şekilde dağıtılır. Mükellefler ödedikleri vergilerin nerede harcadığını kolayca görme imkanına kavuşurlar. Tasnifler milletvekillerine yardımcı olur. Yeni yılların giderlerini belirlerken daha doğru tercihler yapmalarına yardımcı olur. Kamu hizmetlerinin maliyet unsurları gruplandırılmış olarak görülebilir. Mali alandaki istatistiklerin hazırlanması kolaylaşır.”¹⁰

Öte yandan bütçeleme ilkeleri arasında yer alan doğruluk ilkesi, “bütçenin rasyonel şekilde hazırlanmasını ve bütçe tahminlerinin elden geldiğince gerçekleri yansıtacak şekilde yapılmasını ifade eder.” Samimiyet ilkesi ise, “doğruluk ilkesinin sübjektif yanını ifade eder.

⁸ Öncel, Muallâ, Kumrulu, Ahmet, Çağan, Nami, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Değişiklikler İşlenmiş B. 24, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 33.

⁹ Bilici, Nurettin, Bilici, Adem, Kamu Maliyesi, Güncelleştirilmiş ve Geliştirilmiş B. 4, Ankara, Savaş Yay., 2014, s. 29-35.

¹⁰ Bilici vd., s. 29.

Bütçeyi hazırlayanların iyi niyetli (dürüst) olmalarını ve toplumun beklentilerini en iyi şekilde karşılayacak hassasiyeti göstermelerini gerekli kılar.”¹¹

Ekonomik koşulların kötüleşmesi ve kamu maliye politikasının gereği gibi oluşturulamaması minvalindeki ve diğer mahiyetteki sebepler neticesinde ortaya çıkan kur artışlarına karşı gerçek kişilerin desteklenmesi amacıyla yapılacak harcamanın, kamu giderlerine ilişkin sınıflandırmada yer bulması mümkün değildir. Nitekim Devlet tarafından verilecek bir kamu hizmetinin finansmanı söz konusu değildir. Kaldı ki bunun kamu gideri olarak nitelendirilmesi, -samimiyet ilkesinin aksine- bütçenin (ekseriyetini düşük gelir düzeyine sahip vatandaşlarımızın oluşturduğu) toplumun beklentilerini en iyi şekilde karşılayacak hassasiyet gösterilmeden hazırlandığını ve dahi kullanıldığını göstermektedir. Zira bütçe; toplumun, refah, huzur ve mutluluğunun sağlanmasının finansal aracıdır.

Başka bir anlatımla gerçek kişilerin mevduat ve katılma hesaplarının getirilerinin kur artışlarına karşı desteklenmesi için yapılacak ödemenin Devlet bütçesinden karşılanması, vergi yükümlülerinin haklarını ihlal etmektedir. Zira açıklandığı üzere; söz konusu kur artışları sonucunda gerçek kişilerin mameleklerinde meydana gelen azalma, kamu gideri kapsamında değerlendirilemez. Bunun yanında, 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. Ancak vergi yükümlüsü her gerçek kişinin mevduat ve katılma hesabı bulunmamaktadır. Belirli bir gelir düzeyine sahip olan gerçek kişi vergi yükümlüsü, mevduat ve katılma hesabına sahiptir. Anılan geçici madde hükmüyle; belirli gelir düzeyinin altındaki gerçek kişi, kamu külfetine katlanmakta (vergisini ödemekte) ve fakat kamu nimetinden yararlanamamaktadır (anılan madde bağlamında Devlet desteği alamamaktadır). Dahası, gelir düzeyi düşük gerçek kişi vergi yükümlüsü, vergi vermek (Devlet bütçesine katkı yapmak suretiyle); gelir düzeyi yüksek gerçek kişi vergi yükümlüsünün mevduat ve katılma hesaplarının getirilerini kur artışları karşısında finanse etmektedir. Bu dengesizliğin ve kuralın gelir düzeyi yüksek ve düşük vatandaşlar arasında yarattığı bu muamele farklılığının dayandığı haklı bir neden bulunmamaktadır. Bu durum ise; (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 anlayışı üzerinden şekillendirilir. O halde, Hazine’ye büyük bir yük getirecek olan anılan fıkrada, 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 fıkrada mali yükümlülüklerden sadece verginin

¹¹ ibid, s. 70.

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 mali 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, faydası tüm topluma yayılmayan bir destek ödemesinin finansmanını, vergiler marifetiyle karşılamaktadır. Diğer bir deyişle; kur artışlarından kaynaklanan zararı, kamu üstlenmektedir. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen fıkra; Anayasa’nın 2., 5., 10. ve 73. maddelerine aykırıdır.

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

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

Anayasa Mahkemesi’nin çeşitli kararlarında da belirtildiği üzere; “Yasama organının, halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırlarını belirleyerek yetki vermesi ve sonuçlarını denetlemesine bütçe hakkı denilmektedir. (...) Bu hak, demokratik parlamenter yönetim sistemini benimsemiş olan ülkelerde, halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşan ve en yetkili organ olan yasama organına ait bulunmaktadır. (...) Bütçe yapısının fonksiyonunu ifa edebilmesi, temel bütçe ilkelerine uyulması ile mümkün olmaktadır. Bütçe ilkeleri; bütçenin hazırlanması, görüşülüp onaylanması, uygulanması ve denetlenmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulması gereken

kuralları ifade eder. Bu ilkeler, devlet bütçelerinin temel özellikleri ve amaçlarının gerçekleşmesi için uygulanması zorunlu olan ulusal ve uluslararası alanda kabul görmüş klasik maliye biliminin ilkeleridir.” (AYM’nin 30.12.2010 tarihli ve 2008/84 E.; 2010/121 K. ve 27.12.2012 tarihli ve 2012/102E.; 2012/207 K. sayılı Kararları).

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

Ne var ki iptali talep edilen fıkra hükmüyle; kamu gideri niteliği olmayan bir harcamanın finansmanını teminen; TCMB’ye nakit kaynak aktarımı için Bakanlık bütçesinde mevcut ya da yeni açılacak tertiplere ödenek ekleme yetkisi, Hazine ve Maliye Bakanına tanınmaktadır. Diğer bir deyişle idare tarafından; Bakanlık bütçesinin, 17.12.2021 tarihli ve 7344 sayılı 2022 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu’nda öngörülmeleyen biçimde, dahası kamu gideri niteliği bulunmayan bir harcama için kullanılmasına cevaz verilmektedir. Kamu gelirleri, bütçe kanununun öngörmediği biçimde harcanacaktır. Bakanlığın; kendi bütçesini, kamu gideri dışında bir harcama için kullanmasına olanak tanıyan ve TBMM tarafından kabul edilen bütçe kanununa istinaden kamu harcaması yapmamasına sebebiyet verecek, harcamaların kesin hesap kanunu ile denetlenmesini zorlaştıracak olan anılan fıkra 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 fıkra, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 6. ve 87. maddelerine aykırıdır.

c) Devletin; mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma yükümlülüğü bakımından: “Anayasa’nın 167. maddesinin ilk fıkrasında; ‘Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.’ denilmektedir. Maddede yalnız, tekelleşme değil, tekel oluşturmeyen 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).

Finansal istikrara katkı sağlamak ve gerçek kişilerin mevduat ve katılma hesaplarının getirilerini kur artışlarına karşı desteklemek amacıyla kanunlaştırılan geçici 35. maddesinin birinci fıkrası, açıklandığı üzere kamu yararı barındırmadığından; bankacılık sektörüne zarar gelmesine; Hazine üzerine öngörülemeyen büyüklükte yük bırakılmasına; keyfi harcamalarının önlenememesine; bütçenin amacı dışında kullanılmasına; kamu yararına aykırı şekilde gelir düzeyi yüksek gerçek kişilerin himaye edilmesine; gerçek kişilerin 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 dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olacağından; Anayasa’nın 5. ve 167. maddelerine de aykırıdır.

ç) Mülkiyet hakkı ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları bakımından: Anılan geçici maddenin birinci fıkrası, mülkiyet hakkını; iki boyutuyla ihlal etmektedir.

Bunlardan ilki: 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 surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya çalışma amacı ve görevi sayılmakta ve bu nitelendirme, amaç ve görev Anayasa’nın 73. maddesiyle (vergilemede adalet, mali güce göre vergileme) somutlaştırılmaktadır. Öte yandan Anayasa’nın 73. maddesi, mülkiyet hakkının Anayasal sınırını çizmektedir. Diğer bir deyişle 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). Devlet, vergileme ile kişinin mülkiyet hakkına müdahale etmektedir. Kişi, mülkiyet hakkından kaynaklanan vergi doğuran olay neticesinde vergi yükümlüsü kılınmaktadır. Kişinin bu külfete katlanmasının sebebi, (kendisinin de bir parçası olduğu) kamunun giderlerinin finanse edilmesini sağlamaktır. Ancak iptali talep edilen fıkıyla; kamu gideri niteliği olmayan bir ödeneğin, vergilerle oluşturulan bütçe tarafından karşılanması öngörülmektedir. Bu durum, vergilerin oluşturduğu bütçenin kamu yararı dışında kullanılmasına sebebiyet verdiği; gerçek kişilerin mülkiyet hakkına (Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan sınırlandırmanın sınırları arasın sayılan) özel sınırlama sebebi (Anayasa’nın 35. maddesinde yer alan “kamu yararı”) olmaksızın müdahale edilmesi sonucunu doğuracaktır. Diğer bir deyişle düşük gelir düzeyine sahip gerçek kişinin verdiği verginin, o gerçek kişinin yararlanamayacağı destek uygulamasının akçalanmasında kullanılması yoluyla; o gerçek kişinin mülkiyet hakkı ihlal edilecektir. Bu nedenle kamu yararı barındırmayan ve iptali talep edilen fıkra, Anayasa’nın 2., 5., 13., 35. ve 73. maddelerine aykırıdır.

Bunlardan ikincisi: 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).

O halde anılan geçici 35. madde kapsamındaki destekleme uygulaması, mülkiyet hakkının konusu kapsamındadır. Başka bir anlatımla kur artışları karşısında gerçek kişi mameleki bakımından bir azalma olmaması için, söz konusu destek uygulamasından faydalanmak isteyecektir. O halde nakit kaynak aktarımı ve eklenecek ödenek (ve anılan geçici maddenin ikinci ve üçüncü fıkrası uyarınca Cumhurbaşkanının uhdesine bırakılan konular birlikte düşünüldüğünde: destek tutarını ve hesaplama yöntemini, destekten yararlanacak gerçek kişi kapsamını, hesap türlerini, vadeleri, limitleri, hesapların vadeden önce kapatılması durumunda yapılabilecek kesintiler ile bu kesintilerin Hazine ve Maliye Bakanlığı'na aktarılmasını, bu madde kapsamında destek olarak aktarılacak kaynağın kullandırılması ile uygulamaya ve denetime ilişkin usul ve esaslara ve nihai hesap açma tarihini (31.12.2022 tarihini) öne çekme - 31.12.2023 tarihine kadar uzatmaya yönelik düzenlemeler); nihayetinde mülkiyet hakkının kullanımına etki edecektir. 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 fıkra da yer alan hususların kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu, bu hususlarda yetkili makamı tespit etmekle iktifa etmiş; düzenlenmesini Bakanın (ve anılan maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları uyarınca Cumhurbaşkanının) uhdesine bırakmak suretiyle; maddi anlamda yasallık ilkesinin gereklerini karşılamayan şekli anlamda bir kanun aracılığıyla anılan hakka idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır. Bu nedenle anılan fıkra, Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır.

d) 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 Mahkemesinin 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 Mahkemesinin 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.

Ancak kanun koyucu, (merkezi idari teşkilat içinde yer alan Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın en üst amiri konumunda bulunan) Hazine ve Maliye Bakanı; TCMB'ye nakit kaynak aktarma ve nakit kaynak aktarımı için Bakanlık bütçesinde mevcut ya da yeni açılacak tertiplere ödenek ekleme konularında, hiçbir kanuni kayıt olmaksızın yetkilendirmiştir. Halbuki nakit kaynak aktarımı ve ödenek ekleme hususlarının; 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- iptali talep edilen fıkra yalnız nakit kaynak aktarımına ve ödenek eklemeye ilişkin yetkili makamı (Hazine ve Maliye Bakanı) tespit etmiş; yetkili makamı “bankalar nezdinde 21.12.2021 ve 31.12.2022 tarihleri arasında açılan Türk lirası vadeli mevduat ve katılma hesaplarına aktarılacak üzere Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na nakit kaynak aktarma ve nakit kaynak aktarımı için Bakanlık bütçesinde mevcut ya da yeni açılacak tertiplere ödenek ekleme” yetkisiyle donatmış; ve fakat bu yetkinin kullanımına ilişkin esas ve usul hakkında tamamen sessiz kalmış, bu konuların düzenlenmesini anılan geçici maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarıyla 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. Nakit kaynak aktarımı ve ödenek ekleme hususlarının kanun düzeyinde açık ve net bir şekilde düzenlenmemesi ve bunlara yönelik nesnel, somut ölçüt öngörülmemesi, kur artışlarına karşı destekten faydalanmak isteyen kimselerin hukuki öngörülebilirliklerinin ortadan kaldırılmasına, keyfi uygulamalara neden olacaktır. Bu belirsizlik ise, maddenin lafzında zikredilen ratio legis'in gerçekleşmemesine neden olacaktır; finansal istikrara katkı sağlamak ve mevduat ve katılma hesaplarının getirilerini kur artışlarına karşı desteklemek amacıyla gerçek kişilerin tasarruf risklerinin bertaraf edilmesine imkan vermeyecektir, Hazine üzerinde büyük bir yük bırakacaktır. Yine Bakanın yapacağı düzenlemeleri, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; söz konusu gerçek kişiler bakımından hukuki öngörülebilirliğe halel getirmektedir. Bakanın uhdesine nakit kaynak aktarımı ve ödenek eklenmesine ilişkin sınırları belirsiz, çok geniş bir yetki alanının bırakılması, anılan geçici maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, Bakanın (düzenleyici) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen fıkra, Anayasa'nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

e) Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından; Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen fıkra hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; Bakana; nakit kaynak aktarımı ve ödenek ekleme hususlarında yetki veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

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

21.12.2021 tarihli ve 31696 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından 2021/14 sayılı Türk Lirası Mevduat ve Katılma Hesaplarına Dönüşümün Desteklenmesi Hakkında Tebliğ yayımlanmıştır. Anılan tebliğ, yurt içi yerleşik gerçek kişilerin döviz tevdiat hesaplarının ve döviz cinsinden katılım fonlarının Türk lirası vadeli mevduat ve katılma hesaplarına dönüşmesi halinde mevduat ve katılım fonu sahiplerine sağlanacak desteğe ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir. Söz konusu tebliğin kanuni dayanağı olarak 2. maddesinde "14.01.1970 tarihli ve 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu'nun 4. maddesinin üçüncü fıkrasının (I) numaralı bendinin (g) alt bendi ile 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 144. maddesi" gösterilmiştir. Öte yandan Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından 21.12.2021 tarihinde aşağıdaki basın açıklaması yapılmıştır:

"Birikimlerini TL mevduat olarak değerlendiren vatandaşlarımızın kurlardaki oynaklık karşısında mağdur olmaması için Sn. Cumhurbaşkanımızın da açıkladığı gibi "Kur Korumalı TL Vadeli Mevduat" ürünü devreye alınmıştır.

Ürün, gerçek kişilerce TL vadeli hesaplar üzerinde işleyecek faiz ile hesap açılış ve vade tarihlerindeki kur değişim oranı kıyaslanacak; yüksek olan oran üzerinden hesap nemalandırılacak ve bu mevduat ürününe stopaj uygulanmayacaktır.

Kur farkı hesaplamaları için Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası her gün saat 11:00'de USD döviz alış kuru yayınlayacaktır.

Vade sonunda kur değişiminin faiz oranı üzerinde kalması halinde oluşabilecek fark müşteri hesabına TL olarak yansıtılacaktır.

Hesaplar 3, 6, 9 ve 12 ay vadeler ile açılabilir olup; minimum faiz oranı TCMB Politika Faiz Oranı olarak uygulanacaktır.

Sisteme isteyen her banka katılabilecektir.

Vadeden önce hesaptan para çekilmesi durumunda hesap vadesiz hesaba dönüşecek, faiz hakkı ortadan kalkacaktır. Hesabın açıldığı tarihteki TCMB kuru ile hesabın kapatıldığı tarihteki TCMB kurundan düşük olan üzerinden hesap bakiyesi güncellenecektir.

Öte yandan söz konusu ürünün Katılım Bankacılığında da uygulanması konusunda çalışmalar sürdürülmektedir.

Kamuoyuna saygıyla duyurulur."12

Bu tebliğin ve basın açıklamasının akabinde, 7351 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a tebliğ ile benzer nitelikteki konuyu düzenleyen Geçici Madde 35 eklenmiştir. Anılan geçici maddenin

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

kapsamında, birinci fıkrası uyarınca, 21.12.2021 (Anılan tebliğ, 21.12.2021 tarihinde yayımlanmıştır.) ve 31.12.2022 tarihleri arasında açılan Türk lirası vadeli mevduat ve katılma hesapları yer almaktadır. Öte yandan 7351 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (a) bendiyle anılan 12. maddenin, 21.12.2021 tarihinden (Anılan tebliğ, 21.12.2021 tarihinde yayımlanmıştır.) itibaren geçerli olmak üzere yayımı tarihinde (22.01.2022) yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır.

Fuller'in, kanun koyucunun kanun yaparken uyması gerektiğini belirttiği sekiz temel ilkenin biri, geçmişe yürümezlik ilkesidir. Ona göre; "Hukukun davranışa rehber olabilmesi için bu ilke, açık bir gerekliliktir. Vatandaşların davranışları henüz var olmayan kurallarla yönlendirilemez. Bununla birlikte politikacılar için geçmişe yürür yasa yapma, hataları düzeltmek ve hukuku kendi çıkarları için kullanmaları açısından ideal bir araçtır. ..."13

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

Anılan tebliğin ve söz konusu geçici maddenin ratio legis'i kur artışlarına karşı mevduat ve katılma hesabı sahiplerini korumaktır. Anılan tebliğ ile söz konusu geçici madde, benzer finansal araçları havidir. Bu tebliğ uygulamaya konulduktan belli bir süre sonra, anılan geçici madde hükmü kanunlaştırılmış ve fakat kanun hükmüne konu hesapların açılış tarihi belirlenirken; tebliğin yayım tarihi esas alınmıştır. Diğer bir deyişle kanun koyucu, tebliğin yayım tarihi (21.12.2021 tarihi) ile anılan kanunun yürürlüğe gireceği tarih (normal şartlar altında Resmi Gazete'de yayımlandığı tarih: 22.01.2022) arasında geçen süre zarfındaki idare tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırı - de facto uygulamaları, hukuki - de jure hale getirmek amacıyla, anılan geçici maddenin kapsamını, geçmişe (21.12.2021 tarihinden itibaren) etkili kılmıştır. Zira de facto uygulamalar bulunmasaydı; kanun koyucu, iptali talep edilen fıkranın kapsamını geçmişe etkili kılmaktan imtina ederdi.

Ancak anılan geçici madde, açıklandığı üzere faydası tüm topluma yayılmayan – kamu gideri niteliği bulunmayan bir destek ödemesinin finansmanını vergiler marifetiyle karşıladığından; Anayasa'ya aykırı olup maddenin bizatihi kendisi kamu yararını havi değildir. O halde iptali talep edilen fıkra konu hesapların başlangıç tarihinin geriye çekilmesi (Türk lirası vadeli mevduat ve katılma hesabı açma tarihinin başlangıcının 21.12.2021 olarak belirlenmesi), kanunların geçmişe yürüme yasağına istisna oluşturabilecek bir kamu yararı haline ilişkin değildir. Söz konusu geçmişe yürütme, aksine, yetki sınırları Anayasa tarafından çizilmiş bir devlet erki olan yürütmenin doğurduğu hukuka aykırı bir durumu geriye dönük olarak hukuki hale getirmek şeklinde, bir hukuk devletinde yeri olmayan bir ereğe yönelmektedir.

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

Öte yandan hukuk devleti ilkesinin temelinde yer alan Kelsen'in normlar hiyerarşisi teorisine göre "Devletin hukuk düzeni bir hiyerarşik normlar sistemidir. ... Bir hukuk normunun diğerine dayanması demek, bir hukuk normu geçerli olduğu için diğer normun geçerli olması demektir."¹⁴

O halde bir adsız düzenleyici işlemin (tebliğin) hukuki geçerliliğe sahip olabilmesi, (tebliğ çıkarıldığında) dayanacağı bir kanun hükmünün hukukten varlığını gerektirmektedir. Ne var ki tebliğin yayımlandığı tarihte, anılan geçici madde hükmü yürürlükte değildir ve iptali talep edilen fıkra Türkiye lirası vadeli mevduat ve katılma hesabı açma tarihinin başlangıcının 21.12.2021 olarak belirlenmesi suretiyle; kanun koyucu, anılan geçici maddenin kapsamını tebliğin yayım tarihine çekmiştir. Normların kademelenmesinde, zamansal aksaklık meydana gelmiş; diğer bir deyişle önce tebliğ yayınlanmış, sonra kanun çıkarılmıştır.

Ancak tebliğin yayımı tarihi itibarıyla mevduat ve katılma hesapları sahiplerine kur artışına karşı destek amacıyla ödeme (taahhütleri) yapılmaya başlanmış ve bu uygulamayla çok benzer nitelikte hükümler ihtiva eden anılan geçici madde, anılan tebliğ tarihinden itibaren yapılan uygulamaları kapsayacak biçimde kanunlaştırılmıştır. Kanun koyucunun anılan geçici maddenin kapsamını (hukuka aykırı olarak) geçmişe etkili olarak genişletmesi, 21.12.2021 (tebliğin yayım tarihi) ile 22.01.2022 (7351 sayılı Kanun'un yayım tarihi) tarihleri arasında geçen dönemde yapılan uygulamaların anılan geçici maddeye dayanması gerektiğinin kabulü anlamına gelmektedir. Anılan geçici maddenin kapsamı, 21.12.2021 tarihinden itibaren belirlenerek idarenin kanuniliği sağlanmaya çalışılmıştır. Oysa idarenin kanuniliği ilkesi, yetki veren kanuni dayanağın idari işlem ve eylemlerden önce var olmasını içerir. Yetkisiz işlemin ardından geriye dönük olarak tanınan yetki, Anayasa'nın 123. maddesinin etrafından dolanmak anlamına gelir. Kanun koyucunun, dolaylı olarak Anayasa'nın amir bir hükmünün etkililiğini ortadan kaldıracak şekilde kanun çıkarma yetkisi yoktur.

Öte yandan idarenin (düzenleyici) işlemlerinin yetki veren kanun hükmünden önce çıkarılması nedeniyle; iptali talep edilen fıkra, Türkiye lirası vadeli mevduat ve katılma hesabı açma tarihinin başlangıcının 21.12.2021 olarak belirlenmesi; bir fonksiyon gaspına sebep olacak, Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini ve 6. maddesinde yer alan hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanmamasına yönelik hükmü ihlal edecektir. Zira idare, Anayasa gereği bir yetki kanununa istinaden idari işlem tesis etmesi gerekirken etmemiş; yasama kuvveti ile yürütme kuvveti arasındaki ayrılığa hâlel getirmiştir. O nedenle hesap açma tarihinin başlangıcının 21.12.2021 olarak belirlenmesi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2., 6. ve 123. maddelerine aykırıdır.

g) Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Bunun yanında; Anayasa'nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen fıkra, 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 7351 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen Geçici Madde 35'in birinci

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

fıkrası, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2., 5., 6., 7., 10., 13., 35., 73., 87., 90., 123. ve 167. maddelerine aykırıdır; anılan fıkranın gerekir.

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'in ikinci fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanı" ibaresi ile üçüncü fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanı" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

Anılan geçici maddenin 2. fıkrasına göre bu madde kapsamında ödenecek destek tutarını ve hesaplama yöntemini, destekten yararlanacak gerçek kişi kapsamını, hesap türlerini, vadeleri, limitleri, hesapların vadeden önce kapatılması durumunda yapılabilecek kesintiler ile bu kesintilerin Hazine ve Maliye Bakanlığı'na aktarılmasını, bu madde kapsamında destek olarak aktarılacak kaynağın kullandırılması ile uygulamaya ve denetime ilişkin usul ve esasları belirlemeye Cumhurbaşkanı yetkili olacaktır. Anılan geçici maddenin 3. fıkrasına göre birinci fıkra da yer alan nihai hesap açma tarihini (31.12.2022 tarihini) öne çekmeye veya 31.12.2023 tarihine kadar uzatmaya Cumhurbaşkanı yetkili olacaktır.

Ancak iptali talep edilen ibarelerle bu madde kapsamında ödenecek destek tutarını ve hesaplama yöntemini, destekten yararlanacak gerçek kişi kapsamını, hesap türlerini, vadeleri, limitleri, hesapların vadeden önce kapatılması durumunda yapılabilecek kesintiler ile bu kesintilerin Hazine ve Maliye Bakanlığı'na aktarılmasını, bu madde kapsamında destek olarak aktarılacak kaynağın kullandırılması ile uygulamaya ve denetime ilişkin usul ve esasları tespit etme ve nihai hesap açma tarihini (31.12.2022 tarihini) öne çekme veya 31.12.2023 tarihine kadar uzatma yetkisinin, Cumhurbaşkanı'na tevdi edilmesi, Anayasa'ya aykırıdır.

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

ilegem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Bu nedenle, ödenecek destek tutarını ve hesaplama yöntemini, destekten yararlanacak gerçek kişi kapsamını, hesap türlerini, vadeleri, limitleri, hesapların vadeden önce kapatılması durumunda yapılabilecek kesintiler ile bu kesintilerin Hazine ve Maliye Bakanlığı'na aktarılmasını, bu madde kapsamında destek olarak aktarılacak kaynağın kullandırılması ile uygulamaya ve denetime ilişkin usul ve esasları tespit etme ve nihai hesap açma tarihini (31.12.2022 tarihini) öne çekme - 31.12.2023 tarihine kadar uzatma hususunun; normlar hiyerarşisinin ana halkası olarak hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerinin karşılanması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; –Anayasal ilkelerin aksine- ilk fıkrada yalnız destek uygulamasına ilişkin yetkili makamı (Hazine ve Maliye Bakanı) tespit etmiş; yetkili makamı “bankalar nezdinde 21.12.2021 ve 31.12.2022 tarihleri arasında açılan Türk lirası vadeli mevduat ve katılma hesaplarına aktarılmak üzere Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na nakit kaynak aktarma ve nakit kaynak aktarımı için Bakanlık bütçesinde mevcut ya da yeni açılacak tertiplere ödenek ekleme” yetkisiyle donatmış; ve fakat bu yetkinin kullanımına ilişkin esas ve usul 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, kur artışlarına karşı destekten faydalanmak isteyen kimselerin hukuki öngörülebilirliklerinin ortadan kaldırılmasına, keyfi uygulamalara neden olacaktır. Bu belirsizlik ise maddenin lafzında zikredilen ratio legis'in gerçekleşmemesine neden olacaktır; finansal istikrara katkı sağlamak ve mevduat ve katılma hesaplarının getirilerini kur artışlarına karşı desteklemek amacıyla gerçek kişilerin tasarruf risklerinin bertaraf edilmesine imkan vermeyecektir. Yine Cumhurbaşkanının yapacağı düzenlemeleri, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; söz konusu gerçek kişiler bakımından hukuki öngörülebilirliğe halel 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. Öte yandan aynı makam, hem uygulamaya yönelik usul ve esasları belirlemek suretiyle uygulayıcı konumunda bulunacak; hem de denetime yönelik usul ve esasları belirlemek suretiyle denetleyici konumunda bulunacaktır. Uygulayıcı ve denetleyici statülerinin aynı mercii bünyesinde birleşmesi kamu yararına açıkça aykırılık taşımaktadır ve hukuk devleti ilkesine halel getirmektedir. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen ibareler, Anayasa'nın 2. ve 123. maddelerine aykırıdır.

b) Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından; Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarelerin yer aldığı madde hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; Cumhurbaşkanına; ödenecek destek tutarını ve hesaplama yöntemini, destekten yararlanacak gerçek kişi

kapsamını, hesap türlerini, vadeleri, limitleri, hesapların vadeden önce kapatılması durumunda yapılabilecek kesintiler ile bu kesintilerin Hazine ve Maliye Bakanlığı'na aktarılmasını, bu madde kapsamında destek olarak aktarılabilecek kaynağın kullanılması ile uygulamaya ve denetime ilişkin usul ve esasları tespit etme, nihai hesap açma tarihini (31.12.2022 tarihini) öne çekme veya 31.12.2023 tarihine kadar uzatma yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

c)Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen ibarelerin Cumhurbaşkanına verdiği sınırsız takdir yetkisi, 21.12.2021 ve 31.12.2022 tarihleri (Anılan maddenin üçüncü fıkrasında yer alan ve iptali talep edilen ibareye istinaden, Cumhurbaşkanı, kanuni ve nesnel ölçüde dayanmaksızın nihai hesap açma tarihini değiştirebilecektir.) arasında açılan Türk lirası vadeli mevduat ve katılma hesabı sahibi gerçek kişiler 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 durumdaki kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden"ın 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 ibarelerin Cumhurbaşkanına verdiği öznel ve keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi; sözcgelimi gerçek kişiler bakımından farklı hesaplama yönteminin kullanılmasına; gerçek kişilere vadeden önce hesaplarını kapatmaları durumunda farkı kesintiler yapılmasına; Bakanlığın bazı uygulamalarının denetime tabi olup bazılarının olmamasına; hesap açma tarihinin öne çekilmesi ya da uzatılması suretiyle bazı gerçek kişilerin kapsam içinde kalmasının (ya da kapsam dışında kalmasının) sağlanmasına; uygulamada her hesap türü için destek tutarının farklılaşmasına; gerçek kişiler arasında muamele farklılığı yapılmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Bu nedenle anılan ibareler, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

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

O halde anılan geçici 35. madde kapsamındaki destekleme uygulaması, mülkiyet hakkının konusu kapsamındadır. Başka bir anlatımla kur artışları karşısında gerçek kişi,

mameleki bakımından bir azalma olmaması için; söz konusu destek uygulamasından faydalanmak isteyecektir. O halde destek uygulaması ve denetlenmesine ilişkin usul ve esasları tespit etme ile nihai hesap açma tarihi aralığını değiştirme hususu (destek tutarını ve hesaplama yöntemini, destekten yararlanacak gerçek kişi kapsamını, hesap türlerini, vadeleri, limitleri, hesapların vadeden önce kapatılması durumunda yapılabilecek kesintiler ile bu kesintilerin Hazine ve Maliye Bakanlığı'na aktarılmasını, bu madde kapsamında destek olarak aktarılacak kaynağın kullanılması ile uygulamaya ve denetime ilişkin usul ve esaslara ve nihai hesap açma tarihini (31.12.2022 tarihini) öne çekme - 31.12.2023 tarihine kadar uzatmaya yönelik düzenlemeler); nihayetinde mülkiyet hakkının kullanımına etki edecektir. Mülkiyet hakkına yönelik 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 ibarelerde yer alan hususların kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu, bu hususların düzenlenmesini Cumhurbaşkanının uhdesine bırakmak suretiyle; anılan hakka idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır. Bu nedenle anılan ibareler, Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır.

d)Devletin; mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma yükümlülüğü bakımından: “Anayasa'nın 167. maddesinin ilk fıkrasında; ‘Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.’ denilmektedir. Maddede yalnız, tekelleşme değil, tekel oluşturmayan üretim ve hizmet kuruluşlarının ‘fiyat anlaşmaları’, ‘coğrafi bölge paylaşma’ ve ‘benzeri suretle’ gerçekleştirilecek kartelleşme de yasaklanmış; Devlet, bunu engelleyici önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Böylece rekabetin ortadan kaldırılması, tekellerin ve kartellerin fiyatları oluşturmaları ve etkilemesi önlenmek istenmiştir. Devletin tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemek görevi, temelde tüketiciyi koruma amacı gütmektedir. Bu da ancak, tekelleşme ve kartelleşmelerin önlenerek özgür rekabet ortamının sağlanması ile güvenceye alınabilir. Piyasa ekonomisinin etkinliği, serbest rekabet koşullarının varlığına bağlıdır. Tekelleşmeye veya kartelleşmeye olanak veren ortamlarda piyasa ekonomisi etkinliğini yitirir. Bu nedenle, yasal düzenlemelerde, tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemeye, dolayısıyla bireyleri ve toplumu korumaya yönelik kuralların bulunması zorunludur. Bu husus, Anayasa'nın 5. maddesindeki Devlet'in ‘kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak’ görevleri ile de doğrudan ilgilidir” (Anayasa Mahkemesi'nin 16.06.2011 tarihli ve 2009/9 E.; 2011/103 K. sayılı Kararı).

Finansal istikrara katkı sağlamak ve gerçek kişilerin mevduat ve katılma hesaplarının getirilerini kur artışlarına karşı desteklemek amacıyla kanunlaştırılan geçici 35. maddede yer alan iptali talep edilen ibarelerle Cumhurbaşkanına geniş bir düzenleme alanı bırakılacağından; hiçbir kanuni kayda tabi olmayan anılan ibareler, bankacılık sektörüne zarar gelmesine; Hazine üzerine öngörülemeyen büyüklükte yük bırakılmasına; keyfi harcamalarının önlenememesine; kamu yararına aykırı şekilde gelir düzeyi yüksek gerçek kişilerin himaye edilmesine; gerçek kişilerin 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 dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olduğundan Anayasa'nın 5 ve 167. maddelerine de aykırıdır.

e) Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırılık: Anayasa'nın 104. maddesinde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sayılmıştır. Bu görev ve yetkiler arasında "destek tutarını ve hesaplama yöntemini, destekten yararlanacak gerçek kişi kapsamını, hesap türlerini, vadeleri, limitleri, hesapların vadeden önce kapatılması durumunda yapılabilecek kesintiler ile bu kesintilerin Hazine ve Maliye Bakanlığı'na aktarılmasını, bu madde kapsamında destek olarak aktarılabilecek kaynağın kullandırılması ile uygulamaya ve denetime ilişkin usul ve esasları tespit etme ve nihai hesap açma tarihini (31.12.2022 tarihini) öne çekme veya 31.12.2023 tarihine kadar uzatma" görev ve yetkisi sayılmadığı gibi; iptali talep edilen ibarelerde yer alan düzenlemeleri yapmayı dayandırabileceği (Anayasa'nın 104. maddesinde) bir hüküm de bulunmamaktadır. Yasama organı, görevi ve yetkisi dahilinde olmayan bir konuda Cumhurbaşkanını yetkilendirmek suretiyle; Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini ve 6. maddesinde yer alan hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi 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 ibarelerde yer alan destek uygulaması ve denetlenmesine ilişkin usul ve esasları tespit etme ile nihai hesap açma tarihi aralığını değiştirme 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.

f) Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Bunun yanında; Anayasa'nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibareler, 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 7351 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen Geçici Madde 35'in ikinci fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanı" ibaresi ile üçüncü fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanı" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2., 5., 6., 7., 10., 13., 35., 90., 104., 123. ve 167. maddelerine aykırıdır; anılan ibarelerin gerekir.

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'in dördüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı

7351 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle 4749 sayılı Kanun'a eklenen geçici 35. maddenin dördüncü fıkrasına göre Hazine ve Maliye Bakanlığı (Bakanlık), bu maddenin uygulanması kapsamında Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası (TCMB) ve bankalardan gerekli veri ve bilgiyi talep edebilecek; TCMB veya bankalar talep edilen veri ve bilgiyi Bakanlığın belirleyeceği şekil ve süreler içerisinde vermekle yükümlü olacak; veri ve bilginin birinci

fıkra belirtilen amaç çerçevesinde Bakanlığa verilmesinde diğer kanunlardaki yasaklayıcı ve sınırlayıcı hükümler uygulanmayacaktır. Ancak anılan fıkra, Anayasa'ya aykırıdır.

a) Kişisel verilen korunması ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından: Bakanlığın TCMB ve bankalardan talep edeceği veri ve bilgiler, 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).

O halde Bakanlığın TCMB ve bankalardan talep edeceği veri ve bilgilerin içeriğinde yer alan; ticari iş ve işlemler, ticari defterler, kıymetli evrak havuzu, banka kayıtları, aracı kurum dokümanları, sermaye piyasası araçları, kredibilite dereceleri, tasarruf sahiplerinin adres bilgileri gibi veriler; kişiyi belirli, belirlenebilir kıldığından; kişisel veri niteliğindedir.

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).

Sınırlandırmanın sınırlarını düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesi gereğince kişisel verilen korunması hakkı kısıtlanırken; söz konusu kayıtlamalar kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir şekilde belirlenmelidir. Bu kayıtlamalar; Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine, ölçülülük ilkesine ve özel sınırlama sebebine aykırı olmamalıdır.

Öte yandan, anılan fıkra Bakanlığın, veri ve bilgileri TCMB ve bankalardan nasıl talep edeceğine ilişkin kanun düzeyinde hiçbir kıstas öngörülmemiş; Bakanlığın uhdesine bunun şeklini ve süresini belirleme yetkisi bırakılmış; dahası talep edilen veri ve bilgilerin Bakanlığa verilmesinde diğer kanunlardaki (sözelimi 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu) yasaklayıcı ve sınırlayıcı hükümlerin uygulanmayacağı öngörülmüştür. Bakanlığın talep yetkisi, hiçbir (sözelimi şekil ve süre yönünden) koşul ile sınırlandırılmamıştır. Diğer bir

deyişle talep edilen veri ve bilgilere erişimde kullanılacak teknolojik olanaklara, sadece finansal istikrara katkı sağlamak ve gerçek kişilerin mevduat ve katılma hesaplarının getirilerini kur artışlarına karşı desteklemek amacı kapsamında değerlendirilebilecek veri ve bilgilere erişilmesine, bunların ne kadar süre ile ve nasıl muhafaza edileceğine; depolama usulüne; düzeltilmesi için yapılacak başvuru prosedürüne; bunların Bakanlık tarafından hangi kurum ve kuruluşlarla paylaşılacağına; bunların amacı dışında kullanılmamasına; Bakanlığın 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. Hiçbir sınırlandırmaya tabi olmayan söz konusu müdahale, kişisel verilerin korunması hakkını tamamen savunmasız bırakmakta, keyfiliğe açık hale getirmekte ve onun demokratik toplumda gerekli olmayan şekilde sınırlandırılmasına yol vermektedir.

Anayasa Mahkemesi de 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 söz konusu fıkra, (her ne kadar anılan fıkra "bu maddenin uygulanması kapsamında" ve "birinci fıkra belirtilen amaç çerçevesinde" ibareleri yer alsa da) Bakanlığın talep edeceği veri ve bilginin, kişisel verilerin tam bir kanuni güvenceyle korunmasını teminen; idareyi kayıtlayacak biçimde konu (göreviyle ilgili olarak) bakımından somut şekilde sınırlandırmamıştır.

Ölçülülük ilkesi gereğince kişisel verilerin korunması hakkına yapılan söz konusu müdahalede; amaç ve araç ilişkisi bakımından, aracın (TCMB ve bankalardan kişisel veri teşkil eden veri ve bilgi talep etme), amacı (finansal istikrara katkı sağlamak ve gerçek kişilerin mevduat ve katılma hesaplarının getirilerini kur artışlarına karşı destekleme) gerçekleştirmeye elverişli, gerekli olması ve amaç ile araç arasında orantı bulunması gerekmektedir. Ancak Bakanlığa veri ve bilgi talep etme yetkisini (ve dahi TCMB ve bankalardan bu veri ve bilgiyi vermesine ilişkin süreyi ve şekli belirleme yetkisini) hiçbir kanuni kayıt getirilmeden tanımak (ve dahası diğer kanunlardaki yasaklayıcı ve sınırlayıcı hükümlerden varestesiz tutmak), amacı gerçekleştirmek bakımından orantılı değildir. Zira, Bakanlığa tanınan geniş yetki nedeniyle kişisel verilerin korunması ile finansal istikrarın sağlanması ve gerçek kişilerin desteklenmesi arasındaki hassas denge gözetilmemiştir.

Aynı yönde, 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). Anılan fıkranın kapsamındaki 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 aykırıdır (Birçok karar arasında bkz. mesela: AİHM, X, Y ve Z/Birleşik Krallık, 22 Nisan 1997, başvuru no: 21830/93,

p.41). Anılan fıkra, özel hayat hakkının ancak AİHS'nin 8. maddesinin ikinci fıkrasındaki kanunilik ve demokratik toplumda orantılılık ölçütlerine uygun şekilde istisnaen sınırlanabileceği kuralını ihlal etmesi hasebiyle söz konusu uluslararası anlaşma ile uyumlu değildir. Bu nedenlerle anılan fıkra, Anayasa'nın 13 ve 20. (ve 90.) maddelerine aykırıdır.

b) Mülkiyet hakkı ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından: Söz konusu veri ve bilgilerde kişilerin malvarlığı değerleri kapsamında kalan ticari sırları, meslek sırları, müşteri çevrelerinin yer alması kuvvetle muhtemeldir. Bu veriler, aynı zamanda Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının konusudur.

Nitekim AİHM'in Iatridis/Yunanistan davasında başvuruçunun 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 veri ve bilgilerin TCMB ve bankalardan hiçbir sınır olmaksızın Bakanlık tarafından alınması; malvarlığı değerini dolayısıyla mülkiyet hakkını ihlal eder niteliktedir. Zira mülkiyet hakkı da ancak Anayasa'nın 13. maddesi çerçevesinde ve 35. maddedeki kanunilik ölçütü dahilinde sınırlandırılabilir. Ancak, ihtilaflı düzenleme, 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. Ayrıca, ihtilaflı düzenleme, mülkiyet hakkına, sınırları öngörülebilir olmayan şekilde, belirsiz kapsamlı müdahaleleri mümkün kılması itibarıyla, Anayasa'nın 35. maddesinde öngörülen ve mülkiyet hakkının sınırlanması koşulu olan kamu yararı meşru amacının sınırlarını aşmakta, Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçülülük ilkesini de çiğnemektedir. Ezcümle; Bakanlığın bu yetkisi; hiçbir kanuni koşulla kayıtlanmamıştır, amacı gerçekleştirmek için orantılı, en az sınırlayıcı ve ölçülü bir tedbir değildir.

Başka bir anlatımla mülkiyet hakkı, Anayasa'nın hak ve özgürlüklere özgülenmiş 2. kısmın 2. 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 AİHS'ye, Ek 1 No'lu Protokol'e aykırı olamazlar. Mülkiyet hakkına AİHS'ye, Ek 1 No'lu Protokol'e aykırı şekilde getirilecek bir sınırlama, Anayasa'nın 35. maddesinin yanında, AİHS'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün ve dolayısıyla Anayasa'nın 90. maddesinin 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 başvuru alan 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). Kanunilik ve ölçülülük ile ilgili yukarıdaki analizlerin ışığında, ihtilaflı kural, mutatis mutandis AİHS'ye Ek 1 No'lu Protokol'e ve Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır. Bu nedenlerle anılan fıkra, Anayasa'nın 13 ve 35. (ve 90.) maddelerine aykırıdır.

c)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa’ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa’nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesinin 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 Mahkemesinin 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.

Bu nedenle Bakanlığın, TCMB ve bankalardan veri ve bilgi talep etmesi ve TCMB ve bankaların bu veri ve bilgileri Bakanlığın belirleyeceği şekil ve süreler içinde vermesi hususunda, kanuna dayanması ile aykırı davranmaması için; bu şekil ve süre, açık bir şekilde kanun formunda düzenlenmelidir. Aksi takdirde Bakanlığa tanınan ve hiçbir koşulla sınırlandırılmayan (Kaldı ki diğer kanunlardaki yasaklayıcı ve sınırlayıcı hükümlerin uygulanmayacağı da öngörülmüştür.) geniş takdir yetkisi, Bakanlığın keyfi uygulamalarına sebep olabilecektir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de 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, (her ne kadar anılan fıkra “bu maddenin uygulanması kapsamında” ve “birinci fıkra belirtilen amaç çerçevesinde” ibareleri yer alsa da) iptali talep edilen anılan fıkra Bakanlık tarafından talep edilecek veri ve bilgi, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine istinaden; idareyi kayıtlayacak biçimde konu (göreviyle ilgili olarak) bakımından somut olarak sınırlandırılmamıştır. Bu nedenlerle anılan fıkra, Anayasa’nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

ç) Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından; Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi, yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen fıkra hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin (dahası diğer kanunlardaki yasaklayıcı ve sınırlayıcı hükümlerden istisna tutmak suretiyle); idareye (Bakanlığa); TCMB ve bankalardan veri ve bilgi talep etmesi ve TCMB ve bankaların bu veri ve bilgileri Bakanlığın belirleyeceği şekil ve süreler içinde vermesi hususunda yetki veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

d)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası andlaşmalar bakımından; Anayasa'nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen fıkra, söz konusu kişisel verilerin korunması ve mülkiyet haklarına ilişkin Anayasa hükümleriyle benzer hükümler içeren Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmayı da (AİHS'nin 8. maddesini ve Ek 1 No'lu Protokol'ünü) ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7351 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen Geçici Madde 35'in dördüncü fıkrası, Anayasa'nın 2., 7., 13., 20., 35., 90. ve 123. maddelerine aykırıdır; anılan fıkranın iptali gerekir.

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 17. maddesinin (a) bendinin Anayasa'ya aykırılığı

21.12.2021 tarihli ve 31696 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından 2021/14 sayılı Türk Lirası Mevduat ve Katılma Hesaplarına Dönüşümün Desteklenmesi Hakkında Tebliğ yayımlanmıştır. Anılan tebliğ, yurt içi yerleşik gerçek kişilerin döviz tevdiat hesaplarının ve döviz cinsinden katılım fonlarının Türk lirası vadeli mevduat ve katılma hesaplarına dönüşmesi halinde mevduat ve katılım fonu sahiplerine sağlanacak desteğe ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir. Söz konusu tebliğin kanuni dayanağı olarak 2. maddesinde "14.01.1970 tarihli ve 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu'nun 4. maddesinin üçüncü fıkrasının (I) numaralı bendinin (g) alt bendi ile 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 144. maddesi" gösterilmiştir. Öte yandan Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından 21.12.2021 tarihinde aşağıdaki basın açıklaması yapılmıştır:

"Birikimlerini TL mevduat olarak değerlendiren vatandaşlarımızın kurlardaki oynaklık karşısında mağdur olmaması için Sn. Cumhurbaşkanımızın da açıkladığı gibi "Kur Korumalı TL Vadeli Mevduat" ürünü devreye alınmıştır.

Ürün, gerçek kişilerce TL vadeli hesaplar üzerinde işleyecek faiz ile hesap açılış ve vade tarihlerindeki kur değişim oranı kıyaslanacak; yüksek olan oran üzerinden hesap nemalandırılacak ve bu mevduat ürününe stopaj uygulanmayacaktır.

Kur farkı hesaplamaları için Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası her gün saat 11:00'de USD döviz alış kuru yayınlayacaktır.

Vade sonunda kur değişiminin faiz oranı üzerinde kalması halinde oluşabilecek fark müşteri hesabına TL olarak yansıtılacaktır.

Hesaplar 3, 6, 9 ve 12 ay vadeler ile açılabilir olup; minimum faiz oranı TCMB Politika Faiz Oranı olarak uygulanacaktır.

Sisteme isteyen her banka katılabilecektir.

Vadeden önce hesaptan para çekilmesi durumunda hesap vadesiz hesaba dönüşecek, faiz hakkı ortadan kalkacaktır. Hesabın açıldığı tarihteki TCMB kuru ile hesabın kapatıldığı tarihteki TCMB kurundan düşük olan üzerinden hesap bakiyesi güncellenecektir.

Öte yandan söz konusu ürünün Katılım Bankacılığı'nda da uygulanması konusunda çalışmalar sürdürülmektedir.

Kamuoyuna saygıyla duyurulur.”¹⁵

Bu tebliğin ve basın açıklamasının akabinde, 7351 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a tebliğ ile benzer nitelikteki konuyu düzenleyen Geçici Madde 35 eklenmiştir. Öte yandan 7351 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (a) bendiyle; anılan 12. maddenin, 21.12.2021 tarihinden (Anılan tebliğ, 21.12.2021 tarihinde yayımlanmıştır.) itibaren geçerli olmak üzere; yayımı tarihinde (22.01.2022) yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır. Anılan bent uyarınca; söz konusu geçici maddenin yürürlük tarihinin 21.12.2021 tarihine çekilmesi, Anayasa'ya aykırıdır.

a) Kanunların geriye yürümezliği ilkesi bakımından: Fuller'in, kanun koyucunun kanun yaparken uyması gerektiğini belirttiği sekiz temel ilkenin biri, geçmişe yürümezlik ilkesidir. Ona göre; “Hukukun davranışa rehber olabilmesi için bu ilke, açık bir gerekliliktir. Vatandaşların davranışları henüz var olmayan kurallarla yönlendirilemez. Bununla birlikte politikacılar için geçmişe yürür yasa yapma, hataları düzeltmek ve hukuku kendi çıkarları için kullanmaları açısından ideal bir araçtır. ...”¹⁶

Yine Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına göre; “Hukuk devletinin gereği olan hukuk güvenliğini sağlama yükümlülüğü, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. “Yasaların geriye yürümezliği ilkesi” uyarınca yasalar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrık durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe giren yasaların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir.” (AYM'nin 22.12.2011

¹⁵ <https://www.hmb.gov.tr/duyuru/basin-aciklamasi-i-21-12-2021> (Erişim Tarihi: 08.03.2022)

¹⁶ Wibren van der Burg, Lon L. Fuller'den Yasa Koyuculara Dersler (Çev. İrem Akı), Hukuk Kuramı, C. 1, S. 3., Mayıs- Haziran 2015, ss. 58-64.

tarıhli ve 2010/7 E.; 2011/172 K. sayılı Kararı). Görüldüğü üzere, Anayasa bakımından yasaların geçmişe yürütülmemesi kural, geçmişe yürütülmesi istisnadır.

Anılan tebliğin ve söz konusu geçici maddenin ratio legis'i kur artışlarına karşı mevduat ve katılma hesabı sahiplerini korumaktır. Anılan tebliğ ile söz konusu geçici madde, benzer finansal araçları havidir. Bu tebliğ uygulamaya konulduktan belli bir süre sonra, anılan geçici madde hükmü kanunlaştırılmış ve fakat kanun hükmünün yürürlük tarihi olarak tebliğin yayım tarihi esas alınmıştır. Diğer bir deyişle kanun koyucu, tebliğin yayım tarihi (21.12.2021 tarihi) ile anılan kanunun yürürlüğe gireceği tarih (normal şartlar altında Resmi Gazete'de yayımlandığı tarih: 22.01.2022) arasında geçen süre zarfındaki idare tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırı - de facto uygulamaları, hukuki - de jure hale getirmek amacıyla, anılan geçici maddenin yürürlük tarihini, geçmişe (21.12.2021 tarihinden itibaren) etkili kılmıştır. Zira de facto uygulamalar bulunmasaydı; kanun koyucu, iptali talep edilen bentle anılan geçici maddenin yürürlük tarihini geçmişe etkili kılmaktan imtina ederdi.

Ancak anılan geçici madde, açıklandığı üzere faydası tüm topluma yayılmayan - kamu gideri niteliği bulunmayan - bir destek ödemesinin finansmanını vergiler marifetiyle karşıladığından; Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2., 5., 6., 7., 1.0, 13., 35., 73., 87., 90., 123. ve 167. maddelerine aykırı olup maddenin bızatıhi kendisi kamu yararını havi değildir. O halde iptali talep edilen bentle anılan maddenin yürürlük tarihinin geçmişe yürütülmesi (21.12.2021 tarihinden itibaren geçerli kılınması), kanunların geçmişe yürüme yasağına istisna oluşturabilecek bir kamu yararı haline ilişkin değildir. Söz konusu geçmişe yürütme, aksine, yetki sınırları Anayasa tarafından çizilmiş bir Devlet erki olan yürütmenin doğurduğu hukuka aykırı bir durumu geriye dönük olarak hukuki hale getirmek şeklinde, bir hukuk devletinde yeri olmayan bir ereğe yönelmektedir. Bu itibarla, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olan söz konusu düzenlemenin iptali gerekir.

b) Kuvvetler ayrılığı ilkesi, normlar hiyerarşisi, hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaması ve idarenin kanuniliği ilkesi bakımından: Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Öte yandan hukuk devleti ilkesinin temelinde yer alan Kelsen'in normlar hiyerarşisi teorisine göre "Devletin hukuk düzeni bir hiyerarşik normlar sistemidir. ... Bir hukuk normunun diğerine dayanması demek, bir hukuk normu geçerli olduğu için diğer normun geçerli olması demektir."¹⁷

O halde bir adsız düzenleyici işlemin (tebliğin) hukuki geçerliliğe sahip olabilmesi, (tebliğ çıkarıldığında) dayanacağı bir kanun hükmünün hukuken varlığını gerektirmektedir. Ne var ki tebliğin yayımlandığı tarihte, anılan geçici madde hükmü yürürlükte değildir ve iptali talep edilen bentle kanun koyucu, anılan geçici maddenin yürürlük tarihini tebliğin yayım tarihine çekmiştir. Normların kademelenmesinde, zamansal aksaklık meydana gelmiş; diğer bir deyişle önce tebliğ yayınlanmış, sonra kanun çıkarılmıştır.

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

Ancak tebliğin yayımı tarihi itibarıyla mevduat ve katılma hesapları sahiplerine kur artışına karşı destek amacıyla ödeme (taahhütleri) yapılmaya başlanmış ve bu uygulamayla çok benzer nitelikte hükümler ihtiva eden anılan geçici madde, anılan tebliğ tarihinden itibaren geçerli olmak üzere kanunlaştırılmıştır. Kanun koyucunun anılan geçici maddeyi (hukuka aykırı olarak) geçmişe yürütmesi, 21.12.2021 (tebliğin yayım tarihi) ile 22.01.2022 (7351 sayılı Kanun'un yayım tarihi) tarihleri arasında geçen dönemde yapılan uygulamaların anılan geçici maddeye dayanması gerektiğinin kabulü anlamına gelmektedir. Anılan geçici madde, 21.12.2021 tarihinden itibaren geçerli kılınarak idarenin kanuniliği sağlanmaya çalışılmıştır. Oysa idarenin kanuniliği ilkesi, yetki veren kanuni dayanağın idari işlem ve eylemlerden önce var olmasını içerir. Yetkisiz işlemin ardından geriye dönük olarak tanınan yetki, Anayasa'nın 123. maddesinin etrafından dolanmak anlamına gelir. Kanun koyucunun, dolaylı olarak Anayasa'nın amir bir hükmünün etkililiğini ortadan kaldıracak şekilde kanun çıkarma yetkisi yoktur.

Öte yandan idarenin (düzenleyici) işlemlerinin yetki veren kanun hükmünden önce çıkarılması nedeniyle iptali talep edilen bentle anılan geçici maddenin geçmişe yürütülmesi, bir fonksiyon gaspına sebep olacak, Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini ve 6. maddesinde yer alan hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanmamasına yönelik hükmü ihlal edecektir. Zira idare, Anayasa gereği bir yetki kanununa istinaden idari işlem tesis etmesi gerekirken etmemiş; yasama kuvveti ile yürütme kuvveti arasındaki ayrılığa hâlel getirmiştir. O nedenle iptali talep edilen bent, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2., 6. ve 123. maddelerine aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7351 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (a) bendi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2., 6. ve 123. maddelerine aykırıdır; anılan bendin iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

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 ile getirilen iptali talep edilen düzenlemeler, 06.01.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda, 05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda ve 28.03.2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da Anayasa'ya aykırı yönde değişiklikler yapmaktadır. Kamu yararına aykırı olan, telafisi mümkün olmayacak sonuçlara yol açacak bu düzenlemelerin iptal davası sonuçlanana kadar yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

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

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

IV. SONUÇ VE İSTEM

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

1) 2. maddesiyle 06.01.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin (4) numaralı fıkrasına eklenen cümlede yer alan "yüzde ellisi" ibaresi, Anayasa'nın 2., 10., 13., 35., 36., 40., 90. ve 125. maddelerine,

2) 11. maddesiyle 05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen Geçici Madde 5'in dördüncü fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanı" ibaresi ve beşinci fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanı tarafından düzenlemeler" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2., 5., 6., 7., 10., 13., 35., 48., 90., 123., 104. ve 167. maddelerine; altıncı fıkrasında yer alan "idareler tarafından bu maddeye uygun olarak ilgili mevzuatında düzenleme" ibaresi, Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 13., 35., 48., 90., 123. ve 167. maddelerine; yedinci fıkrasında yer alan "ilgili kuruluş veya üst birliğin mevzuatında düzenleme" ibaresi, Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 13., 35., 48., 90., 123., 135. ve 167. maddelerine,

3) 12. maddesiyle 28.03.2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen Geçici Madde 35'in birinci fıkrası, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2., 5., 6., 7., 10., 13., 35., 73., 87., 90., 123. ve 167. maddelerine; ikinci fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanı" ibaresi ile üçüncü fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanı" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2., 5., 6., 7., 10., 13., 35., 90., 104., 123. ve 167. maddelerine; dördüncü fıkrası, Anayasa'nın 2., 7., 13., 20., 35., 90. ve 123. maddelerine,

4) 17. maddesinin (a) bendi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2., 6. ve 123. 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."