

1) “24.10.2024 tarihli ve 7529 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 6’ncı maddesiyle 6502 sayılı Kanun’a 47’nci maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 47/A maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ‘yönetmelikle’ ibaresi, üçüncü fıkrasında yer alan ‘yönetmelikle’ ibaresi, yedinci fıkrasında yer alan ‘yönetmelik’ ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un ‘İş yeri dışında kurulan sözleşmeler’ kenar başlıklı 47’nci maddesinin yedinci fıkrasına göre doğrudan satışlara ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenmekteydi.

Bu kapsamda 14.01.2015 tarihli ve 29236 sayılı Resmi Gazete’de Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’ndan yayımlanan İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliğinin Altıncı Bölümünde doğrudan satış düzenlenmiştir:

“ALTINCI BÖLÜM

Doğrudan Satış Sistemi

Doğrudan satış

MADDE 24 – (1) Doğrudan satış; herhangi bir doğrudan satış şirketi tarafından istihdam edilsin ya da edilmesin satış temsilcisi, dağıtıcı, distribütör ve benzeri adlarla hareket edenlerin bir mal veya hizmeti kendi evlerinde ya da perakende satış yerleri kullanılmaksızın tüketicinin ev veya iş yaşantısını sürdürdüğü mekânlar gibi iş yeri dışında, tek veya çok katmanlı satış yöntemleriyle tüketicilere sunulmasını öngören pazarlama sistemidir.

(2) Bu Yönetmeliğin uygulanmasında doğrudan satış şirketi, mal veya hizmetlerin pazarlanması için doğrudan satış sistemini kullanan satıcı veya sağlayıcıyı; doğrudan satıcı ise bu sistem içerisinde satış temsilcisi, dağıtıcı, distribütör ve benzeri adlarla hareket edenleri ifade eder.

Doğrudan satışlara ilişkin temel esaslar

MADDE 25 – (1) Doğrudan satış şirketlerinin kullandığı sistemin, sisteme yeni kişiler kazandırmaktan ziyade mal veya hizmetlerin tüketicilere satışını esas alması gerekir.

(2) Sistemde yer alanların elde ettiği kazanç, ağırlıklı olarak sisteme yeni kişiler kazandırılması ve bu sayede oluşan komisyon, prim, teşvik, ödül ve benzeri isimler altında nitelendirilen menfaatlerin dağıtılması üzerine kurulamaz.

(3) Doğrudan satış şirketleri hızlı zengin olma fırsatları, gerçekleşmesi mümkün olmayan vaatler gibi sistemle ilgili yanıltıcı bilgiler veremez. Baskı kurma, aldatma, rahatsızlık verme ve bunlara benzer yollarla kişileri sisteme dahil olmaya zorlayamaz.

(4) Doğrudan satıcı olarak sisteme dahil olmak isteyenlerden işe başlamaları ya da işe başladıktan sonra sistemde kalabilmeleri için giriş aidatı, başlangıç paketi, yenileme ücreti, aidat ve paket ücreti gibi herhangi bir isim altında bedel alınamaz.

(5) Doğrudan satıcılar, hiçbir masraf ve cezai şart ödemeksizin sistemden ayrılma hakkına sahiptir. Doğrudan satıcıların sisteme dahil oldukları tarihten itibaren altmış gün içerisinde sistemden ayrılması halinde, doğrudan satış şirketleri, doğrudan satıcıların elinde bulunan ve kullanılmamış tüm malları geri almak; söz konusu malların bedelini ise on dört gün içerisinde iade etmek zorundadır.

(6) Doğrudan satış şirketleri, gerek kendileri gerekse doğrudan satıcılar tarafından yapılan satışlarla ilgili olarak bu Yönetmelikte yer alan hükümlere uymak zorundadır.

(7) Yetki belgesinin doğrudan satış şirketi tarafından alınması yeterlidir. Doğrudan satıcıların ayrıca yetki belgesi alması gerekmez.

(8) Doğrudan satış şirketleri, 5 inci maddenin birinci fıkrası ile 7 nci maddenin birinci fıkrasında yer alan bilgilere ilaveten, doğrudan satıcının adı veya unvanı ile iletişim bilgilerine de yer vermek; doğrudan satıcılar ise 7 nci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen yükümlülükleri yerine getirmek zorundadır.

(9) Doğrudan satıcılar tarafından yapılan satışlarda, 18 inci maddede belirtilen yükümlülüğün yerine getirilmesinden doğrudan satış şirketleri sorumludur.

(10) Doğrudan satış şirketleri on sekiz yaşından küçükleri, fiil ehliyetine sahip olmayanları, şirketin ortağı ve yöneticileri ile çalışanlarını doğrudan satıcı olarak sisteme dahil edemez.

(11) Doğrudan satış şirketleri, doğrudan satıcıların yapmış olduğu her türlü doğrudan satış faaliyetinden müteselsilen sorumludur.”

Ancak 7529 sayılı Kanun'un 5'inci maddesiyle 6502 sayılı Kanun'un 47'nci maddesinin yedinci fıkrasında yer alan “*doğrudan satışlar,*” ibaresi madde metninden çıkarılmış; 6'ncı maddesiyle 6502 sayılı Kanun'a 47'nci maddesinden sonra gelmek üzere doğrudan satış sistemini düzenleyen 47/A maddesi eklenmiştir. Anılan 47/A maddesinin

-Birinci fıkrasına göre doğrudan satış sistemi, doğrudan satış şirketi tarafından oluşturulan ve iş sözleşmesi ile istihdam edilmeyen, bağımsız temsilci, distribütör, danışman ve benzeri isimlerle komisyon, prim, teşvik ve ödül gibi menfaatler karşılığında faaliyet gösteren doğrudan satıcıların tüketicilere mal veya hizmet pazarladığı satış sistemidir.

-İkinci fıkrasına göre doğrudan satış şirketinin sermaye şirketi olması ve yönetmelikle belirlenen diğer koşulları sağlaması zorunludur.

-Üçüncü fıkrasına göre doğrudan satış sisteminin, elde edilecek kazancın ağırlıklı olarak sisteme yeni doğrudan satıcılar kazandırılması ve bu sayede ortaya çıkan menfaatlerin dağıtılması üzerine kurulmaması, mal veya hizmetin tüketicilere satışını esas alması ve yönetmelikle belirlenen diğer ilkelere uygun olması gerekir.

-Dördüncü fıkrasına göre doğrudan satıcılardan, sisteme dahil olmaları veya sistemde kalmaları için tüketiciye satışı öngörülen mal veya hizmeti içermeyen yenileme, paket, ücret, aidat ve benzeri isimler altında herhangi bir bedel veya borç altına sokan belge alınamaz. Doğrudan satış şirketinin belirlediği miktar ya da tutarda mal veya hizmet satın alınması doğrudan satıcının sistem içindeki seviyesini belirleyemez.

-Beşinci fıkrasına göre doğrudan satış sistemi kapsamında mal veya hizmet satın alan tüketici otuz gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim bu süre içinde doğrudan satıcıya veya doğrudan satış şirketine yöneltilmiş olması yeterlidir.

-Altıncı fıkrasına göre doğrudan satış şirketi, Bakanlıkça belirlenen hususlarda tüketicinin bilgilendirilmesini, talep ve bildirimlerini iletebilmesini sağlayan bir sistem kurmakla yükümlüdür.

-Yedinci fıkrasına göre doğrudan satış şirketinin, doğrudan satıcının ve tüketicinin hak ve yükümlülükleri, kapsam dışı sözleşmeler, mal veya hizmet satışı, cayma hakkı, bilgilendirme yükümlülüğü, teslimat ile diğer uygulama usul ve esasları yönetmelik ile belirlenir.

Ancak ikinci fıkrada yer alan iptali talep edilen ibareyle doğrudan satış şirketinin sağlaması zorunlu diğer koşulların yönetmelikle belirlenmesi; üçüncü fıkrada yer alan iptali talep edilen ibareyle doğrudan satış sisteminin uygun olması gerektiği diğer ilkelerin yönetmelikle belirlenmesi; yedinci fıkrada yer alan iptali talep edilen ibareyle doğrudan satış şirketinin, doğrudan satıcının ve tüketicinin hak ve yükümlülükleri, kapsam dışı sözleşmeler, mal veya hizmet satışı, cayma hakkı, bilgilendirme yükümlülüğü, teslimat ile diğer uygulama usul ve esasların yönetmelikle belirlenmesi; Anayasa'ya aykırıdır.

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

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

Bu nedenle Ticaret Bakanlığı'nın "*doğrudan satış şirketinin sağlaması zorunlu diğer koşullar; doğrudan satış sisteminin uygun olması gerektiği diğer ilkeler; doğrudan satış şirketinin, doğrudan satıcının ve tüketicinin hak ve yükümlülükleri, kapsam dışı sözleşmeler, mal veya hizmet satışı, cayma hakkı, bilgilendirme yükümlülüğü, teslimat ile diğer uygulama*

usul ve esasları'' hususunda çıkaracağı yönetmeliğin kanuna dayanması ve aykırı olmaması için, kanunda bunların usul ve esaslarının genel çerçevesinin net, açık, anlaşılabilir şekilde çizilmesi gerekir. Her ne kadar iptali talep edilen ibarelerin bulunduğu fıkraların yer aldığı maddenin diğer fıkralarında, söz konusu yönetmeliğin genel çerçevesine ilişkin hükümlerin yer aldığı - yönetmeliğin bunları somutlaştıracağı ileri sürülebilirse de; birinci, dördüncü ve beşinci fıkralardaki kanuni kayıtlar, Bakanlığın sınırlandırmak bakımından gereklidir ve fakat yeterli değildir.

Halbuki kanun koyucu, yukarıda bahsi geçen Yönetmeliğin 24 ve 25'inci maddelerini okumuş olduğundan; ne türden hususların Kanun'a yazılması gerektiğinin bilincindedir. Buna rağmen kanun koyucu, *''doğrudan satış şirketinin sağlaması zorunlu diğer koşulları; doğrudan satış sisteminin uygun olması gerektiği diğer ilkeleri; doğrudan satış şirketinin, doğrudan satıcının ve tüketicinin hak ve yükümlülükleri, kapsam dışı sözleşmeler, mal veya hizmet satışı, cayma hakkı, bilgilendirme yükümlülüğü, teslimat ile diğer uygulama usul ve esasları''* yönetmeliğin konusu yapmıştır. Kanuni nesnel ölçütlerin belirlenmemesinin yanı sıra Bakanlığın söz konusu yönetmelikleri, tek başına ve kısa vadelerde değiştirme olasılığı da; doğrudan satış sistemi bakımından öngörülebilirliği ortadan kaldırmaktadır. En nihayetinde bu belirsiz durum, gerek doğrudan satış şirketlerinin ve bağımsız temsilcilerinin vb. gerek tüketicilerin üzerlerine bırakılan yükümlülükleri yerine getirmeye yönelik iradelerini de zayıflatacaktır.

O halde iptali talep edilen ibarelerin yer aldığı fıkraların hükmüyle, hukuk devleti ilkesinin aksine Bakanlığa kanuni genel çerçeveyi – objektif kıstasları ortaya koymaksızın ve dolayısıyla keyfi davranmasına neden olabilecek biçimde doğrudan satış şirketleri, bağımsız temsilciler vb., tüketiciler bakımından güvenlik ve öngörülebilirlik sağlamayan ve normlar hiyerarşisine uygun olmayan takdir yetkisi tanınmak suretiyle; Anayasa'nın 2 ve 123'üncü maddeleri ihlal edilmiştir.

Buna ek olarak Anayasa'nın 7'nci maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (*Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı*). İptali talep edilen ibarelerin yer aldığı fıkraların hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Bakanlığa) *''doğrudan satış şirketinin sağlaması zorunlu diğer koşulları; doğrudan satış sisteminin uygun olması gerektiği diğer ilkeleri; doğrudan satış şirketinin, doğrudan satıcının ve tüketicinin hak ve yükümlülükleri, kapsam dışı sözleşmeler, mal veya hizmet satışı, cayma hakkı, bilgilendirme yükümlülüğü, teslimat ile diğer uygulama usul ve esasları''* belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7'nci maddesine aykırılık oluşturur.

ii)Yönetmelikle düzenleme bakımından: Anayasa koyucu, idarenin düzenleyici işlemlerinin bir türü –kural işlem- olan yönetmelikler için özel bir Anayasal hüküm öngörmüştür. Anayasa'nın 124'üncü maddesine göre Cumhurbaşkanı, Bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. İdarenin (Bakanlığın) *''doğrudan satış şirketinin sağlaması zorunlu diğer koşulları; doğrudan satış sisteminin uygun olması gerektiği diğer ilkeleri;*

doğrudan satış şirketinin, doğrudan satıcının ve tüketicinin hak ve yükümlülükleri, kapsam dışı sözleşmeler, mal veya hizmet satışı, cayma hakkı, bilgilendirme yükümlülüğü, teslimat ile diğer uygulama usul ve esasları'' hakkında çıkaracağı yönetmeliğin 7529 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin uygulanmasını sağlaması ve ona aykırı olmaması için; yönetmelik çıkartılmasına cevaz veren kanuni hükmün, hangi iş ve işlemlerin yasal çerçeve içinde kalacağına yönelik temel çerçeve ve sınırları belirlemesi gerekmektedir. Aksi bir tutum, kanunun uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, yönetmeliğe, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması ve aşırı geniş bir düzenleme alanının idarenin uhdesine bırakılması anlamına gelecektir. İhtilafli kurala bakıldığında, ortada, idare tarafından teccsüm ettirilmeye elverişli bir kanuni genel düzenleme yoktur. İdare tarafından takdir yetkisinin keyfi biçimde kullanılmasına neden olabilecek iptali talep edilen ibareler, Anayasa'nın 124'üncü maddesine de aykırıdır.

iii)Eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri, sözleşme ve teşebbüs hürriyeti bakımından:

Anayasa'nın 48'inci maddesinde herkesin, sözleşme hürriyetlerine sahip ve özel teşebbüsler kurmanın serbest olduğu hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte sözleşme hürriyeti, genel olarak sözleşmenin konusunu, karşı tarafını, şeklini vb. seçme gibi alt başlıklara sahiptir. Sözleşme ve teşebbüs hürriyeti, mutlak olmayıp Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarına uygun biçimde kayıtlanabilir. Bu kapsamda kanun koyucu da tüketicilerin korunması amacıyla doğrudan satış sistemine ilişkin birtakım kurallar öngörmüştür.

Başka bir anlatımla *''doğrudan satış şirketinin sağlaması zorunlu diğer koşullar; doğrudan satış sisteminin uygun olması gerektiği diğer ilkeler; doğrudan satış şirketinin, doğrudan satıcının ve tüketicinin hak ve yükümlülükleri, kapsam dışı sözleşmeler, mal veya hizmet satışı, cayma hakkı, bilgilendirme yükümlülüğü, teslimat ile diğer uygulama usul ve esaslar''*, Anayasa'nın sözleşme ve teşebbüs hürriyetinin konusu kapsamında kalmaktadır. Zira doğrudan satış şirketinin sağlaması zorunlu diğer koşullar, özel teşebbüsün kurulumuna ilişkin olduğundan teşebbüs hürriyetine; doğrudan satış sisteminin uygun olması gerektiği diğer ilkeler, gerek doğrudan satış şirketlerinin ve bağımsız temsilcilerinin vb. gerek tüketicilerin uyması gereken esaslara ilişkin olduğundan (özel teşebbüslerin davranışlarını etkilemesi itibariyle) özel teşebbüs hürriyetine – (doğrudan satış sözleşmesinin koşullarını etkilemesi itibariyle tüketicinin akdettiği sözleşme bakımından) sözleşme hürriyetine; doğrudan satış şirketinin hak ve yükümlülükleri, (özel teşebbüslerin davranışlarını etkilemesi itibariyle) özel teşebbüs hürriyetine; doğrudan satıcının ve tüketicinin hak ve yükümlülükleri, kapsam dışı sözleşmeler, mal veya hizmet satışı, cayma hakkı, bilgilendirme yükümlülüğü, teslimat (tüketicinin akdedeceği sözleşmenin koşullarına ilişkin olduğundan) sözleşme hürriyetine; diğer uygulama usul ve esasları, (aktörlerin - doğrudan satış şirketlerinin-bağımsız temsilcilerin- tüketicilerin tutumuna / doğrudan satış sisteminin tatbikine ilişkin olduğundan) hem sözleşme hem de teşebbüs hürriyetine müdahale oluşturmaktadır. Ancak bu müdahale, hukuka uygun değildir. Zira bu hususlar, Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan kanunilik kaydının aksine, yönetmeliğin konusu yapılmıştır.

Başka bir anlatımla yukarıda açıklandığı üzere; bahsi geçen hususların, temel kanuni çerçeve çizilmeksizin idarenin uhdesine bırakılması, Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan kanunilik kaydını ihlal etmektedir. Hülasa iptali talep edilen ibareler; idarenin düzenleyici işlemlerinin kanuni çerçevesini çizmeden, ayrımcı, öngörülemez ve keyfi işlem ve eylemlere açık uygulamalara sebep olarak sözleşme ve teşebbüs hürriyetini sınırlandırdığından, bir başka

deyişle yasallık ve gereklilik ölçütlerini karşılamadığından; Anayasa'nın 13'üncü maddesine de aykırıdır.

Bununla birlikte Anayasa'nın "*Genel Esaslar*" başlıklı birinci kısmında yer alan 10'uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi, anayasal bir norm şeklinde düzenlenmiş olup mutlak ve nispi olmak üzere iki anlam taşır. Anayasa'nın 10'uncu maddesinin ilk fıkrası mutlak eşitliği başka bir deyişle kanunların herkese eşit şekilde uygulanmasını düzenler. Nispi eşitlik ise, aynı durumda bulunanların aynı işleme ve farklı durumlarda bulunanların, farklı işlemlere tâbi tutulabilmesini ifade eder. Anayasa Mahkemesi, mutlak eşitlik anlayışının yanında nispi eşitlik anlayışını da benimseyerek, "*Eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı hükümlere bağlı olması gerektiği anlamına gelmez. Bu ilke ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır.*" şeklinde hüküm kurmuştur (*Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarih ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı*). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti ise, somut olayda "*haklı neden*"in var olup olmadığına göre yapılır.

Ancak "*doğrudan satış şirketinin sağlaması zorunlu diğer koşulların; doğrudan satış sisteminin uygun olması gerektiği diğer ilkelerin; doğrudan satış şirketinin, doğrudan satıcının ve tüketicinin hak ve yükümlülükleri, kapsam dışı sözleşmeler, mal veya hizmet satışı, cayma hakkı, bilgilendirme yükümlülüğü, teslimat ile diğer uygulama usul ve esasların*" genel çerçevesinin kanun düzeyinde belirlenmemesi ve idarenin (Bakanlığın) sınırsız takdir yetkisine dayanarak tesis edeceği düzenleyici ve dahi birel işlemlerine bırakılması, aynı şartlara sahip doğrudan satış şirketleri ve bağımsız temsilcileri vb., tüketiciler arasında ayrımcılık/kayıma yapılmasına neden olabilecektir.

Diğer bir deyişle iptali talep edilen ibarelerin idareye (Bakanlığa) verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, aynı şartlara sahip bazı özel teşebbüslerin doğrudan satış şirketi olup bazılarının olamamasına; hak ve yükümlülüklerin doğrudan satış şirketleri, bağımsız temsilciler vb., tüketiciler bakımından farklılaştırılmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Bu nedenle, doğrudan satış şirketleri, bağımsız temsilciler vb., tüketiciler bakımından kanun önünde (şekli anlamda) eşitlik temin edilemeyecektir. Dolayısıyla sözleşme ve teşebbüs hürriyetinin kullanılmasında benzer durumdaki kişiler arasında haklı nedene dayanmayan bir muamele farklılığı doğacaktır. Burada, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde öngörülen eşitlik ilkesinin ihlal edildiğinin tespiti için, ihtilafli kanuni düzenlemenin, aynı şartlara sahip özel teşebbüsler ve kişiler arasında haklı bir neden olmaksızın ayırım yapılmamasını temin edecek ve idareyi bağlayacak güvenceleri öngörmemiş olduğunu belirlemek yeterlidir.

Bu nedenlerle iptali talep edilen ibareler, Anayasa'nın 10, 13 ve 48'inci maddelerine aykırıdır.

iv)Tüketicilerin korunması bakımından: Anayasa'nın 2'nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti, sosyal devlet olarak nitelendirilmiş; 5'inci maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri arasında "*kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*" sayılmış; 17'nci maddesinde herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. Anılan Anayasal hükümlerin somut bir görünümü, tüketicilerin korunmasıdır. Anayasa koyucu, gelişen endüstri ve teknolojiye büyük ölçüde etkilenen üretim – tüketim

zincirinde görece dezavantajlı konumda bulunan tüketicilerin korunması bakımından özel bir madde (Anayasa Madde 172) ihdas etmiştir: “Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder.”. Başka bir anlatımla “Anayasa’nın 172. maddesinde; devletin tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alacağı, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimleri teşvik edeceği ifade edilerek tüketicilerin haklarının korunmasına ilişkin doğrudan ve özel bir düzenlemeye yer verilmiştir.” (Anayasa Mahkemesi’nin 14.11.2019 tarihli ve 2019/99 E.; 2019/83 K. sayılı Kararı, § 5). “... Maddenin gerekçesinde de özetle tüketicilerin korunmasının “tüketici toplumu” diye adlandırılan belli bir gelişmişlik seviyesindeki ülkelerde ortaya çıkmış olmakla birlikte- bu ölçüde gelişmemiş ülkelerde de toplumsal bir problem olduğunun sonradan görüldüğü ve bu konuda getirilecek tedbirlerin tüketicileri koruyacağı, tüketicinin korunmasının bir serbest piyasa ekonomisi tedbiri olduğu, her şeyden önce tüketicilerde “tüketici bilinci” nin oluşturulması gerektiği, devletin tüketicileri koruyucu başka tedbirler de alabileceği belirtilmiştir.” (Anayasa Mahkemesi’nin 15.11.2017 tarihli ve 2016/162 E.; 2017/156 K. sayılı Kararı, § 8).

Doğrudan satış sistemi de tüketici alışkanlıklarını ve tüketici davranışlarını etkilediğinden; Anayasa’nın 172’nci maddesinin konusudur. Bu nedenle doğrudan satış sistemine yönelik hukuki normların (söz gelimi 6502 sayılı Kanun, İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği) başat *ratio legis*’i tüketicinin korunmasıdır.

Buna ilave olarak “Anayasa’nın 172. maddesinde, “Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder.” kuralı ile tüketicilerin haklarının korunmasına ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır. Anayasa’nın 172. maddesinde öngörülen tüketicilerin korunmasına ilişkin olarak Devlete verilen düzenleme yetkisinin içeriğinin ve sınırlarının belirlenmesinde, Anayasa’nın bütünlüğü ilkesi uyarınca Anayasa’nın diğer hükümlerinin de gözetilmesi gerektiği açıktır. ...” (Anayasa Mahkemesi’nin 12.04.2017 tarihli ve 2017/23 E.; 2017/93 K. sayılı Kararı, § 15).

O halde doğrudan satış sistemine yönelik kanuni düzenlemelerin de tüketicinin korunmasına yönelik *ratio legis*’i gerçekleştirmek amacıyla kaleme alınması gerekmektedir. Ne var ki kanun koyucu, “doğrudan satış şirketinin sağlaması zorunlu diğer koşulları; doğrudan satış sisteminin uygun olması gerektiği diğer ilkeleri; doğrudan satış şirketinin, doğrudan satıcının ve tüketicinin hak ve yükümlülükleri, kapsam dışı sözleşmeler, mal veya hizmet satışı, cayma hakkı, bilgilendirme yükümlülüğü, teslimat ile diğer uygulama usul ve esasları” genel çerçeveye çizmeksizin yönetmeliğin konusu yaparak; tüketiciler bakımından öngörülebilirliği ortadan kaldırmıştır. Tüketicinin etkin bir şekilde kanun düzeyinde korunma seviyesi düşürülerek, idari işlemle korunma seviyesine indirgenmiştir. Doğrudan satış şirketi ve bağımsız temsilci vb. karşısında güçsüz konumda bulunan tüketicinin arzu ve gereksinimleri, tam ve doğru olarak karşılanamayacaktır.

Bu nedenlerle iptali talep edilen ibareler, Anayasa’nın 2, 5, 17 ve 172’inci maddelerine aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7529 sayılı Kanun’un 6’ncı maddesiyle 6502 sayılı Kanun’a 47’nci maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 47/A maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “yönetmelikle” ibaresi, üçüncü fıkrasında yer alan “yönetmelikle” ibaresi, yedinci fıkrasında yer alan “yönetmelik” ibaresi, Anayasa’nın 2, 5, 7, 10, 13, 17, 48, 123, 124 ve 172’nci maddelerine aykırıdır; anılan ibarelerin iptali gerekir.

2) 24.10.2024 tarihli ve 7529 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 9'uncu maddesiyle 23.10.2014 tarihli ve 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un ek 4'üncü maddesinin değiştirilen yedinci fıkrasının (b) ve (c) bendi ile 10'uncu maddesinin Anayasa'ya aykırılığı

Dünya standartlarındaki yükseliş eğilimine paralel biçimde ülkemizde de; dijitalleşmeyle birlikte elektronik ticaretin payı, toplam ticaret hacminde gün geçtikçe artmaktadır. Nitekim bu durum, Ticaret Bakanlığı Türkiye'de E-Ticaretin Görünümü Mayıs 2024 Raporuna da detaylı biçimde yansımıştır. Şöyle ki

‘Türkiye'nin 2023 yılı e-ticaret hacmi 1,85 trilyon Türk lirasına ulaştı.

Ülkemizde e-ticaret hacmi 2023 yılında bir önceki yıla göre %115,15 artarak 1,85 trilyon Türk lirasına ulaştı. (77,89 milyar dolar) İşlem sayısı ise bir önceki yıla göre %22,25 artarak 5,87 milyar adet olarak gerçekleşti.

Ticaret Bakanlığınca 2024 yılında e-ticaret hacminin 3,4 trilyon Türk lirası ve işlem sayısının da 6,67 milyar adet olacağı öngörülmüyor.

E-ticaret hacminin genel ticaret hacmine oranı 2019 yılında %10,1 iken yıllar içinde büyük bir artış kaydederek 2023 yılında %20,3'e ulaştı.

2023 yılında e-ticaret hacminin gayrisaflı yurtiçi hasıla (GSYH) içindeki payı (E-GSYH) bir önceki yıla göre %33,3 oranında artarak %6,8'e ulaştı. E-GSYH'nin 2019-2023 yılları arasında yıllık bileşik büyüme oranı %26 oldu.

E-ticaret hacminin %51'ini mal ticareti, %49'unu ise hizmet ticareti oluşturuyor. Bunun yanında kartlı işlem hacminin %63'ü mal ticareti iken %37'si hizmet ticareti kaynaklı işlemlerden meydana geliyor.

E-ticaret hacminden en büyük payı alan ilk üç sektörden ilki 233 milyar Türk lirası ile beyaz eşya ve küçük ev aletleri olurken bu sektörü sırasıyla 135 milyar Türk lirası ile elektronik ve 127 milyar Türk lirası ile giyim, ayakkabı ve aksesuar sektörleri izliyor.’¹

Ticari getiri kapasitesi yadsınamayacak düzeyde fazla olan söz konusu alan, dinamik yapısının öngörülebilir kılınması amacıyla kanun koyucu tarafından regülasyona tabi tutulmuş ve bu kapsamda yakın zamanda 01.07.2022 tarihli ve 7416 sayılı Kanunla 6563 sayılı Kanun'da düzenlemeler yapılmıştır. Nitekim 7416 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesiyle 6563 sayılı Kanun'a eklenen ek 4'üncü madde, elektronik ticaret lisansını kurala bağlamaktadır. Madde metni, aşağıdaki şekildedir:

“Elektronik ticaret lisansı

EK MADDE 4- (1) Bir takvim yılındaki net işlem hacmi on milyar Türk lirasının ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, faaliyetine devam edebilmek için Bakanlıktan lisans almak ve lisansını yenilemek

¹ <https://ticaret.gov.tr/duyurular/turkiyede-e-ticaretin-gorunumu-raporu-yayimlandi> (Erişim Tarihi: 13.11.2024).

zorundadır. Lisans alma başvurusu, hadlerin aşıldığı tarihi izleyen takvim yılının; lisans yenileme başvurusu ise eşikler aşıldığı sürece her takvim yılının mart ayı içinde yapılır.

(2) Lisans ücretinin ödendiğine dair belgenin lisans alma veya yenileme başvurusu sırasında ibraz edilmesi hâlinde başka bir şart aranmaksızın lisans verilir veya yenilenir.

(3) Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının bir takvim yılında gerçekleşen net işlem hacminin;

a) On milyar Türk lirası ile yirmi milyar Türk lirası arasında olması hâlinde on milyar Türk lirasını aşan kısmının on binde üçü,

b) Yirmi milyar Türk lirası ile otuz milyar Türk lirası arasında olması hâlinde (a) bendine göre hesaplanan tutara ilave olarak, yirmi milyar Türk lirasını aşan kısmının binde beşi,

c) Otuz milyar Türk lirası ile kırk milyar Türk lirası arasında olması hâlinde (a) ve (b) bentlerine göre hesaplanan tutarlara ilave olarak, otuz milyar Türk lirasını aşan kısmının yüzde biri,

ç) Kırk milyar Türk lirası ile elli milyar Türk lirası arasında olması hâlinde (a), (b) ve (c) bentlerine göre hesaplanan tutarlara ilave olarak, kırk milyar Türk lirasını aşan kısmının yüzde beşi,

d) Elli milyar Türk lirası ile elli beş milyar Türk lirası arasında olması hâlinde (a), (b), (c) ve (ç) bentlerine göre hesaplanan tutarlara ilave olarak, elli milyar Türk lirasını aşan kısmının yüzde onu,

e) Elli beş milyar Türk lirası ile altmış milyar Türk lirası arasında olması hâlinde (a), (b), (c), (ç) ve (d) bentlerine göre hesaplanan tutarlara ilave olarak, elli beş milyar Türk lirasını aşan kısmının yüzde on beşi,

f) Altmış milyar Türk lirası ile altmış beş milyar Türk lirası arasında olması hâlinde (a), (b), (c), (ç), (d) ve (e) bentlerine göre hesaplanan tutarlara ilave olarak, altmış milyar Türk lirasını aşan kısmının yüzde yirmisi,

g) Altmış beş milyar Türk lirasının üzerinde olması hâlinde (a), (b), (c), (ç), (d), (e) ve (f) bentlerine göre hesaplanan tutarlara ilave olarak, altmış beş milyar Türk lirasını aşan kısmının yüzde yirmi beşi,

oranında lisans ücreti ödenir.

(4) Bu maddedeki eşiklerin aşılp aşılmadığının tespitinde, ekonomik bütünlük içinde bulunan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların net işlem hacimleri ve işlem sayıları dikkate alınır. Net işlem hacimleri ve işlem sayıları toplamının birinci fıkrada belirtilen eşikleri aşması hâlinde, bu elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların her biri lisans alma ve yenileme başvurusunda bulunur. Lisans ücreti, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılardan, bunların elektronik ticaret pazar yerlerinde bir önceki takvim yılında gerçekleşen net işlem hacimleri oranında tahsil edilir.

(5) Lisans ücreti Bakanlıkça peşin olarak tahsil edilir. Tahsil edilen tutarlar genel bütçeye gelir kaydedilir.

(6) Bu maddede belirtilen parasal eşikler her yıl ETBİS verileri kullanılarak hesaplanan elektronik ticaret hacminin yıllık değişim oranına göre artırılır. Artırımın yapıldığı tarihten önceki takvim yılına ilişkin net işlem hacmine uygulanacak bu eşikler ile elektronik ticaret hacminin yıllık değişim oranı en geç şubat ayı içinde Bakanlığın internet sitesinde ilan edilir.

(7) Lisans ücretinin hesaplanmasında, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı ve ekonomik bütünlük içinde bulunduğu elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların elektronik ticaret pazar yerleri üzerinden yurt dışına yapılan satışlar hesaba dâhil edilmez.

(8) Lisansın verilmesi ve yenilenmesi, lisans ücretinin ödenmesi ve elektronik ticaret hacminin yıllık değişim oranının belirlenmesi ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar bu Kanun hükümlerine göre çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.

(9) Bu madde, münhasıran elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının markasını taşıyan ürünlerin bayilik ve acentelik gibi sözleşmeler kapsamında satışa sunulduğu elektronik ticaret pazar yerleri hakkında uygulanmaz.”

Bahsi geçen ek maddenin lafzından anlaşılacağı üzere; bir takvim yılındaki net işlem hacminin belli Türk lirasına ve işlem sayısının belli bir miktara ulaşması halinde elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılara lisans alma zorunluluğu getirilmiş ve kademeli olarak lisans ücreti tayin edilmiştir.

Bahsi geçen ek maddenin yedinci fıkrasına göre lisans ücretinin hesaplanmasında, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı ve ekonomik bütünlük içinde bulunduğu elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar tarafından elektronik ticaret pazar yerleri üzerinden yurt dışına yapılan satışlar hesaba dâhil edilmeyecektir. Kanun koyucu bu fıkrafta, ihracatın teşvik edilmesini amaçlamıştır.

Ne var ki kanun koyucu, 7416 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden yaklaşık iki yıl sonra, anılan yedinci fıkrafta kamu yararı olmaksızın tekrar düzenleme yapma ihtiyacında bulunmuştur. 7529 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesiyle değişik yedinci fıkra, aşağıdaki şekildedir:

“ (7) Lisans ücretinin hesaplanmasında;

a) Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı ve ekonomik bütünlük içinde bulunduğu elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların elektronik ticaret pazar yerleri üzerinden yurt dışına yapılan satışlar hesaba dâhil edilmez.

b) Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının net işlem hacminin, ETBİS verileri kullanılarak hesaplanan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı ve elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların net işlem hacimleri toplamının yüzde yirmisinden fazla olmaması şartıyla, izleyen takvim yılında gerçekleştirilen;

1) (a) bendinde belirtilen satış tutarının,

2) Yatırımların proje bazında desteklenmesine dair mevzuat uyarınca Sanayi ve Teknoloji Bakanlığında yatırım teşvik belgesi alınarak gerçekleştirilen yatırım harcaması tutarının,

iki katı o takvim yılına ilişkin net işlem hacminden indirilir.

c) (b) bendinde belirtilen haddin aşılmış aşılmadığının tespitinde yüzde on beşin altındaki had aşımaları dikkate alınmaz.”

Görüleceği üzere mevcut yedinci fıkranın lafzı, değişik yedinci fıkranın (a) bendiyle aynen korunmuştur. Buna ilave olarak (b) ve (c) bentlerinde, indirim mekanizması öngörmüştür. Yine 7529 sayılı Kanun’un 10’uncu maddesiyle 6563 sayılı Kanun’un geçici 2’nci maddesine iki fıkra eklenmiştir. Bu fıkralar, anılan değişik yedinci fıkranın (b) bendinin 2024 ve 2025 yılları bakımından nasıl (kaç kat olarak) uygulanacağını kurala bağlamaktadır. Fıkraların açık hükmü, aşağıdaki şekildedir:

“(5) 2024 yılına ilişkin lisans ücretinin hesaplanmasında, ek 4 üncü maddenin yedinci fıkrasının (b) bendinin alt bentlerinde belirtilen tutarların dört katı elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının net işlem hacminden indirilir.

(6) 2025 yılına ilişkin lisans ücretinin hesaplanmasında, ek 4 üncü maddenin yedinci fıkrasının (b) bendinin alt bentlerinde belirtilen tutarların üç katı elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının net işlem hacminden indirilir.”

Ancak 7529 sayılı Kanun’un 9’uncu maddesiyle 6563 sayılı Kanun’un ek 4’üncü maddesinin değiştirilen yedinci fıkrasının (b) ve (c) bendi ile 10’uncu maddesi, Anayasa’ya aykırıdır.

Açıklamalara geçmeden önce tekel yapıya fazlasıyla yatkın olan elektronik ticaret sektörünün durumunu ortaya koymak gerekmektedir. Bu bağlamda Rekabet Kurumu I. Denetim ve Uygulama Dairesi E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporunda² (Nisan 2022 Ankara) yer alan veriler, önemli bilgiler içermektedir:

“ ...

- Gerek toplam gerek kategori bazlı gerekse aracılık işlem hacimleri gelişimleri 2018 yılından itibaren Trendyol’un rakiplerini geride bırakan bir büyüme trendine girdiğini göstermektedir. Tüketici tabanı, ziyaret sayısı ve alışveriş sayısı gibi parametrelerdeki gelişmeler de bunu teyit eder niteliktedir.

- Trendyol’un pazardaki hızlı yükselişinde küresel ölçekte önemli bir oyuncu olan Alibaba’nın 2018 yılında Trendyol’a ortak olmasının etkili olduğu, söz konusu ortaklıkla birlikte Trendyol’un pazarlama faaliyet ve yatırımlarında yoğunlaşma yaşandığı gözlenmektedir

...

- Çok kategorili pazaryerleri ağırlıklı olarak hibrit yapıda olmakla birlikte, platformlarındaki satışlar bakımından Trendyol, Hepsiburada ve Amazon Türkiye'nin satıcı rolü oldukça belirgindir.

...

-E-pazaryerlerine yönelik olarak yürütülmüş olan işbu sektör incelemesi, gerek literatürde gerekse uygulamada gün geçtikçe daha fazla dillendirilen, geleneksel rekabet hukuku araçlarıyla müdahalesi güç rekabet kaygılarına yönelik olarak başlatılmıştır. Bahsi geçen güçlük, gerek mevcut araçların platform yapısı ve işleyişine uygunsuzluğuna, gerekse mevcut kuralların bu işleyiş dâhilinde ortaya çıkan sorunların zamanlı çözümünde yetersiz kalabilmesine ilişkindir. Bu tartışmaların merkezinde ise pazarın yapısal özelliklerinden beslenen, evrilmeye yatkın yapısının, yerleşik teşebbüslere dayanıklı pazar gücü yanı sıra 'pazarı kazanmak' üzere rekabet karşıtı davranma güdü ve yeteneği sunması yatmaktadır. Rekabet karşıtı davranma güdüsü ve imkânıyla birlikte pazarda zaten aksak işleyen rekabet, teşebbüsler eliyle tamamen işlemez hale getirilebilmekte, pazar gücü-yoğunlaşma döngüsü hız kazanabilmekte ve nihayetinde pazar çok daha hızlı şekilde tekelleşebilmektedir.''

Bahsi geçen lisans ücretleri de sektörde tekel olmaya eğilimli, pazar payı büyüklüğü epey fazla olan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılardan yüksek bedellerle tahsil edilmek suretiyle; sektörde adil rekabet koşulları oluşturulmaktadır. Ne var ki kanun koyucu, ihracat ve yatırımlar bakımından fahiş düzeyde katlanan indirimler öngörmek suretiyle; zaten ihracat ve yatırım kapasitesi yüksek olan bu tekel olmaya eğilimli, pazar payı büyüklüğü epey fazla olan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılarına hayatın olağan akışına aykırı biçimde bir avantaj sağlamıştır. Dahası 2023, 2024 ve 2025 yıllarında indirim katını farklı biçimde uygulayarak; piyasa aktörleri tarafından piyasa oyunu oynanırken; piyasa kuralını değiştirmiş ve öngörülebilirliği ortadan kaldırmış; organizasyon kabiliyetinin yetersizliği nedeniyle yeni koşullara adaptasyon problemi yaşayacak küçük aktörler için iyice dezavantajlı konum yaratmıştır.

(Belirtmek gerekir ki iptali talep edilen madde, uygulama katına ilişkin olduğundan iptali talep edilen bentlerin fer'i hükmüdür. Asli hükmün, Anayasa'ya aykırı olduğundan iptaliyle birlikte; fer'i hükmün de uygulama kabiliyeti kalmayacaktır.)

i)Kamu yararı ve ölçülülük ilkesi bakımından: Doğuşunda "makul olma" kavram ve anlayışının belirleyici olduğu hukuk devletinde ölçülülük, hem devlet organlarının sahip olduğu yetkiler hem her alanda konulan hukuk kuralları bakımından geçerli olmalıdır. Bu bakımdan, hukuk devleti ilkesinin gereği olan ölçülülük ilkesi de, gereklilik (aracın, amacı gerçekleştirmek için gerekli olması), elverişlilik (aracın, amacı gerçekleştirmeye elverişli olması), orantılılık (amaç ile araç arasında oran olması) olmak üzere üç teknik ögeyi içermektedir. Anayasa'nın, temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını öngören 13'üncü maddesi, Anayasa koyucunun temel haklar rejiminde bu ilkeye atfettiği önemi göstermektedir.

Anayasa'nın 2'nci maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur (*Anayasa Mahkemesi'nin 17. 06. 2015 karar tarihli ve 2014/179 E.; 2015/54 K. sayılı Kararı*). Piyasa aktörlerinden lisans ücreti alınmasının *ratio legis*'in genel olarak rekabetin korunmasıdır.

İptali talep edilen bentler ve maddede yer alan oranlar ve katlar, piyasada yer alan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların rekabet içinde faaliyet göstermesi için gerekli ortamın hazırlanması bakımından ölçülü değildir. Anılan (b) bendine göre indirim mekanizmasının işletilebilmesi için “*elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının net işlem hacminin, ETBİS verileri kullanılarak hesaplanan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı ve elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların net işlem hacimleri toplamının yüzde yirmisinden fazla olmaması şartı*” aranmıştır. Bu %20’lik oranın hangi nesnel, somut, açık, anlaşılabilir ölçüte göre tespit edildiği belirsizdir. Bu noktada kamuoyuna “elektronik ticaret sektöründeki en büyük oyuncunun pazar payı büyüklüğünün %20 civarına tekabül ettiği” şeklinde yansıyan bilgiyi ifade etmek gerekmektedir. (Ticari sır olması nedeniyle net biçimde rakamsal olarak ortaya konamamaktadır.) Halbuki kanun koyucunun birtakım oranlar ve katlar tespit ederken güdeceği amaç, küresel ölçekte Pazar payına sahip ticari şirketlerin iktisadi istikballeri değil; kamu yararı olmalıdır.

Kaldı ki iptali talep edilen (c) bendine göre; (b) bendinde belirtilen haddin aşılmış aşılmadığının tespitinde yüzde on beşin altındaki had aşımaları dikkate alınmayacaktır. %20’nin %15’i, %3’tür. O halde ($\%20 + \%3 =$) %23’lük bir orana kadar indirim mekanizması işletilebilecektir. Bu durum dahi, söz konusu kuralların tek bir oyuncunun lehine çıkarıldığını göstermektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki %3’lük oran, her ne kadar kağıt üzerinde küçük görünse de; sektörün hacminin nakdi boyutu nazara alındığında; parasal olarak oldukça büyük sayılara tekabül edeceği açıktır.

Yine 2024 yılına ilişkin lisans ücretinin hesaplanmasında anılan (b) bendinin alt bentlerinde belirtilen tutarların dört katı; 2025 yılına ilişkin lisans ücretinin hesaplanmasında üç katı; 2026 (ve devamında) yılına ilişkin lisans ücretinin hesaplanmasında iki katı elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının net işlem hacminden indirilecektir. Söz konusu katlar, uygulamada oldukça yüksek sayılara tekabül etmektedir.

Örnekle açıklamak gerekirse; bu noktada Muhalefet Şerhimizdeki açıklamalara yer vermek uygundur (Muhalefet şerhinden alıntılandığı için “Teklife göre” ibaresi, iptali talep edilen düzenlemelere karşılık gelmektedir.):

“a) Firmanın 460 milyar TL net işlem hacmi olduğunu ve 50 milyar TL’sinin ihracat olduğunu, henüz bir yatırım harcaması olmadığını varsaydığımızda; mevcut Kanuna göre 410 milyar TL’lik lisansa tabi işlem hacmi üzerinden 58.4 milyar TL lisans bedeli oluşmaktadır.

Mevcut Durum	
İşlem Hacmi (TL)	₺ 460.000.000.000
İhracat (TL)	₺ 50.000.000.000
Yatırım (TL)	₺ -
Net Hacim (TL)	₺ 410.000.000.000

Net İşlem Hacmi (2024)	Lisans Ücreti Oranı	Lisans Ücreti Tutarı
₺ 33.000.000.000	0	₺ -
₺ 66.000.000.000	0,03%	₺ 9.900.000
₺ 99.000.000.000	0,50%	₺ 165.000.000
₺ 132.000.000.000	1,00%	₺ 330.000.000
₺ 165.000.000.000	5,00%	₺ 1.650.000.000
₺ 181.000.000.000	10,00%	₺ 1.600.000.000
₺ 198.000.000.000	15,00%	₺ 2.550.000.000
₺ 214.000.000.000	20,00%	₺ 3.200.000.000
₺ 410.000.000.000	25,00%	₺ 49.000.000.000
Ödenecek Lisans Bedeli (TL)		₺ 58.504.900.000

b) Firmanın net işlem hacmi değişmeden, ihracatının 50 milyar TL olduğunu ve yeni teklife göre 2024'te bu ihracatını 4 kat düşebildiğini; yine henüz yatırım teşvik belgesi almadığını ve yatırım harcaması yapmadığını varsaydığımızda; lisansa konu bedel 21 milyar TL'ye düşebilecektir.

Teklife Göre		
İşlem Hacmi (TL)	₺ 460.000.000.000	
İhracatını 4 Katı (TL)	₺ 200.000.000.000	
Yatırım (TL)	₺ -	
Net Hacim (TL)	₺ 260.000.000.000	
Net İşlem Hacmi (2024)	Lisans Ücreti Oranı	Lisans Ücreti Tutarı
₺ 33.000.000.000	0	₺ -
₺ 66.000.000.000	0,03%	₺ 9.900.000

₺ 99.000.000.000	0,50%	₺ 165.000.000
₺ 132.000.000.000	1,00%	₺ 330.000.000
₺ 165.000.000.000	5,00%	₺ 1.650.000.000
₺ 181.000.000.000	10,00%	₺ 1.600.000.000
₺ 198.000.000.000	15,00%	₺ 2.550.000.000
₺ 214.000.000.000	20,00%	₺ 3.200.000.000
₺ 260.000.000.000	25,00%	₺ 11.500.000.000
Ödenecek Lisans Bedeli (TL)		₺ 21.004.900.000

Bir diğer senaryoyla; elektronik aracı hizmet sağlayıcısının 2024 yılında net işlem hacmi 350 milyar TL ve ihracatının ise 50 milyar TL olduğunu, yatırım teşviki almadığını varsaydığımızda;

Mevcut Durum		
İşlem Hacmi (TL)	₺ 350.000.000.000	
İhracat (TL)	₺ 50.000.000.000	
Yatırım (TL)	₺ -	
Net Hacim (TL)	₺ 300.000.000.000	
Net İşlem Hacmi (2024)	Lisans Ücreti Oranı	Lisans Ücreti Tutarı
₺ 33.000.000.000	0	₺ -
₺ 66.000.000.000	0,03%	₺ 9.900.000
₺ 99.000.000.000	0,50%	₺ 165.000.000
₺ 132.000.000.000	1,00%	₺ 330.000.000

₺ 165.000.000.000	5,00%	₺ 1.650.000.000
₺ 181.000.000.000	10,00%	₺ 1.600.000.000
₺ 198.000.000.000	15,00%	₺ 2.550.000.000
₺ 214.000.000.000	20,00%	₺ 3.200.000.000
₺ 300.000.000.000	25,00%	₺ 21.500.000.000
Ödenecek Lisans Bedeli (TL)		₺ 31.004.900.000

a) Mevcut Kanuna göre firmanın 350 milyar TL net işlem hacmi olduğunu ve 50 milyar TL'sinin ihracat olduğunu, henüz bir yatırım harcaması olmadığını varsaydığımızda; 300 milyar TL'lik lisansa tabi işlem hacmi üzerinden 31 milyar TL lisans bedeli oluşmaktadır. Firmanın net işlem hacmi 214 milyar TL'den 300 milyar TL'ye çıktığında, aradaki 86 milyar TL'lik fark doğrudan %25'lik lisans bedeline tabi tutulacak ve 18.3 milyar TL'lik ek bir lisans bedeline karşılık gelecektir.

b) Firmanın net işlem hacmi ve ihracatını değişmediğini varsaydığımızda; yeni teklife göre 2024'te bu ihracatını 4 kat düşebildiğini ve yine henüz yatırım teşvik belgesi almadığını ve yatırım harcaması yapmadığını varsaydığımızda; lisansa konu bedel $350-50=300$ milyar TL'den (50 milyar TLX4 kat) 150 milyar TL üzerinden hesaplanarak 31.4 milyar TL'den 1.4 milyar TL'ye düşebilecektir. Dilim ve tutarlar üzerinden yapılacak yeni hesaplama göre, firmanın tabi tutulacağı üst lisans dilimi ise 132-165 milyar TL aralığındaki %5'lik dilime düşecektir. Firmanın ihracatını artırması ya da teşvik alması halinde, ödeyeceği lisans bedeli görece düşük bir firma kadar gerçekleşebilecektir.

Teklife Göre		
İşlem Hacmi (TL)	₺ 350.000.000.000	
İhracatını 4 Katı (TL)	₺ 200.000.000.000	
Yatırım (TL)	₺ -	
Net Hacim (TL)	₺ 150.000.000.000	
Net İşlem Hacmi (2024)	Lisans Ücreti Oranı	Lisans Ücreti Tutarı
₺ 33.000.000.000	0	₺ -
₺ 66.000.000.000	0,03%	₺ 9.900.000

₺ 99.000.000.000	0,50%	₺ 165.000.000
₺ 132.000.000.000	1,00%	₺ 330.000.000
₺ 150.000.000.000	5,00%	₺ 900.000.000
Ödenecek Lisans Bedeli (TL)		₺ 1.404.900.000

c) İhracatı olmayan ve 200 milyar TL’lik net işlem hacmi olan bir firmayı varsaydığımızda; bu firma mevcut Kanuna göre 6.7 milyar TL lisans bedeline tabi olacakken; yeni teklifle herhangi bir ihracat ve yatırım teşvikine tabi tutulamayacağından, bu “ödül”den yararlanamayan firma, yeni teklifle birlikte 350 milyar TL işlem hacmi ve 50 milyar TL ihracat yapan bir firmadan daha fazla lisans bedeli ödemek durumunda kalacaktır.

d) İhracatı 5 milyar TL ve toplam net işlem hacmi 180 milyar TL’lik ihracat yapan bir firma, mevcut Kanuna göre 3.1 milyar TL lisans bedeline tabi olacakken; yeni teklifle ihracatını 20 milyar TL düşebilecek ve 1.9 milyar TL ödeyebilecektir. Oysa daha yüksek olan 350 milyar TL’lik net işlem hacmi ve 50 milyar TL’lik ihracatı olan bir firma, ihracatını 200 milyar TL indirimine konu edebileceği için, yeni teklife göre 1.4 milyar TL lisans bedeli ödeyebilecektir.”

Buna ilave olarak belirtmek gerekir ki kanun koyucu, iptali talep edilen düzenlemelerin gerekçesinin ihracatın ve yatırımın teşviki (bilhassa veri merkezleri bakımından yatırımın teşviki) olduğunu ileri sürmüştür. Elbette ülkemizin ihracat ve yatırım kapasitesinin artırılması için kanun koyucu düzenleme yapmalıdır. Ancak burada ihracatın ve yatırımın teşviki gayesi; piyasanın en büyük aktörlerine tanınan ve rekabeti tümenden ortadan kaldıracak nitelikteki fahiş avantajın, kisvesidir. Şöyle ki kanun koyucu, değişiklik yapılmadan önceki mevcut yedinci fıkrada elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı ve ekonomik bütünlük içinde bulunduğu elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların elektronik ticaret pazar yerleri üzerinden yurt dışına yapılan satışların hesaba dâhil edilmeyeceğini hüküm altına alarak; ihracatı zaten teşvik etmiştir. Ki bu kural, değişik yedinci fıkranın (a) bendinde aynen korunmuştur. Yine 6745 sayılı Yatırımların Proje Bazında Desteklenmesi ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ve ilgili diğer mevzuatla Devlet tarafından halihazırda yatırımlar oldukça desteklenmektedir. Bu durum dahi iptali talep edilen düzenlemelerin kamu yararı barındırmadığını kanıtlamaktadır.

Başka bir anlatımla bir an için amacın (piyasanın en büyük aktörlerine avantaj sağlamak değil de) ihracatın ve yatırımın teşviki olduğu kabul edildiğinde; araç (%20 ve %15’lik oranlar

ile 2, 3, 4 katlar), fahiş derecede yüksek olması itibarıyla orantısızdır. Yine amacı gerçekleştirmek için gerekli ve elverişli de değildir. Zira halihazırdaki mevzuat, amacı gerçekleştirmek için yeterli ve elverişlidir. Küçük elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların rekabet kabiliyetini tümenden ortadan kaldıran ve iptali talep edilen düzenlemelere ihtiyaç bulunmamaktadır. Ezcümle rekabetin korunması ile ihracatın ve yatırımın teşviki arasındaki adil denge bozulmuştur.

Kaldı ki iptali talep edilen düzenlemeyle piyasada yüksek Pazar payıyla tekel haline gelecek firma, davranışlarını ihracat ve yatırım yönünde geliştirmeme fırsatına hakim olabilecek; bu durum, gelişen elektronik ticaretin daralmasına neden olacak, ülke ekonomisinde gelir azaltıcı etki doğuracaktır. Zira iptali talep edilen düzenlemeyle piyasada yüksek Pazar payıyla tekel haline gelecek firmaya, ihracat yahut yatırım yapması bakımından kanuni – bağlayıcı – zorunlu bir yükümlülük yüklenmemiştir.

Başka bir anlatımla bir elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, bahsi geçen 2-3-4 katlık indirimleri alabilmek adına ihracat rakamlarını çeşitli vasıtalarla yüksek gösterebilecektir. Şöyle ki bu elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, internet dışı yollarla yasal ihracat yapan bir şirket ile anlaşıp, bu şirketin kendi elektronik Pazar yeri üzerinden ihracat yapmasını sağlayarak; ihracat kapasitesini artmış olarak gösterip 2-3-4 katlık indirimlerden yararlanabilecektir. Halbuki reelde ülkemiz ihracatında bir artış söz konusu olmayacaktır.

Yine söz konusu lisans ücreti, bir türden kamu geliridir ve bunun indirime tabi tutulması, kamu gelirinden feragat etme anlamı taşımaktadır. Burada kanun koyucu, kamu gelirinden feragat ederken; ihracat ve yatırımın artacağı düşüncesindedir. Ancak bu düşüncüyü, uygulamada gerçek hale dönüştürmek için; elektronik aracı hizmet sağlayıcıya hiçbir zararlı-bağlayıcı-kanuni yükümlülük yüklenmemiştir. Söz gelimi kanun koyucu, ihracatın ve yatırımın artmasını teminen; pekala ilgiliye, indirim tutarı kadar, ülkemize teknolojik yatırım-ihracat yapma zorunluluğu getirebilirdi.

Öte yandan lisans ücretlerine yönelik düzenleme, 2022 yılında kanunlaştırılmıştır. 2024 yılında bu düzenleme değiştirilmiştir. Söz konusu iki yıllık süre, “aktörlerin lisans ücreti ödemelerinin şirketin mali tablolarına katlanılamaz bir yük oluşturduğu ve indirim mekanizması öngörülmesi gerektiği” şeklindeki değerlendirmeyi yapmak bakımından elverişli değildir. Yine bu düzenlemeye reelde niçin ihtiyaç duyulduğu temellendirilememiştir.

Bu nedenlerle iptali talep edilen bentler ve madde, Anayasa’nın 2’nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olan (ve bu arada temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen 13’üncü maddesinin lafzında da açıkça yer alan) ölçülülük ilkesinde temelini bulan elverişlilik, orantılılık ve zorunluluk unsurlarına aykırıdır ve Anayasa’nın 2’nci maddesinin aksine kamu yararı barındırmamaktadır.

ii)Eşitlik ilkesi ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile teşebbüs hürriyeti bakımından: İptali talep edilen bentler ve maddelerle, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların ödeyeceği lisans ücretinden, indirim mekanizmasının, rekabet hukukunun gereklerini karşılamadan işletilmesi; tüzel kişi elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıları etkileyecektir. Tüzel kişi elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıları bakımından bu durum, eşitlik ilkesi bağlamında teşebbüs hürriyetinin konusu kapsamında kalmaktadır.

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

yükümlülüğü vardır ve Anayasa'nın 10'uncu maddesi uyarınca Devlet, bu pozitif yükümlülüğü her bir özel teşebbüs bakımından (benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunanlar için) eşit şekilde yerine getirmekle mükelleftir. Bir özel teşebbüs bakımından eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti de, somut olayda benzer durumda olanlara ilişkin bir muamele farklılığı yapmayı meşrulaştıracak “*haklı neden*”in var olup olmadığına göre yapılır.

Ancak açıklandığı üzere; iptali talep edilen bentlerin ve maddenin ölçülülük ilkesine aykırı olması ve kamu yararı barındırmaması nedeniyle; elektronik ticaret sahasında faaliyet gösteren elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıları, haksız lisans ücretleriyle karşı karşıya kalacaktır. Kanun koyucu, tüm elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar bakımından; aynı şartları sağlayan özel teşebbüsler arasında haksız rekabet olmamasını teminen; lisans ücretinin kademeli olarak hesaplanmasını öngörmüştür. Ancak iptali talep edilen düzenlemelerle indirim mekanizmasını, maktu olarak ve fahiş düzeylerde kurala bağladığından; kendi eliyle kurduğu hakkaniyetli sitemi yine kendi eliyle bozmuştur. Kanun koyucu, her piyasa aktörünü (kendi mali büyüklüğüne göre oransal olarak) eşit derecede etkileyen piyasa koşullarını, en büyük firma lehinde bozmuştur. Bu durum ise küçük elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların özel teşebbüs olarak eşit muamele görmesini engellemektedir. Başka bir anlatımla kanun koyucu kademeli lisans ücreti tayin ederek; maddi anlamda eşitliği sağlamış ve fakat fahiş düzeyde indirim öngörerek bunu bozmuştur. Bu nedenle anılan bentler ve madde, Anayasa'nın 10 ve 48'inci maddelerine aykırıdır.

Öte yandan kanun koyucu elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıları, “*elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının net işlem hacminin, ETBİS verileri kullanılarak hesaplanan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı ve elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların net işlem hacimleri toplamının yüzde yirmisinden fazla olan*” ve olmayan şeklinde ikiye ayırmıştır. (Bir de %15'lik ilave öngörmüştür.) Yukarıda bahsi geçtiği üzere kanun koyucunun %20 üzerinden bu türden bir ayırma gitmesinin nedeni anlaşılammamaktadır. Yine 2024 için 4; 2025 için 3; 2026 vd. için 2 kat öngörülmesinin nedeni de anlaşılammamaktadır.

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

Ancak kanun koyucu, %20'yi belirlemesine (ve %15'i belirlemesine) ve bahsi geçen katların tespit edilmesine yönelik haklı nedeni temellendirmemiştir.

Ezcümle Devletin bir özel teşebbüs bakımından pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesini ve fakat bir diğerini gözetmemesini; daha somut bir anlatımla, benzer durumdaki özel teşebbüsler arasındaki muamele farklılığını haklı kılacak bir nedenin temellendirilmesini sağlayacak orantılı, elverişli, zorunlu ve kamu yararını haiz bir ölçüt bulunmamaktadır. Ayrıca iptali talep edilen bentler ve madde; yukarıda açıklandığı üzere elektronik ticaret aracı hizmet

sağlayıcılar bakımından fahiş düzeyde indirimler öngörerek teşebbüs hürriyetini sınırlandırdığından, bir başka deyişle ölçülülük ve kamu yararı ölçütlerini karşılamadığından; Anayasa'nın 13'üncü maddesine de aykırıdır.

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

Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılarının ödeyeceği lisans ücreti üzerinde mülkiyet hakkı bulunmaktadır. O halde lisans ücretinin hesaplanma usulü ve indirim mekanizması, mülkiyet hakkına müdahale oluşturmaktadır. Söz konusu müdahalenin, hukuka uygun kılınması için; Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan sınırlandırmanın sınırlarının gereklerini karşılaması lazım gelmektedir. Ancak yukarıda iptali talep edilen bentlerin ve maddenin kamu yararı barındırmadığı ve ölçüsüz olduğu açıklanmıştır. Bu kapsamda büyük oyuncu, indirim mekanizmasından yararlanarak çok cüzi bir miktarda lisans ücreti ödeyecekken; küçük oyuncu, bu büyük oyuncuya nazaran oransal bazda daha yüksek miktarda lisans ücreti ödemek durumunda bırakılacak ve dolayısıyla (özel sınırlama sebebi) kamu yararı olmaksızın ve ölçülülük kaydının aksine; küçük oyuncunun mülkiyet hakkı sınırlandırılacaktır. Bu nedenle iptali talep edilen bentler ve madde, Anayasa'nın 13 ve 35'inci maddelerine aykırıdır.

iv) Para kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının düzenlenmesi bakımından: “Anayasa'nın 167. maddesinin ilk fıkrasında; 'Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.' denilmektedir. Maddede yalnız, tekelleşme değil, tekel oluşturmayan üretim ve hizmet kuruluşlarının 'fiyat anlaşmaları', 'coğrafi bölge paylaşma' ve 'benzeri suretle' gerçekleştirilecek kartelleşme de 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*). Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılardan lisans ücreti alınması ve bunun kademeli olarak hesaplanması, Anayasa'nın 5 ve 167'nci maddelerinin bir gereğidir. Ancak iptali talep edilen bentler ve maddeyle kamu yararı barındırmayan ve ölçülülük ilkesine aykırı bir indirim mekanizmasının öngörülmesi; ve regülasyonun, rekabet hukuku çerçevesinde küçük elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların faaliyet kapasitesinin genişlemesine imkan verme esasının aksine yapılması; belirli bir elektronik ticaret aracı hizmet

sağlayıcının piyasaya hakim konuma gelmesine başka bir deyişle sağlıklı ve dengesiz büyüme neticesinde tekel veya oligopol yapıların oluşmasına, diğer elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların piyasaya giriş yapamamasına yahut piyasada varlığını sürdürmemesine neden olabilecek ve nihayetinde bu durum, rekabetin (adil-etkin-verimli biçimde) korunması ilkesini ihlal edecek ve elektronik ticaret piyasalarındaki dengeyi (üretim-tüketim-yatırım zincirini) bozabilecek ve dahası ihracat ve yatırım kapasitesini düşürecek niteliktedir. Bu nedenle iptali talep edilen bentler ve madde, Anayasa'nın 5 ve 167'nci maddelerine de aykırıdır.

v)Tüketicilerin korunması bakımından: Anayasa'nın 2'nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti, sosyal devlet olarak nitelendirilmiş; 5'inci maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri arasında *'kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak'* sayılmış; 17'nci maddesinde herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. Anılan Anayasal hükümlerin somut bir görünümü, tüketicilerin korunmasıdır. Anayasa koyucu, gelişen endüstri ve teknolojiden büyük ölçüde etkilenen üretim – tüketim zincirinde görece dezavantajlı konumda bulunan tüketicilerin korunması bakımından özel bir madde (Anayasa Madde 172) ihdas etmiştir: *'Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder.'* Başka bir anlatımla *'Anayasa'nın 172. maddesinde; devletin tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alacağı, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimleri teşvik edeceği ifade edilerek tüketicilerin haklarının korunmasına ilişkin doğrudan ve özel bir düzenlemeye yer verilmiştir.'* (Anayasa Mahkemesi'nin 14.11.2019 tarihli ve 2019/99 E.; 2019/83 K. sayılı Kararı, § 5). *'... Maddenin gerekçesinde de özetle tüketicilerin korunmasının "tüketici toplumu" diye adlandırılan belli bir gelişmişlik seviyesindeki ülkelerde ortaya çıkmış olmakla birlikte- bu ölçüde gelişmemiş ülkelerde de toplumsal bir problem olduğunun sonradan görüldüğü ve bu konuda getirilecek tedbirlerin tüketicileri koruyacağı, tüketicinin korunmasının bir serbest piyasa ekonomisi tedbiri olduğu, her şeyden önce tüketicilerde "tüketici bilinci" nin oluşturulması gerektiği, devletin tüketicileri koruyucu başka tedbirler de alabileceği belirtilmiştir.'* (Anayasa Mahkemesi'nin 15.11.2017 tarihli ve 2016/162 E.; 2017/156 K. sayılı Kararı, § 8).

Elektronik ticaret de tüketici davranışlarını (söz gelimi satın alma isteğini, elektronik ticarete konu mal ya da hizmete ihtiyacı olduğu düşüncesini, arz karşısında talebin oluşturulmasını, daha düşük fiyatlar üzerinden tüketim faaliyetinin gerçekleştirilmesini) etkileyeceğinden; bu alanda yapılan düzenlemeler, Anayasa'nın 172'nci maddesinin konusudur. Başka bir anlatımla tüketicilerin korunması; tüketicilerin tüketici faaliyetlerinde bulunduğu mecralara yönelik düzenlemelerin, Anayasa'ya uygun biçimde hüküm altına alınmasını gerektirmektedir. Bu mecralardan biri de elektronik ticaret sahasıdır. Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı ise; (6563 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinin birinci fıkrasının 7416 sayılı Kanun'un 2'nci maddesiyle değişik (f) bendi uyarınca) elektronik ticaret pazar yerinde elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkan sağlayan aracı hizmet sağlayıcıyı ifade ettiğinden; elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların rekabet içinde faaliyet göstermesi, nihayetinde tüketiciyi koruyacaktır. Ancak iptali talep edilen bentler ve maddeyle elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların lisans ücretleri bakımından öngörülen indirim mekanizmasının regülasyonunda var olan Anayasa'ya aykırılıklar, piyasaya tek bir şirketin hakim olmasına neden olacağından ve bu durum, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı çeşitliliğini (yaygınlaşan internet kullanımı karşısında onlara kolay, ucuz ve hızlı erişimi ve onların bilinebilirliğini) azaltacağından; tüketicinin, elektronik ticaret sahalarını kullanmasına

yönelik opsiyonların kısıtlanmasına neden olacaktır. Bu nedenlerle iptali talep edilen bentler ve madde, Anayasa'nın 2, 5, 17 ve 172'inci maddelerine aykırıdır.

vi)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90'ıncı maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen bentler ve madde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin mülkiyet hakkına ilişkin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1'inci maddelerini ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90'ıncı maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7529 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesiyle 23.10.2014 tarihli ve 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un ek 4'üncü maddesinin değiştirilen yedinci fıkrasının (b) ve (c) bendi ile 10'uncu maddesi, Anayasa'nın 2, 5, 10, 13, 17, 35, 48, 90, 167 ve 172'nci maddelerine aykırıdır; anılan bentlerin ve maddenin iptali gerekir.

3) 24.10.2024 tarihli ve 7529 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 13'üncü maddesiyle 04.04.1990 tarihli ve 3621 sayılı Kıyı Kanunu'na eklenen ek madde 6'nın ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı

7529 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesiyle 3621 sayılı Kıyı Kanunu'na ek madde 6 ve ekli (8) numaralı kroki ile liste eklenmiştir.

Anılan ek maddenin birinci cümlesine göre Samsun Tekkeköy'de ekli (8) numaralı kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alanda, yer seçim kararına uygun olarak imar planı kararıyla Organize Sanayi Bölgesi kurulabilecektir.

Anılan ek maddenin ikinci cümlesine göre bu alan, 12.04.2000 tarihli ve 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun 4'üncü maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında devredilecek ve devredilemeyecek alanlarda ise aynı usul ve esaslarla kullanma izni verilecektir. Ancak söz konusu ikinci cümle, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun "*Yer seçimi, kuruluş ve planlama*" kenar başlıklı 4'üncü maddesinin dördüncü fıkrasına yer vermek gerekmektedir. Buna göre

"OSB alanı içinde Hazine veya kamu kurum ve kuruluşlarına ait arazilerin bulunması hâlinde; bu araziler, talep edilmesi ve başkaca bir sakıncası bulunmaması durumunda, 29.01.2004 tarihli ve 5084 sayılı Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 2'nci maddesinin³ birinci fıkrasının (b) bendi

³ "Kapsam

Madde 2 - (Değişik: 12/5/2005 - 5350/1 md.)

Bu Kanun;

a) Vergi ve sigorta primi teşvikleri ile enerji desteği açısından Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığınca 2001 yılı için belirlenen fert başına gayri safi yurt içi hâsıla tutarı, 1500 ABD Doları veya daha az olan iller ile bu iller dışında kalan ve Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığınca 2003 yılı için belirlenen sosyo-ekonomik gelişmişlik sıralamasına göre endeks değeri eksi olan illeri,

b) Bedelsiz arsa ve arazi temini açısından (a) bendindeki iller ile kalkınmada öncelikli yöreler kapsamındaki diğer illeri,

kapsamındaki illerde bedelsiz devredilir. Diğer illerde ise 02.07.1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 63'üncü⁴ maddesinde yer alan harca esas değerleri üzerinden peşin veya taksitle ödenmek üzere OSB'lere satılır. Buna ilişkin usul ve esaslar Bakanlık ile Maliye Bakanlığınca müştereken belirlenir. Toplu Konut İdaresi Başkanlığı mülkiyetinde bulunan stok araziler ise ilgili mevzuatına göre OSB tüzel kişiliğine tapuda devredilirken 29.04.1969 tarihli ve 1164 sayılı Arsa Üretimi ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un 11'inci maddesinde⁵ belirtilen şerh tapuya işlenmez.”

4562 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin dördüncü fıkrası, satışa ilişkin usul ve esasları kurala bağlamaktadır. Diğer bir deyişle esasa, zorunluluk haline ve kamu yararına ilişkin bir hüküm öngörmemektedir.

Bu noktada bir hususa daha değinmekte fayda bulunmaktadır. 28.10.2020 tarihli ve 7255 sayılı Kanun'un 8'inci maddesiyle Kıyı Kanunu'na eklenen ek madde 4: *‘Ekli (6) numaralı krokile ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alanda yer seçim kararına uygun olarak imar planı kararıyla su ürünleri yetiştiriciliği konulu Tarıma Dayalı İhtisas Organize Sanayi Bölgesi kurulabilir.’* şeklindedir. 30.03.2023 tarihli ve 7446 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesiyle Kıyı Kanunu'na eklenen ek madde 5: *‘Ekli (7) numaralı kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alanda, yer seçim kararına uygun olarak imar planı kararıyla sera konulu Tarıma Dayalı İhtisas Organize Sanayi Bölgesi kurulabilir.’* şeklindedir. Bahse konu Tarıma Dayalı İhtisas Organize Sanayi Bölgeleri, Adana Karataş'ta olup; devri ya da kullanma izni verilmesi, öngörülmemiştir. Kanun koyucunun Samsun Tekkeköy'de kurulacak OSB bakımından devir yapılmasına ve kullanma izni verilmesine ilişkin hükmü neden getirdiği kamu yararı perspektifinden anlaşılamamaktadır. Ne yazık ki kamuoyuna yansıyan bilgilere göre otomotiv sektöründe faaliyet gösteren yabancı menşeli bir şirkete tanınan ayrıcalıklar kapsamında iptali talep edilen cümlenin kanunlaştırıldığı kuvvetle muhtemeldir. Belirtmek gerekir ki bu türden yabancı firmaların Türkiye'de yerleşik-yerli firmalarımızın hisselerinin

kapsar.”

⁴ **“Kayıtlı değer, emlak vergisi değeri”**^[19]

Madde 63 – (Değişik: 3/4/2002-4751/5 md.)

Bu Kanunda sözü edilen "kayıtlı değer" veya "emlak vergisi değeri" deyimini; 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 29 uncu maddesine göre belirlenen vergi değerini ifade eder.

(Değişik ikinci fıkra: 4/6/2008-5766/11 md.) Gayrimenkul devir ve iktisaplarında tapu ve kadastro harcı, emlak vergisi değerinden az olmamak üzere, beyan edilen devir ve iktisap bedeli üzerinden hesaplanır.

(Ek fıkra: 18/2/2009-5838/16 md.) Kat irtifaklı gayrimenkul devir ve iktisaplarında harç, devir ve iktisap bedelinin tamamı üzerinden hesaplanır.

(Değişik üçüncü fıkra: 4/6/2008-5766/11 md.) Tapuda yapılan işlemde sonra, emlak vergisi değerinden daha düşük bir bedel üzerinden harç ödendiğinin veya beyan edilen devir ve iktisap bedelinin gerçek durumu yansıtmadığının tespit edilmesi halinde, aradaki farka isabet eden harç ikmalen veya re'sen tarh edilir. Bu suretle tarh edilecek tapu ve kadastro harcı için, 213 sayılı Vergi Usul Kanununda yer alan vergi ziyayı cezası % 25 nispetinde uygulanır. Takdir komisyonu kararlarına istinaden bu fıkra uyarınca tarhiyat yapılamaz.

Harcın hesabında 10 Yeni Türk Lirasına kadar olan matrah kesirleri dikkate alınmaz.^[20]

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları tespiti Maliye Bakanlığı yetkilidir.”

⁵ **“Madde 11 – (Değişik: 28/6/2001 - 4698/9 md.)**

Arsa Ofisi Genel Müdürlüğü, sattığı veya devrettiği arsa ve arazinin amacına uygun kullanılması için tapu kayıtlarına, satış şartlarına uygun alt yapı, yapı veya tesis yapılmadıkça üçüncü kişilere satış, devir, temlik yapılamayacağı ve haczedilemeyeceği hususunda şerhler koydurmaya ve/veya bu amaca yönelik sözleşmeler yapmaya yetkilidir. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esaslar yönetmelikle belirlenir.”

önemli bir bölümünü (hisse satın alma, yönetim kurulunu tayin etme vb. yollarla) kontrol altında tutarak; onların yerlilik ve millilik hüviyetine gölge düşürmesi olasılıklar dahilindedir.

Buna ilave olarak 4562 sayılı Kanun'a uygun olarak devir yapılması ve (uzun süre) kullanma izni verilmesi; satış ile aynı sonucu doğuracaktır. *“Satış sözleşmesinde, satım konusu malın mülkiyetinin alıcıya kesin olarak geçirilmesi amaçlandığı halde, kira ve öteki kullandırma amacını güden sözleşmelerde, mal geçici bir süre için –sözleşmede öngörülen ya da ihbarla belirlenen süre için- sözleşmenin karşı tarafına kullanmak ve bundan yararlanmak üzere verilir.”*⁶

Öte yandan kıyı bölgesinde yer alan Samsun Tekköy üzerinde inşa edilecek Organize Sanayi Bölgesi, kamu malı vasfını korumaktadır.

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

*“Bir görüşe göre, bu ilişkiye Özel Hukuk hükümleri uygulanamadığından, kamu malları üzerinde mülkiyet hakkı söz konusu değildir. Devlet bu mallar üzerinde sadece denetim ve gözetim yetkisine sahiptir. Diğer bir görüş de, Devletin kamu malları üzerindeki yetkisini kamu hukukuyla sınırlanmış bir özel mülkiyet türü olarak nitelendirmektedir. Uzun zaman uygulamadan da destek almış üçüncü görüş, Devletin kamu malları üzerinde, üstün yetkileri ile egemenlik unsurundan oluşan bir kamu mülkiyetinin bulunduğu biçimindedir. Son yıllarda taraftar bulmuş görüş ise, Devletin kamu malları üzerinde özel malları ile aynı nitelikte mülkiyet hakkı bulunduğunu, yalnız kamu mülkiyeti ile özel mülkiyet arasında hukuki rejim farklılığı olduğunu savunmaktadır (Gözübüyük/Tan, bu görüşü desteklemek üzere Anayasa Mahkemesinin, Anayasanın 35. maddesinde özel mülkiyet için getirilen korumanın kamu mülkiyeti için de geçerli olduğu hakkındaki 07.07.1994 tarihli ve 49/45-2 sayılı (RG. 10.9.1994, S. 22047) kararına da yollama yapmaktadır.) .”*⁷

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

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

⁶ Zevkliler, Aydın, Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, Turhan Kitabevi, B. 15, 2014, s. 193.

⁷ Sirmen, 2014, s. 23, 24.

devrini Öngörmekte ve böylece Anayasa'nın 130 uncu maddesine açıkça aykırı bulunmaktadır. Bu sebeple dâvanın kabulü ve hükmün iptali gerekir.''

O halde Samsun Tekkeköy ve üzerindeki OSB, halen Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup; bunlar üzerinde Devlet tarafından tasarrufta bulunulması bakımından Anayasal hukuki rejim öngörülmüştür. İptali talep edilen cümleyle bu bölgenin; devir yapılması ve kullanma izni verilmesi sözleşmelerinin konusu yapılması; Anayasal hukuki rejimin gereklerini karşılamamaktadır.

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

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

O halde Devletin uhdesine bulunan, kıyıda yer alan Samsun Tekkeköy'ün (kamu mallarının) etkin biçimde değerlendirilmesinin Anayasal sınırını, Anayasa'nın 43, 44, 45, 63 ve 169'uncu maddeleri çizmektedir. Kanun koyucu da bu kapsamda alınan alanda OSB kurulabilmesini öngörmüştür. Ancak söz konusu alanın devredilmesine ve kullanma izninin verilmesine yönelik sözleşmenin konusu yapılmasıyla amaçlanan kamu yararı, bilimsel ve objektif biçimde ortaya konulmadığından; iptali talep edilen cümle, söz konusu Anayasal sınırları, ihlal etmektedir. Zira Adana Karataş bakımından anılan ek madde 4 ve ek madde 5'te bu türden bir cümle öngörülmediği gibi; bu cümlenin kanunlaştırılmasının siyasi saikinin ise yabancı firmalara avantaj sağlamak olduğu yukarıda vurgulanmıştır. Pekala anılan ek madde 6'nın birinci cümlesine istinaden OSB ilan edilmesiyle de; yerli firmalar, ekonomik etkinliklerini gerçekleştirebilecektir.

Başka bir anlatımla Devletin uhdesine Samsun Tekkeköy OSB (kamu malları), bizatihi kıyıları çevreleyen sahil şeridinde yer almakta olup; verimli toprak, tarım arazisi ile çayır ve mera, tabiat varlığı ve ormanlara çok yakın yerde konumlanmıştır. O halde kamu yararı olmaksızın devrinin yapılması ve kullanma izni verilmesi, Devletin anılan Anayasal hükümlerdeki pozitif yükümlülüklerini yerine getirememesine; kıyıları çevreleyen sahil şeridinin, verimli toprakların, tarım arazisi ile çayır ve meraların, tabiat varlığı ve ormanların muhafaza edilememesine, bu alanların bütünlüğünün bozulmasına ve daralmasına neden olacaktır. Söz konusu özel ve ayrıntılı Anayasal hükümler, bir yandan Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlere ilişkin hukuki işlem yaparken onu kayıtlayacak sınırlar ihtiva ederken; diğer yandan gelecek nesillere miras kalacak ülke bütünlüğünün korunmasına hizmet etmektedir. Ancak iptali istenen kural; Devletin Anayasa'nın anılan amir hükümleri uyarınca yüklendiği koruma yükümlülüğüne uyulduğunu gösterecek asgari güvenceleri içermemektedir.

Söz konusu kamu malının, verimli toprak, tarım arazisi ile çayır ve mera, tabiat varlığı ve orman olmasına engel olacak bir kanuni sınır öngörülmemiştir. Dahası zaten kıyıda (kıyıları çevreleyen sahil şeridinde) yer almaktadır. Oysa ortada söz konusu alanların devredilmesi yahut kullanma izni verilmesi yoluyla kamunun elinden çıkarılmasını gerektirecek bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu nedenle iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın 43, 44, 45, 63 ve 169'uncu maddelerine aykırıdır.

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

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2 ve Anayasa'nın 17'nci maddelerinde temelini bulan yaşam hakkı ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8 ve Anayasa'nın 56'ncı maddelerinde örtülü biçimde ve doğrudan hüküm altına alınan çevre hakkı birlikte ele alındığında ortaya çıkacağı üzere; herkesin sağlıklı, dengeli ve yaşanılabilir, güvenli ve planlı bir çevrede yaşama hakkı vardır. Buna ek olarak; Anayasa'nın 3'üncü maddesiyle "Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür." şeklindeki değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez düzenleme, hüküm altına alınmış ve Anayasa'nın 5'inci maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri arasında "... kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak ... insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" sayılmıştır. Anılan maddeler gereğince Devlet; sağlıklı, dengeli ve yaşanılabilir, planlı bir çevrede yaşama hakkının standardının sağlanması için gerekli tedbirleri almalıdır.

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

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

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

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) ifade ettiği üzere; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) madde 8 uyarınca, Devletlerin, öncelikle, çevreye ve insan sağlığına yönelik zararları etkili şekilde önlemeye yönelik yasal ve idari bir çerçeve oluşturma ödevi vardır (*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 27.01.2009 tarihli ve 67021/01 Başvuru No'lu, Tatar/Romanya, Kararı, § 88*). Devletlerin, öncelikle, özellikle tehlikeli bir faaliyet söz konusu olduğunda, bu faaliyetten kaynaklanabilecek risk konusunda, ilgili faaliyetin özelliklerine uygun bir düzenleme getirmeleri pozitif yükümlülükleri vardır (*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 24.01.2019 tarihli ve 54414/13, 54264/15 Başvuru No'lu Cordella ve diğerleri / İtalya Kararı, § 159*). Yine AİHM'ye göre; “Tabiatla ormanların ve daha genel olarak çevrenin korunması, savunulması kamuoyunda ve bunun sonucunda da kamu makamlarında devamlı ve güçlü bir ilgi doğuran bir değer oluşturmaktadır. Ekonomik gereklilikler ve hatta mülkiyet hakkı gibi bazı temel haklara, özellikle de devlet bu konuda yasa yaptığında, çevrenin korunmasına ilişkin düşünceler karşısında, öncelik verilmemelidir” (*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 08.07.2008 tarihli ve 1411/03 Başvuru No'lu Turgut ve diğerleri/Türkiye Kararı, § 90*). AİHM, çevreye verilen ağır zararların, sağlığı açısından ciddi bir tehlike oluşturmadığında dahi, kişinin esenliğini etkileyebileceğini ve özel ve aile yaşamı hakkına zarar verecek şekilde, konutundan yararlanmasını engelleyebileceğini ifade etmiştir (*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 09.12.1994 tarihli ve 16798/90 Başvuru No'lu López Ostra/İspanya Kararı, § 51*). Yetkili merciler tarafından çevresel risk ve tehlikelerle ilgili bilgilerin aktarılmaması, 8'inci maddeyi ihlal edebilir (*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 19.02.1998 tarihli ve 14967/89 Başvuru No'lu Guerra ve diğerleri/İtalya Kararı; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 27.01.1994 tarihli ve 67021/01 Başvuru No'lu Tatar/Romanya Kararı*). AİHM, ihtiyatlılık ilkesinin, devletlere, bilimsel ve teknik kesinlik yokluğunda, çevreye ağır ve geri dönüşü olmayan bir zarar riskini engellemeye yönelik etkili ve ölçülü tedbirleri almakta gecikmemeyi tavsiye ettiğini belirtmektedir (*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 27.01.1994 tarihli ve 67021/01 Başvuru No'lu Tatar/Romanya Kararı, § 109*).

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

Görüldüğü üzere; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de içtihatlarında Devletin, bireyin sağlıklı ve güvenli bir çevrede yaşamasını sağlamak için önlemleri almaya dair kesin bir yükümlülüğü olduğunu vurgular. Söz gelimi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 30.11.2004 tarihli ve 48939/99 Başvuru No'lu Öneriyıldız/Türkiye kararında çöplükten yayılan metan

gazının patlaması sonrasında birçok insanın yaşamını yitirmesiyle sonuçlanan olayda; Devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği gerekçesiyle yaşam hakkının ihlaline karar vermiştir:

“Tehlikeli endüstriyel faaliyetler

“Öneryıldız/Türkiye

30 Kasım 2004 (Büyük Daire)

Başvuranın evi, dört belediye tarafından ortak kullanılan bir çöp dökme alanının yakınındaki bir arazi üzerinde inşa edilmiş olup, ruhsatsızdır. Nisan 1993'te çöp dökme alanında meydana gelen metan gazı patlaması sonucunda yanarak çevreye saçılan atıklar başvuranın evi de dâhil olmak üzere 10'dan fazla evi kül etmiş ve başvuran bu yangında 9 akrabasını kaybetmiştir. Başvuran, yetkililerin dikkatini bu tarz bir patlama ihtimaline çeken bir bilirkişi raporu hazırlanmış olmasına karşın, yetkililerin önleyici tedbir almadıklarından şikâyetçi olmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuranın dokuz akrabasının kazara ölümünün engellenmesi için uygun girişimlerde bulunulmadığı gerekçesiyle, Sözleşme'nin 2. maddesinin esas bakımından ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme ayrıca, kanunda yaşam hakkının korunmasına ilişkin yeterli güvencelerin bulunmadığı gerekçesiyle, Sözleşme'nin 2. maddesinin usul bakımından da ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme özellikle, Hükümetin, söz konusu gecekondular bölgesinin sakinlerini burada yaşamının arz ettiği riskler konusunda bilgilendirmemiş olduğunu gözlemlemiştir. Hükümet bu konuda bilgilendirme yapmış olsaydı dahi insanların hayatını tehlikeden koruyacak gerekli uygulama tedbirlerini alma sorumluluğu devam etmekteydi. Düzenleyici çerçeve eksikti; zira çöp dökme alanının açılması veya faaliyetleri ile ilgili tutarlı bir denetim sistemi mevcut değildi. Aynı şekilde, imar planlama politikası da yetersizdi ve bunun kuşkusuz söz konusu kazaya yol açan olaylar zincirinde payı vardı. Mevcut davada Mahkeme ayrıca, Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin (mülkiyetin korunması) ihlal edildiğine, Sözleşme'nin 2. maddesinin esası kapsamındaki şikâyete ilişkin olarak Sözleşme'nin 13. maddesinin (etkili başvuru hakkı) ihlal edildiğine ve Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamındaki şikâyete ilişkin olarak da Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.’⁸

Ayrıca Anayasa, 63'üncü maddesiyle de Devlete tabiat varlıklarını ve değerlerini koruma yükümlülüğü yüklemiştir. Anayasa'nın 169'uncu maddesinin birinci fıkrasında Devletin ormanların korunması ve sahaların genişletilmesi için gerekli kanunları koyacağı ve tedbirleri alacağı; üçüncü fıkrasında ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte Devlete, Anayasa'nın 43'üncü maddesiyle deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilerek işlem yapılması yükümlülüğü; 44'üncü maddesiyle toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek amacıyla tedbir alma yükümlülüğü; 45'inci maddesiyle Devlet, tarım arazileri ile çayır ve mer'aların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek yükümlülüğü yüklenmiştir.

⁸ Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı, Tematik Bilgi Notu: Çevre ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Kasım 2015, s. 1, 2, https://www.echr.coe.int/documents/fs_environment_tur.pdf (Erişim Tarihi: 02.11.2022).

Daha genel olarak, Anayasa'nın 56'ncı maddesinde "önlemek", "korumak" ve "geliştirmek" şeklinde Devlet için öngörülen üçlü yükümlülük, Anayasa'nın çevre-doğa ve ülkenin bileşenlerine ilişkin hükümler bütünü için geçerlidir⁹. Bu bağlamda, Anayasamızda kamu yararı ile özdeşleşen kırsal-kentsel ve kültürel çevreye ilişkin hükümlerin sistematik bir biçimde ve bütün olarak değerlendirilmesi, Anayasal kurgunun "Türkiye ekosistemi"ni korumaya elverişli olduğunu ortaya koymaktadır¹⁰. Bu itibarla, Türkiye ekosistemi açısından risk yaratma olasılığı yüksek olan sektör ve alanlara ilişkin yasal düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluk yönünden değerlendirilmesi büyük önem taşımaktadır.

İptali istenen cümlenin yer aldığı maddeye konu kamu mallarının (Samsun Tekkeköy OSB'nin) devir yapılması yahut kullanma izni verilmesi yoluyla mülkiyetinin kamunun elinden çıkarılmasında aranan kamu yararı, bu bağlamda ele alınmalıdır. Zira Kaboğlu'nun da belirttiği üzere;

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

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

Öte yandan ''Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder'' şeklindeki düzenleme (md.12/2), ödev ve sorumlulukların, sadece toplumsal ilişkiler değil, doğal ortamın korunması bakımından da geçerli olduğu biçiminde yorumlanmalıdır.''''¹¹

İptali istenen cümleyle Devletin uhdesine bulunan Samsun Tekkeköy OSB'nin (kamu mallının) kamu yararı ve zaruret hali olmaksızın devir yapılmasına ve kullanma izni verilmesine yönelik sözleşmenin konusu yapılması, Devletin anılan Anayasal koruma yükümlülüğünü ve doğal ortamın korunması bakımından ödev ve sorumluluklarını yerine getirememesine neden olacaktır. Zira Anayasa'nın 3'üncü maddesinde vurgulandığı üzere; ülke, bir bütündür ve bu bütünlüğün içinde: tabiat varlıkları ile ormanların yanı sıra kıyılar, toprak, tarım arazileri ile

⁹ "Önlemek, korumak ve geliştirmek" şeklinde ifade edilen yükümlülüklerin açıklanması için bkz. Kaboğlu, İ., *Doğal Kaynakların Planlanması – Ülkenin Bölünmez Güvenliği-*, Muğla Büyükşehir Belediye Başkanlığı Yay., s. 9-14, 21.07.2020. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Kaboğlu / Özalp, *Çevre Hakkı*, Tümüyle Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Tekin y., 2021, s. 64 vd.

¹⁰ Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. "Anayasa'nın ekosistem açısından okunması" (SUNUŞ, İ. Kaboğlu), *Anayasa Hukuku Dergisi*, 19-2021, s. VI- XXII.

¹¹ Kaboğlu, 2022, s. 70, 71.

çayır ve meralar, tabii servetler ve kaynaklar bulunmaktadır. Bunlardan yararlanma usulleri arasında tercihte bulunurken, kamu yararı ve zaruret hali gözetilmemesi ve söz konusu OSB'nin kamunun uhdesinden çıkarılması ve özel hukuk tüzelkişilerinin (bilhassa yabancı firmaların) hukuki ilişkilerine terk edilmesi; bunların korunmasına yönelik özel Anayasal rejimin (Anayasa'nın 3, 5, 12, 17, 43, 44, 45, 56, 63, 168 ve 169 maddelerinde yer alan hükümlerin) fiilen etkisiz hale getirilmesine neden olacaktır. Zira anılan ek madde 6'nın birinci cümlesiyle kamu yararı ve zaruret hali gereğince OSB kurulmakta ve Devlet, buradan bahsi geçen Anayasal hükümlerin getirdiği pozitif yükümlülükleri yerine getirmekten el çekmemektedir. Ancak iptali talep edilen cümleyle el çekmek durumunda bırakılmaktadır.

Bu çerçevede son olarak belirtmek gerekir ki çevrenin korunması ve ulusal kalkınma, birbirine tezat değil; bilakis birbirini destekleyen olgulardır. Her ikisinin de birey açısından önemi, kıyaslanamayacak ve yadsınamayacak düzeydedir. Birey için en makbulü, birinin diğerine feda edilmemesidir. Bunu sağlamanın yollarından biri de söz konusu kamu malları üzerinde tasarrufta bulunurken kamu yararı ile zaruret halinin gözetilmesi ve OSB'nin "kamusal" niteliğinin korunmasıdır. Ancak iptali talep edilen cümle, kamu yararını ve zaruret halini haiz değildir. Bu nedenlerle iptali talep edilen cümle; Devletin insanların sağlıklı, dengeli ve yaşanılabilir, planlı bir çevrede yaşanması ile tabiat ve ormanların, kıyıların, toprağın, tarım arazileri ile çayır ve meraların, tabii servetler ve kaynakların korunmasını sağlamaya yönelik pozitif yükümlülüklerini ve doğal ortamın korunması bakımından ödev ve sorumluluklarını yerine getirmesini zaafa uğratacağından, Anayasa'nın 3, 5, 12, 17, 43, 44, 45, 56, 63, 168 ve 169'uncu maddelerine aykırıdır.

iii)Sanayinin geliştirilmesi marifetiyle ulusal kalkınma bakımından: Cumhuriyetimizin kurucusu Ulu Önder Mustafa Kemal Atatürk'ün ekonomiye dair temel açıklamalarının bir kısmı aşağıdaki şekildedir:

"Siyasal, askerî zaferler ne kadar büyük olursa olsunlar, ekonomik zaferlerle taçlandırılmazlarsa meydana gelen zaferler devamlı olamaz, az zamanda söner. 1923 (Atatürk'ün S.D.II, s. 107)

Bilirsiniz ki, ekonomisi zayıf bir millet fakirlik ve yoksulluktan kurtulamaz; toplumsal ve siyasal felâketlerden yakasını kurtaramaz. Memleketin yönetimindeki başarı da ekonomisindeki kazançların derecesiyle orantılı olur. Hiçbir uygar devlet yoktur ki, ordu ve donanmasından evvel ekonomisini düşünmüş olmasın. Memleket ve bağımsızlık savunması için varlığı gerekli olan bütün kuvvetler ve araçlar, ekonomik yaşamın açılma ve gelişmesiyle olabilir. 1924 (Atatürk'ün S.D.H, S. 182)''¹²

Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği üzere; "Anayasa'nın çeşitli maddelerinde yer alan, "...kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak..." (madde 5), "...Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır (madde 48); ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı... planlamak..." (madde 166); Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır..." (madde 167); şeklindeki hükümler, Devletin ekonomik hayatın işleyişini düzenlemek, gerektiğinde bu alana müdahale hususunda görevli kılındığını ortaya koymaktadır." (Anayasa Mahkemesi'nin 04.03.1986 tarihli ve 1985/16 E.; 1986/5 K. sayılı Kararı). Yine "Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Sosyal

¹² <https://atam.gov.tr/ekonomi-ve-kalkinma/> (Erişim Tarihi: 11.11.2024).

devlet, sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Ekonomik ve malî politikalar sosyal devletin gerçekleşmesini sağlayan araçlardır.” (Anayasa Mahkemesi’nin 02.11.2016 tarihli ve 2015/61 E.; 2016/172 K. sayılı Kararı, § 91).

Kanun koyucu da sanayinin geliştirilmesi marifetiyle ulusal kalkınmayı teminen kendine özgü hukuki rejimi olan organize sanayi bölgelerini kurmuştur. Başka bir anlatımla Anayasa’nın 2’nci maddesiyle kendisine atfedilen sosyal niteliği gereği; Anayasa’nın 5’inci maddesinde yer alan amaca ulaşmak için; Anayasa’nın 48’inci maddesi kapsamındaki tedbir alma yükümlülüğü bağlamında bu bölgedeki özel teşebbüslere birtakım teşvikler ve muafiyetler sağlanmış; Anayasa’nın 166’ncı maddesiyle donatılan (ekonomik) göreve istinaden bu bölgelerin planlamaları yapılmış ve Anayasa’nın 167’nci maddesi uyarınca bu bölgedeki piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirler alınmıştır. Nitekim Anayasa’nın kül halinde ele alınması gereken 2, 5, 48, 166 ve 167’nci maddeleri muvacehesinde 7529 sayılı Kanunla 3641 sayılı Kanun’a ekleme yaparak Samsun Tekkeköy’de OSB kurulacağını hüküm altına almıştır. Ancak iptali talep edilen cümlenin, yukarıda açıklandığı üzere Anayasa’nın belirtilen hükümlerine aykırı olması (kamu yararı ve zaruret hali olmaksızın Samsun Tekkeköy OSB’nin bazı alanlarının devredilmesi ve kullanma izni verilmesi) organize sanayi bölgesinin kurulması ve burada faaliyet gösterilmesi için tahsis edilen söz konusu alanların muhafaza edilememesine ve yabancı menşei firmaların uhdesine bırakılmasına, niteliğini kaybetmesine ve etkin kullanılamamasına; kıyı bölgesinde yer alan ve gerek ticaret gerek sanayi bakımından önemi yüksek olan bu alanın miras yoluyla gelecek nesillere aktarılamamasına; mülkiyetin devri ve uzun süreli kullanma izni verilmesi yoluyla özelleştirilen bu alanların ihtiyaç halinde daha büyük meblağlar karşılığında geri alınmasına ve dolayısıyla kamu zararı oluşmasına; bu alandan ilgili diğer (özellikle küçük) yerli yatırımcıların ve şirketlerin yararlanamamasına; sanayi amaçlı yapılaşmadan fonksiyon dışı ve modern ekonominin gereklerine aykırı biçimde yararlanılmasına; ve dolayısıyla kamu kaynaklarının verimli kullanılamamasına; kamu yararına aykırı şekilde belli - yabancı özel teşebbüslerin himaye edilmesine; yerli yatırımcıların ve şirketlerin hukuki ve iktisadi öngörülebilirliklerinin ortadan kalkmasına; özel teşebbüslerin rekabet kabiliyetinin artamamasına; ileri teknoloji transferinin yapılamamasına; altyapı ve ulaşım olanaklarının değerlendirilememesine; kaynakların etkin ve verimli kullanılarak çevreye duyarlı, bilgiye dayalı sürdürülebilir faaliyetlerin gerçekleştirilememesine; ihracata yönelimin düşmesine; üretim ve istihdam stratejilerinin hayata geçirilememesine; ulusal kalkınmaya dengeli ve hızlı katkı sağlanamamasına; en nihayetinde kamu maliyesi bakımından yük doğmasına dolayısıyla milli ekonominin zarara uğramasına ve dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunun temin edilememesine neden olacaktır. Bu nedenle iptali talep edilen cümle, Anayasa’nın 2, 5, 48, 166 ve 167’nci maddelerine de aykırıdır.

iv)Kamu yararı ilkesi ve özelleştirme rejimi bakımından: İptali talep edilen cümle, özelleştirme rejiminin konusudur. Zira iptali talep edilen cümleye konu alan (Samsun Tekkeköy OSB); Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Ancak iptali talep edilen cümleyle bu alan, devir ve kullanım izni sözleşmesinin konusu yapılarak; şirketlerin- yatırımcıların kullanımına- edimine açılmıştır.

Kanun koyucu, bu devir ve kullanma izni bakımından 4562 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesinin dördüncü fıkrasına atıf yapmıştır. Söz konusu fıkranın usule ilişkin olduğu yukarıda açıklanmıştır. Bu noktadan hareketle söz konusu fıkranın kıyı bölgelerinin özellikli durumu nazara alındığında yeterli usuli güvence sağlamadığı ortaya çıkacaktır. Yine esas bakımından devri ve kullanma izni verilmesini gerektirecek kamu yararı ve zaruret hali kanun düzeyinde açık ve net biçimde ortaya konulmamıştır. (Bununla birlikte devir ve kullanma izni sözleşmesinin

karşı tarafını neye göre seçileceği bakımından objektif ölçüt tayin edilmemiştir. Bu durum, sıklıkla muayyen yabancı yatırımcıların sözleşmelerin tarafı olması olasılığını gündeme getirmektedir.) Kanun koyucunun bu tutumu nazara alındığında; anılan alanlar üzerinde ilgililer lehine irtifak hakkı kurabilecekken; anılan alanların devir ve kullanma izni sözleşmesinin konusu yapmasının nedeni anlaşılammaktadır.

Buna ilave olarak 4562 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin dördüncü fıkrasında bedelsiz devir ve satışa yer verilmekte; iptali talep edilen cümlede ise devir ve kullanma izni verilmesi denmektedir. 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un "Özelleştirme Yöntemleri, Değer Tespiti, İhale Yöntemleri" kenar başlıklı 18'inci maddesinde özelleştirme yöntemleri sayılmıştır. Anılan 18'inci maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri: "a) Satış; Kuruluşların aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimleriyle varlıklarının mülkiyetinin kısmen veya tamamen bedel karşılığı devredilmesi ya da bu kuruluşların hisselerinin tamamının veya bir kısmının kuruluşların içinde buldukları şartlar da dikkate alınarak yurt içi ve yurt dışında, halka arz, gerçek ve/veya tüzelkişilere blok satış, gecikmeli halka arzı içeren blok satış, çalışanlara satış, borsada normal ve/veya özel emir ile satış, menkul kıymetler yatırım fonları ve/veya menkul kıymetler yatırım ortaklarına satış veya bunların birlikte uygulanması yoluyla bedel karşılığı devredilmesidir. b) Kiralama; kuruluşların aktiflerindeki varlıklarının kısmen veya tamamen bedel karşılığında ve belli bir süre ile kullanma hakkının verilmesidir." şeklindedir. O halde Devletin uhdesine bulunan anılan alanın 4562 sayılı Kanun'a göre bedelsiz devri ve satışı; iptali talep edilen cümleye göre devri ve kullanma izni verilmesi yollarıyla kiralanması ve satılması, özelleştirme rejiminin kapsamında kalmaktadır.

Anayasa'nın 47'nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir. Özelleştirme usul ve esaslarına ilişkin kanun da diğer kanunlar gibi kamu yararını haiz olmalıdır. Zira Anayasa'nın 2'nci maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur (Anayasa Mahkemesi'nin 17. 06. 2015 karar tarihli ve 2014/179 E.; 2015/54 K. sayılı Kararı). Aynı yönde; "Yasa koyucuya verilen düzenleme yetkisi, hiçbir şekilde kamu yararını ortadan kaldıracak veya engelleyecek... biçimde kullanılamaz ..." (Anayasa Mahkemesi'nin 24.01.2008 tarihli ve 2007/76 E.; 2008/46 K. sayılı Kararı).

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

"Kimi özelleştirme türlerinde kamu mülkiyetine sınırlama getirildiği gibi kamu varlığının satışında da kamu mülkiyeti sona ermektedir. Kamu varlığının azalması, elden çıkarılmasıyla özelleştirilen alanda kamu mülkiyeti ortadan kalkmaktadır. Özel mülkiyet için Anayasa'nın getirdiği koruma ve güvence kamu mülkiyeti için de geçerli olduğundan, özel mülkiyet konusundaki özenin kamu mülkiyeti konusunda öncelikle düşünüleceğinde duraksanamaz. Bu nedenle, kamu mülkiyetinin sona erdirilmesine ilişkin esasların yasayla düzenlenmesi, Anayasa'nın 35. maddesinin getirdiği bir zorunluluktur. Kişisel mülkiyeti güvenceye bağlayan Anayasa'nın kamu mülkiyetini güvencesiz bıraktığı düşünülemez. Nitekim

mülkiyet hakkını kişiler yönünden güvenceye alan 35. maddenin birinci fıkrası yanında, ikinci ve üçüncü fıkralarındaki bu hakkın ancak yasayla sınırlanabileceği ve kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hususları kamu mülkiyetini de kapsamaktadır. Kamu mülkiyeti için de geçerli olan bu güvence göz ardı edilemez. Kamu mülkiyeti de kamu yararı amacıyla sınırlanabilir ve toplum yararına aykırı biçimde kullanılamaz.”

O halde kamu mallarının özel hukuk tüzel kişilerin (bilhassa yabancı şirketlerin) kullanımına açılmasına cevaz verilmesinin *ratio legis*'i yatırımcıların ve şirketlerin ikbali değil; sanayinin geliştirilmesi marifetiyle ulusal kalkınmanın gerçekleştirilmesidir. Ancak 7529 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesinin gerekçesinde bu alanların devir ve kullanma izni sözleşmesinin konusu yapılmasının meşru sebebi temellendirilmemiştir.

Başka bir anlatımla Samsun Tekkeköy OSB'nde yer alan alanların devir ve kullanma izni sözleşmesinin konusu yapılması; çağdaş ekonomik gerekler nazara alındığında kamu mallarının değerlendirilmesine ne türden katkı sağlayacağı objektif ve bilimsel biçimde (söz gelimi etki analizleriyle) ortaya konulmamıştır. Özelleştirme amacının aksine; Devletin uhdesine bulunan ve kıyı bölgesinde yer alan anılan alanlar (kamu malları) üzerinde irtifak hakkı kurulması ile bu alanların devir ve kullanma izni sözleşmesinin konusu yapılarak mülkiyetinin özel sektöre (bilhassa yabancılara) devredilmesi arasında kamu bakımından çıkar dengesi gözetilmemiştir. Söz gelimi kıyı bölgesindeki bu gayrimenkulden Devletin el çekmesi; nihayetinde organize sanayi bölgelerinde toprak mülkiyetini, yatırımların devamlılığını denetimsiz bırakacaktır. İrtifak hakkının başka yatırımcılara/ şirketlere tanınması suretiyle gayrimenkullerden çeşitli özel hukuk tüzel kişilerin yararlandırılmasının önüne geçilecektir. Buna ilave olarak devir ve uzun süreli kullanma izni verilmesi işlemleri sonucunda; mülkiyetin yatırımcıya/ şirkete geçmesinin akabinde; Devletin o gayrimenkülü, kendi uhdesine alması lazım geldiğinde; enflasyon karşısında geri alım işlemi (yeniden kamulaştırma), kamu zararı doğmasına neden olacaktır. Yine bu durumda kamu yararının gerçekleşmesine nispeten süratli ve kolayca ulaşılamayacaktır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki kanun koyucunun seçtiği yöntemin kamu yararının gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği bir yerindelik sorunu olsa da; Adana Karataş için getirilen anılan ek madde 4 ve ek madde 5'te bu türden bir cümlenin yer almaması karşısında; en baştan Samsun Tekkeköy için bu türden bir cümlenin kanunlaştırılmasının kamu yararı barındırmaması (kamu yararı amacıyla yapılmaması), hukukilik / anayasallık denetiminin konusudur.

Diğer bir söyleyişle özelleştirmenin temel ilke ve esasları, Anayasa'da belirlenmiştir. Mevcut hukuki çerçeve doğrultusunda; ulusal kalkınma ve refahın temini için Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazlar-OSB'ler, Devlet tarafından sanayi alanında faaliyet gösteren özel kişiler lehine irtifak hakkı tesis edilmesi yoluyla kullanılabilir. Ancak halihazırda uygulaması olan bir kullanım şekli yerine; kıyı bölgesinde yer alan söz konusu alanın Devletin uhdesinden çıkarılmasının ve özel hukuk tüzel kişilerinin (bilhassa yabancı şirketlerin) uhdesine bırakılmasının nedeni (örneğin ekonomi alanında izlenen ve olumsuz sonuçlar doğuran politikalar sonucunda kısa vadede kaynak arayışı sağlamak gibi) bilinmemektedir. Bu da önceden Devletin uhdesinde bulunan ya da sonradan kamulaştırılan kamu mallarının uzun vadede (farklı sektörlerde) etkin kullanılarak korunmasını engelleyecektir.

Yine Anayasa'nın 47'nci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "*kanun*" ibaresi, hem şekli anlamda hem maddi anlamda kanuna tekabül etmektedir. Hal böyle olunca özelleştirmeye ilişkin iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın diğer hükümlerinde yer alan güvence ölçütlerinin gereklerini karşılamalıdır. Ancak aşağıda açıklandığı üzere; iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın

diğer hükümlerine de aykırı olduğundan; maddi anlamda kanuna tekabül etmemesi hasebiyle de; Anayasa'nın 47'nci maddesini ihlal etmektedir.

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

v)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından:

Türkiye Cumhuriyeti tarafından imzalanmış çevrenin korunmasına yönelik birçok sözleşme (*söz gelimi Viyana Sözleşmesi, Montreal Protokolü, BMİDÇS, KP, BÇS, Kartagena Protokolü, BMÇMS, CITES, Ramsar, Barselona Sözleşmesi, Boşaltma Protokolü, Tehlikeli Atık Protokolü, LBS Protokolü, Müdahale ve Acil Durum Protokolü, SPA ve Biyoçeşitlilik Protokolü, Bükreş Sözleşmesi, LBS Protokolü, Acil Durum Protokolü, Boşaltma Protokolü, Biyolojik Çeşitlilik ve Peyzaj Protokolü, Basel Sözleşmesi, BAN Değişikliği, Stockholm Sözleşmesi, CLRTAP, EMEP Protokolü, Bern Sözleşmesi, ICCAT, Avrupa Peyzaj Sözleşmesi, Antarktika Andlaşması, Madrid Protokolü*¹³) bulunmaktadır.

7529 sayılı Kanun'un, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin taraf olduğu anılan Sözleşme ve Antlaşmaların ortaya koyduğu temel ilkelerin aksine kaleme alınması, Devletin uluslararası sorumluluğunu doğuracak; çevrenin korunmasına yönelik temel ilkelerle çelişen kanun hükümleri uygulamada hukuki belirliliği ortadan kaldıracaktır. O halde iptali talep edilen cümledeki hukuka aykırılıklar, söz konusu Sözleşme ve Antlaşmaların gereklerinin karşılanmasına engeldir.

Bununla birlikte Anayasa'nın 90'ıncı maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen cümle; yaşam ve çevre haklarına ilişkin Anayasa hükümleriyle benzer hükümler içeren Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmaları ve yumuşak hukuk (*soft law*) belgelerinin hükümlerini de (*söz gelimi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2 ve 8'inci maddeleri, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 3 ve 25'inci maddeleri, 1982 Dünya Doğa Şartı, 1992 tarihli Rio Zirvesi sonrası düzenlenen uluslararası belgeler ve özellikle 1. ilkesinde "İnsanların, doğayla uyum içinde sağlıklı ve üretken bir yaşam hakları vardır." denilen Rio Bildirgesi, 1992 Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, 1997 Kyoto Protokolü, 1972 Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme*) ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90'ıncı maddesine de aykırıdır. Üstelik; unutulmamalıdır ki uluslararası hukuk; çevre hakkının korunması bakımından Devletlerin taraf olmadığı antlaşmaların dahi Devletler bakımından yükümlülük doğuracağı yönünde gelişmektedir. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çevre sözleşmelerini, söz konusu sözleşmelere taraf olmayan Devletlere ilişkin kararlarda da referans norm olarak kullanmaktadır.

Tüm bu nedenlerle 7529 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesiyle 04.04.1990 tarihli ve 3621 sayılı Kıyı Kanunu'na eklenen ek madde 6'nın ikinci cümlesi, Anayasa'nın 2, 3, 5, 12, 17, 43, 44, 45, 47, 48, 56, 63, 90, 166, 167, 168 ve 169'uncu maddelerine aykırıdır; anılan cümlelerin iptali gerekir.

I. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

¹³ <https://www.mfa.gov.tr/data/DISPOLITIKA/Anlasmalar.pdf> (Erişim Tarihi: 03.11.2022).

24.10.2024 tarihli ve 7529 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile getirilen iptali talep edilen düzenlemeler, birden fazla kanunda hukuka aykırı eklemeler ve değişiklik yapmaktadır. Kamu yararına aykırı olan, telafisi mümkün olmayacak sonuçlara yol açacak bu düzenlemelerin iptal davası sonuçlanana kadar yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

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

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

II. SONUÇ VE İSTEM

24.10.2024 tarihli ve 7529 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un

1) 6'ncı maddesiyle 6502 sayılı Kanun'a 47'nci maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 47/A maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*yönetmelikle*" ibaresi, üçüncü fıkrasında yer alan "*yönetmelikle*" ibaresi, yedinci fıkrasında yer alan "*yönetmelik*" ibaresi, Anayasa'nın 2, 5, 7, 10, 13, 17, 48, 123, 124 ve 172'nci maddelerine,

2) 9'uncu maddesiyle 23.10.2014 tarihli ve 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un ek 4'üncü maddesinin değiştirilen yedinci fıkrasının (b) ve (c) bendi ile 10'uncu maddesi, Anayasa'nın 2, 5, 10, 13, 17, 35, 48, 90, 167 ve 172'nci maddeleri,

3) 13'üncü maddesiyle 04.04.1990 tarihli ve 3621 sayılı Kıyı Kanunu'na eklenen ek madde 6'nın ikinci cümlesi, Anayasa'nın 2, 3, 5, 12, 17, 43, 44, 45, 47, 48, 56, 63, 90, 166, 167, 168 ve 169'uncu 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."