

I.“GEREKÇE

1) 23.05.2024 tarihli ve 7511 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 3’üncü maddesiyle 07.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 34’üncü maddesinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi üzerine yeniden düzenlenen üçüncü fıkrasında yer alan “*Kurul kararıyla yapılır*” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 34’üncü maddesi, Rekabet Kurumu’nun (Kurum) personelinin statüsünü düzenlemektedir. Anılan maddenin “*Ekli (I) sayılı Cetveldeki toplam kadro sayısını geçmemek ve mevcut kadro unvanları veya 10/7/2018 tarihli ve 2 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi eki cetvellerde yer alan kadro unvanları ile sınırlı olmak kaydıyla hizmet sınıfı, kadro, unvan ve derecelerin değiştirilmesi ile bu kadroların kullanılmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Kurul yetkilidir.*” şeklindeki üçüncü fıkrası, 16.06.2020 tarihli ve 7246 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 6’ncı maddesiyle eklenmiştir. Söz konusu ek üçüncü fıkranın, Anayasa’nın 7, 123, 128 ve 153’üncü maddeleriyle aykırı olduğundan bahisle; Cumhuriyet Halk Partisi tarafından iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi, 09.11.2022 tarihli ve 2020/67 E.; 2022/139 K. sayılı kararıyla ihtilafı kuralı, Anayasa’nın 7, 123 ve 128’inci maddelerine aykırı olduğundan iptal etmiştir.

Bunun üzerine kanun koyucu tarafından 7511 sayılı Kanun’un 3’üncü maddesiyle bahsi geçen üçüncü fıkra, aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir:

“Bu Kanunun ekinde yer alan (I) sayılı cetveldeki toplam kadro sayısı geçilmemek ve anılan cetvelde yer alan kadro unvanları ile kadro ve pozisyonlara ilişkin mevzuatın eki cetvellerde yer alan kadro unvanlarıyla sınırlı olmak kaydıyla dolu kadrolarda derece değişikliği ile boş kadrolarda sınıf, unvan ve derece değişiklikleri Kurul kararıyla yapılır.”

Ancak yeniden düzenlenen üçüncü fıkra, Anayasa Mahkemesi’nin kararının gereklerini karşılamamıştır. Bu nedenle bu Kanun’un ekinde yer alan (I) sayılı cetveldeki toplam kadro sayısı geçilmemek ve anılan cetvelde yer alan kadro unvanları ile kadro ve pozisyonlara ilişkin mevzuatın eki cetvellerde yer alan kadro unvanlarıyla sınırlı olmak kaydıyla, dolu kadrolarda derece değişikliği ile boş kadrolarda sınıf, unvan ve derece değişikliklerinin Kurul kararıyla yapılmasını öngören ve iptali talep edilen ibare, Anayasa’ya aykırıdır.

Açıklamalara geçmeden önce belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi’nin bahsi geçen kararında da hüküm altına alındığı üzere; iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkraya konu personel, Anayasa’nın 128’inci maddesi bağlamında “*diğer kamu görevlisi*”dir.

“70. Anılan Kanun’un 34. maddesi uyarınca Kurum hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, idari hizmet sözleşmesi ile sözleşmeli olarak istihdam edilen personel eliyle yürütülmekte ve Kurum personeli ücret ve mali haklar dışında 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na tabi bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatları uyarınca devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri bünyesinde genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli görevleri yerine getiren sözleşmeli personel, Anayasa’nın 128. maddesinde belirtilen diğer kamu görevlileri kapsamında kalmaktadır. Dolayısıyla bir kamu tüzel kişisi olan Kurumda genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli görevleri yerine getiren kurum personelinin statüsünün ve özlük haklarının Anayasa’nın anılan maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gerektiği açıktır.”

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

Yukarıda iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkraya konu personelin Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yerine getirdiklerinden, Anayasa'nın 128'inci maddesi bağlamında (diğer) kamu görevlisi olduğu açıklanmıştır. Anılan personel bakımından dolu kadrolarda derece değişikliği ile boş kadrolarda sınıf, unvan ve derece değişiklikleri ise; onların özlük işleri kapsamında kalmaktadır. Diğer bir deyişle Anayasa'nın 128'inci maddesi gereğince; sınıf, unvan, derece değişiklikleri dahil olmak üzere özlük işleri, kanun ile düzenleneceğinden; kanun koyucunun bu yetkisini, anayasal sınırlar içinde kullanması gerekir. İhtilafı ibare, Anayasa'nın 128'inci maddesinin ikinci fıkrasına aykırı şekilde, kamu görevlileri için getirilen anayasal güvencelerin gereklerini karşılamaksızın; dolu kadrolarda derece değişikliği ile boş kadrolarda sınıf, unvan ve derece değişikliklerine yönelik işlemleri Rekabet Kurulu kararlarının konusu yapmıştır. Oysa bir kamu görevlisi olan söz konusu personelin sınıf, unvan, derece değişikliklerinin kanun düzeyinde belirlenmesi ve idarenin keyfi işlem ve eylemlerine terk edilmemesi gerekirdi. Başka bir anlatımla bu hususun idarenin işlemlerinin konusu yapılması; özlük işleri bakımından Anayasa'nın 128'inci maddesi bağlamındaki (belirlilik ve öngörülebilirlik öğelerini içeren) maddi anlamda kanunilik ilkesini ihlal etmektedir. İptali istenen ibare, yol açacağı keyfi uygulamalar itibariyle, bu nedenle Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırıdır (bu açıdan ayrıca bkz. aşağıda "ii" alt başlığı).

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

Öte yandan Anayasa'nın 123'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 anılan tüm personele yönelik dolu kadrolarda derece değişikliği ile boş kadrolarda sınıf, unvan ve derece değişikliklerinin; Anayasa'nın 128'inci maddesinde hüküm altına alınan ve hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılaması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda kanun koyucu; iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde "*Bu Kanunun ekinde yer alan (I) sayılı cetveldeki toplam kadro sayısı geçilmemek ve anılan cetvelde yer alan kadro unvanları ile kadro ve pozisyonlara ilişkin mevzuatın eki cetvellerde yer alan kadro unvanlarıyla sınırlı olmak*" şeklinde bir kayıt öngörmüştür. Ancak bu kayıt Kurulu sınırlandırmaya elverişli, nesnel, net, açık, somut ölçütleri (*söz gelimi YDS, ALES, KPSS puanı; Kurum içi yazılı/sözlü sınav*) haiz değildir. Kaldı ki kanun koyucu, bu kaydı hiç koymasaydı dahi; idarenin yasallığı ilkesi gereğince Kurulun kararlarının mer'i mevzuata uygun biçimde alınması gerekirdi. Kurulun sınıf, unvan, derece değişiklikleri bakımından sınırsız bir takdir yetkisiyle donatılması, keyfi uygulamalara neden olabilecek niteliktedir.

Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, "*Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında konuyla ilgili olarak, "Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünün bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütününi kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur."* denilmektedir (AYM E. 1965/32, K. 1966/3, 4/2/1966)" (*Anayasa Mahkemesi'nin 11.06.2020 tarihli ve 2018/119 E.; 2020/25 K. sayılı Kararı, § 18*). Ancak iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde; özlük işleri kapsamında değerlendirilen dolu kadrolarda derece değişikliği ile boş kadrolarda sınıf, unvan ve derece değişikliklerine yönelik kararların genel çerçevesi; hukuki işlem olarak kanun ile açıkça ortaya konulmamıştır. Belirtmek gerekir ki; bir kadronun ilk kez ihdasında olduğu kadar; sınıf, unvan ve derece değişiklikleri de kanunilik ilkesinin gereklerini karşılamalıdır.

Yine idarenin (Kurulun) alacağı kararları, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; anılan personel bakımından hukuki öngörülebilirlik ilkesini zedelemektedir. O kadar ki; ihtilafli ibarenin içerdiği belirsizlik ve öngörülemezlik; keyfi uygulamalara zemin hazırlayacaktır. İdarenin uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkranın uygulanmasını sağlamaya ilişkin anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarenin (düzenleyici ve dahi birel) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

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

iii)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7'nci maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (*Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı*). İptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Kurula); (*bu Kanun'un ekinde yer alan (I) sayılı cetveldeki toplam kadro sayısı geçilmemek ve anılan cetvelde yer alan kadro unvanları ile kadro ve pozisyonlara ilişkin mevzuatın eki cetvellerde yer alan kadro unvanlarıyla sınırlı olmak kaydıyla*) dolu kadrolarda derece değişikliği ile boş kadrolarda sınıf, unvan ve derece değişiklikleri yapma (diğer bir deyişle bahsi geçen değişikliklere ilişkin usul ve esasları belirleme) yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7'nci maddesine aykırılık oluşturur.

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

Anayasa'nın 128'inci maddesinde temelini bulan ve hukuk devletinin ana halkasını oluşturan kanunilik ilkesi işığında, Anayasa'nın 70'inci maddesi ele alındığında görüleceği üzere; kamu hizmetine girme hakkının temel bir hak olarak etkililiği, maddenin "*Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez*" Şeklindeki ikinci fıkrasında yer alan "*görevin*" ibaresinin; kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevin (ve sınıf, unvan ve derece değişikliklerinin), (bir kimsenin bu göreve uygun olduğunun objektif kriterlere göre tespitinin yapılabilmesi amacıyla) kanun düzeyinde liyakat esasının icaplarını karşılayacak ve keyfiliğe yol amayacak (vatandaşların eşit Şekilde kamu hizmetine girme haklarının idarenin keyfi işlemler tesis etme ihtimaline karşı kanun seviyesinde korunması sağlayacak) biçimde açıklanmasını gerektirir. Zira, kamu hizmeti icra edecek kimselerin (ilgili sınıfta, ilgili unvanda, ilgili derecede) göreve kabulünün, görevin gerektirdiği nitelikler dışındaki sebeplere dayandırılması, Anayasa'nın 70'inci maddesindeki hakkı etkisiz ve göstermelik hale getirecektir. Aksi bir tutum, bir başka deyişle anılan personel bakımından dolu kadrolarda derece değişikliği ile boş kadrolarda sınıf, unvan ve derece değişikliklerinin yapılmasını (diğer bir deyişle bu değişikliklere ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisini) idarenin keyfi uygulamalarına, objektif Şekilde çerçevelenmemiş ve kayırmacılığa neden olabilecek takdir yetkisine bırakmak; anayasal amacın (kamu hizmeti icra edecek personelin istihdamının liyakate dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlamak) bertaraf edilmesine neden olacak, anılan hakkın aynı nitelikte bulunan (koşullara sahip olan) bahsi geçen personel bakımından eşit düzeyde güvence altına alınmasına engel oluşturacak ve

kişilerin kamu görevine (ilgili sınıfta, ilgili unvanda, ilgili derecede) kabul edilmelerinin önüne, keyfi ve siyasi mülahazalarla alınmış idari kararların çıkarılmasını mümkün kılacaktır. Bunun sonucu olarak; hizmete (ilgili sınıfta, ilgili unvanda, ilgili derece) kabulde görevin gerektirdiği niteliklerden başka ayrımların gözetilmesini mümkün kılan belirsiz ve öngörülemez kapsamlı ihtilafı ibare, Anayasa'nın 70'inci maddesine de aykırıdır.

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

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

KHK'nin 37. maddesinde, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadroları kurulmuş ve bu kadrolarda görev yapacak kişilerin atanma usul ve esasları düzenlenmiştir. Anılan maddenin (2) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzman Yardımcılığına atanmanın koşulları; (3) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığına atanmanın koşulları ile bu koşulları yerine getiremeyen Uzman Yardımcılarının bu unvanlarını kaybedecekleri ve Bakanlıkta durumlarına uygun kadrolara atanacakları; (4) numaralı fıkrasında ise Gümrük ve Ticaret Uzmanı ile Uzman Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavı ile diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında “Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler...”in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın “Kamu hizmetlerine girme hakkı” başlıklı 70. maddesinin birinci fıkrasında, her Türk'ün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlıklı dördüncü bölümünde yer alan ve 70. maddesinde korunan kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

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

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

v)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153'üncü maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kuralla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzeri olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7 E.: 1991/43 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi, eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm ihtiva eden düzenleme hakkında verdiği bir iptal kararında ‘... Buna göre, (Telekomünikasyon) Kurum'da çalışan memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin

düzenlemelerin Bakanlar Kurulu'na bırakılması, Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırıdır. Bu nedenle kuralın iptali gerekir...'' şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 tarihli ve 2002/35 ve 2002/95 sayılı Kararı).

Yine iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkranın yeniden düzenlenmesindeki saik, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda bahsi geçen (09.11.2022 tarihli ve 2020/67 E.; 2022/139 K. sayılı) Kararıdır. Bu Kararın müteallik bölümü:

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

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

66. Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında ise “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.” hükmü yer almaktadır. Bu maddede yer alan düzenleme, idarenin kanuniliği ilkesini güvence altına almaktadır. İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde, açık bir biçimde kanunla düzenlenmesini gerekli kılar.

67. Anılan ilke, idarenin hizmet birimleri ile bu birimlerin kadro ve görev unvanlarının ve görevlerinin kanunla düzenlenmesini de içerir. Kadrolar, bir kamu hizmetinin teşkilatlanmasının ön koşuludur. 4054 sayılı Kanun'un 21. maddesi uyarınca Kurumun Kurul, Başkanlık ve hizmet birimlerinden oluştuğu, 32. maddesinde de hizmet birimlerinin daire başkanlıkları şeklinde teşkilatlanmış ana hizmet birimleri, danışma birimleri ve yardımcı hizmet birimlerinden meydana geldiği belirtilmiştir. Bu itibarla anılan anayasal ilkeler ile Kurumun önemli organlarından olan hizmet birimlerinin neler olduğunun ve bunların görev ve sorumluluklarının kanunla belirlenmediği gözetildiğinde hizmet sınıfı, kadro, unvan ve derecelerinin değiştirilmesi ile bu kadroların kullanılmasına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisinin kuralla idareye bırakılmasının yasama yetkisinin devredilemezliği ve idarenin kanuniliği ilkeleriyle bağdaşmadığı görülmektedir.

68. Öte yandan Anayasa'nın 128. maddesinde; devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu

hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır (AYM, E.2016/133, K.2017/155, 15/11/2017, § 91).

69. Kadrolara ilişkin hizmet sınıfı ücret tespiti, personel alma, yükselme gibi personel işlemlerine rasyonel bir temel sağlayan genel gruplandırmayı; kadro unvanı personelin yerine getireceği görevlerini, yetkilerini, haklarını ve yükümlülüklerini, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük haklarını ifade etmektedir. Kadro derecesi ile personelin özellikle aylık ve ödenekleri ve diğer özlük hakları bakımından sıkı bir bağ bulunmaktadır. Kadro ile birlikte ana hizmet, danışma ve yardımcı hizmet birimlerinde istihdam edilecek personelin niteliklerinin kanunla belirlenmesi Anayasa'nın 128. maddesinin gereğidir (AYM, E.2002/35, K.2007/95, 12/12/2007).

70. Anılan Kanun'un 34. maddesi uyarınca Kurum hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, idari hizmet sözleşmesi ile sözleşmeli olarak istihdam edilen personel eliyle yürütülmekte ve Kurum personeli ücret ve mali haklar dışında 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatları uyarınca devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri bünyesinde genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli görevleri yerine getiren sözleşmeli personel, Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen diğer kamu görevlileri kapsamında kalmaktadır. Dolayısıyla bir kamu tüzel kişisi olan Kurumda genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli görevleri yerine getiren kurum personelinin statüsünün ve özlük haklarının Anayasa'nın anılan maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gerektiği açıktır.

71. Kurulla ekli cetveller uyarınca Kuruma tahsis edilen toplam kadro sayısı ve değiştirilmek suretiyle kararlaştırılabilecek kadro unvanları sınırlandırılmıştır. Ancak Kurula kamu görevlisi olan Kurum personelinin mali haklarının içerik ve sınırlarını belirleyen hizmet sınıfı, kadro, unvan ve derecelerin tümünü değiştirme yetkisi verilmiştir. Dolayısıyla anılan konulara ilişkin olarak temel ilkelerin belirlendiği de söylenemeyeceği gözetildiğinde söz konusu yetkinin idarenin bir unsuru olan Kurula bırakılması, yasama yetkisinin devri sonucunu doğurmakta ve kamu görevlilerinin statülerinin kanunla düzenlenmesi yolundaki anayasal ilkeye aykırılık oluşturmaktadır.

72. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 7., 123. ve 128. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."

şeklindedir. Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 7, 123 ve 128'inci maddesine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen ibareyi kanunlaştırması, Anayasa'nın 153'üncü maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6'ncı maddesine ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de halel getirmektedir.

vi)Eşitlik ilkesi bakımından: İptali talep edilen ibare uyarınca (bu Kanun'un ekinde yer alan (I) sayılı cetveldeki toplam kadro sayısı geçilmemek ve anılan cetvelde yer alan kadro unvanları ile kadro ve pozisyonlara ilişkin mevzuatın eki cetvellerde yer alan kadro unvanlarıyla sınırlı olmak kaydıyla) dolu kadrolarda derece değişikliği ile boş kadrolarda sınıf, unvan ve derece değişiklikleri yapma (diğer bir deyişle bahsi geçen değişikliklere ilişkin usul ve esasları belirleme) yetkisinin sınırsız biçimde idarenin uhdesine bırakılması, aynı nitelikte

bulunan (koşullara sahip olan) personel arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır.

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

Ne var ki, iptali talep edilen ibarenin idareye verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, idare tarafından söz gelimi, aynı nitelikte bulunan (koşullara sahip olan) anılan personelden bazıları için sınıf, unvan veya derece değişikliği yapıp bazıları için yapılamamasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. (Söz gelimi idare, keyfi biçimde; bir sınıfta istihdam edilen personeli; bir başka sınıfa geçirmek için; -ilgili, geçeceği sınıfın niteliklerini taşımadığı halde- bir Kurul kararıyla, sınıf değişikliği yapabilecektir.) Başka bir anlatımla, anılan personel bakımından sınıf, unvan ve derece değişikliklerini yapma yetkisinin sınırsız biçimde idareye bırakılması, uygulamada aynı durumda bulunan kişi kategorileri arasında haklı nedene dayanmayan ve keyfi muamele farklılıklarına yol açacaktır. İptali istenen ibarenin aynı durumda bulunan ilgililer arasında muamele farklılığına yol açabileceği hasebiyle kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğunun tespiti için, ihtilafli ibarenin haklı gerekçeye dayanmayan muamele farklılığını yalnızca olası kıldığıının tespiti yeterli addedilmek gerekir. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırıdır.

vii) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile çalışma hakkı bakımından: Anayasa'nın 2 ve 5'inci maddelerinde yer alan sosyal devlet ilkesinin bir görünümü, Anayasa'nın 49'uncu maddesinde güvencelenen çalışma hakkıdır. Diğer bir deyişle herkese hak ve ödev olarak tanınan çalışma hakkı, Devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir. Devlet, herkes için uygun bir çalışma ortamı hazırlamalıdır. Çalışma hakkının eşit biçimde tanınması ve uygun bir çalışma ortamının sağlanması, anılan personel bakımından dolu kadrolarda derece değişikliği ile boş kadrolarda sınıf, unvan ve derece değişikliklerinin hakkaniyetin ve hukukun gereklerini karşılayan biçimde yapılmasıyla (diğer bir deyişle sınıf, unvan veya derece değişikliklerine ilişkin usul ve esasların hakkaniyetin ve hukukun gereklerini karşılayan biçimde düzenlenmesiyle) mümkündür. Ancak iptali talep edilen ibarenin bu hususu, temel çerçeve çizmeksizin tamamıyla idari işlemlerin (Kurulun kararının) konusu yapması; anılan personel bakımından belirsiz uygulamalara; çalışma hakkı bakımından Devletin pozitif yükümlülüğünü ifa edememesine neden olacaktır. Zira idare, keyfi biçimde, demokratik toplum düzeniyle bağdaşmayacak şekilde belirli kimseler için sınıf, unvan ve derece değişikliği yapabilecek; hak etmeyen kimselerin bazı görevleri ifa etmesine sebep olabilecektir. Başka bir anlatımla Devlet tarafından anılan personel bakımından çalışma hakkının kullanılması için gerekli ortam ve fırsat eşitliği hazırlanamayacaktır. Kanun koyucu, bu hususu kanun düzeyinde tespit etmemek suretiyle; maddi anlamda kanunilik, demokratik toplumda gereklilik ilkelerine

aykırı olacak şekilde, anılan hakka keyfi idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 2, 5, 13 ve 49'uncu maddelerine aykırıdır. (Bu noktada tekraren belirtmek gerekir ki iptali talep edilen ibarede yer alan "*Bu Kanunun ekinde yer alan (I) sayılı cetveldeki toplam kadro sayısı geçilmemek ve anılan cetvelde yer alan kadro unvanları ile kadro ve pozisyonlara ilişkin mevzuatın eki cetvellerde yer alan kadro unvanlarıyla sınırlı olmak*" kaydı, Kurulun keyfi kararlar almasını önlemeye elverişli, nesnel, somut, açık, net ve anlaşılabilir bir kanuni ölçüt niteliğini haiz değildir.)

viii)Çalışma barışı bakımından: Anayasa'nın 2 ve 5'inci maddeleriyle Devlet için öngörülen "*sosyal devlet*" niteliğinin bir görünümü, Anayasa'nın 49'uncu maddesiyle Devlete yüklenen çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğüdür. Anayasa Mahkemesi, "*Anayasa'nın 49. maddesine göre, çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlete karşı ileri sürülecek bu hak, bireylere zorlama yetkisi ve yaptırımı vermemiştir. Devlet, olanakları ölçüsünde, yeterli örgütler kurarak iş bulmayı kolaylaştırıp sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Devletin herkese iş verme, herkesi işe yerleştirme zorunluluğu bulunmamaktadır. İşsizliği önlemek amacıyla yapacağı çalışmalarla Devlet, öncelikle kamu sektöründe iş vermek yolunu izleyecek, bu nedenle de yasal düzenlemeler yapacaktır.*" şeklinde hüküm kurmak suretiyle; Anayasa'nın 49'uncu maddesinin kapsama alanında özel sektörün yanı sıra kamu sektörünün de değerlendirileceğine işaret etmiştir (*Anayasa Mahkemesi'nin 19.12.1989 tarihli ve 1989/14 ve 1989/49 sayılı Kararı*). O halde Devlet, hem özel sektörde hem de kamu sektöründe çalışma barışını sağlamalıdır. Ancak maddi anlamda kanuna tekabül etmeyen iptali talep edilen ibare; Rekabet Kurumu'nda istihdam edilen personel arasında çalışma barışının bozulmasına neden olacaktır. Zira anılan personel; (dolu yahut boş kadrolarda) sınıf, unvan ve derece değişikliklerinin, liyakat ilkesinin gereklerini karşılayacak biçimde yapılmadığının ve bazı kimselerin belirli görevleri ifa etmesi için (ki ilgili, o görevin gerektirdiği nitelikleri karşılamadığı - hak etmediği halde) birtakım değişikliklerin yapıldığının bilincinde olacaktır. Çalışma barışının bozulması; Rekabet Kurumu'nun düzenleme ve denetleme işlevlerini ("*mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunması*" özelindeki hizmetlerini) yerine getiren personelin çalışma motivasyonlarının bozulmasına; ilgilerini başka alanlara yöneltmelerine; sorumluluklarını yeteri kadar yerine getirememelerine ve mal ve hizmet piyasalarında rekabetin bozulmasına sebep olabilecektir. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2, 5 ve 49'uncu maddelerine de aykırıdır.

ix)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 ibare, yukarıdaki başlıklarda aykırı olduğu gösterilen temel haklara ilişkin anayasal düzenlemelerin muadilleri olarak, **çalışma hakkına ilişkin** İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23'üncü; (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nın 1'inci maddelerini; Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu ILO Sözleşmelerini¹; **adil çalışma koşullarına ilişkin** İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23'üncü; (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nın 3 ve 22'nci maddeleri; ILO'nun 94

1 Türkiye'nin onayladığı ILO Sözleşmeleri, çalışma hakkının farklı boyutlarına (söz gelimi hakkın tanınması, hakkın kullanım koşulları) ilişkindir. <https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm> (Erişim Tarihi: 02.03.2022).

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

Tüm bu nedenlerle 7511 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesiyle 07.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 34'üncü maddesinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi üzerine yeniden düzenlenen üçüncü fıkrasında yer alan "*Kurul kararıyla yapılır*" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 49, 70, 90, 123, 128 ve 153'üncü maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

2) 23.05.2024 tarihli ve 7511 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 4'üncü maddesiyle 4054 sayılı Kanun'un 43'üncü maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı

4054 sayılı Kanun'un "*Soruşturmaya Başlanması, Taahhüt ve Uzlaşma*" kenar başlıklı 43'üncü maddesi, Rekabet Kurulu (Kurul) tarafından ilgili teşebbüs hakkında yürütülecek soruşturmanın başlangıç aşamasına ilişkin usul ve esasları kurala bağlamaktadır.

Anılan 43'üncü maddenin 7511 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesiyle değiştirilmeden önceki hali aşağıdaki şekildedir:

"Kurul, başlattığı soruşturmaları, soruşturmaya başlanması kararının verildiği tarihten itibaren 15 gün içinde ilgili taraflara bildirir ve tarafların ilk yazılı savunmalarını 30 gün içinde göndermelerini ister. Taraflara tanınan ilk yazılı cevap süresinin başlayabilmesi için Kurulun bu bildirim yazısı ile birlikte, iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi ilgili taraflara göndermesi gerekir."

Anılan 43'üncü maddenin 7511 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesiyle değiştirildikten sonraki hali aşağıdaki şekildedir:

"Kurul, başlattığı soruşturmaları soruşturmaya başlanması kararının verildiği tarihten itibaren 15 gün içinde ilgili taraflara bildirir. Kurul, bu bildirim yazısı ile birlikte, iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi ilgili taraflara gönderir."

Gösterilen mukayeseden anlaşılacağı üzere; iptali talep edilen fıkra ile soruşturmanın başlangıç aşamasında tarafların ilk yazılı savunma verme hakkı ortadan kaldırılmıştır. Ancak bu durum, Anayasa'ya aykırıdır.

i) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri, hak arama hürriyeti ve teşebbüs hürriyeti bakımından:

Anayasa'nın 48'inci maddesinde özel teşebbüs kurmanın serbest olduğu kurala bağlanmış ve Devletin, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alacağı öngörülmüştür. Anılan tedbirlerin somut bir görünümü de 4054 sayılı Kanun'dur. Nitekim 4054 sayılı Kanun'un amacı, 1'inci maddesinde belirttiği üzere; mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır. Bu amaç, Rekabet Kurulu marifetiyle yerine getirilmektedir. Rekabet Kurulu da bu amacı gerçekleştirmek için birtakım yetkilerle donatılmıştır. Bu yetkilerden biri rekabeti ihlal eden bir teşebbüs yahut

teşebbüs birliği hakkında soruşturma yürütmek ve yürütülen soruşturma sonucunda idari bir yaptırım uygulamaktır.

Rekabet Kurulu'nun soruşturma başlatması halinde; ilgili teşebbüse, silahların eşitliği ve çelişmeli usul ilkeleri gereğince savunma hakkı tanınmıştır. Zira teşebbüs, (soruşturma sonunda) teşebbüs hürriyetine binaen kurduğu ve/veya işlettiği teşebbüsü hakkında bir idari yaptırım uygulanacak idiyse; Anayasa'nın 36'ncı maddesinde güvencelenen hak arama hürriyetine binaen savunma hakkını kullanarak; soruşturma sürecinde uygulanacak idari yaptırıma karşı kendini müdafaa edebilecektir. Başka bir anlatımla eldeki dava konusunda teşebbüs hürriyeti, hak arama hürriyetinin bir unsuru olan savunma hakkı aracılığıyla temin edilmektedir. Ancak iptali talep edilen fıkıyla teşebbüsün ilk yazılı savunma hakkı ortadan kaldırılmış ve teşebbüsün, Kurulun iddialarına ilk etapta karşı koyma olanağı elinden alınmıştır.

İptali talep edilen fıkranın gerekçesi, aşağıdaki şekildedir:²

“...Ancak, bu aşamada soruşturmanın açılmasına neden olan bir şüphe söz konusu olmakta, ilgili tarafa rekabet ihlali isnadı yapılmamaktadır. Diğer taraftan, 4054 sayılı Kanunda rekabeti bozucu davranışlar hakkında yapılacak soruşturmaların usulü düzenlenmiş, aynı Kanununun 43 üncü maddesinde; soruşturma açılmasına karar verilmesi üzerine taraflara soruşturma açıldığı hususunun bildirilmesi ve bu bildirim ilişkin ilgililerin savunmasının alınması zorunluluğu getirilmiştir. Savunma hakkının etkin bir biçimde kullanılabilmesi için isnadın ve isnada dayanak oluşturan delillerin bilinmesi önem arz etmektedir. Maddede yapılan değişikliklerle Kurulun haklarında soruşturma açılmasına karar verdiği teşebbüslere, bu durumu 15 gün içinde bildireceği fakat soruşturma konusu iddialara ilişkin henüz bir ihlal isnadının söz konusu olmadığı ve soruşturma raporunun tekemmül etmediği soruşturma bildiriminin tebliği aşamasında, teşebbüslerin yazılı savunma verme yükümlülüğü kaldırılmaktadır. Bu şekilde hem tarafların daha etkin savunma yapabilmesine olanak sağlanmakta hem de soruşturma süreçlerinin daha seri ilerlemesi amaçlanmaktadır.”

Ancak bu gerekçe teşebbüsün ilk yazılı savunma hakkının ortadan kaldırılmasının haklı nedenini oluşturmamaktadır. Zira gerek fıkranın değişiklikten önceki halinde gerek değişiklikten sonraki halinde; Kurul tarafından yapılacak bildirimde, iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilginin ilgili taraflara gönderileceği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm, isnadların somutlaşacağına bir kanıttır. Diğer bir deyişle bu hüküm sayesinde somutlaşan isnatlara karşı ilgili teşebbüs; pekala ilk yazılı savunmasını etkin bir şekilde yapabilecektir. Etkin bir soruşturma ise, ilk yazılı savunma hakkının (hakkaniyete uygun biçimde) kullanımıyla mümkündür. Zira ilk yazılı savunma hakkının (hakkaniyete uygun biçimde) kullanılması suretiyle; ilgili teşebbüsün vereceği bilgi ve belgeler ile ortaya koyacağı deliller, Soruşturma Raporunun hazırlanmasına etki edecektir. Bununla birlikte kanun koyucu, ilk yazılı savunma hakkını tümünden kaldırmak yerine; *“Taraflar, ilk yazılı savunmalarını 30 gün içinde gönderEBİLİR.”* şeklinde kanun hükmü ihdas etmek suretiyle; ilgili teşebbüse, seçimlik bir hak tanıyabilirdi. Böylece iddiaların somutlaştığını düşünen bir teşebbüs, ilk yazılı savunmasını yapacak; iddiaların somutlaştığını düşünmeyen bir teşebbüs ise ilk yazılı savunmasını yapmayacaktır. Hülasa madde gerekçesinde yer alan amaca ulaşmak için alternatif bir usul de bulunmaktadır; ilk yazılı savunma hakkının tümünden ortadan kaldırılması, son çare (*ultima ratio*) değildir. İlk yazılı savunma hakkı tümünden ortadan kaldırılmak suretiyle; hak arama hürriyetinin

² Kırşehir Milletvekili Necmettin Erkan ve Denizli Milletvekili Şahin Tin ile 86 Milletvekilinin Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2138) ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 28, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 110, Ankara, TBMM Basımevi, 2024, s. 10.

(ve dolayısıyla hak arama hürriyetiyle temin edilen teşebbüs hürriyetinin), Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen 13'üncü maddesinin aksine, demokratik bir toplumda olmayacak biçimde özüne dokunulmuştur. Bu bağlamda hak arama hürriyetinin özüne dokunulması ise; hak arama hürriyetiyle müdafaa edilen teşebbüs hürriyetinin de ihlali sonucunu doğurmaktadır.

Diğer bir söyleyişle hak arama hürriyetinin muhtevasında savunma hakkı da bulunmaktadır. Çelişmeli yargılama hakkını kullanmak için gerekli olan savunma hakkının, isnadın bildirilmesi ile kişinin savunmasını hazırlamak için zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı gibi uzantıları bulunmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan hakları Mahkemesi de bunu esas almaktadır:

‘İsnadın Bildirilmesi

...

Madde 6/3-a'nın zorunlu kıldığı bilginin “gerekçesi” işlendiği iddia edilen eylemler ile ulusal hukukta suçun tanımına atıfta bulunan “mahiyetle” ilgilidir (Pélissier ve Sassi).

İsnadın bildirilmesi anından itibaren şüphelinin isnadın dayanağı olaylar ve mevzuat hakkında resmi olarak bilgilendirilmiş olması kritik önem arz etmektedir (Pélissier ve Sassi). Buna karşın mahkemenin suçun koşullarına ve başvurucunun suçtaki rolüne dair varacağı sonuçların savcılık tarafından hazırlanan iddianamedekiyle her daim aynı olması gerekmemektedir (Mirilashvili, kabuledilebilirlik hakkında karar).

Madde 6/3-a uyarınca, savunmasını hazırlamaya başlayabilmesine imkan verecek yeterlilikte ayrıntılı bilginin sanığa verilmesi zorunludur. Buna karşın bu aşamada sanık aleyhindeki tüm delillerin verilmesi gerekmemektedir. Söz konusu bu deliller daha sonra da verilebilir (Pélissier ve Sassi).

...

Savunma Hazırlamak İçin Yeterli Zaman ve Kolaylık

Bu hak ile madde 6/1 altında adil yargılama hakkının zımni unsurları olan çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği⁵¹, madde 6/3-a altında isnadın bildirilmesi⁵², madde 6/3-c altında avukatla temsil⁵³ ve madde 6/3-d altında tanık dinletme hakları arasında belirli bir örtüşme mevcuttur. ⁵⁴

Madde 6/3 –b’ ye uygunluğun belirlenmesi amacıyla, yalıtılmış bir anlayışla sadece suçlanan kişinin durumunun değil, savunma avukatı da dahil olmak üzere savunmanın genel durumunun dikkate alınması gerekmektedir (Krempovskij / Litvanya, kabuledilebilirlik hakkında karar).

İddia edilen madde 6/3-b ihlalini, kümülatif analiz yoluyla savunma tarafından karşılaşılan çeşitli güçlüklerin madde 6/1 kapsamında yargılamanın tamamının adilliği üzerindeki etkilerini ortaya koymak amacıyla, madde 6/3-c ile birlikte incelemek olağan yaklaşımdır (Krempovskij, kabuledilebilirlik hakkında karar). Yargılamaya hazırlıkla ilgili düzenlemelerin “yeterliliği”, müdafinin, davanın “gizli” kısımlarına sınırlı erişimi, fotokopi almaya ilişkin sınırlamalar gibi savunmaya getirilen resmi kısıtlamalar dikkate alınarak

incelenir. Buna karşın Mahkeme, ayrıca savunma tarafından karşılaşılan, örneğin tutulma yerinin şartları ve özgürlükten yoksun bırakılan şüphelinin nakliyle bağlantılı uygulama güçlüklerini de dikkate alır (Moiseyev, para.208-225).

Suçlanan kişiye uygun şekilde savunma imkanı vermeyen alelacele yürütülen bir yargılamayı önlemek amacıyla, yargılamanın makul süre içinde yapılma zarureti ile savunmanın hazırlanması için ihtiyaç duyulan zamanın sağlanması arasında hassas bir dengenin kurulması gerekmektedir (Öcalan / Türkiye [BD], para.130-149). 55

Davanın mahiyeti ve karmaşıklığı, yargılamanın aşaması ve başvuru için neyin risk altında olduğu gibi çeşitli faktörlerin dikkate alınmasının zorunlu olması nedeniyle ne kadarlık bir sürenin yeterli olacağına belirlenmesi öznel bir testtir. Disiplin yargılaması gibi basit davalarda, isnadın bildirildiği günden esasa ilişkin duruşmanın yapılacağı güne kadarki beş günlük süre yeterli kabul edilebilir (Campbell ve Fell).

Madde 6/3-b yeni delilin muhtevası ve kapsamına bağlı olarak yargılamaya ara verilmesini gerektirebilir. Sanığın karakterine ilişkin, işlendiği iddia edilen suçlarla ilgili olması şartıyla, yeni deliller herhangi bir ara verilmeksizin yargılama (duruşma) sırasında ortaya konulabilir (G.B / Fransa).

...³

Bir hukuk devletinde savunma hakkı özelinde hak arama hürriyetine ilişkin bu esaslar, idari yaptırım uygulayacak idari mercii tarafından yürütülen soruşturmalarda da mahiyetine uygun düştüğü ölçüde *mutatis mutandis* geçerli olacaktır. Kanun koyucu da iptali talep edilen fıkra Kurulun, başlattığı soruşturmaları, soruşturmaya başlanması kararını verildiği tarihten itibaren 15 gün içinde ilgili taraflara bildireceğini ve Kurulun, bu bildirim yazısı ile birlikte, iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi ilgili taraflara göndereceğini kurala bağlamakla; savunma hakkının unsuru olan isnadın bildirilmesi hakkının gereğini karşılamış ve fakat 30 gün içinde hazırlanacak ilk yazılı savunma hakkını tümünden ortadan kaldırarak; savunma hazırlamak / iddialar hakkında görüş bildirmek için yeterli zaman ve kolaylığı sağlamamıştır. Bu bağlamda bildirim yapıp; ilk yazılı savunma hakkının tanınmaması; bildirim uygulamada işlevsiz hale getirecektir. Zira ilgili, hakkındaki isnadı bilmesine rağmen görüş veremeyeceğinden; hakkındaki isnadı bilmemesi hali ile hukuken aynı duruma düşecektir.

Yine Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında 77(31) sayılı Kararının '*Dinlenme hakkı*' başlıklı bölümü aşağıdaki şekildedir:⁴

³ Vitkauskas, Dovydas, Dikov, Grigoriy, Avrupa Konseyi insan hakları el kitapları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, (Çev. Av. Serkan Cengiz) Avrupa Konseyi, Strazburg, 2012, s. 93-99, https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019114424adil_yrgnlma_korunmasi.pdf (Erişim Tarihi: 23.06.2024).

⁴ <https://rm.coe.int/idarenin-islemleri-karsisinda-bireyin-korunmasi-hakinda-77-31-sayili/1680a4397f> (Erişim Tarihi: 23.06.2024).

“1. İlgili kişi, hak, özgürlük veya menfaatlerini olumsuz etkilemesi muhtemel nitelikteki herhangi bir idari işleme dair, idare tarafından dikkate alınmak üzere olgu ve savlarını ortaya koyabileceği gibi, uygun hallerde delil de gösterebilir.

2. Uygun hallerde ilgili kişi, bir önceki paragrafta dile getirilen haklardan vaktinde ve dava açısından uygun bir şekilde haberdar edilir.”

Ancak kanun koyucu, anılan Karara konu dinlenilme hakkının somut bir görünümü olan (ana savunmanın omurgası olan) ilk yazılı savunma hakkını, tümünden ortadan kaldırmaktadır.

Diğer bir söyleyişle ilk yazılı savunma hakkının ortadan kaldırılmasının gerekçesi olarak iddiaların henüz somutlaşmadığını ileri sürmek; Kurulun yapacağı bildirim, basit bir ihbar metni olarak kabul etmek anlamına gelecek ve Kurulun, ‘Kurul, bu bildirim yazısı ile birlikte, iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi ilgili taraflara gönderir.’ şeklindeki yükümlülüğü işlevsiz kılacaktır. Halbuki uygulamada bu bildirimler, Kurulun itibarını zedelemeyecek bir ciddiyet ve özenle hazırlanmakta; kesinleşmiş bir isnad olmasa da; isnada yönelik delaletler / şikayetçinin beyanları vb. içermektedir. İlgili, ilk yazılı savunma hakkını kullanmak suretiyle; kendi aleyhine yapılmış açıklamaları bertaraf edebilecek, iddialara konu eylem/işlem/anlaşmaları daha net biçimde ortaya koyabilecek, ilk etapta bilgi ve belge sunabilecek yahut sunulu bulunan evrakları kendi perspektifinden değerlendirebilecek; tarafın argümanları, ihlalin olmadığına dair kararın gerekçesine dayanak oluşturabilecektir. Ne var ki Kurul ile taraflar arasındaki; tarafların kendi içindeki çelişme faaliyetinin somut bir görünümü olan ilk yazılı savunma hakkı, tümünden ortadan kaldırılmakta; Kurulun vereceği idari karar, usul yönünden sakatlanmaktadır. Bununla birlikte ilk yazılı savunma sayesinde; soruşturma heyetinin yaptığı maddi hatalar da kolaylıkla düzeltilmiş; soruşturmanın zamanında tamamlanmasına da katkıda bulunmaktadır. Bu bağlamda ilk yazılı savunma hakkının kullanımı, maddi gerçeğe kısa sürede ulaşmak bakımından elzemdir.

Belirtmek gerekir ki soruşturmanın başlangıcında (ilk yazılı) savunma hakkının ortadan kaldırılması; daha sonra Kurulun verdiği kararların iptali için idari yargıda açılan davalarda mahkemelerin iş yükünü oldukça arttıracaktır.

Bu nedenlerle iptali talep edilen fıkra, Anayasa'nın 13, 36 ve 48'inci maddelerine aykırıdır.

ii)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 oluşturması ve etkilemesi önlenmek istenmiştir. Devletin tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemek görevi, temelde tüketiciyi koruma amacı gütmektedir. Bu da ancak, tekelleşme ve kartelleşmelerin önlenerek özgür rekabet ortamının sağlanması ile güvenceye alınabilir. Piyasa ekonomisinin etkinliği, serbest rekabet koşullarının varlığına bağlıdır. Tekelleşmeye veya kartelleşmeye olanak veren ortamlarda piyasa ekonomisi etkinliğini yitirir. Bu nedenle, yasal düzenlemelerde, tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemeye, dolayısıyla bireyleri ve toplumu korumaya yönelik kuralların bulunması zorunludur. Bu husus, Anayasa'nın 5. maddesindeki Devlet'in 'kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu

sağlamak' görevleri ile de doğrudan ilgilidir'' (Anayasa Mahkemesi'nin 16.06.2011 tarihli ve 2009/9 E.; 2011/103 K. sayılı Kararı). Öte yandan ''Anayasa'nın 167. maddesinin ikinci fıkrasının vermiş olduğu yetkiye dayanarak Yasama Organı, "dış ticaretin düzenlenmesini yürütme organına bırakmıştır. O halde, Bakanlar Kurulu, Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla bu konunun çerçevesini, genel esaslarını, temel yönlerini ve ayrıntılarını tümüyle düzenleme yetkisine sahiptir.'' (Anayasa Mahkemesi'nin 11.01.1985 tarihli ve 1984/6 E.; 1985/1 K. sayılı Kararı).

Kanun koyucu da Anayasa'nın 5 ve 167'nci maddeleri doğrultusunda yukarıda bahsi geçtiği üzere 4054 sayılı Kanun'u çıkarmıştır. Zira bu Kanun'un amacı, 1'inci maddesinde belirttiği üzere; mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır. Bu amaç, Rekabet Kurulu marifetiyle yerine getirilmektedir. Rekabet Kurulu da bu amacı gerçekleştirmek için birtakım yetkilerle donatılmıştır. Bu yetkilerden biri rekabeti ihlal eden bir teşebbüs yahut teşebbüs birliği hakkında soruşturma yürütmek ve yürütülen soruşturma sonucunda idari bir yaptırım uygulamaktır. Rekabet Kurulu, yapısal ve davranışsal tedbirlere hükmedebileceği gibi; yöneticilere, çalışanlara, teşebbüs yahut teşebbüs birliklerine idari para cezaları da verebilmektedir.

Rekabet Kurulu'nun vereceği her idari yaptırım kararı, ilgili ürün ve coğrafi pazardaki piyasa koşullarına etki edecektir. Bu etki, Kurulun kararının idari yargıya taşınıp iptal edilmesinin yahut yürürlüğünün durdurulmasının kesinleşmesine kadar devam edecektir. Bu nedenle Kurulun idari yaptırım kararıyla piyasa koşullarına müdahale etmesinin hukuka uygun kılınması; bu kararın, hak arama hürriyetinin bir unsuru olan savunma hakkının kullanımına olanak verecek biçimde alınmasıyla mümkündür. Ancak kanun koyucu tarafından ilk yazılı savunma hakkının kaldırılmasıyla, Kurulun kararı sakatlanmış olmakta; tarafların çelişmesi ilkesine halel getirmektedir. (İlk yazılı savunma hakkının ortadan kaldırılması nedeniyle) hukuken sakat olan bir Kurul kararı da piyasa koşullarını bozacaktır. Bu durum; Kurulun uyguladığı (hukuka aykırı) idari yaptırımlarla bazı firmaların ilgili pazarda gücünün zayıflayıp bazılarının hakim duruma gelmesine; para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının düzenli ve istikrarlı biçimde işleyememesine; etkin, serbest, adil rekabetin sürdürülememesine; sağlıklı işlemeyen piyasa koşullarında arz ve talebin dengeye gelememesine ve fiyatların aşırı ölçüde artmasına; tüketicinin aksak piyasa koşullarından olumsuz etkilenmesine; üretimde ve kaynak dağılımında verimliliğin düşmesine; ülke kaynaklarının etkin biçimde kullanılamamasına; dolayısıyla kamu maliyesinin ekonomik bakımdan zarara uğramasına ve dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olacağından; iptali talep edilen fıkra, Anayasa'nın 5 ve 167'nci maddelerine de aykırıdır.

iii)Uluslararası andlaşmaların 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 fıkra, yukarıdaki alt başlıklarda sıralanan gerekçelerle; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin **adil yargılanma hakkı / hak arama hürriyetine** ilişkin 6'ncı maddesini ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90'ıncı maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle, 7511 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesiyle 4054 sayılı Kanun'un 43'üncü maddesinin değiştirilen ikinci fıkrası, Anayasa'nın 5, 13, 36, 48, 90 ve 167'nci maddelerine aykırıdır; anılan fıkranın iptali gerekir.

3) 23.05.2024 tarihli ve 7511 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 6'ncı maddesiyle 18.05.2004 tarihli ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 53'üncü maddesinin değiştirilen altıncı fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7511 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesiyle 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun "Ürün ihtisas borsaları" kenar başlıklı 53'üncü maddesinin altıncı fıkrası değiştirilmiştir. Değişik fıkraya göre ürün senetleri ve alivre sözleşmelere ilişkin işlemlerde; devir ile bedelin ödenmesi, alıcı ve satıcının diğer yükümlülüklerinin ürün ihtisas borsalarında alım satımına aracılık edenlerce veya takas ve saklama hizmeti aldıkları kuruluşlarca yerine getirilmesi, alım satımın tescili ve alım satımına ilişkin diğer hususlar, bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak ürün ihtisas borsası tarafından yürütülecektir; ürün ihtisas borsasının veya ürün ihtisas borsası tarafından takas merkezi olarak yetkilendirilen kuruluşun takas işlemlerinde mali sorumluluğu, tesis edebilecekleri limitler dâhilinde ve alınacak teminatlar ile garanti fonu varlıklarıyla sınırlı olacaktır. Ürün ihtisas borsalarında gerçekleştirilen işlemlerden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak ve zararların tazmini için alınacak teminatların ve oluşturulabilecek garanti fonunun kuruluşu, işletimi, kullanımı ve katılımcılarına ilişkin usul ve esaslar, Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenecektir; bu fıkra düzenlenen teminatlar ve garanti fonundaki varlıklar tevdi amaçları dışında kullanılamayacaktır, üçüncü kişilere devredilemeyecektir, kamu alacakları için olsa dahi haczedilemeyecektir, rehnedilemeyecektir, iflas masasına dâhil edilemez ve üzerlerine ihtiyati tedbir konulamayacaktır.

Ancak ürün ihtisas borsalarında gerçekleştirilen işlemlerden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak ve zararların tazmini için alınacak teminatların ve oluşturulabilecek garanti fonunun kuruluşu, işletimi, kullanımı ve katılımcılarına ilişkin usul ve esasların Ticaret Bakanlığı (Bakanlık) tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenmesine cevaz veren ve iptali talep edilen ibare, 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.

Anılan 53'üncü maddenin birinci fıkrası uyarınca ekonomik gereklilikler gözetilerek güven, serbest rekabet ve istikrar içinde, kotasyonundaki bir veya birden çok ürünün arz ve talebini buluşturan; yürürlükteki ürün standartlarına göre tasnif edilmiş ürünlerin, kendilerince organize edilen fiziki veya elektronik mekânlarda alım satımına aracılık eden; ürünlerin gerek fiziki, gerekse ürünü temsilen lisanslı depo işletmelerince çıkarılan ürün senetleri ve alivre sözleşmelerin ticaretini yürütebilen; işlemlere ilişkin güvenilir kayıt ve saklama imkânları bulunan; oluşan fiyatları, ürettiği bilgileri, diğer benzer ve alternatif piyasaları izleyebilecek ve duyurabilecek bilgi işlem, teknik ve elektronik donanım, kurumsal ve mali altyapıya sahip olan; faaliyet alanı ulusal veya uluslararası olabilen anonim şirket statüsünde ürün ihtisas borsaları; Bakanlık ve Sermaye Piyasası Kurulunun teklifi üzerine, Cumhurbaşkanı kararı ile kurulmaktadır.

Anılan 53'üncü maddenin 7511 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin değiştirilen altıncı fıkrasının birinci cümlesiyle ürün ihtisas borsalarına bir yetki verilmiştir. Buna göre ürün senetleri ve alivre sözleşmelere ilişkin işlemlerde; devir ile bedelin ödenmesi, alıcı ve satıcının diğer yükümlülüklerinin ürün ihtisas borsalarında alım satımına aracılık edenlerce veya takas ve saklama hizmeti aldıkları kuruluşlarca yerine getirilmesi, alım satımın tescili ve alım satıma ilişkin diğer hususlar, bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak ürün ihtisas borsası tarafından yürütülecektir. Değişik altıncı fıkranın ikinci cümlesiyle ürün ihtisas borsalarının (veya ürün ihtisas borsası tarafından takas merkezi olarak yetkilendirilen kuruluşların) mali sorumluluğu sınırlandırılmıştır. Buna göre ürün ihtisas borsasının veya ürün ihtisas borsası tarafından takas merkezi olarak yetkilendirilen kuruluşun takas işlemlerinde mali sorumluluğu, tesis edecekleri limitler dâhilinde ve alınacak teminatlar ile garanti fonu varlıklarıyla sınırlıdır.

Değişik altıncı fıkranın iptali talep edilen ibarenin yer aldığı üçüncü cümlesine göre bahsi geçen mali sorumluluğa ilişkin usul ve esaslar, Bakanlık tarafından tespit edilecektir. Buna göre ürün ihtisas borsalarında gerçekleştirilen işlemlerden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak ve zararların tazmini için alınacak teminatların ve oluşturulabilecek garanti fonunun kuruluşu, işletimi, kullanımı ve katılımcılarına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenecektir.

Ancak iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümle, ürün ihtisas borsalarında gerçekleştirilen işlemlerden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak ve zararların tazmini için alınacak teminatların ve oluşturulabilecek garanti fonunun kuruluşu, işletimi, kullanımı ve katılımcılarına ilişkin usul ve esaslar bakımından yapılacak düzenlemelere ilişkin hiçbir nesnel ölçüt ve usul öngörmemektedir. İptali talep edilen ibare; ürün ihtisas borsalarında gerçekleştirilen işlemlerden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak ve zararların tazmini için alınacak teminatların ve oluşturulabilecek garanti fonunun kuruluşu, işletimi, kullanımı ve katılımcılarına ilişkin usul ve esasları, kanuni güvence ve öngörülebilirlik alanından çıkarmakta ve idarenin (Bakanlığın) sınırları belirsiz keyfi düzenleme alanına bırakmaktadır. Bu durum, ürün ihtisas borsalarındaki faaliyetlerinin öngörülemez, denetimsiz ve verimsiz bir şekilde yürütülmesine ve mali sorumluluğun belirsizliğine neden olacaktır. Halbuki teminat gösterme ve garanti vermenin temel mantığı; ürün ihtisas borsalarında bir zararın doğmamasını (doğduğu takdirde hakkaniyete uygun biçimde karşılanmasını) teminen; saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenilirliğin, hesap verebilirliğin, yeterliliğin,

denetimin sağlanmasıdır. Ancak kanuni nesnel ölçütlerin belirlenmemesi nedeniyle ürün ihtisas borsalarında faaliyet gösteren tüm aktörler (söz gelimi özel teşebbüs niteliğindeki katılımcılar, aracılar...) bakımından bir öngörülemezlik alanı yaratılacaktır.

Başka bir anlatımla teminat (*cautio judicatum solvi*) ve garanti, bir hakkın teminini önceden güvenceler. Bu türden piyasa işlemlerinde teminat gösterme ve garanti verme yükümlülüğü; özel teşebbüsün yükümlülüklerini zamanında ve gereği gibi yerine getirememesi halinde; hem idarenin hem de zarar görenin muhtemel/mevcut risk, zarar ve ziyanını talep ve icra edebilmesini sağlar. Bu sayede kamu kaynağı israf edilmeyecektir. Ancak kanun koyucu ürün ihtisas borsalarında alım-satım, takas faaliyetleri bakımından öngörülen mali sorumluluğa ilişkin usul ve esasları (*ürün ihtisas borsalarında gerçekleştirilen işlemlerden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak ve zararların tazmini için alınacak teminatların ve oluşturulabilecek garanti fonunun kuruluşu, işletimi, kullanımı ve katılımcılarına ilişkin usul ve esasları*) Bakanlığın keyfi uygulamalara neden olabilecek sınırsız takdir yetkisine bırakmıştır. Söz gelimi teminatın ve garantinin aynı yahut nakdi verilmesi, alt ve üst sınırı, süresi, katılımcıların hangi şartlarla vereceği, sistemde toplanan paranın nasıl işletileceği vb. hususlara ilişkin hiçbir kanuni somut kayıt, katılımcı tanımı bulunmamaktadır.

Öte yandan kanun koyucu, anılan değişik fıkranın gerekçesinde ‘‘*sermaye piyasası mevzuatına benzer yaklaşımla*’’ bu fıkranın ihdas edildiğini kaleme almıştır.⁵ Ancak 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun genelinde teminat gösterme ve garanti verme ile katılımcıların durumuna yönelik usul ve esasların çerçevesi çizilmiştir ve bunlara ilişkin ayrıntıları, teknik bilgiyi haiz bağımsız idari otorite olan (Bakanlık gibi güncel siyasi politikalarından doğrudan etkilenmeyen) Sermaye Piyasası Kurulu, belirlemektedir.

En nihayetinde bu belirsiz durum, ürün ihtisas borsalarında faaliyet gösteren aktörlerin, üzerlerine bırakılan yükümlülükleri yerine getirmeye yönelik iradesini de zayıflatacaktır. Zira Bakanlık sınırsız takdir yetkisine istinaden caydırıcılığı olmayan teminat ve garanti bedelleri, süresi, şekli düzenleyebilecektir.

Bu nedenle hukuki belirlilik ilkesine uygun ve kanunilik ilkesi çerçevesinde ürün ihtisas borsalarının faaliyetlerini yürütmesini bertaraf eden, zarar görenler ve katılımcılar bakımından bir güvenlik ve öngörülebilirlik sağlamayan ve normlar hiyerarşisine uygun olmayan iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 2 ve 123’üncü maddelerine aykırıdır.

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 ibarenin yer aldığı cümle hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Bakanlığa) ürün ihtisas borsalarında gerçekleştirilen işlemlerden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak ve zararların tazmini için alınacak teminatların ve oluşturulabilecek garanti fonunun kuruluşu, işletimi,

⁵ Kırşehir Milletvekili Necmettin Erkan ve Denizli Milletvekili Şahin Tin ile 86 Milletvekilinin Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2138) ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 28, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 110, Ankara, TBMM Basımevi, 2024, s. 11.

kullanımı ve katılımcılarına ilişkin usul ve esasları (yönetmelikle) 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. Bakanlığın; ürün ihtisas borsalarında gerçekleştirilen işlemlerden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak ve zararların tazmini için alınacak teminatların ve oluşturulabilecek garanti fonunun kuruluşu, işletimi, kullanımı ve katılımcılarına ilişkin usul ve esaslar hakkında çıkaracağı yönetmeliğin ,7511 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. İhtilaflı kurala bakıldığında, ortada, idare tarafından tecessüm ettirilmeye elverişli bir kanuni genel düzenleme yoktur. İdare tarafından takdir yetkisinin keyfi biçimde kullanılmasına neden olabilecek iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 124'üncü maddesine de aykırıdır. Çıkarılacak söz konusu yönetmeliğin kanuni genel çerçevesini çizmemesi, bir yasal dayanak teşkil etmemesi hasebiyle; iptali talep edilen ibare de Anayasa'nın 124'üncü maddesini ihlal etmektedir.

iii)Eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri, mülkiyet hakkı ile teşebbüs hürriyeti 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*). Buna ilave olarak Anayasa'nın 48'inci maddesine göre özel teşebbüsler kurmak serbesttir.

Ürün ihtisas borsalarında gerçekleştirilen işlemlerden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak ve zararların tazmini için alınacak teminatların ve oluşturulabilecek garanti fonunun kuruluşu, işletimi, kullanımı ve katılımcılarına ilişkin usul ve esaslar, Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenecektir. Bahsi geçen teminat gösterme ve garanti verme yükümlülüğü, ürün ihtisas borsalarında faaliyet göstermeye isteklilerin mülkiyet hakkı ve teşebbüs özgürlüğü kapsamında kalmaktadır. Diğer bir deyişle ürün ihtisas borsalarında faaliyet göstermeye istekliler, ancak bu yükümlülüklerini yerine getirdikleri takdirde; teşebbüs hürriyetlerine binaen ürün ihtisas borsalarında işlem yapabilecektir. Yine anılan yükümlülüğün yerine getirilmesi, ürün ihtisas borsalarında faaliyet göstermeye isteklilerin mameleklerinde bir azalma yaratarak onların mülkiyet hakkına müdahale niteliği oluşturacaktır. Öte yandan ürün ihtisas borsalarında faaliyet göstermeye istekli olan alıcı, satıcı, aracı, katılımcı, zarar gören vb. gerçek yahut tüzel kişi olabilir.

O halde ürün ihtisas borsalarında gerçekleştirilen işlemlerden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak ve zararların tazmini için alınacak teminatların ve oluşturulabilecek garanti fonunun kuruluşu, işletimi, kullanımı ve katılımcılarına ilişkin usul ve esasların düzenleniş biçimi; teşebbüs hürriyeti ile mülkiyet hakkını sınırlandırıcı nitelikte olacaktır. Bu sınırlandırmanın hukuka uygun kılınması, Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan sınırlandırmanın sınırlarının gereklerinin karşılanmasıyla mümkündür. Ancak kanun koyucu tarafından bu hususların belirlenmesi, kanuni genel çerçeve çizilmeksizin Bakanlığın keyfi uygulamalara neden olabilecek sınırsız takdir yetkisine bırakılmış; diğer bir deyişle Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan kanunilik kaydının aksine hareket edilmiştir. Hülasa iptali talep edilen ibare; idarenin düzenleyici işlemlerinin kanuni çerçevesini çizmeden, ayrımcı, öngörülemez ve keyfi işlem ve eylemlere açık uygulamalara sebep olarak mülkiyet hakkını ve teşebbüs hürriyetini sınırlandırdığından, bir başka deyişle yasallık ve gereklilik ölçütlerini karşılamadığından; Anayasa'nın 13'üncü maddesine de aykırıdır.

Bununla birlikte söz konusu garanti ve teminat, mali sorumluluğa ilişkin olduğundan; (özel teşebbüs olan yahut olmayan) zarar göreni de korumaktadır. Zira garanti ve teminata ilişkin kanuni hükümler sayesinde; zarar gören, hangi koşullarda ne kadarlık bir kısmın tazmin edileceğini öngörebilir durumdadır. Ancak iptali talep edilen ibareyle bahsi geçen hususların düzenlenmesini, hiçbir kanuni ve nesnel çerçeve çizilmeksizin Bakanlığın sınırsız taksir yetkisine bırakmak, söz konusu öngörülebilirliği de ortadan kaldırmaktadır.

Buna ilave olarak ürün ihtisas borsalarında gerçekleştirilen işlemlerden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak ve zararların tazmini için alınacak teminatların ve oluşturulabilecek garanti fonunun kuruluşu, işletimi, kullanımı ve katılımcılarına ilişkin usul ve esaslar, ürün ihtisas borsalarında faaliyet göstermeye istekli olan özel teşebbüslerin fırsat eşitliği içinde rekabet edebilmesine olanak tanımaktadır. Zira teminat ve garanti, bir yandan katılımcılarda, yükümlülüklerini yerine getirmeye dair irade; diğer taraftan zarar görende, hukuka aykırı hatalı uygulamalarda zararının tazmin edileceğine dair irade oluşturmaktadır. Tüm aktörler önceden piyasa koşullarını bilmekte ve buna göre işlem yapmaktadır. Bu durumun Anayasal temeli, eşitlik ilkesi bağlamında teşebbüs hürriyetindedir. 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 iptali talep edilen ibareyle ürün ihtisas borsalarında gerçekleştirilen işlemlerden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak ve zararların tazmini için alınacak teminatların ve oluşturulabilecek garanti fonunun kuruluşu, işletimi, kullanımı ve katılımcılarına ilişkin usul ve esasların sınırsız takdir yetkisine istinaden Bakanlık tarafından düzenlenmesi, aynı şartları sağlayan iki özel teşebbüs arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10 ve 48'inci maddelerine aykırıdır. Söz gelimi aynı şartları sağlayan iki özel teşebbüsün birinden daha fazla miktar teminat talep edilmesine; aynı zararı gören iki özel teşebbüsten birinin zararının kısmen diğerinin tamamen karşılanmasına neden olabilecektir. Diğer bir deyişle Devletin ihtilaflı kurala tabi olmayan bir alandaki bir özel teşebbüs bakımından pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesini ve fakat ihtilaflı kurala tabi alanda konumlanan bir diğerini gözetmemesini; daha somut bir anlatımla, benzer durumdaki özel teşebbüsler arasındaki muamele farklılığını haklı kılacak bir nedenin temellendirilmesini sağlayacak nesnel bir ölçüt bulunmamaktadır. Yine bu durumda, ürün ihtisas borsasında

faaliyette bulunmaya talip iki teşebbüs, eşitsiz bir uygulamayla karşı karşıya kalabilecek, borsa istikrarlı biçimde işletilemeyecektir.

Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 10, 13, 35 ve 48'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 fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.' denilmektedir. Maddede yalnız, tekelleşme değil, tekel oluşturmayan üretim ve hizmet kuruluşlarının 'fiyat anlaşmaları', 'coğrafi bölge paylaşma' ve 'benzeri suretle' gerçekleştirilecek kartelleşme de yasaklanmış; Devlet, bunu engelleyici önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Böylece rekabetin ortadan kaldırılması, tekellerin ve kartellerin fiyatları oluşturmaları ve etkilemesi önlenmek istenmiştir. Devletin tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemek görevi, temelde tüketiciyi koruma amacı gütmektedir. Bu da ancak, tekelleşme ve kartelleşmelerin önlenerek özgür rekabet ortamının sağlanması ile güvenceye alınabilir. Piyasa ekonomisinin etkinliği, serbest rekabet koşullarının varlığına bağlıdır. Tekelleşmeye veya kartelleşmeye olanak veren ortamlarda piyasa ekonomisi etkinliğini yitirir. Bu nedenle, yasal düzenlemelerde, tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemeye, dolayısıyla bireyleri ve toplumu korumaya yönelik kuralların bulunması zorunludur. Bu husus, Anayasa'nın 5. maddesindeki Devlet'in 'kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak' görevleri ile de doğrudan ilgilidir" (Anayasa Mahkemesi'nin 16.06.2011 tarihli ve 2009/9 E.; 2011/103 K. sayılı Kararı). Öte yandan "Anayasa'nın 167. maddesinin ikinci fıkrasının vermiş olduğu yetkiye dayanarak Yasama Organı, "dış ticaretin düzenlenmesini yürütme organına bırakmıştır. O halde, Bakanlar Kurulu, Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla bu konunun çerçevesini, genel esaslarını, temel yönlerini ve ayrıntılarını tümüyle düzenleme yetkisine sahiptir." (Anayasa Mahkemesi'nin 11.01.1985 tarihli ve 1984/6 E.; 1985/1 K. sayılı Kararı).

Kanun koyucu da Anayasa'nın 5 ve 167'nci maddeleri doğrultusunda yukarıda bahsi geçtiği üzere yürürlükteki ürün standartlarına göre tasnif edilmiş ürünler bakımından ekonomik gereklilikler gözetilerek güven, serbest rekabet ve istikrar içinde alım-satımın gerçekleştirilmesini teminen ürün ihtisas borsalarını kurmuş; bunlar bakımından mali sorumluluğu, üst hadle (tesis edecekleri limitler dâhilinde ve alınacak teminatlar ile garanti fonu varlıkları) sınırlandırmıştır. Ancak iptali talep edilen ibare ile ürün ihtisas borsalarında gerçekleştirilen işlemlerden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak ve zararların tazmini için alınacak teminatların ve oluşturulabilecek garanti fonunun kuruluşu, işletimi, kullanımı ve katılımcılarına ilişkin usul ve esasların Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceğini kurala bağlamıştır.

Ne var ki bu hususlar bakımından kanuni ve nesnel çerçeve çizmemek, ürün ihtisas borsasında faaliyet gösterecek bazı özel teşebbüsleri himaye edilmesine; zarar görenin zararının karşılanamamasına; çok sayıda alıcı ve satıcının bir araya geldiği ürün ihtisas borsasında piyasa işlemlerinin rekabetçi ve istikrarlı biçimde yapılamamasına ve dolayısıyla piyasa fiyatının nesnel biçimde oluşmamasına / fiyat istikrarının sağlanamamasına / enflasyonla mücadele edilememesine; ülke kaynaklarının verimli ve etkin biçimde kullanılamamasına; ürün piyasalarının aksamasına; mudilerin birçok alıcıya ulaşma potansiyellerinin düşmesine; alıcının ürüne kısa zamanda erişememesine; ürün senetlerini ve alivre sözleşmelerinin yatırım aracı olma kapasitesinin azalmasına; dolayısıyla kamu maliyesinin ekonomik bakımdan zarara

uğramasına ve dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olacağından; iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 5 ve 167'nci maddelerine de aykırıdır.

v)Uluslararası andlaşmaların 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 ibare, yukarıdaki alt başlıklarda sıralanan gerekçelerle; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokol'ün **mülkiyet hakkını** düzenleyen 1'inci maddesini ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90'ıncı maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle, 7511 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesiyle 18.05.2004 tarihli ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 53'üncü maddesinin değiştirilen altıncı fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "*Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir*" ibaresi, Anayasa'nın 2, 5, 7, 10, 13, 35, 48, 90, 123, 124 ve 167'nci maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

4) 23.05.2024 tarihli ve 7511 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 18'inci maddesiyle 07.11.2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 63'üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*durdurma cezası*" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "*ya da içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı*" ibaresi ile 19'uncu maddesiyle 6502 sayılı Kanun'un 77'nci maddesinin on ikinci fıkrasının değiştirilen beşinci, altıncı, yedinci, sekizinci ve dokuzuncu cümlelerinin Anayasa'ya aykırılığı

24.03.2022 tarihli ve 7392 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 15'inci maddesiyle 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 77'nci maddesinin on ikinci fıkrasına beşinci, altıncı, yedinci, sekizinci ve dokuzuncu cümleler eklenmiştir:

"Bu cezalarla birlikte aykırılığın internet ortamı üzerinden gerçekleştirilmesi hâlinde, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL vb. şeklinde) erişimin engellenmesine Reklam Kurulu tarafından karar verilebilir. Ancak, teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Bu karar uygulanmak üzere 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanununun 6/A maddesi gereğince Erişim Sağlayıcıları Birliğine gönderilir. Bu karara karşı sulh ceza hakimliğine başvurulabilir. Sulh ceza hakimliğince verilen karara karşı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir."

Anılan cümlelerin Anayasa'nın Başlangıç bölümü ile 2, 5, 6, 7, 10, 13, 17, 22, 26, 28, 35, 36, 38, 40, 48, 90, 123, 125, 153, 167 ve 172'nci maddelerine aykırı olduğundan bahisle CHP tarafından Anayasa Mahkemesi nezdinde iptal davası açılmış ve Anayasa'nın 13, 26 ve 48'nci maddelerine aykırılık sebebiyle iptal edilmiştir (*Anayasa Mahkemesi'nin 13.09.2023 tarihli ve 2022/70 E.; 2023/152 K. sayılı Kararı*).

Bunun üzerine kanun koyucu tarafından 7511 sayılı Kanun'un 18'inci maddesiyle 6502 sayılı Kanun'un "*Reklam Kurulu*" kenar başlıklı 63'üncü maddesinin birinci fıkrasına bir ibare

eklenmiştir. Ek ibare gereğince Reklam Kurulu'na içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verme yetkisi tanınmıştır.

Yine 7511 sayılı Kanun'un 19'uncu maddesiyle 6502 sayılı Kanun'un 77'nci maddesinin on ikinci fıkrasının iptal edilen beşinci, altıncı, yedinci, sekizinci ve dokuzuncu cümleleri değiştirmiştir. Değişik cümlelere göre;

- (5. cümleye göre) Aykırılığın internet ortamı üzerinden gerçekleşmesi hâlinde Reklam Kurulu; içeriğin çıkarılması için ilgili internet sayfasındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden, elektronik olarak iletişim kurulabilecek araçlar ile bildirimde bulunulmasına, bu bildirimde rağmen yirmi dört saat içinde içeriğin çıkarılmaması hâlinde erişimin engellenmesine karar verilebilecektir.

-(6. cümleye göre) Muhataba bildirimde bulunulamaması hâli ile sınırlı olmak üzere doğrudan erişimin engellenmesine karar verilebilecektir.

-(7. cümleye göre) Erişimin engellenmesi kararı uygulanmak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliğine gönderilecektir.

-(8. cümleye göre) Erişimin engellenmesi kararı esas olarak aykırılığın gerçekleştiği içerikle sınırlı olarak verilecektir.

- (9. cümleye göre) Ancak, teknik olarak aykırılığa ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla aykırılığın önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilecektir.

Ne var ki Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen iptal kararına rağmen hem Reklam Kurulu'na içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verme yetkisi tanıyan ve iptali talep edilen ibare hem de bu yetkinin kullanımına ilişki ayrıntıları düzenleyen ve iptali talep edilen cümleler, Anayasa'ya aykırıdır.

(İptali talep edilen ibare ve cümleler, asli-fer'i hüküm niteliğini haizdir. İptali talep edilen ibare, asli hüküm olup ana kuralı koymakta; iptali talep edilen cümleler, fer'i hüküm olup detayını düzenlemektedir. Yine iptali talep edilen altı, yedi, sekiz ve dokuzuncu cümleler de; iptali talep edilen beşinci cümlenin fer'i hükmüdür. Asli hükmün iptaliyle birlikte fer'i hükmün uygulama kabiliyeti kalmayacaktır.)

Öncelikle 6502 sayılı Kanun'un 77'nci maddesinin on ikinci fıkrası, genel olarak; bu Kanun'un "*Ticari reklam*" başlıklı 61'inci maddesinde belirtilen yükümlülüklerle aykırı hareket eden reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşları hakkında durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası ve gerekli görülen hallerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası uygulanacağını; Reklam Kurulu'nun (Kurul), ihlalin niteliğine göre bu cezaları birlikte veya ayrı ayrı verebileceğini; idari para cezalarına konu fiilleri ve idari para cezalarının miktarını; Reklam Kurulu'nun, idari işleme konu ihlalin bir yıl içinde tekrar edilmesi halinde belirtilen idari para cezalarını on katına kadar uygulayabileceğini düzenlemektedir.

6502 sayılı Kanun'un "*Ticari reklam*" başlıklı 61'inci maddesi ise;

“(1) Ticari reklam, ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurulardır.

(2) Ticari reklamların Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmaları esastır.

(3) Tüketicuyu aldatıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve engellileri istismar edici ticari reklam yapılamaz.

(4) Reklam olduğu açıkça belirtilmeksizin yazı, haber, yayın ve programlarda, mal veya hizmetlere ilişkin isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticari unvan veya işletme adlarının reklam yapmak amacıyla yer alması ve tanıtıcı mahiyette sunulması örtülü reklam olarak kabul edilir. Her türlü iletişim aracında sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılması yasaktır.

(5) Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal veya hizmetlerin karşılaştırmalı reklamı yapılabilir.

(6) Reklam verenler ticari reklamlarında yer alan iddiaların doğruluğunu ispatla yükümlüdür.

(7) Reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşları bu madde hükümlerine uymakla yükümlüdür.

(8) Ticari reklamlara ilişkin getirilecek sınırlamalar ile bu reklamlarda uyulması gereken usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.”

şeklindedir.

Söz konusu 61’inci maddenin ve 77’nci maddenin on ikinci fıkrasının lafzından anlaşılacağı üzere; anılan idari yaptırımların muhatabı; reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşlarıdır. 10.01.2015 tarihli ve 29232 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nin tanımları düzenleyen 4’üncü maddesinin birinci fıkrasının (m) bendine göre reklam veren, “ürettiği ya da pazarladığı malın veya hizmetin tanıtımını yaptırmak, satışını artırmak veya marka algısını güçlendirmek amacıyla hazırladığı ve içinde firmasının ya da markasının yer aldığı reklamları yayınlatan, dağıtan ya da başka yollarla sergileyen gerçek veya tüzel kişiyi”; (l) bendine göre reklam ajansı, “reklamı, reklam verenin talebi doğrultusunda hazırlayan veya reklam veren adına yayınlanmasına aracılık eden gerçek ya da tüzel kişiyi”; (i) bendine göre mecra kuruluşu, “reklamın yayınlandığı ve hedef kitleye ulaştırıldığı her türlü mecra sahibinin sahibi olan veya bunları işleten ya da kiraya veren gerçek veya tüzel kişiyi” ifade etmektedir.

Bununla birlikte iptali talep edilen ibare ve cümlelere konu içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararını verecek merci olan Reklam Kurulu’nun hukuki statüsünü ortaya koymak gerekmektedir. Bilhassa tüketicilerin korunması ve haksız rekabetin önlenmesi

amacıyla; 6502 sayılı Kanun'un 63'üncü maddesine istinaden⁶; kararlarının Ticaret Bakanlığınca uygulandığı Reklam Kurulu oluşturulmuştur. O halde ayrı bir (kamu) tüzel kişiliğine sahip olmayan ve görevini (merkezi idare kapsamında kalan) Ticaret Bakanlığı bünyesinde ifa eden Reklam Kurulu, idari teşkilatta yer almaktadır. Şu halde iptali talep edilen ibare ve cümleler uyarınca içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, idare (Kurul) tarafından verilecektir.

İhtilafli düzenlemeler, aşağıdaki açılardan Anayasa'ya aykırıdır.

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

Öte yandan Anayasa'nın 123'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.

O halde idare içinde konumlanan Reklam Kurulu tarafından verilecek içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararına ilişkin usul ve esasların hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılaması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği üzere, "*Kamu gücüne temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlama yetkisi tanıyan yasal düzenlemelerin bu yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usulleri yeterli bir açıklıkta*

6 6502 sayılı Kanun'un 63'üncü maddesinin birinci fıkrası: "*Ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirleme ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeleri yapma, bu hususlar çerçevesinde inceleme ve gerektiğinde denetim yapma, inceleme ve denetim sonucuna göre durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası veya gerekli görülen hâllerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası verme hususlarında görevli bir Reklam Kurulu oluşturulur. Kurul tedbiren durdurma kararı verme yetkisini Reklam Kurulu Başkanına devredebilir. Kurulun kararları Bakanlıkça uygulanır.*" şeklindedir. Öte yandan 03.07.2014 tarihli ve 29049 sayılı Resmi Gazete'de Reklam Kurulu'nun ve ihtisas komisyonlarının kuruluşunu, görevlerini, çalışma usul ve esasları ile sekreteryaya hizmetlerini ve diğer hususları düzenleyen Reklam Kurulu Yönetmeliği yayınlanmıştır.

tanımlaması da gerekmektedir.” (Anayasa Mahkemesi’nin 15.11.2017 tarihli ve 2015/76 E.; 2017/153 K. sayılı Kararı, § 32).

Ancak iptali talep edilen ibare ve cümlelerde, Anayasal ilkelerin aksine; Reklam Kurulu’nu kayıtlayacak kanun düzeyinde net, açık ve anlaşılabilir bir ölçüt öngörülmemiştir. Her ne kadar kanun koyucu tarafından Anayasa Mahkemesi’nin bahsi geçen kararının gereklerini karşılamak adına; Reklam Kurulu’nun “*içeriğin çıkarılması için ilgili internet sayfasındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden, elektronik olarak iletişim kurulabilecek araçlar ile bildirimde bulunulmasına karar verebileceği; bu bildirimde bulunulmasına karar verebileceği; muhataba bildirimde bulunulamaması hâli ile sınırlı olmak üzere doğrudan erişimin engellenmesine karar verilebileceği; (erişimin engellenmesi kararı uygulanmak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliğine göndereceği); erişimin engellenmesi kararını esas olarak aykırılığın gerçekleştiği içerikle sınırlı olarak vereceği; teknik olarak aykırılığa ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla aykırılığın önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verebileceği”* kurala bağlansa da; burada, özetle “*bildirimde bulunma, yirmi dört saat bekleme, muhataba bildirimde bulunulamaması hâli, aykırılığın gerçekleştiği içerikle sınırlı olması, teknik olarak aykırılığa ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla aykırılığın önlenemediği durumlar*” kayıtları, ne Anayasa Mahkemesi’nin bahsi geçen kararının ne de bir hukuk devletinde idarenin kanuniliği ilkesinin gereklerini karşılamaya elverişlidir. Zira Reklam Kurulu’nu sınırlandıracığı iddia edilen tüm bu sayılı ölçütleri tespit edecek makam, yine Reklam Kurulu’dur. İdare, kendini kayıtlayacak kıstasları (“*bildirimde bulunma, yirmi dört saat bekleme, muhataba bildirimde bulunulamaması hâli, aykırılığın gerçekleştiği içerikle sınırlı olması, teknik olarak aykırılığa ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla aykırılığın önlenemediği durumlar*”) keyfi uygulamaya neden olabilecek sınırsız takdir yetkisine istinaden yine kendi belirleyecektir. O halde kanun koyucu, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen cümleleri, içeriği değiştirmeyecek birkaç kelime ekleyerek aynen – tekrar kanunlaştırmış ve iptali talep edilen ibareyle, bu yetkiyi tekrar Reklam Kurulu’na tanımıştır.

Başka bir anlatımla kanun koyucu, içeriğin çıkarılması bakımından muhataba ihtar ve yirmi dört saat bekleme mekanizması öngörmüştür. Ancak günümüz teknolojisinde ilgili internet sayfasındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden, elektronik olarak iletişim kurulabilecek araçlar ile muhataba ulaşma olasılığı pek mümkün olmadığından; bu hükümler, uygulamada karşılıksız kalacak ve kararların çoğu; doğrudan erişimin engellenmesi şeklinde olacaktır. Öte yandan içeriğin çıkarılması için ilgili internet sayfasındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden, elektronik olarak iletişim kurulabilecek araçlar ile yapılacak bildirimde bulunulmasına ilişkin usul ve esaslar da belirsizdir. Bu itibarla muhataba bildirimde bulunulamaması hâlini, büsbütün Kurul tespit edecektir.

Yine erişimin engellenmesi kararının esas olarak aykırılığın gerçekleştiği içerikle sınırlı olarak verileceği öngörülmüştür. Bu kural, (Anayasa Mahkemesi’nin bahsi geçen kararıyla) iptal edilen cümlelerde yer alan “*ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL vb. şeklinde) erişimin engellenmesine Reklam Kurulu tarafından karar verilebilir*” şeklindeki ibarenin anlamı ile aynıdır. Her ikisi de kısmen engellemeyi düzenlemektedir. Diğer bir söyleyişle kanun koyucu, yeni bir düzenleme yapmamış; aynı anlamı başka kelimelerle ifade etmiştir.

Benzer biçimde teknik olarak aykırılığa ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla aykırılığın önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebileceği öngörülmüştür. Bu kural, (Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen kararıyla) iptal edilen cümlelerde yer alan *“teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir”* şeklindeki ibarenin anlamı ile aynıdır. Her ikisi de tümünden engellemeyi düzenlemektedir. Diğer bir söyleyişle kanun koyucu, yeni bir düzenleme yapmamış; aynı anlamı başka kelimelerle ifade etmiştir.

Kanun koyucu; beş, altı ve dokuzuncu cümlelerde *“karar(ı) verilebilir”* şeklindeki ibareyi kullanmak suretiyle; Kurula takdir yetkisi tanımış ve fakat bu yetkiyi, kanun düzeyinde çerçeveleyip, kayıtlamamıştır. Bir başka deyişle, idareye verilen yetkinin kullanımına ilişkin somut koşullar, güvenceler ve sınırlar öngörülmemiş; hukuk devletinin gerektirdiği asgari normatif belirlilik sağlanmamıştır. Kurul, anılan 77'nci maddenin on ikinci fıkrasında yer alan cezalarla birlikte aykırılığın internet ortamı üzerinden gerçekleştirilmesi (*söz gelimi kamu sağlığını bozucu ticari reklamın internet üzerinden yapılması*) halinde; içeriğin çıkarılması ve/veya (kısmen / aykırılığın gerçekleştiği içerikle sınırlı olarak veya tümünden) erişimin engellenmesi kararı verebilecektir. Ancak 6502 sayılı Kanun'un 63'üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Reklam Kurulu üyelerinin (*söz gelimi Sağlık Bakanlığı'nın görevlendireceği bir üye; Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın görevlendireceği bir üye*) ihtisas alanları, içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararına yönelik teknik alanla örtüşmemektedir. (Nitekim bu alanda uzman, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'dur.) Reklam Kurulu'nun içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verebilmesi için; (Kurul tarafından tespit edilecek) aykırılığın, internet üzerinden gerçekleştirilmesi yeterlidir.

Öte yandan gelişen teknoloji karşısında teknik olarak; Reklam Kurulu, sıklıkla içeriğin çıkarılması için bildirimde bulunacağı muhatabı ya tespit edemeyecek ya da ona ulaşamayacaktır. Bu durumda pek çok kez (muhataba bildirimde bulunulamaması hâli gerçekleştiği için) doğrudan kendisi erişimin engellenmesine karar verilebilecektir. Yine teknik olarak aykırılığa ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla aykırılığın önlenemediği durumların sıklığı göz önüne alındığında; Reklam Kurulu'nun erişimin engellenmesine yönelik kararlarının ekseriyeti, internet sitesinin tümü hakkında olacaktır.

Buna ilave olarak söz konusu kararın uygulanmak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne gönderilmesi; Reklam Kurulu'nu içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesine yönelik idari kararı almadan önce, sınırlandırılacak hususlar değildir. Başka bir anlatımla iptali talep edilen ibare ve cümleler, Reklam Kurulu'nun içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararını dayandıracığı esasları ortaya koymamakta, öngörülebilirlik sağlayacak maddi ölçütlere tekabül etmemekte, karar alım usulüne dair güvenceleri içermemekte ve kayıtlayıcı bir nitelik taşımamaktadır.

Kaldı ki iptali talep edilen ibare ve cümlelerde Reklam Kurulu'nun öncelikle sulh ceza hakimliğinden karar alması gibi bir mekanizma öngörülmemiştir. Reklam Kurulu'nun içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, idari yargı denetimine tabi olacaktır. İdari yargıda yürürlüğü durdurma istemli iptal davası açılrsa dahi; teknolojinin verdiği hız karşısında, idari yargı merciinde uzun sürelerle görülecek dava; muhatapların haklarını korumada işlevsiz kalacaktır.

O halde idare, Kurul, sınırsız ve keyfi takdir yetkisine dayanarak (kanuni mesnetten yoksun) söz konusu idari kararı kuracaktır. Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare ve cümleler, Anayasa'nın 2 ve 123'üncü maddelerine aykırıdır.

ii)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7'nci maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (*Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı*). İptali talep edilen ibare ve cümlelerin hükmünde olduğu gibi kanun düzeyinde temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Kurula); içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesine yönelik idari karar alma ile buna ilişkin temel usul ve esasları belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7'nci maddesine aykırılık oluşturur.

iii)Eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları, teşebbüs hürriyeti bakımından: 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*).

İptali talep edilen ibare ve cümlelerin idareye (Kurula) verdiği sınırsız takdir yetkisi, aynı veya benzer içeriğe sahip internet siteleri hakkında farklı idari kararlar alınmasına; diğer bir deyişle onlar arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare ve cümleler, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayırma ilişkin bir ‘haklı neden’in var olup olmadığına göre yapılır. Ne var ki, iptali talep edilen ibare ve cümlelerin idareye verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, Kurul tarafından aynı içeriğe sahip internet sitelerinden biri hakkında içeriğin çıkarılması ve/veya (kısmen/ aykırılığın gerçekleştiği içerikle sınırlı olarak veya tümünden) erişimin engellenmesi kararı alınırken; diğeri hakkında alınmamasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir.

Başka bir anlatımla kanun koyucu, beş, altı ve dokuzuncu cümlelerde ‘karar(i) verilebilir’ şeklindeki ibareyi kullanmak suretiyle; Kurula takdir yetkisi tanımış ve fakat bu yetkiyi, kanun düzeyinde çerçeveleyip, kayıtlamamıştır. O halde Kurul, aynı nitelikteki aykırılıkların internet ortamı üzerinden gerçekleştirilmesi halinde; Reklam Kurulu'nun içeriğin çıkarılması için ilgili internet sayfasındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden, elektronik olarak iletişim kurulabilecek araçlar ile bulunduğu bildirimde bulunulmadığı durumda biri hakkında doğrudan erişimin engellenmesine karar verip diğeri hakkında vermeyebilecektir. Yine muhataba bildirimde bulunulmadığı durumda biri hakkında doğrudan erişimin engellenmesine karar verip diğeri hakkında vermeyebilecektir. Benzer biçimde teknik olarak aykırılığa ilişkin içeriğe

erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla aykırılığın önlenemediği durumlarda; bir internet sitesinin tümü hakkında anılan kararı alırken diğer internet sitesinin tümü hakkında almayabilecektir. Bu nedenle uygulamada haklı nedene dayanmayan muamele farklılıklarına yol açacağı muhakkak olan ve keyfiliğe karşı hiçbir güvence içermeyen iptali talep edilen ibare ve cümleler, Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırıdır.

Öte yandan anılan 77'nci maddenin on ikinci fıkrasında düzenlenen idari cezalar; reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşları hakkında uygulanacaktır. Açıklandığı üzere reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşları tüzel kişi de olabilmektedir. Bahsi geçen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararına konu olan ticari reklama ilişkin tüzel kişi reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşları ile tüzel kişi içerik / yer / erişim sağlayıcılar 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 iptali talep edilen ibare ve cümlelerle erişimin engellenmesi kararına yönelik (haklı bir neden olmadan muamele farklılığı yapılmasına da yol açabilecek) sınırsız takdir yetkisinin idareye (Kurula) verilmesi, aynı içerikli internet sitesiyle ilgili özel teşebbüsler arasında idare tarafından kayırma/ayırıcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare ve cümleler, Anayasa'nın 10 ve 48'inci maddelerine aykırıdır.

Diğer bir deyişle Devletin bir özel teşebbüs bakımından pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesini ve fakat aynı durumdaki bir diğerini gözetmemesini; daha somut bir anlatımla, benzer durumdaki özel teşebbüsler arasındaki muamele farklılığını haklı kılacak bir nedenin temellendirilmesini sağlayacak nesnel bir yasal ölçüt bulunmamaktadır. Yine bu durumda, içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararına muhatap iki teşebbüs, eşitsiz bir uygulamayla karşı karşıya kalabilecektir. Ayrıca iptali talep edilen ibare ve cümleler; söz konusu idari kararın kanuni çerçevesini çizmeden, ayırıcı, öngörülemez ve keyfi işlem ve eylemlere açık uygulamalara sebep olarak, demokratik bir toplumda gereklilik bulunmazken teşebbüs hürriyetini sınırlandırdığından, bir başka deyişle yasallık ve gereklilik ölçütlerini karşılamadığından; Anayasa'nın 13'üncü maddesine de aykırıdır.

iv) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları ve 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).

6502 sayılı Kanun'un 61'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ticari reklam, ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını

sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurulardır. Ticari reklamlar, satın alma sürecinde tüketiciler ile satıcı – sağlayıcılar arasında bağlantı kurar; mal ve hizmet sunanların kendilerini ve ürünlerini tanıtmalarını ve dolayısıyla tüketicilerin bilgi sahibi olmasını sağlar; ürünlerin pazarlanmasında firmaların rekabet kabiliyetini artırır. İptali talep edilen ibare ve cümlelerdeki içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararına konu internet sitelerinde yer alan ticari reklamlar üzerinde reklam verenlerin (aralarındaki sözleşmeye göre reklam ajansları ve mecra kuruluşlarının) mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Başka bir anlatımla fikri eser olarak mal ve hizmetlerin tanıtımı da; mal ve hizmetler kadar mülkiyet hakkının konusunu oluşturmaktadır. Kanun koyucu, ticari reklamların yer aldığı internet sitelerinin içeriğinin çıkarılabileceğini ve erişiminin engellenebileceğini öngörmek suretiyle; reklam verenlerin (aralarındaki sözleşmeye göre reklam ajansları ve mecra kuruluşlarının) mülkiyet hakkına müdahale etmiştir. Ancak mülkiyet hakkına söz konusu müdahalenin hukuka uygun nitelik taşıması için, Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ölçütlerinin gereklerini (özellikle yasallık ve ölçülülük ilkeleri bakımından) karşılaması gerekmektedir. Buna karşın, iptali talep edilen ibare ve cümlelerle, mülkiyet hakkına müdahale yetkisi (içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verme yetkisi) idarenin (Kurulun) uhdesine bırakılarak; kanunilik ilkesinin gerekleri karşılanmamıştır. Zira; içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının usul ve esasları bakımından kanun düzeyinde yeterli açıklık ve öngörülebilirlik sağlanmamış, hak sınırlamaya ilişkin somut ölçüt, usul ve güvenceler açık, net, anlaşılabilir biçimde belirlenmemiştir. Kanun koyucu, içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verme yetkisini, dayanılacak esas ve usullere ilişkin çerçeveyi çizmeden idarenin uhdesine bırakmak suretiyle; anılan hakka, nesnel ölçütlere dayandırılmayan idari kararlarla müdahale edilmesinin önünü açmıştır. Reklam verenler, hangi durum ve koşullarda içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararıyla mülkiyet haklarının sınırlandırabileceğini makul düzeyde öngörebilecek konumda değildirler. Bu itibarla; ihtilafli düzenlemeler, ne kanunilik gereğini karşılamakta ne de demokratik toplumda gereklilik ilkesini ve özellikle de ölçülülük gereğini karşılayacak sınır ve güvenceleri sunmaktadır. Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare ve cümleler, Anayasa'nın 13 ve 35'inci maddelerine aykırıdır.

v)Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları ile haberleşme, düşünceyi açıklama ve yayma, basın hürriyetleri bakımından: İptali talep edilen ibare ve cümlelere konu içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararını, Anayasa'nın haberleşme hürriyetini düzenleyen 22'inci; düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini düzenleyen 26'ncı ve basın hürriyetini düzenleyen 28'inci maddeleri bağlamında da değerlendirmek gerekmektedir. Zira internet, söz konusu hürriyetlerin kullanım mecralarından biridir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında erişimin engellenmesinin, Anayasa'nın 22'nci maddesindeki haberleşme hürriyeti ve 26'nci maddesindeki düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile doğrudan ilgili olduğuna işaret etmiştir (*Anayasa Mahkemesi'nin 02.10.2014 tarihli ve 2014/149 E.; 2015/151 K. sayılı Kararı*).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de internete erişimi, Sözleşme'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10'uncu maddesi bağlamında değerlendirmiştir:

“Bu dava, kullanıcıların video göndermelerine, izlemelerine ve paylaşımlarına imkân sağlayan Youtube adlı internet sitesine erişimin engellenmesine ilişkindir. Başvuranlar, özellikle, bilgi ve fikir alma ve yayma haklarının ihlal edildiği hususunda şikâyetle bulunmuşlardır. Mahkeme, özellikle, tümü farklı üniversitelerde akademisyen olarak görev

yapan başvuruların, uzun bir süre boyunca Youtube sitesine giriş yapamamış oldukları ve somut davanın koşullarında, başvuruların, aktif kullanıcılar olarak, söz konusu engelleme kararının bilgi ve fikir alma ve yayma haklarını etkilediği şeklinde haklı bir iddiada bulunabilecekleri kanaatine varmıştır. Mahkeme, bu bağlamda, Sözleşme'nin 10. maddesinin (ifade özgürlüğü) ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, aynı zamanda, Youtube adlı sitenin, özellikle siyasi ve sosyal konularda ilgi çeken bilgilerin yayınlanmasına ve vatandaş gazeteciliğinin ortaya çıkmasına imkân tanıyan tek platform olduğunu gözlemlemiştir. Mahkeme, ayrıca, yerel mahkemelerce, internete erişimin, somut davada Youtube sitesine erişimin bütünüyle engellenmesine imkân tanıyan herhangi bir kanun hükmü bulunmadığı sonucuna varmıştır. (Cengiz ve Diğerleri /Türkiye Kararı)''.⁷

AİHM, ayrıca, reklam mahiyetindeki içeriklerin de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10'uncu maddesinin korumasında olduğunu ifade etmektedir (Bkz. örneğin: AİHM, Société de Conception de Presse et d'Édition et Ponson-Fransa, 5 Mart 2009, Başvuru No: 26935/05, §§ 29-38).

Söz konusu hürriyetlere yapılacak müdahalenin (eldeki dava konuları yönünden internet siteleri hakkında içeriğin çıkarılması ve/veya –kısmen/ aykırılığın gerçekleştiği içerikle sınırlı olarak veya tümü hakkında- erişimin engellenmesi kararı verilmesinin), Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarına (eldeki dava konuları yönünden bilhassa –maddi anlamda- kanunla sınırlandırılma) uygun olması gerekir. Nitekim “Kamu gücüne temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlama yetkisi tanıyan yasal düzenlemelerin bu yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usulleri yeterli bir açıklıkta tanımlaması da gerekmektedir.” (Anayasa Mahkemesi'nin 15.11.2017 tarihli ve 2015/76 E.; 2017/153 K. sayılı Kararı, § 32).

Ancak iptali talep edilen ibare ve cümleler, bahsi geçen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının Reklam Kurulunca verilebileceğini hüküm altına almaktadır. Anılan ibare ve cümlelerin lafzından anlaşılacağı üzere; yargı mercii yerine idare tarafından bu kararın verilebileceği düzenlenmektedir. Halbuki 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8'inci maddesinde içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının, soruşturma evresinde hakim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verileceği; 9'uncu maddesinde sulh ceza hakimine başvurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Kaldı ki (Anayasa Mahkemesi'nin 27.10.2021 tarihli ve 2018/14884 Bireysel Başvuru No'lu Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri pilot kararında belirtildiği üzere) anılan 8'inci ve 9'uncu madde dahi; haberleşme, düşüncüyü açıklama ve yayma, basın hürriyetlerine yapılacak müdahaleyi hukuka uygun kılmaya yönelik yeterli usul güvencelerini haiz değildir (bkz. aşağıdaki ‘vii’ alt başlık). Buna rağmen kanun koyucu, söz konusu genel hükümden (8'inci ve 9'uncu maddelerden) haklı bir neden olmaksızın sapmakta; içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verme yetkisini, yargı yerine idarenin uhdesine bırakmakta; ticari reklamlar bakımından güvencesiz bir ortama mahal vermektedir. Öte yandan kararın icrası için ticari reklamlar bakımından ikili kanuni rejim (kararı veren: Reklam Kurulu, kararı uygulayan: Erişim Sağlayıcıları Birliği'dir.) öngörülmektedir. [Belirtmek gerekir ki kanun koyucu, içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararını vermeye yetkili yargı merciiine ilişkin genel hükümü koymuş ve fakat akabinde birçok kanun hükmüyle (söz

⁷ European Court of Human Rights, [Factsheet - New technologies \(Turkish\) - Tematik Başlıklar: Yeni Teknolojiler](#) (Erişim Tarihi: 06.01.2022).

gelimi 21.12.2021 tarihli ve 7346 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 29'uncu maddesiyle 05.05.2009 tarihli ve 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen ek madde 1 uyarınca Türkiye Futbol Federasyonu Yönetim Kurulu'nun erişimin engellenmesi kararı verebilmesi), bu yetkiyi başka mercilere - idareye tevdi ederek, anılan genel hükmü hukuken etkisiz kılmak suretiyle; işlevsiz hale getirmektedir. Başka bir anlatımla kanun koyucu, içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararını verme yetkisini mütemadiyen idareye vermek suretiyle; bu yetkiyi mukim olarak yargıdan almıştır.] O halde iptali talep edilen ibare ve cümleler, bu kararın yargı mercii yerine idare tarafından verilecek olması da gözetildiğinde; anılan hürriyetlere –maddi anlamda- kanunilik ilkesinin gereği karşılanmayarak müdahale edilmesine yol açacaktır. Zira; içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının usul ve esasları bakımından kanun düzeyinde yeterli açıklık ve öngörülebilirlik sağlanmamış, hak sınırlamaya ilişkin somut ölçüt, usul ve güvenceler açık, net, anlaşılabilir biçimde belirlenmemiş ve bu koşullarda idare tarafından internet sitesine yönelik *doğrudan* erişimin engellenmesi şeklindeki kategorik kararın ve internet sitesinin *tümüne* erişimin engellenmesi şeklindeki kategorik kararın alınabilmesi mümkün kılınmıştır. (Kaldı ki bu *doğrudan* ve *tümü* halleri, yukarıda bahsi geçtiği üzere uygulamanın ekseriyetini oluşturacaktır.)

Kanun koyucu, içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verme yetkisini, dayanılacak esas ve usullere ilişkin çerçeveyi çizmeden idarenin uhdesine bırakmak suretiyle; anılan haklara nesnel ölçütlere dayandırılmayan idari kararlarla müdahale edilmesinin önünü açmıştır. Bu itibarla; ihtilafli düzenlemeler, ne kanunilik gereğini karşılamakta ne de demokratik toplumda gereklilik ilkesini ve özellikle de ölçülülük gereğini karşılayacak sınır ve güvenceleri sunmaktadır. Buna ilave olarak “*internet, ulusal veya uluslararası düzeyde sınırlı sayıda düzenlemenin kabul edildiği yeni bir iletişim alanıdır. Bu nedenle, ulusal ve uluslararası yargıçlar, internet üzerinde ifade özgürlüğünün korunmasına ilişkin standartları oluşturulmasında önemli bir rol oynamaktadırlar.*”⁸ Ancak iptali talep edilen ibare ve cümlelerle yargı mercileri tarafından standartların oluşturulmasının önüne geçilmektedir.

Ekleme gerekir ki; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 23.06.2020 (Final: 16.11.2020) tarihinde erişimin engellenmesine yönelik dört karar vermiştir: 20159/15 Başvuru No’lu Bulgakov / Rusya kararı⁹; 10795/14 Başvuru No’lu Vladimir Kharitonov / Rusya kararı¹⁰; 61919/16 Başvuru No’lu Engels / Rusya kararı¹¹; 12468/15 Başvuru No’lu OOO Flavus ve diğerleri / Rusya kararı¹². Anılan kararlarda, internet sitelerine erişimin engellenmesi kararının meşru kabul edilebilmesi, keyfi sonuçlar doğurmaması için; iç hukukta öngörülmesi gereken güvenceler tespit edilmiştir. Bu tespitleri genel olarak şu şekilde sıralamak mümkündür: erişimin engellenmesi kararı muhataplarının (internet sitesi sahiplerinin) karar alınma sürecine katılma olanağının bulunması (bu olanağın bulunmamasının emareleri olarak şu örnek

8 Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması Uygulamacılar İçin El Kitabı, Dominika Bychawska-Siniarska, (Çev. Av. Tuğçe Duygu Köksal), Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi, s. 122, 2018.

9 <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-203181%22%7D> (Erişim Tarihi: 05.05.2022).

10 <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-203177%22%7D> (Erişim Tarihi: 05.05.2022).

11 <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-203180%22%7D> (Erişim Tarihi: 05.05.2022).

12 <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-203178%22%7D> (Erişim Tarihi: 05.05.2022).

durumlar sayılabilir: *onlara önceden bildirimde bulunulmaması; onların bilgilendirilmemesi; onların beyanda bulunmaya davet edilmemesi; onlara hukuka aykırı içerikleri kaldırmaları için olanak tanınmaması*); muhatapların hukuki dinlenilme haklarını kullanabilecekleri biçimde uyuşmazlığın çekişmeli yargı marifetiyle çözülmesi, kararın derhal uygulanması yerine karara karşı bağımsız ve tarafsız merciler nezdinde kanun yolunun öngörülmesi; ölçülülük ilkesine istinaden amaç ve araç arasında denge / oran gözetilmesi ve seçilen aracın niçin seçildiğinin (etkisinin) gerekçelendirilmesi (*Engels / Rusya kararı, § 31, 32, 33*).

AİHM'nin belirlediği ölçütlerin aksine, (Türkiye Cumhuriyeti'nin iptali talep edilen ibare ve cümleler nedeniyle uluslararası sorumluluğun doğmasına sebep olacak biçimde) söz konusu içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının (bağımsız ve tarafsız yargı mercii yerine) idare (Reklam Kurulu) tarafından verilmesi, içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararına muhatapların söz konusu kararın alınma sürecine dahil olmaması ve dolayısıyla muhatapın hukuki dinlenilme hakkını kullanabilmesi için gerekli ortamın hazırlanmaması, (Zira içeriğin çıkarılması için bildirimde bulunulacak muhataba ulaşılabilmesi, günümüz teknolojisinde pek mümkün olduğundan; erişimin engellenmesi kararı sıklıkla doğrudan verilecektir.), söz konusu kararın hakim onayına tabi tutulmaması, muhatapların anılan karara karşı sadece idari yargıya başvurabilmesi ve fakat idari yargının, Anayasa Mahkemesi'nin içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararına karşı öngörülen yargısal başvuru mekanizmasının yeterli usul güvencelerine sahip olmasına yönelik gerekçelerini karşılamaması, idarenin aşırı bir takdir yetkisine sahip olması, muhatapları koruyucu usul hükümlerinin öngörülmemesi, uyuşmazlığa çekişmeli bir karakter kazandırılmaması, kararın kesinleşmeden derhal icrası, internet sitesi sahiplerinin ve internet kullanıcılarının haklarını daha az kısıtlayan başka bir aracın niçin seçilmediğinin gerekçelendirilmemesi; anılan hürriyetlere yapılacak müdahalenin demokratik toplumda gereklilik koşulunu karşılamadığını göstermekte ve onu hukuka aykırı hale getirmektedir.

Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir internet sitesine erişimin *tümünden* engellenmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini değerlendirdiği 18.12.2012 tarihli ve 3111/10 Başvuru No'lu Ahmet Yıldırım / Türkiye kararında, ihlal hükmünü şu şekilde kurmuştur:

“AİHM, bir bilgi kaynağına erişimin kısıtlanması kararının, sadece internete erişime ilişkin yasağa sınırlama getiren ve muhtemel bir kötüye kullanma durumuna karşı hukuki kontrol güvencesi sunan katı bir yasal çerçevede verildiği takdirde Sözleşme'yle uyumlu olduğunu hatırlatmaktadır. Ancak, Denizli Sulh Ceza Mahkemesi sadece soruşturma konusu siteyi bloke etmek için uygulanabilecek daha hafif nitelikli bir tedbir kararının varlığını araştırmaksızın TİB'in kendisine sunduğu talebe atıf yaparak, doğrudan “Google Sites” isimli yer sağlayıcısını tümünden erişime kapatmıştır. Mahkeme, aynı zamanda hâkimlerin, özellikle “Google Sites”a erişimin tamamen engellenmesi gerekliliğini değerlendirerek, ihtilaf konusu olaydaki çeşitli yararlar arasındaki dengeyi araştırmaya çalışmadıklarını kaydetmektedir. AİHM, bu eksikliğin, “Google Sites” isimli yer sağlayıcısını tümünden erişime kapatılmasının yerinde olduğu hakkında hâkimlere değerlendirme zorunluluğu yüklemeyen ilgili kanundan kaynaklandığını belirtmektedir. Ayrıca hâkimlerin, böyle bir tedbirin, internette bulunan bilgilerin büyük çoğunluğuna erişimi engellediğini, dolayısıyla bu durumun internet kullanıcılarının haklarını olumsuz yönde ve doğrudan etkilediğini, buna bağlı olarak, bazı önemli etkilerinin de söz konusu olabileceğini dikkate almaları gerekirdi.

Oysa 5651 sayılı kanunun 8. maddesinin öngördüğü müdahale, Sözleşme'nin gerektirdiği öngörülebilirlik koşuluna cevap vermemektedir. Aynı zamanda, bu müdahale başvuranın demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğünün gerektirdiği ölçüde yeterli bir

Anayasa Mahkemesi bir kararında; “Anayasanın hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip bulunduğu belirtilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımanın ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur. Anayasa'nın 40. maddesinde; 'Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır...' ... denilmektedir.” şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 25.06.2009 tarihli ve 2008/30 E.; 2009/96 K. sayılı Kararı). Buna ilave olarak Anayasa'nın 125'inci maddesine göre idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi bir ihlal kararında:

“137. Yukarıdaki değerlendirmeler çerçevesinde, derece mahkemelerinin 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamında verdikleri sistematik bir sorunun varlığına işaret eden aynı yöndeki kararlarının doğrudan kanun hükmünden kaynaklandığı dikkate alındığında benzeri yeni ihlallerin önlenmesi için ülkemizde hâlihazırda işleyen mevcut sistemin yeniden ele alınması ihtiyacı ortadadır. Hiç şüphesiz internet ortamının organize edilmesi hususunda benimsenecek devlet politikasının önemli bir parçası olan kanuni düzenlemeleri yapmak yasama organının takdirindedir. Elbette parlamento, yeni kanuni düzenlemeleri mevcut sistem içinde kalarak yapmayı da tercih edebilir. Bu takdirde çevrim içi ortama yönelik müdahalelerin Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması ve Anayasa'nın 26. maddesinin ihlaline yol açmaması için yapılacak yeni kanuni düzenlemelerde aşağıda zikredilen asgari standartlara ilişkin önerilerin dikkate alınmasında yarar olduğu kanaatine varılmıştır:

i. Kanun'un 9. maddesi öngörülebilir bir niteliğe kavuşturulmalıdır. Bu bağlamda Kanun'un 9. maddesindeki erişimin engellenmesi usulünün kapsamı ve hukuki niteliği yeterli açıklıkta ve netlikte olacak şekilde yeniden düzenlenmelidir.

ii. Kanun'un 9. maddesindeki erişimin engellenmesi usulünün kapsamı belirlenirken internetin sınırlandırılmasını düzenleyen kanunların olabildiğince dar bir uygulama alanına izin verecek şekilde tasarlanması ve kullanımının acil bir toplumsal ihtiyacın gerekli kıldığı durumlara özgülenmiş olması gerektiği dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda;

- 9. maddenin Kanun'un amaç ve kapsamını belirleyen 1. madde ile uyumlaştırılması,

- Hangi davranış veya olgulara hangi hukuksal sonuçların bağlanacağı ve bu bağlamda kamusal makamlar için nasıl bir müdahale yetkisi doğacağı belirli bir kesinlik ölçüsünde ortaya konması gerekir. Bu çerçevede 9. maddenin kişilik haklarının korunmasına yönelik sunduğu korumanın sınırları netleştirilmeli ve erişimin engellenmesi usulünün kullanılabilmesi için durumlarla ilişkin -haksız fiilin ulaşması gereken ağırlığın boyutuna ilişkin bir ölçüt/eşik değer belirlenmesi gibi- kriterler oluşturulmalıdır (bkz. § 97).

iii. Kanun'un 9. maddesindeki erişimin engellenmesi usulünün hukuki niteliği düzenlenirken;

- Şayet bu madde kapsamında alınan kararların birer koruma tedbiri olduğuna karar verilirse 5271 sayılı Kanun'daki koruma tedbirine ilişkin ilgili hükümlere uygun yargılama yapılmalı; erişimin engellenmesi tedbirinin akıbeti, tedbir kararını müteakiben yapılacak çelişmeli yargulamada belirlenmelidir.

- Bununla birlikte çoğu zaman hukuka aykırı içerik nedeniyle asıl sorumlu olanlara yani içerik ve yer sağlayıcılara ulaşılamadığı vurgulanmalıdır. İnternetin anonim kalmayı kolaylaştıran özelliği, bu ortamda üretilen sınırsız içerik ve çoğu zaman mağdur ve failin aynı yargı yetkisi içinde bulunmaması gibi unsurlar suç ve suçluların takibini zorlaştırmakta, adli ve idari mekanizmaların devreye sokulmasını güçleştirmekte, maliyetlerini artırmakta ve bazı durumlarda sonuç almayı imkânsız kılmaktadır (Mustafa Tepeli, B. No: 2014/5831, 1/3/2017, § 29). Dolayısıyla kamu makamlarına, erişimin engellenmesi tedbirinin alındığı her durumda soruşturma açması ve çelişmeli bir yargılama yürütmesi şeklinde bir yükümlülük yüklenemez.

- İnternet ortamının doğasından kaynaklanan zorluklar nedeniyle kanun koyucunun hukuk sistemindeki mevcut yargılama usulleri ile doğrudan bağlantılı olmayan bir yol oluşturmaktaki iradesi haksız bulunmamaktadır. Bununla birlikte ifade özgürlüğünü kısıtlayan bu yolun keyfi uygulamalara yol açmaması ve özgürlüğün kullanılmasını ölçüsüz biçimde ortadan kaldıracak düzeyde olmaması için usule ilişkin gerekli güvenceleri barındırması elzemdir.

iv. 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile düzenlenen erişimin engellenmesi usulünün yargılama hukukunun usuli güvencelerini içerdiğinden söz edilebilmesi için şu hususlar gözönünde bulundurulmalıdır:

- Daha önce de belirtildiği gibi internet ortamının yarattığı güçlükler devlete her durumda ve otomatik olarak çelişmeli bir yargılama yürütme konusunda pozitif bir yükümlülük yüklememektedir. Buna karşın kişilik haklarının ihlal edildiğini ileri sürenlerin talebi üzerine bir internet içeriğine erişim engellendiğinde ve karardan etkilenenler bu karara itiraz ettiklerinde taraf teşkili kendiliğinden sağlanacağından bu noktada devlet bu kişilerin yapılan müdahaleye karşı delil sunmak da dâhil olmak üzere savunmalarını ortaya koyma imkânı bulabilecekleri, hukuki dinlenilme ve çelişmeli yargılama hakkına sahip olabilecekleri yargısal bir mekanizma kurmakla yükümlüdür. Başka bir deyişle ilk derece mahkemesinin kendisine ulaşan internete erişimin engellenmesi tedbiri hakkında hızlı hareket ederek değerlendirmede bulunmak yönündeki mevcut yükümlülüğü nedeniyle sağlayamadığı çelişmeli bir yargılama - erişimin engellenmesi kararına itiraz edildiği hâllerde- itiraz merciince mutlaka sağlanmalıdır. Erişimin engellenmesi kararına itiraz edilmediği hâllerde ise karar kesinleşecek ve böylece o karar yönünden devletin kişilere hukuki dinlenilme ve çelişmeli yargılama haklarını kullanabilecekleri yargısal bir mekanizma kurmak yükümlülüğü de sona erecektir. Mevcut sistemde Kanun'un 9. maddesine eklenecek bir hüküm ile itiraz makamı, erişimin engellenmesi kararından etkilenen tarafların yargılamaya aktif olarak katılımını öngören çelişmeli bir yargılama sunmakla ve yargılamanın ilk aşamasındaki eksiklikleri telafi etmekle görevlendirilebilir. Ancak bu durumda uyuşmazlığın esası hakkında ilk defa bir karara varılacağı için bu karara karşı -istinaf ve/veya temyiz gibi- etkili bir adli denetim mekanizmasının oluşturulması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Şüphesiz Anayasa'nın 26., 28., 36. ve/veya 40. maddeleri devlete, itiraz makamınca verilen kararlara karşı başvurulabilecek, üçüncü derece yargılamayı garanti altına alan bir denetim mekanizması kurması yönünde genel

bir yükümlülük yüklememektedir. Bununla birlikte itiraz makamınca uyuşmazlığın esası hakkında ilk kez karar verilecek olması dikkate alınarak ve insan hakları standartlarının oluşturulması ve uygulanmasında yüksek mahkemelerin içtihatlarının alt mahkemeler nezdindeki yol gösterici işlevi de gözetilerek, itiraz mercii tarafından verilen kararların istinaf veya temyiz mercii denetimine açılmasının demokratik düzen için vazgeçilmez olan ifade ve basın özgürlüklerine yönelik hâlihazırda ortaya çıkan ihlallerin önlenmesi açısından yaşamsal önemde olduğu unutulmamalıdır.

v. İnternet ortamında bulunan bir içeriğe erişimin engellenmesinin o içeriğin belirli bir ülke sınırları içinden ulaşılmasına kararın verildiği tarihten itibaren süresiz olarak engel olduğundan ağır bir müdahale aracı olduğu ve internet ortamında bulunan zararlı içeriklerle, diğer başka usullerle mücadele edilebildiği sürece başvurulmaması gereken bir yöntem olduğu dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda internet içeriğinin sınırlandırılması gereken durumlarda sulh ceza hâkimliklerine kılavuzluk edecek hükümler getirilmelidir. Orantısız ve keyfi uygulamaların önüne geçilebilmesi için getirilecek hükümlerde erişimin engellenmesi kararının zorunlu ya da istisnai bir tedbir, bu yolun başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olduğu belirtilmelidir. Bundan başka, yapılacak düzenlemede internete erişimin engellenmesi tedbirine başvurmadan önce etki değerlendirmesi yapılması, internet içeriğine gecikilmeksizin erişimin engellenmesinin haklı çıkarılması, kullanılacak araç ile ulaşılmak istenen meşru amaç arasında makul bir dengenin sağlanması yükümlülüğü getirilmeli, erişimin engellenmesi yöntemi dışında alternatif araçlara yer verilmelidir.”

şeklinde hüküm kurmuştur (*Anayasa Mahkemesi'nin 27.10.2021 tarihli ve 2018/14884 Bireysel Başvuru No'lu Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Kararı, § 137*). Anılan kararın 5651 sayılı Kanun'un içeriğinin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesine yönelik kendine özgü, özerk bir yolu (sulh ceza hakimi tarafından yürütülecek yargısal süreci) hüküm altına alan 9'uncu maddenin temel hak ve özgürlükleri güvence altına alacak yeterli yargısal usul güvencelerini içermediğine işaret ettiği gözetildiğinde; içeriğin çıkarılmasına ve erişimin engellenmesine yönelik kararın Kurulca alınması; ve idarenin söz konusu kararın verilmesi bakımından herhangi bir koşul ile kayıtlandırılmaması, ilk bakışta (*prima facie*) hukuka aykırı eylem mahiyetini haiz olup olmadığının anlaşılabilmesi ve idarenin bu karara karşı etkin yargısal başvuru yolu öngörülmemesi idari karara muhatap olan internet sitelerinin (sahiplerinin: reklam verenler, reklam ajansları, mecra kuruluşları) hak arama özgürlüğüne ve etkili başvuru hakkına hâlel getirecek ve idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olduğu kuralını ihlal edecektir.

Öte yandan 6502 sayılı Kanun'un 77'nci maddesinin on ikinci fıkrası uyarınca anılan Kanun'un 61'inci maddesinde belirtilen yükümlülüklerle aykırı hareket eden reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşları hakkında durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası ve gerekli görülen hallerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası uygulanacaktır. Reklam Kurulu, ihlalin niteliğine göre bu cezaları birlikte veya ayrı ayrı verebilecektir. Anılan Kanun'un 78'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca; bu Kanun hükümlerine göre verilen idari yaptırım kararlarına karşı 06.01.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre idari yargı yoluna başvurulabilecektir. Kanun koyucu iptali talep edilen ibare ve cümlelerde sulh ceza hakimliğine başvuru gibi özel bir yargılama usulü öngörmemiştir. O halde Kurulun içeriğinin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararına karşı idari yargı yolu işletilecektir. Ne var ki genel nitelikteki idari yargı yolu da Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen bireysel başvuru kararındaki usuli güvenceleri haiz değildir.

Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare ve cümleler, Anayasa'nın 36, 40 ve 125'inci maddelerine de aykırıdır.

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

“57. Bir internet sitesine erişimin engellenmesine karar verildiği hallerde hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkelerinin göz önünde bulundurulması zorunludur. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir (AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013).

58. Erişime kapatılan youtube.com gibi çok sayıda kullanıcısı olan internet siteleri büyük miktardaki verileri saklama ve yayınlama kapasitesi ile bunların erişilebilirliği sayesinde toplumun gündem oluşturmaya, gündemin takibini ve bilgi alışverişini kolaylaştırmaya büyük ölçüde katkı sağlamaktadır (Bu konudaki AİHM kararı için bkz. Times Newspaper Ltd./ Birleşik Krallık, B. No: 23676/03, 10/6/2009, § 27).

59. Bu nedenle Anayasa'da ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde güvence altına alınan haklara kamu gücü tarafından bu konuda bir sınırlama (resen erişimin engellenmesi) imkânı getirildiği hallerde ilgili Kanun'da böyle bir yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usullerin yeterli bir açıklıkla tanımlanması da gerekmektedir (bkz. Yıldırım/Türkiye, B .No: 3111/10, 18.12.2012, § 59).

...

64. Yukarıda yapılan açıklamalardan, youtube.com sitesine erişimin tümüyle engellenmesine yönelik müdahalenin, yeterince açık ve belirgin bir kanuni dayanağa sahip olmadığı ve bu yönüyle başvurucular açısından öngörülebilir nitelikte bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, siteden yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne ağır müdahale niteliğinde olan söz konusu idari işlemin, başvurucuların Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüklerini ihlal ettiğine karar verilmesi gerekir.”

şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 29.05.2014 tarihli ve 2014/4705 Bireysel Başvuru No'lu Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri

Kararı. Bkz. ayrıca AYM, Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri, op.cit). Yine kanun koyucunun iptali talep edilen ibareyi ve cümleleri kanunlaştırmasının hukuki saiklerinden biri olan Anayasa Mahkemesi'nin 13.09.2023 tarihli ve 2022/70 E.; 2023/152 K. sayılı Kararının gerekçesinin müteallik bölümü, aşağıdaki şekildedir:

“18. Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.” hükmüne yer verilme suretiyle ifade özgürlüğü güvence altına alınmıştır.

19. İfade özgürlüğü; kişinin haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. [GK], B. No: 2013/2623, 11/11/2015, § 27). Anayasa'nın anılan maddesinde ifade özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar söz, yazı, resim veya başka yollar olarak ifade edilmiş ve başka yollar ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 29).

20. İfade özgürlüğü, Anayasa'da güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmı ile doğrudan ilişkilidir. Görsel ve yazılı medya araçları yoluyla fikir, düşünce ve haberlerin yayılmasını güvence altına alan basın özgürlüğü de ifade özgürlüğünün kullanılma araçlarından biridir. Nitekim internet, başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunmakla birlikte haber ve fikirlerin iletilmesinde ve alınmasında önemli bir işlev de görmektedir (Yaman Akdeniz ve diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014 §§ 37, 39; Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014; §§ 50, 52).

21. 6502 sayılı Kanun'un 77. maddesinin (12) numaralı fıkrasının dava konusu beşinci cümlesiyle Kurula, anılan Kanun'un “Ticari Reklam” başlıklı 61. maddesinde belirtilen yükümlülüklerle aykırılık hâllerinin internet ortamında gerçekleşmesi durumunda ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı verme imkânı tanınmıştır. Kuralda ayrıca “...(URL vb. şeklinde)...” ibaresine yer verilmiştir. URL adresinin, 5651 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (p) bendindeki tanımı dikkate alındığında dava konusu kuralın, Kurula doğrudan ticari reklam bağlamındaki içeriğe sınırlı olarak erişim engelleme kararı verilebilmesinin ötesinde bu türden içeriğin yer aldığı yayın, kısım, bölümün tamamına dönük erişim engelleme kararı verebilme yetkisini tanıdığı anlaşılmaktadır.

22. 6502 sayılı Kanun'un 77. maddesinin (12) numaralı fıkrasının dava konusu altıncı cümlesiyle de Kurula, dava konusu beşinci cümledeki usul ile ihlale ilişkin içeriğe erişim engellemesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellense dahi ihlalin önlenemediği durumlarda internet sitesinin tümüne yönelik erişimin engellenmesi kararı verilebilme yetkisi tanınmıştır.

23. Bu çerçevede dava konusu kuralların Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünü sınırladığı anlaşılmaktadır.

24. Anayasa'nın 48. maddesinde "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir./ Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır." denilmek suretiyle çalışma ve özel teşebbüs kurma özgürlüğü güvence altına alınmıştır.

25. Dava konusu kurallar Kurula, 6502 sayılı Kanun'un 61. maddesinde belirtilen yükümlülüklerle aykırılık hâllerinin internet ortamında gerçekleşmesi durumunda erişimin engellenmesi kararı verme yetkisi tanımıştır. Dolayısıyla erişimin engellenmesi kararı verilmesini gerektiren Kanun'a aykırılık hâllerine reklam verenlerce, reklam ajanslarınca ve mecra kuruluşlarınca sebep olunabileceği anlaşılmaktadır. Bu itibarla kurallar uyarınca Kurul tarafından verilebilecek erişimin engellenmesi kararlarının öncelikle ticari reklam bağlamındaki içeriklere dönük olacağı açıktır.

26. Ticari reklamlarla reklama konu mal ve hizmetlerin satışının arttırılması hedeflenmekte; ticari reklamlar gelişen rekabet ortamında firmaların konumlanabilmek, satış amaçlarını gerçekleştirmek ve geliştirmek için pazarlamaya yönelik iletişim araçları biçiminde kullanılmaktadır. Ticari reklamların hedefleri ve bunlardan elde edilmesi beklenen faydalar dikkate alındığında, kurallarda düzenlendiği üzere Kurul tarafından verilebilecek erişimin engellenmesi kararları ifade özgürlüğüne müdahale niteliğinde olmasının yanı sıra reklam verenlerin Anayasa'nın 48. maddesinde güvence altına alınmış olan çalışma ve özel teşebbüs kurma özgürlüğünü de sınırlamaktadır.

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

28. Bu kapsamda Anayasa'nın anılan maddesi uyarınca ifade özgürlüğü ile çalışma ve özel teşebbüs kurma özgürlüğünü sınırlamaya yönelik kanuni düzenlemelerin şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir.

29. Esasen temel hakları sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinin temel unsurlarından olan hukuki belirlilik ilkesi uyarınca kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddesinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır (AYM, E.2018/163, K.2020/13, 19/2/2020, § 14).

30. Kurullarla öngörülen erişimin engellenmesi yaptırımının 6502 sayılı Kanun kapsamında internet ortamında yer alan hatalı, yanlış, yanıltıcı ticari reklamlara yönelik

müdahale amacıyla anılan Kanun'un 61. maddesinde gösterilen yükümlülüklere aykırılık hâlleriyle sınırlı biçimde uygulanabileceği herhangi bir tereddüde yer bırakmayacak biçimde açık, net, anlaşılabilir ve belirli olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu itibarla kurallarda temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması gerektiğine ilişkin anayasal ilkeye aykırı bir yön bulunmamaktadır.

31. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında ifade özgürlüğünün millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulince belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır.

32. Kurallar ile Kurula, Kanun'un 61. maddesinde açıkça gösterilen yükümlülüklerle aykırılık teşkil eden ticari reklamlardan kaynaklı olarak erişimin engellenmesi kararı verme yetkisinin tanınmasıyla tüketiciyi aldatıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve engellileri istismar edici içeriklerin yayımının önlenmesi suretiyle kamu düzeninin sağlanmasının ve kişilik hakları ile başkalarının şöhret ve haklarının korunmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla kurallarla ifade özgürlüğüne yönelik öngörülen sınırlamanın anayasal anlamda meşru bir amaca dayandığı sonucuna ulaşılmıştır.

33. Anayasa'nın 48. maddesinde çalışma ve özel teşebbüs kurma özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da o hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevler, özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebilir.

34. Anayasa'nın 167. maddesinin birinci fıkrasında "Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler." düzenlemesine yer verilmek suretiyle devletin ekonomik hayatın işleyişini düzenlemek ve gerektiğinde bu alana müdahale etmekle yükümlü kılındığı anlaşılmaktadır.

35. 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. Anılan maddenin gerekçesinde de özetle tüketicilerin korunmasının tüketici toplumu diye adlandırılan belirli bir gelişmişlik seviyesindeki ülkelerde ortaya çıkmış olmakla birlikte- bu ölçüde gelişmemiş ülkelerde de toplumsal bir sorun olduğunun sonradan görüldüğü ve bu konuda getirilecek tedbirlerin tüketicileri koruyacağı, tüketicinin korunmasının bir serbest piyasa ekonomisi tedbiri olduğu, her şeyden önce tüketicilerde tüketici bilincinin oluşturulması gerektiği, devletin tüketicileri koruyucu başka tedbirler de alabileceği belirtilmiştir (AYM, E.2016/162, K.2017/156, 15/11/2017, § 8).

36. Kurallarda öngörülen erişimin engellenmesi yaptırımı, Kanun'un 61. maddesinde düzenlenen yükümlülüklerle aykırılık hâllerinde uygulanabilecektir. Söz konusu yükümlülükler, ticari reklamların Kurulca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına

uygun, doğru ve dürüst olmalarını, tüketiciyi aldatıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve engellileri istismar edici olmamalarını; örtülü reklam yapılmamasını ve ayrıca reklam verenlerin ticari reklamlarında yer alan iddiaların doğruluğunu ispatla sorumlu olmalarını öngörmektedir.

37. Bu itibarla kuralların, internet ortamında yer alan 61. maddede gösterilen yükümlülüklerle aykırı nitelikteki ticari reklamlara erişimin engellenmesi suretiyle tüketicinin yanıtılmasının ve istismar edilmesinin önlenmesi suretiyle hizmet ve ürün piyasalarının işleyişinin düzenli ve sağlıklı biçimde sağlanması biçimindeki çalışma ve özel teşebbüs kurma özgürlüğünün sınırlandırılmasına yönelik anayasal açıdan meşru bir amaca sahip olduğu anlaşılmaktadır.

38. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorunlu bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacıyla yönelik olmasını ifade etmektedir. Dava konusu kurallarla verinin geniş kitlelere aracısız olarak hızlı bir şekilde aktarılabilirdiği internet ortamında, içeriğinden dolayı kişileri aldatıcı, kamu düzenini bozucu, haksız rekabete yol açabilecek nitelikteki ticari reklamların kolay ve süratli bir yöntemle yayından çıkarılmasının sağlanması amaçlanmaktadır. Bu amacın zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamaya yönelik olmadığı söylenemez. Bu itibarla kurallar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık taşımamaktadır.

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

40. Kurallar, Kanun'un 61. maddesinde öngörülen yükümlülüklerle aykırılık teşkil eden ticari reklamlardan kişilerin korunmasını kolay ve hızlı bir yöntemle sağlayabilecek niteliktedir. Bu bağlamda kuralların sınırlama ile ulaşılmak istenen amaca ulaşılmaması bakımından elverişli olmadığı söylenemez.

41. Öte yandan kamu makamlarının temel hak ve özgürlüklere müdahale ederken sınırlamaya yönelik meşru amacı gerçekleştirmeye sadece en elverişli değil ayrıca en uygun aracı seçme yükümlülüğü bulunmaktadır (Bu yönde bkz. Hanife Ensaroğlu, B. No: 2014/14195, 20/9/2017, §77).

42. Erişimin engellenmesi, internet ortamında yayın yapan bir siteye girişin çeşitli yöntemlerle önlenmesidir. Bu kapsamda erişimin engellenmesi 5651 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (o) bendinde, alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesi olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlardan hareketle URL biçiminde uygulanacak erişim engelleme tedbirinin, hedeflenen içeriğin yer aldığı yayının, kısmın ya da bölümün tamamını etkileyecek biçimde uygulanabileceği görülmektedir.

43. Dava konusu kurallar ile Kurula, 6502 sayılı Kanun'un 61. maddesinde düzenlenen yükümlülüklerle aykırılığın internet ortamında gerçekleşmesi durumunda ihlalin gerçekleştiği

yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak URL vb. şekilde erişimin engellenmesi kararı verebilme yetkisi tanınmaktadır. Bu şekilde tanımlanan erişim engelleme yetkisinin ticari reklam bağlamındaki içeriğe sınırlı olarak erişim engelleme kararı verilebilmesinin ötesinde bu içeriğin yer aldığı yayın, kısım ya da bölümün tamamına erişimin engellenmesi biçimde uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede kurallarda öngörülen sınırlama biçiminin, erişimi tümünden engellenen yayın, kısım ya da bölümün kullanıcıları bakımından, ifade özgürlüğü ile çalışma ve özel teşebbüs kurma özgürlüğüünün kullanımının tamamen ortadan kaldırılmasına yol açacak bir nitelik taşıdığı açıktır. Kurallarda bu düzeyde bir sınırlamaya başvurulmadan önce içeriğin yer aldığı internet sitesi işleticisine ilgili içerik hakkında bilgilendirmede bulunulması, içerik sahibine bildirimde bulunulmasının sağlanması ya da içeriğin kaldırılmasının ihtar edilmesi gibi internet sitesinin tümüne yönelik erişim engeli getirilmeden uygulanabilecek herhangi bir alternatif sınırlama yöntemi bulunmamaktadır.

44. Bu itibarla kurallarda, ifade özgürlüğü ile çalışma ve özel teşebbüs kurma özgürlüğüünün sınırlanması suretiyle ulaşılmak istenen amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmasını mümkün kılabilecek, daha az zarara yol açabilecek alternatif yöntemlerin düzenlenmiş olması kurallarla öngörülen sınırlamanın ölçülülük anlamında gereklilik ilkesini sağlamadığını ortaya koymaktadır.

45. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 13., 26. ve 48. maddelerine aykırıdır. İptalleri gerekir.”

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği ihlal kararları karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 13, 26 ve 48'inci maddelerine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen ibareyi ve cümleleri kanunlaştırması (anılan pilot karar ile iptal kararının gereklerini yerine getirmemesi), Anayasa'nın 153'üncü maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6'ncı maddesine ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de halel getirmektedir.

ix)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).

Ticari reklamlar da tüketicilerin davranışlarını (söz gelimi satın alma isteğinin, ticari reklama konu mal ya da hizmete ihtiyacı olduğu düşüncesinin, arz karşısında talebin oluşturulması) etkilediğinden; Anayasa’nın 172’nci maddesinin konusudur. Bu nedenle ticari reklamlara yönelik hukuki normların (söz gelimi 6502 sayılı Kanun, 03.04.2014 tarihli ve 29049 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Reklam Kurulu Yönetmeliği, 10.01.2015 tarihli ve 29232 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar 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 kanun koyucu tarafından tüketicilerin korunması ile haberleşme, düşünceyi açıklama ve yayma, basın hürriyetleri (ve cezaların şahsiliği ilkesi ve hak arama özgürlüğü, etkili başvuru hakkı, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olması) arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekmektedir. Başka bir anlatımla *ratio legis*’inin tüketicinin korunması olan iptali talep edilen ibarenin ve cümlelerin yer aldığı madde hükmü de; Anayasa’nın bütünlüğü ilkesi uyarınca iptali talep edilen ibarenin ve cümlelerin konusunu teşkil ettiği diğer Anayasal hükümlerinin gereklerini de karşılamalıdır. Aksi bir tutum (iptali talep edilen ibarenin ve cümlelerin anılan hak ve hürriyetlerin gereklerini karşılamaması), tüketici haklarının da korunamamasına neden olacaktır. Başka bir anlatımla ticari reklamların içeriğinin hukuka aykırı biçimde çıkarılması ve erişimin hukuka aykırı biçimde engellenmesi; tüketicilerin, bu ticari reklamlar aracılığıyla; ticari reklamlara konu mal ve hizmetler hakkında bilgilenmesini engelleyecektir. Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare ve cümleler, Anayasa’nın 2, 5, 17 ve 172’inci maddelerine aykırıdır.

x)Para kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının düzenlenmesi bakımından:

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

doğrudan ilgilidir” (Anayasa Mahkemesi’nin 16.06.2011 tarihli ve 2009/9 E.; 2011/103 K. sayılı Kararı). Ticari reklamlar marifetiyle tüketicilerin mal ve hizmet piyasalarına etkin - dürüst - etik ilkelere uygun biçimde ulaşması, tüketicilerin korunması, firmaların ticari uygulamalarını rekabet içinde gerçekleştirmesi, ekonomik faaliyetlerin tüketicilerin ihtiyaçları doğrultusunda şekillenmesi, Anayasa’nın 5 ve 167’nci maddelerinin bir gereğidir. Ancak ticari reklamlara ilişkin içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının idare tarafından verilmesi suretiyle ortaya çıkacak hukuki belirsizlik; tüketicilerin mal ve hizmet piyasalarına ulaşamamasına, firmaların rekabet içinde faaliyet gösterememesine neden olabilecek; piyasalardaki dengeyi bozabilecek niteliktedir. Bu nedenle iptali talep edilen ibare ve cümleler, Anayasa’nın 5 ve 167’nci maddelerine de aykırıdır.

*xi)Uluslararası andlaşmaların 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 ibare ve cümleler, yukarıdaki alt başlıklarda sıralanan gerekçelerle; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin **adil yargılanma hakkına** ilişkin 6’ncı, **ifade özgürlüğüne** ilişkin 10’uncu, **etkili başvuru hakkına** ilişkin 13’üncü, **ayrımcılık yasağına** ilişkin 14’üncü maddelerini ve Ek 1 No’lu Protokol’ün (sınırlama koşulu olarak kanunilik ilkesini de içermek suretiyle) **mülkiyet hakkını** düzenleyen 1’inci maddesini ihlal ettiğinden Anayasa’nın 90’ıncı maddesine de aykırıdır.*

Tüm bu nedenlerle, 7511 sayılı Kanun’un 18’inci maddesiyle 07.11.2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 63’üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*durdurma cezası*” ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen “*ya da içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı*” ibaresi ile 19’uncu maddesiyle 6502 sayılı Kanun’un 77’nci maddesinin on ikinci fıkrasının değiştirilen beşinci, altıncı, yedinci, sekizinci ve dokuzuncu cümleleri, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 17, 22, 26, 28, 35, 36, 38, 40, 48, 90, 123, 125, 153, 167 ve 172’nci maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin ve cümlelerin iptali gerekir.

5) 23.05.2024 tarihli ve 7511 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 21’inci maddesiyle 14.01.2015 tarihli ve 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’un 18’inci maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (k) bendi ile beşinci fıkrasına eklenen cümlelerin Anayasa’ya aykırılığı

7511 sayılı Kanun’un 21’inci maddesiyle 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’un “*Ceza hükümleri*” kenar başlıklı 18’inci maddesinin birinci fıkrasının (k) bendi değiştirilmiş ve beşinci fıkrasına bir cümle eklenmiştir. Anılan değişik (k) bendine göre ek 1’inci maddesinin birinci fıkrasına aykırı hareket edenlere her bir aykırılık için yüz bin Türk lirasından bir milyon Türk lirasına kadar; ikinci fıkrasına aykırı hareket edenlere ise her bir aykırılık için bir milyon Türk lirasından on iki milyon Türk lirasına kadar idari para cezası verilecektir. Anılan ek cümleye göre Ticaret Bakanlığı, ek 1’inci maddenin ikinci fıkrasına bir takvim yılı içinde en az üç defa aykırı hareket etmesi nedeniyle idari para cezası uygulanan üretici, tedarikçi ve perakende işletmelerin iş yerlerini altı güne kadar kapatmaya yetkilidir. Ancak bahsi geçen değiştirilen bent ve ek cümle, Anayasa’ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki ‘*Fahiş fiyat artışı, stokçuluk ve Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu*’ kenar başlıklı ek 1’inci madde, 16.04.2020 tarihli ve 7244 sayılı Kanun’un 14’üncü maddesiyle 4054 sayılı Kanun’a eklenmiştir.

Anılan ek 1’inci maddenin birinci fıkrasına göre üretici, tedarikçi ve perakende işletmeler tarafından bir mal veya hizmetin satış fiyatında fahiş artış yapılamaz. Bu hüküm, fahiş fiyat artışı faaliyetine işaret etmektedir. Anılan ek 1’inci maddenin ikinci fıkrasına göre üretici, tedarikçi ve perakende işletmeler tarafından piyasada darlık yaratıcı, piyasa dengesini ve serbest rekabeti bozucu faaliyetler ile tüketicinin mallara ulaşmasını engelleyici faaliyetlerde bulunulamaz. Bu hüküm, stokçuluk faaliyetine işaret etmektedir.

Anılan ek 1’inci maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesi, aşağıdaki şekildedir:

“Üretici, tedarikçi ve perakende işletmelerin fahiş fiyat artışı ve stokçuluk uygulamalarına yönelik (...) gerektiğinde denetim ve incelemelerde bulunarak idari para cezası uygulamak ve her türlü tedbiri almak amacıyla Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu oluşturulur.”

Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu’na üretici, tedarikçi ve perakende işletmelerin fahiş fiyat artışı ve stokçuluk uygulamalarına yönelik düzenlemeler yapmak yetkisi veren ibare, Cumhuriyet Halk Partisi’nin Anayasa’nın 2, 5, 7, 35, 48, 123 ve 167’nci maddelerine aykırı olduğundan bahisle açtığı iptal davasının üzerine; Anayasa Mahkemesi’nin 01.06.2023 tarihli ve 2020/56 E. ve 2023/108 K. sayılı Kararıyla Anayasa’nın 13 ve 48’inci maddelerine aykırı olduğundan iptal edilmiştir. İptal kararının ilgili bölümü, aşağıdaki şekildedir:

“167. 6216 sayılı Kanun’un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa’nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

168. Anayasa'nın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. maddesinin birinci fıkrasında "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir." denilmek suretiyle çalışma özgürlüğünün bir parçası olan özel teşebbüs özgürlüğü herkes yönünden güvenceye bağlanmıştır.

169. Özel teşebbüs özgürlüğü, her gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin tercih ettiği alanda iktisadi-ticari faaliyette bulunmak üzere teşebbüs kurabilmesini, dilediği mesleki faaliyete girebilmesini, faaliyeti ile mesleğini devletin veya üçüncü kişilerin müdahalesi olmaksızın dilediği biçimde yürütebilmesini ifade etmektedir (AYM, E.2015/34, K.2015/48, 13/5/2015).

170. Dava konusu kural; Kurula üretici, tedarikçi ve perakende işletmelerin fahiş fiyat artışı ve stokçuluk uygulamalarına yönelik düzenlemeler yapma yetkisi tanımak suretiyle teşebbüs özgürlüğüne sınırlama getirmektedir. Anayasa’nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren düzenlemelerin kanunla yapılması, Anayasa’da öngörülen sınırlama sebebine uygun ve ölçülü olması gerekir.

171. Kurulla üretici, tedarikçi ve perakende işletmelerin fahiş fiyat artışı ve stokçuluk uygulamalarına yönelik düzenlemeler yapma konusunda herhangi bir kanuni çerçeveye belirlenmeden, temel ilke ve esaslar düzenlenmeden bu konuların düzenlenmesinin tamamıyla Kurula bırakılması öngörülmüştür. Bu itibarla kuralın temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması gereğiyle bağdaşmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

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

Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen iptal kararına rağmen; 28.05.2020 tarihli ve 31138 sayılı Resmi Gazete'de Ticaret Bakanlığı tarafından Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği yayımlanmış ve bahsi geçen Yönetmelikte fahiş fiyat ve stokçuluğa dair düzenlemeler yapılmıştır. Kanun koyucu tarafından Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen kararının gereklerini yerine getirmek için anılan ek 1'inci maddede yeni bir düzenleme yapılması lazım gelirken; ne yazık ki iptali talep edilen değişik bent ve ek cümle hükmü kanunlaştırılmıştır.

i)Hukuk devleti ilkesi ile suç ve cezaların kanuniliği ilkesi bakımından: Anayasa'nın 2'nci maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Asıl olan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır. AİHM de, hukuk devletinin ön koşullarından olan hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkeleri uyarınca; hukuk normlarının erişilebilir, öngörülebilir ve hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmaları gerektiğini ifade etmektedir (AİHM, Ürper ve Diğerleri/Türkiye, 20 Ocak 2010, başvuru no: 14526/07, §28). Anayasa'nın 38'inci maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz"; üçüncü fıkrasında da "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur." denilerek "suç ve cezanın kanuniliği" ilkesi getirilmiştir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Anayasa'nın 38'inci maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından disiplin cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir (Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2015 tarihli ve 2014/100 E.; 2015/6 K. sayılı Kararı).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 7'nci maddesi de, suçta ve cezada kanunilik ilkesini güvencelemektedir (AİHM, Kokkinakis/Yunanistan, 25 Mayıs 1993, başvuru no : 14307/88 § 52). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 7'nci maddesi uyarınca, kovuşturma ve mahkumiyete yol açan eylemin icra edildiği tarihte, ilgili eylemi cezalandırılabilir kılan kanuni bir düzenlemenin bulunmasının ve verilen cezanın da ilgili düzenleme tarafından belirlenmiş sınırları aşmamasının gerektiğini belirtmektedir (AİHM, Del Río Prada/İspanya, 21 Ekim 2013, başvuru no: 42750/09, § 80). Suçların kanuniliği ilkesi, suçun kanun tarafından açıklıkla tanımlanmasını gerektirir (AİHM, Cantoni/Fransa, 15 Kasım 1996, başvuru no: 17862/91, § 29). Sözleşme'nin 7'nci maddesindeki "hukuk" sözcüğü, ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik niteliklerini içerir. Bu itibarla; kişi, gerektiğinde mahkemelerce yapılan yorumların da yardımıyla, ilgili düzenlemenin lafzından, hangi eylem ve ihmallerin cezai sorumluluğunu doğuracağını ve söz konusu eylem ya da ihmal sebebiyle hangi cezaya hükmedileceğini bilebilmelidir (AİHM, Kafkaris/Kıbrıs, 12 Şubat 2008, başvuru no: 21906/04, § 140).

Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, idari nitelikteki suç ve cezalar bakımından da geçerlidir.

Ne var ki hukuk devleti ilkesinin somut bir görünümü olan suç ve cezaların kanuniliği ilkesi karşısında; ek 1'inci maddenin birinci fıkrasına konu fahiş fiyat artışı ve ikinci fıkrasına

konu stokçuluk faaliyetleri kanun düzeyinde tanımlanmadan; iptali talep edilen değişik bent ve ek cümle ile kanunen belirsiz olan bu faaliyetlerin gerçekleştirilmesi halinde idari para cezaları ve altı güne kadar kapatma yaptırımını öngörölmüştür.

Başka bir anlatımla ek 1'inci maddesinin birinci fıkrasına (fahiş fiyat artışı) aykırı hareket edenlere her bir aykırılık için yüz bin Türk lirasından bir milyon Türk lirasına kadar; ikinci fıkrasına (stokçuluk) aykırı hareket edenlere ise her bir aykırılık için bir milyon Türk lirasından on iki milyon Türk lirasına kadar idari para cezası verilecektir. Yine Bakanlık, ek 1'inci maddenin ikinci fıkrasına (stokçuluk) bir takvim yılı içinde en az üç defa aykırı hareket etmesi nedeniyle idari para cezası uygulanan üretici, tedarikçi ve perakende işletmelerin iş yerlerini altı güne kadar kapatmaya yetkilidir. Ancak burada her ne kadar cezalar bakımından kanunilik ilkesinin gereği karşılanarak kanun düzeyinde üst ve alt haddi belli idari para cezası ile altı güne kadar kapatma yaptırımını öngörölse de; bu idari para cezalarını vermeyi ve altı güne kadar kapatma yaptırımını uygulamayı gerektirir fiillerin (Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda bahsi geçen iptal kararına rağmen) kanun düzeyinde tanımlanmaması; suçların kanuniliği ilkesine halel getirmektedir. Zira Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu, teşebbüs hürriyetine müdahale niteliğinde olan fahiş fiyat artışı ve stokçuluk kurallarını hiçbir kanuni, nesnel, açık, net, anlaşılabilir ölçüt olmaksızın belirleyecek; akabinde Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu, keyfi biçimde ilgiliye iptali talep edilen bende konu idari para cezalarını ve Bakanlık, keyfi biçimde ilgiliye iptali talep edilen cümleye konu yaptırımını uygulayabilecektir.

İhtilafı bent ve cümle; yarattığı belirsizlik ve öngörülemezlikle, bu iki kavramı asgari öğeleri olarak içeren hukuk devleti ile suçların (ve cezaların) kanuniliği ilkeleriyle keskin bir tezat içerisinde bulunmaktadır. Bir başka deyişle, öngördüğü suç tipini yeterli açıklıkta tanımlamayan ihtilafı kurallar, maddi anlamda bir kanun oluşturmamaktadır ve uygulamada keyfi sonuçlara yol açacaktır. Hasılı; iptali talep edilen bent ve cümle, suçların (ve cezaların) kanuniliği ilkesinin aksine; fahiş fiyat artışı ve stokçuluk faaliyetlerinin ne anlama geldiğini belirleme yetkisini son tahlilde idarenin takdirine bıraktığından; Anayasa'nın 2 ve 38'inci maddelerine aykırıdır.

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

Öte yandan Anayasa'nın 123'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 iptali talep edilen bentte ve cümlede yer alan ek 1'inci maddenin birinci fıkrasına konu fahiş fiyat artışı faaliyeti ile ikinci fıkrasına konu stokçuluk faaliyetinin; hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle kanun koyucu, –anayasal ilkelerin aksine- (bir yüz bin Türk lirasından bir milyon Türk lirasına kadar; bir milyon Türk lirasından on iki milyon Türk lirasına kadar idari para cezası ile cezalandırılmasını gerektirir ve bir takvim yılı içinde en az üç kez aykırı hareket edilmesi halinde altı güne kadar kapatma yaptırımıyla cezalandırılmasını gerektirir) fiillerin tanımı hakkında tamamen sessiz kalmış; nesnel ve kanuni ölçütlerle sınırlandırmaksızın bu konuyu, tamamen idarenin (Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu'nun) uhdesine bırakmıştır. Ne var ki ek 1'inci maddenin birinci ve ikinci fıkrasının anılan faaliyetlerin tanımlanması bakımından yeterli olmadığı; Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen iptal kararının yorumundan da anlaşılmaktadır.

Kanun koyucu, fahiş fiyat artışına ve stokçuluğa yönelik kanuni tanım yapmamak suretiyle; idari para cezalarına ve kapatma yaptırımına konu fiilleri, idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerinin düzenleme alanının konusu yapmış; -maddi anlamda- kanuni dayanaktan yoksun bırakmıştır. Kanun düzeyinde belirlenmesi gereken idari suça konu fiillerin tespiti işlemini, idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine tevdi eden ve yukarıda tanımlandığı anlamda maddi anlamda kanunilik ilkesinin gereklerini yerine getirmeyen ihtilaflı bent ve cümle, Anayasa'nın 2 ve 123'üncü maddelerine aykırıdır.

Yine idarenin yapacağı düzenlemeleri, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; ilgililerin (özel teşebbüslerin / üretici, tedarikçi ve perakende işletmelerin) idari para cezasına ve altı güne kadar kapatma yaptırımına muhatap kılınması bakımından hukuki öngörülebilirlik ilkesini zedelemektedir. İdarenin uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan 18'inci ve ek 1'inci maddelerin uygulanmasını sağlamaya ilişkin anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarenin (düzenleyici ve dahi birel) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

Bu nedenlerle iptali talep edilen bent ve cümle, Anayasa'nın 2 ve 123'üncü maddelerine aykırıdır.

iii) Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7'nci maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (*Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı*). İptali talep edilen bent ve cümle hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Haksız Fiyat Değerlendirme Kuruluna) (Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu tarafından bir yüz bin Türk lirasından bir milyon Türk lirasına kadar; bir milyon Türk lirasından on iki milyon Türk lirasına kadar idari para cezası ile cezalandırılmasını gerektirir ve Bakanlık tarafından bir takvim yılı içinde en az

üç kez aykırı hareket edilmesi halinde altı güne kadar kapatma yaptırımıyla cezalandırılmasını gerektirir) fiilleri (fahiş fiyat artışı ve stokçuluk faaliyetlerini) tanımlama yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7'nci maddesine aykırılık oluşturur.

iv) Ölçülülük ilkesi bağlamında suç ve ceza arasında orantılılık ilkesi bakımından: Suç ile ceza arasında ölçü olup olmadığının tespit edilebilmesinin ön şartı, hem suçun hem de cezanın kanun düzeyinde açık bir şekilde tanımlanmış olmasıdır. Başka bir anlatımla yalnız açık biçimde unsurları sayılmış bir suç ile açık bir şekilde ortaya konulmuş ceza arasında oran olup olmadığı saptanacaktır. Net biçimde unsurlarının sayılmadığı ve bu türden bir tanımlamanın olmadığı bir durumda; suç ile ceza arasında denge olup olmadığı tayin edilemeyecek ve dolayısıyla ölçülülük ilkesi, kanuni belirsizlik olduğundan (kanuni belirsizlik sebebiyle) ihlal edilecektir.

Anılan değişik (k) bendine göre ek 1'inci maddesinin birinci fıkrasına aykırı hareket edenlere her bir aykırılık için yüz bin Türk lirasından bir milyon Türk lirasına kadar; ikinci fıkrasına aykırı hareket edenlere ise her bir aykırılık için bir milyon Türk lirasından on iki milyon Türk lirasına kadar idari para cezası verilecektir. Anılan ek cümleye göre Ticaret Bakanlığı, ek 1'inci maddenin ikinci fıkrasına bir takvim yılı içinde en az üç defa aykırı hareket etmesi nedeniyle idari para cezası uygulanan üretici, tedarikçi ve perakende işletmelerin iş yerlerini altı güne kadar kapatmaya yetkilidir. AİHM, Sözleşme'nin 6'ncı maddesi anlamında "cezai alanda ... yöneltilen suçlama" terimini, üç ölçütle değerlendirmektedir: Fiilin iç hukuktaki hukuki nitelemesi, fiilin mahiyeti ve müeyyidenin ağırlık derecesi (AİHM, Engel et diğerleri-Hollanda, 8 Haziran 1976, başvuru no : 5100/71 ve diğerleri, § 82). Sözleşme'nin 6'ncı maddesi çerçevesindeki bu yaklaşım ve söz konusu ölçütler, 7 numaralı Protokol'ün ne bis in idem ilkesine ilişkin 4'üncü maddesi bakımından da geçerlidir. (AİHM, Prina-Romanya, kabul edilebilirlik, 8 Eylül 2020, başvuru no : 37697/13, § 48 vd.). Burada söz konusu fiiller, idari para cezalarının tutarı, kapatma işleminin ağırlık derecesi ve işletme üzerindeki sonuçlarıyla beraber dikkate alındığında, onların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi anlamında "ceza" olarak değerlendirilmesi gereği ve ceza hukukuyla ilişkili hak ve güvencelerin bu bağlamda işletilmesi gerekliliği ortaya çıkar.

Başka bir anlatımla iptali talep edilen bende göre Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu bakımından ek 1'inci maddesinin birinci fıkrasına aykırı hareket edenlere her bir aykırılık için yüz bin Türk lirasından bir milyon Türk lirasına kadar; ikinci fıkrasına aykırı hareket edenlere ise her bir aykırılık için bir milyon Türk lirasından on iki milyon Türk lirasına kadar idari para cezası verilecektir.

İptali talep edilen cümleye göre Bakanlık, ek 1'inci maddenin ikinci fıkrasına bir takvim yılı içinde en az üç defa aykırı hareket etmesi nedeniyle idari para cezası uygulanan üretici, tedarikçi ve perakende işletmelerin iş yerlerini altı güne kadar kapatmaya yetkilidir. Lafzından anlaşılacağı üzere kanun koyucu, stokçuluk kurallara aykırı davranması sebebiyle oluşacak cezalar bakımından bir tekrür hükmü öngörmüştür. Buna göre anılan kurallara aykırı hareket eden ilgili, bu fiilini bir takvim yılı içinde en az üç kez tekrarlarsa; iş yeri bir idari işlemle (en çok) altı gün kapatılacaktır.

Ancak iptali talep edilen bent ve cümlede fahiş fiyat artışı ve stokçuluk faaliyetlerine yönelik tanımlama yapılmadığından; bahsi geçen idari para cezaları ile kapatma yaptırımının suçlar bakımından orantılı olup olmadığı tayin edilememektedir.

Şöyle ki söz konusu idari para cezalarının alt ve üst hadlerinin oluşturduğu makas aralığı oldukça geniştir. Yine Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği üzere *“İşyerinin kapatılması, bir işletmenin faaliyetinin tümüyle durdurulmasıdır. İşyeri kavramı meslek ve sanat kavramından daha geniştir. Belli bir mesleği ve sanatı olmayan kişilerin de işyeri olabilir.”* (05.06.1997 tarihli ve 1996/70 E.; 1997/53 K. sayılı Kararı). Ancak suçların kanuniliği ilkesinin gereği yerine getirilmediğinden; iş hayatının koşulları nazara alındığında; cezaların orantılı olup olmadığı ölçülememektedir.

Başka bir anlatımla Anayasa'nın 2'nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine dayanan *“suç ve ceza arasında orantılılık”* ilkesi, cezada adalet, kefaret anlayışının ve zarar ilkesinin bir sonucudur. Bu ilke, Türk Ceza Kanunu'nun 3'üncü maddesinde de hüküm altına alınmıştır. Öte yandan bu ilke, Anayasa'nın 2'nci maddesinde hüküm altına alınan hukuk devleti ile 13'üncü maddesinde yer alan ölçülülük ilkelerinin somut bir görünümüdür. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre de;

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

Ancak burada söz konusu bir türden ekonomik ceza olan yaptırımların orantılı olup olmadığı tespit edilememektedir. Diğer bir söyleyişle işletme için bir yandan hem fahiş fiyat artışı hem de stokçuluk faaliyetleri yönünden makas aralığı geniş idari para cezaları öngörülmüş hem de stokçuluğun tekerrürü halinde (en çok) altın gün kapatma yaptırımı uygulanmak suretiyle maddi kazanç elde etme olanağı altın gün süre ile ilgili işletmenin elinden alınmıştır. İptali talep edilen bent ve cümlede fahiş fiyat artışının ve stokçuluğun tanımlanmayışı; bu idari para cezalarının ve kapatma yaptırımının işletmenin finansal durumunu, ciddi ölçüde olumsuz etkileyip etkilemediğini saptayabilmenin önüne geçmektedir. Bu belirsizlik nedeniyle; fahiş fiyat artışı ve stokçuluk kurallarına aykırı hareket etme potansiyeli olan ilgilileri caydırma amacınının büyük ölçüde aşılmış aşılmadığı; ilgilinin iflası sonucunu doğurabilecek bir yaptırım öngörülüp öngörülmediği, amaç ve araç arasında hassas denge gözetilip gözetilmediği, ilgili işletmenin ekonomik ilişkilerin dışında kalıp kalmayacağı, faaliyetlerine devam edemez hale gelip gelmeyeceği tespit edilememektedir. Yine bu idari para cezalarının ve mükerrerlik halinde kapatma cezası yaptırımını uygulamanın, mevzuata aykırılığı giderebilecek alternatif bir yöntem olup olmadığı; son çare ilkesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği anlaşılammaktadır. Hülasa suçların (ve cezaların) kanuniliği ilkesi, ihlal edildiğinden; dolaylı olarak suç ve cezaların orantılılığı ilkesi de ihlal edilmiştir.

Bu nedenlerle iptali talep edilen bent ve cümle, Anayasa'nın 2 ve 13'üncü maddelerine aykırıdır.

v) Eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri, mülkiyet hakkı ve teşebbüs hürriyeti bakımından: İptali talep edilen bendin ve cümlenin muhatapları özel teşebbüsler (bilhassa üretici, tedarikçi ve perakendecilerin işletmeleri), bir ekonomik değer olması itibarıyla mülkiyet hakkının konusudur. Yine bu özel teşebbüsler (bilhassa üretici, tedarikçi ve perakendeciler), malikleri buldukları işletmeler aracılığıyla teşebbüs hürriyetlerine binaen ticari faaliyet göstermektedirler. Ancak yasa koyucu, fahiş fiyat artışında bulunanlar bakımından her bir aykırılık bakımından yüz bin Türk lirasından bir milyon Türk lirasına kadar idari para cezası ve stokçuluk yapanlar bakımından her bir aykırılık için bir milyon Türk lirasından on iki milyon Türk lirasına kadar idari para cezası ile stokçuluk faaliyeti yapanlar için en az üç kez tekrarı halinde altın güne kadar kapatma cezası öngörmek suretiyle, söz konusu özel teşebbüslerin mülkiyet hakkına ve teşebbüs hürriyetine demokratik bir toplumda olmayacak biçimde kanunilik ilkesinin aksine ve (kanunilik ilkesinin ihlal edilmesi dolayısıyla orantılı olup olmadığının tespit edilememesi nedeniyle) ölçülülük ilkesine aykırı şekilde müdahale etmiştir. (Zira yukarıda defaten açıklandığı üzere; kanun düzeyinde cezalar, net biçimde ortaya konurken; kanun düzeyinde suçlar, açık biçimde tanımlanmamış; suçlar, idari işlemlerin konusu yapılmıştır. Suçların idari düzeyde tanımlanması, kanun düzeyinde tanımlanmaması nedeniyle; cezaların orantılı olup olmadığı tespit edilememiştir.)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, malvarlığı değeri olarak işletme ruhsatları, mesleki unvan ve ayrıcalıklar ile müşteri çevresini mülkiyet hakkı bağlamında değerlendirmektedir.¹⁴ Diğer bir söyleyişle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, işletme ruhsatlarını ve lisanslarını, mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirmektedir:

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

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

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

39. Benzer şekilde, başvuruçunun su ürünleri işletmesinin rutin bir unsuru olarak midye yavruları avlama izni malvarlığı kapsamında olup bunun geçici süreyle yasaklanması söz konusu izne getirilmiş bir kayıtlama olarak görülmektedir (O’Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. Ireland, § 89).’’¹⁵

¹⁴ Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6, Gemalmaz, Burak, s. 43, https://anayasa.gov.tr/media/3548/06_mulkiyet_hakki.pdf (Erişim Tarihi: 13.06.2024).

¹⁵Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Avrupa Birliği -Avrupa Konseyi Ortak Projesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 Numaralı Protokolünün 1. Maddesi Rehberi Malvarlığının/Mülkiyetin Korunması (Çev.Doç. Dr. H. Burak

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

“113. ... – başvuruçuların işletme **ruhsatının**, kamu makamlarınca ilgili kararlarda herhangi bir kamu yararı gerekçesine dayanılmaksızın **iptal edilmesi**; *Vassallo v. Malta*, § 43 – taşınmaza el atılma tarihinden itibaren ilk el etma amaçlarına uygun olarak somut bir kullanım olmaksızın yirmi sekiz yıl geçmesinin, kamu yararı koşulu bakımından Protokol No. 1 Madde 1 çerçevesinde sorun doğurması; ve *Megadat.com SRL v. Moldova*, § 79 – kamu makamlarının **başvurucu şirketin ruhsatını/lisansını iptal ederken** herhangi bir sahîh ve tutarlı politika izlediğinin Mahkemeyi tatmin edecek ölçüde gösterilmemesi).”¹⁶

“359. Nihayet yakın tarihli bir vakada, olgunlaşmamış midye (midye yavrusu) avlayan bir şirket, İrlanda Hükümeti’nin Avrupa Birliği çevre mevzuatına uymakla mali kayba sebep olduğundan yakınmıştır. Hükümet, Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın (“ABAD”) İrlanda’nın iki AB çevre direktifi çerçevesindeki yükümlülüklerini yerine getirmede başarısız olduğuna karar verdikten sonra, 2008’de, şirketin faaliyetlerini yürüttüğü limanda midye yavrusu avlanmasını **geçici olarak yasaklamıştır**. Böylece, şirketin elinde 2010 yılında satmak için hiç olgun midyesi kalmamış ve **bir kar kaybı meydana gelmiştir**. Mahkeme, hem çevrenin korunmasının hem de muhatap Devletin AB hukuku çerçevesindeki yükümlülüklerinin meşru amaç olduğunu gözlemlemiştir. Bir tacir olarak şirket, Devletin AB kurallarına uyma gereğinin işini etkileyebileceğinin farkında olmalıydı.”¹⁷

Bu doğrultuda bir özel teşebbüsün / işletmenin kendisi de mülkiyet hakkının konusudur. Özel teşebbüsün / işletmenin faaliyette bulunması ise teşebbüs hürriyetinin konusudur. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında:

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

şeklinde gerekçe kaleme almak suretiyle bu hususu vurgulamıştır (*Anayasa Mahkemesi’nin 20.11.2003 tarihli ve 2002/32 E.; 2003/100 K. sayılı Kararı*). Kanun koyucu da mal piyasalarında rekabetin tesis edilmesi amacıyla özel teşebbüsler bakımından fahiş fiyat artışını ve stokçuluk faaliyetini yasaklamış ve idari para cezası ile kapatma konulu yaptırım

Gemalmaz), 2019, s. 13, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 15.01.2023).

¹⁶ *ibid*, s. 24.

¹⁷ *ibid*, s. 60, 61.

öngörmüştür. Ancak bu yasağın / suç tipinin, açıklandığı üzere Anayasa'nın diğer hükümlerini ihlal etmesi; kanun koyucunun ekonomik politikalara ilişkin tercihini hukuka aykırı biçimde yapmasına neden olmaktadır.

Başka bir anlatımla 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*). Bununla birlikte Anayasa'nın 48'inci maddesinde, özel teşebbüsler kurmanın serbest olduğu ve Devletin özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alacağı kurala bağlanmıştır. Bu kapsamda kanun koyucu da özel teşebbüslerin (bilhassa üretici, tedarikçi ve perakendecilerin işletmelerinin) fahiş fiyat artışı ve stokçuluk yapmasını yasaklamış ve bu yasağa aykırı hareket edilmesi halinde birtakım yaptırımlar öngörmüştür. Ancak iptali talep edilen bent ve cümle hükmünde olduğu gibi fahiş fiyat artışı ve stokçuluk yasağının kanun düzeyinden net bir biçimde tanımlanmaması ve buna bağlı olarak söz konusu yaptırımların demokratik bir hukuk devletinde ölçülü olup olmadığını tespit edilememesi, Anayasa'nın 48'inci maddesinde Devlete yüklenen pozitif yükümlülüğün yerine getirilmesini engellemekte ve cezaların muhatabı olan özel teşebbüslerin işletme üzerindeki mülkiyet hakkına binaen kullandıkları teşebbüs hürriyetine idari işlemlerle Anayasa'nın 13'üncü maddesinin hilafına müdahale edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Diğer bir söyleyişle mal ve hizmet piyasalarındaki aktörler, maliki buldukları bu işletmeleri çalıştırmak suretiyle; teşebbüs özgürlüğüne binaen faaliyette bulunmaktadır. O halde bu işletmelere yüz bin Türk lirasından bir milyon Türk lirasına kadar; bir milyon Türk lirasından on iki milyon Türk lirasına kadar idari para cezası verilmesi ve bu işletmelerin altı güne kadar kapatılması; bir yandan idari para cezaları nedeniyle teşebbüs hürriyetlerini kullanmak için gerekli (finansal önem arz eden) mameleklerinin azalması, diğer yandan söz konusu aktörlerin piyasa faaliyetlerinin geçici bir süre durdurulması (nedeniyle şirketin kontrol edilememesi, mamelekin azalması-Zira, bu işletmesini çalıştırıp bulunup mal varlığını arttırmaya yönelik meşru beklentisi bulunmaktadır.-) anlamına geleceğinden; mülkiyet hakkına ve teşebbüs özgürlüğüne müdahale oluşturacaktır. Bu müdahalenin hukuka uygun kılınması, Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarının gereklerinin karşılanmasıyla mümkündür. Ancak yukarıda defaatle açıklandığı üzere; bu yasakların kanun düzeyinde tanımlanmaması ve dolayısıyla cezaların orantılı olup olmadığının tespit edilememesi; söz konusu müdahaleyi, hukuka aykırı hale getirmektedir. Buna ilave olarak elbette sınırlandırmanın amacı, kamu yararı (*caydırıcılık*) dır; ancak suç tiplerinin tanımlanmaması ve bu nedenle yaptırımın ölçülülüğünün tayin edilememesi, kamu yararı meşru amacının sınırlarını aşmakta, Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki özel sınırlama sebebinin de çiğnemektedir. Ezcümle bu yaptırımların; amacı gerçekleştirmek için orantılı, daha az sınırlayıcı ve ölçülü (bu külfete katlanmayı kaçınılmaz olarak gerektirecek) olup olmadığını belirlemek için kanun düzeyinde verili bir suç tanımı bulunmamaktadır.

Buna ilave olarak yaptırımlara itiraz söz konusu olduğunda; bu itirazın kısa sürede karara bağlanmasına yönelik bir usul güvencesi de öngörülmemiştir. Halbuki söz gelimi ruhsat

iptaline ilişkin idari işlemin iptali için açılan davaların, yargılama süresinin makullüğü şartını karşılamadığı AİHM kararlarına konu olmuştur:

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

AİHM söz konusu idari davaların dört yıl sekiz ay sürdüğünü kaydetmiş ve bu uzun sürenin koşullarını yargılamaların uzunluğunun makul olup olmadığına ilişkin değerlendirmede kullanılan dört kriter ışığında incelemiştir. İdare Mahkemesinin 1998 yılında verdiği kararın tarihi ile Danıştayın bu karara yönelik temyiz talebine dair 2001 yılında verdiği hüküm arasında neredeyse iki yıl sekiz ay geçmiştir. Mahkeme, Danıştayın ilk kararı ile nihai kararı arasında da yaklaşık bir yıl dört ay bulunduğunu kaydetmiştir. Her iki duruma ilişkin olarak da Mahkeme, hükûmetin dilekçelerinde bu gecikmeleri mazur gösteren tatmin edici bir açıklama sunulmamış olduğunu dile getirmiştir. AİHM bu aşırı gecikmenin başvurunun tutumuna değil, davalı devletin temyiz sistemine atfedebileceğini belirterek, 6(1). maddede korunan yargılama süresinin makullüğü şartının ihlal edilmiş olduğunu tespit etmiştir.”¹⁸

Yine fahiş fiyat artışı yasağına aykırı hareket edenlere her bir aykırılık için yüz bin Türk lirasından bir milyon Türk lirasına kadar; stokçuluk yasağına aykırı hareket edenlere ise her bir aykırılık için bir milyon Türk lirasından on iki milyon Türk lirasına kadar idari para cezası verilmesine; stokçuluk yasağına bir takvim yılı içinde en az üç kez aykırı davranması nedeniyle ilgili işletmenin altı güne kadar kapatılması, teşebbüs hürriyeti bağlamında eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Zira Anayasa'nın 10'uncu maddesi uyarınca Devlet, Anayasa'nın 48'inci maddesinde yer alan pozitif yükümlülüğü her bir özel teşebbüs bakımından (benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunanlar için) eşit şekilde yerine getirmekle mükelleftir. Bir özel teşebbüs bakımından eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti ise, somut olayda benzer durumda olanlara ilişkin bir muamele farklılığı yapmayı meşrulaştıracak “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır.

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

¹⁸Zrvandyan, Arman, Avrupa Konseyi ve Folke Bernadotte Akademisi, “İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi” Projesi, İdari yargıda Avrupa adil yargılanma standartlarına ilişkin emsal kararlar, s. 115, <https://rm.coe.int/emsalkararlarakitabioption-2/1680a1c6db6> (Erişim Tarihi: 15.01.2023).

bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir” (Anayasa Mahkemesi’nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ancak açıklandığı üzere; kanun düzeyinde net bir fahiş fiyat artışı ve stokçuluk tanımı yapılmaması; Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu tarafından bazı işletmelere çok ağır idari para cezası verilmesine, bazılarında hiç verilmemesine; Bakanlık tarafından bazı işletmelerin kapatılıp bazılarının kapatılmamasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Bu durumda mal ve hizmet piyasalarındaki aktörler arasında yer alan “idari para cezasının veya kapatma konulu yaptırımın muhatabı özel teşebbüs” için Devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirememesine; Anayasa’nın 10’uncu maddesinde temelini bulan eşitlik ilkesinin aksine aktörler arasında haklı nedene dayanmayan ayırım ve muamele farklılığı yapmasına neden olacaktır. Kaldı ki bir özel teşebbüse yönelik idari para cezası verilmesi yahut kapatma konulu yaptırımın uygulanması dahi; diğer aktörler karşısında, onun değer kaybına uğraması için yeterlidir.

Bu nedenlerle iptali talep edilen bent ve cümle, Anayasa’nın 10, 13, 35 ve 48’inci maddelerine aykırıdır.

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

Kanun koyucu da yukarıda açıklandığı üzere üretici, tedarikçi ve perakende işletmeler tarafından bir mal veya hizmetin satış fiyatında fahiş artış yapılamayacağını; piyasada darlık yaratıcı, piyasa dengesini ve serbest rekabeti bozucu faaliyetler ile tüketicinin mallara ulaşmasını engelleyici faaliyetlerde bulunulamayacağını kurallara bağlanmış ve bu kuralların ticari hayatta bir karşılık bulması ve onları bağlayıcı hale getirmek adına; bu kuralların ihlali halinde birtakım yaptırımlar öngörmüştür. Ancak kanun koyucu cezaları net bir biçimde tanımlamasına rağmen (her bir aykırılık için yüz bin Türk lirasından bir milyon Türk lirasına kadar; her bir aykırılık için bir milyon Türk lirasından on iki milyon Türk lirasına kadar idari para cezası ile bir takvim yılı içinde en az üç kez mükerrerlik halinde iş yerlerini altı güne kadar

kapatma); suç tiplerini (fahiş fiyat artışı ve stokçuluk) kanun düzeyinde tanımlanmamış; idarenin keyfi uygulamalara neden olabilecek takdir yetkisine bırakılmıştır. Kanunilik ilkesinin karşılanmaması ise; suç ve ceza arasında ölçü olup olmadığının tespitini imkansız hale getirmiştir. Bu durum, mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren özel teşebbüslerin rekabet içinde yarışmamasına ve bundan dolayı bilhassa üretim-tedarik ve perakende satış sektörlerinin mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf biçimde işleyememesine; özel teşebbüslerin mameleklerinin ve teşebbüs hürriyetlerinin korunmasına elverişli ortam hazırlanamamasına; (yüksek olup olmadığı tayin edilemeyen) idari para cezaları ile (ağır olup olmadığı tayin edilemeyen) altı güne kadar kapatma cezası alması nedeniyle mali açıdan zor duruma düşen işletmelerin piyasa dışına itilmesi suretiyle belli bazı özel teşebbüslerin tekelleşmesine; bu sektörlerde çalışanların iş bulma opsiyonunun daralmasına; mal üretimi, tedariki ve perakendesi özelinde satış politikalarının milli tasarrufu ve üretimi artırıcı, yatırım ve istihdamı geliştirici, verimli, dengeli biçimde planlanamamasına; Devletin denetiminde malın üretimi, tedariki ve perakendesi sektöründe ve hizmet sektöründe serbest piyasa koşullarının oluşmasının engellenmesine ve piyasanın tekelleşme yahut kartelleşmeye açık hale gelmesine; nihai kullanıcının / tüketicinin ihtiyaç duyduğu hizmetlere ve mallara uygun fiyat üzerinden erişememesine, ülke ekonomisine katkıda bulunan işletmelerin etkin ve verimli biçimde faaliyette bulunamamasına, yerli firmaların küresel ölçekte rekabet kabiliyetinin azalmasına ve dolayısıyla kamu maliyesinin ekonomik bakımdan zarara uğramasına; nihayetinde kişilerin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olacağından; iptali talep edilen bent ve cümle, Anayasa'nın 5 ve 167'nci maddelerine de aykırıdır.

Yine idari para cezasını yahut kapatma konulu idari yaptırımını gerektirir fiillerle (fahiş fiyat artışıyla yahut stokçulukla) hiç ilgisi olmayan kişiler (söz gelimi orada istihdam edilen kişiler yahut aynı işyerinde farklı bir sektörde faaliyet gösteren diğer bir işletme) de; bu idari para cezalarından ve yaptırımlardan etkilenen ve mağdur edilecektir.

vii)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 bent ve cümle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin **suç ve cezaların kanuniliği ilkesine** ilişkin 7'nci; **mülkiyet hakkına ilişkin** Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1'inci maddesini; ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90'ıncı maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7511 sayılı Kanun'un 21'inci maddesiyle 14.01.2015 tarihli ve 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 18'inci maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (k) bendi ile beşinci fıkrasına eklenen cümle, Anayasa'nın 2, 5, 7, 10, 13, 35, 38, 48, 90, 123 ve 167'nci maddelerine aykırıdır; anılan bendin ve cümlenin iptali gerekir.

II. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

23.05.2024 tarihli ve 7511 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile getirilen iptali talep edilen düzenlemeler, birden fazla kanunda hukuka aykırı değişiklikler, eklemeler, yeniden düzenleme 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.

III. SONUÇ VE İSTEM

23.05.2024 tarihli ve 7511 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un

1) 3'üncü maddesiyle 07.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 34'üncü maddesinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi üzerine yeniden düzenlenen üçüncü fıkrasında yer alan "*Kurul kararıyla yapılır*" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 49, 70, 90, 123, 128 ve 153'üncü maddelerine,

2) 4'üncü maddesiyle 4054 sayılı Kanun'un 43'üncü maddesinin değiştirilen ikinci fıkrası, Anayasa'nın 5, 13, 36, 48, 90 ve 167'nci maddelerine,

3) 6'ncı maddesiyle 18.05.2004 tarihli ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 53'üncü maddesinin değiştirilen altıncı fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "*Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir*" ibaresi, Anayasa'nın 2, 5, 7, 10, 13, 35, 48, 90, 123, 124 ve 167'nci maddelerine,

4) 18'inci maddesiyle 07.11.2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 63'üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*durdurma cezası*" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "*ya da içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı*" ibaresi ile 19'uncu maddesiyle 6502 sayılı Kanun'un 77'nci maddesinin on ikinci fıkrasının değiştirilen beşinci, altıncı, yedinci, sekizinci ve dokuzuncu cümleleri, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 17, 22, 26, 28, 35, 36, 38, 40, 48, 90, 123, 125, 153, 167 ve 172'nci maddelerine,

5) 21'inci maddesiyle 14.01.2015 tarihli ve 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 18'inci maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (k) bendi ile beşinci fıkrasına eklenen cümle, Anayasa'nın 2, 5, 7, 10, 13, 35, 38, 48, 90, 123 ve 167'nci 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."