

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2021/132

Karar Sayısı : 2022/69

Karar Tarihi : 1/6/2022

R.G. Tarih-Sayısı : 10/8/2022-31919

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Özgür ÖZEL, Engin ÖZKOÇ ile birlikte 127 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 4/11/2021 tarihli ve 7341 sayılı Türkiye İhracatçılar Meclisi ile İhracatçı Birliklerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesiyle 25/3/1987 tarihli ve 3332 sayılı Sermaye Piyasasının Teşviki, Sermayenin Tabana Yaygınlaştırılması ve Ekonomiyi Düzenlemede Alınacak Tedbirler ile 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu ve 3182 Sayılı Bankalar Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen birinci cümlesinde yer alan "...8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu,..." ve "...yapım ihaleleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu,..." ibarelerinin Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 13., 35., 36., 40., 48., 90., 123., 125. ve 167. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun'un 8. maddesiyle 3332 sayılı Kanun'un 4. maddesinin iptali talep edilen kuralların da yer aldığı birinci cümlesi değiştirilen birinci fıkrası şöyledir:

"(Değişik cümle:4/11/2021-7341/8 md.) Banka için 10/2/1954 tarihli ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu, 5/1/1961 tarihli ve 237 sayılı Taşıt Kanunu, 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 12/4/1990 tarihli ve 3624 sayılı Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Teşvik ve Muafiyetleri Kanunu, yapım ihaleleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 8/6/1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 18/5/1994 tarihli ve 527 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri ile İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, 12 nci maddesi hariç 4/7/2001 tarihli ve 631 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümleri uygulanmaz."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, Basri BAĞCI ve İrfan FİDAN'ın katılımlarıyla 30/12/2021 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Fatih TORUN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu kanun hükümleri, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. İptal Talebinin Gerekçesi

3. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kurallar uyarınca Türkiye İhracat Kredi Bankası Anonim Şirketi/Türk Eximbank (Banka) için 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile yapım ihaleleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı, bu durumun kamu kaynaklarının kullanılmasında saydamlığı, doğru, etkin ve verimli kaynak kullanımını gerçekleştirme amacına hizmet etmediği, kamu ihalelerinde rekabetçi bir ortamın yaratılması ve ihaleye katılanlar arasında fırsat eşitliğinin sağlanmasının zorunlu olduğu, bu gereklilikleri karşılamayan kuralların teşebbüs özgürlüğüne ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu, kamu yararı amacı taşımadığı, Banka tarafından yapılacak ihalelere ilişkin usul ve esasları kendisinin belirlemesinin yasama yetkisinin devredilemezliği, hukuki belirlilik ve idarenin kanuniliği ilkeleriyle bağdaşmadığı, mülkiyet hakkına aykırı olduğu, kuralların ihaleye ilişkin işlemlere karşı yapılabilecek idari başvuru yollarını sınırlaması nedeniyle hak arama özgürlüğünü ve etkili başvuru hakkını ihlal ettiği, bu durumun serbest rekabet ilkeleriyle de bağdaşmadığı belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 13., 35., 36., 40., 48., 90., 123., 125. ve 167. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. 3332 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde Banka için uygulanmayacak kanun ve kanun hükmünde kararnameler belirtilmiş olup dava konusu kurallarla 2886 sayılı Kanun ile yapım ihaleleri hariç 4734 sayılı Kanun hükümleri de bu kanunlar arasında sayılmıştır. Anılan cümlede yer alan "...8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu,..." ve "...yapım ihaleleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu,..." ibareleri dava konusu kuralları oluşturmaktadır.

5. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

6. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde yer alan kamu yararı kavramının Anayasa'da bir tanımı yapılmamıştır. Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği gibi kamu yararı; bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarardır. Kamu yararı düşüncesi olmaksızın yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına olarak kanun hükmü konulamaz. Böyle bir durumun açık bir biçimde ve kesin olarak belirlenmesi hâlinde söz konusu kanun hükmü Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşer. Açıklanan hâl dışında bir kanun hükmünün ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı, hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği bir siyasi tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirinde olduğundan bu kapsamda kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz.

7. Kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri kural olarak 4734 sayılı Kanun kapsamında; satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlemleri ise 2886 sayılı Kanun hükümlerine göre yürütülmektedir.

8. 2886 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasında bu Kanun'un yürütülmesinde ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasının ve ihalede açıklık ve

rekabetin sağlanması esas olduğu hükme bağlanmıştır. Ayrıca mal ve hizmet alımı ihaleleri ile ilgili olarak 4734 sayılı Kanun'da saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik ve kamuoyu denetimi ilkeleri esas alınmıştır. Kamu ihalelerinde 2886 sayılı Kanun ile 4734 sayılı Kanun'un uygulanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmadığından, kanun koyucunun kamu ihaleleri yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal açıdan bir engel yoktur. Ancak bir kamu ihalesi gerek 2886 sayılı Kanun gerekse 4734 sayılı Kanun'da esas alınan ilkeler çerçevesinde belirlenen usullerin dışına çıkarılırken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kamu yararı amacı gözetilmelidir.

9. Dava konusu kurullarla, Banka için 2886 sayılı Kanun ve yapım ihaleleri hariç 4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre Banka tarafından yapılan mal ve hizmet alımlarına ilişkin ihalelerde 4734 sayılı Kanun ile satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri aynı hak tesisi işlemlerinde 2886 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacaktır.

10. Banka, kamu tüzelkişiliğine sahip olmakla birlikte özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirket niteliğindedir (AYM, E.1987/11, K.1988/2, 21/1/1988). Ayrıca Bankanın sermayesinin tamamı Hazineye aittir.

11. 23/2/2013 tarihli ve 28568 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Türkiye İhracat Kredisi Bankası Anonim Şirketinin Kuruluş ve Görevlerine İlişkin Esaslar'ın 6. maddesinde Bankanın amacının ihracatın geliştirilmesi, ihraç edilen mal ve hizmetlerin çeşitlendirilmesi, ihraç mallarına yeni pazarlar kazandırılması, ihracatçıların uluslararası ticarete paylarının artırılması, girişimlerinde gerekli desteğin sağlanması, ihracatçıları ve yurt dışında faaliyet gösteren müteahhitler ve yatırımcılara uluslararası piyasalarda rekabet gücü ve güvence sağlanması, yurt dışında yapılacak yatırımlar ile ihracat amacına yönelik yatırım malları üretim ve satışının desteklenerek teşvik edilmesi olduğu belirtilmiştir.

12. Dış ticaret işlemlerinin finansmanına devlet destekli kuruluşlarca katkı sunulması, hem gelişmiş hem de gelişmekte olan ülkelerin önemli ekonomi politikası araçlarından birisidir. Nitekim ticari bankalar genellikle iç ticareti finanse ederken daha karmaşık ve riskli bir alan olan dış ticaretin finansmanında ihtisaslaşmış kamu bankalarına ihtiyaç duyulmaktadır. Banka da bu ihtiyacı karşılamak üzere kamu sermayesiyle kurulmuştur.

13. Bu itibarla dış ticarete ihtisaslaşmış bir kamu bankası niteliğinde olan Banka ihracata yönelik sanayileşmeyi, ihraç ürünlerinin niteliğinin artırılmasını, daha fazla pazara daha yüksek çeşitlilikte ürünler satılmasını, stratejik addedilen pazarlara giriş imkânını, pazar paylarının artırılmasını ve dış ticaret işlemlerinin güven içinde yürütülmesini sağlamak amacıyla faaliyet göstermektedir.

14. Bankanın belirtilen amaçları gerçekleştirmeye yönelik yerine getirdiği faaliyetler, ihracat sektörüne uygun maliyetlerle finansman imkânı sağlayacak ve rekabet gücü kazandıracak ihracat kredi desteği sağlamak, yurt içi ve yurt dışı finansman kurumlarının bu faaliyetlerin finansmanına katılımlarını artırmak ve bu kurumların finansmanında aktif rol oynamalarını sağlayabilmek için garantiler vermek ve mal ve hizmet ihracından doğan alacakları ticari ve politik risklere karşı sigorta etmek olarak üç ana başlık altında toplanmaktadır.

15. Banka anılan faaliyetleri yerine getirirken mal ve hizmet alımında bulunmak durumundadır. Buna göre bankacılık faaliyetleri gereği kullanılan ve genellikle uluslararası tedarikçilerden sağlanan veri terminali, bağımsız denetim hizmeti, Bankanın uluslararası krediler kapsamında yabancı ülkelerde sağladığı kredilerin sözleşme ve takibi için yabancı kuruluşlardan alması gereken danışmanlık hizmeti, kredi ve sigorta müşterilerinin analiz çalışmaları için başvurması gereken yabancı yayın ve veri tabanı üyelikleri ve bilgi sistemleri alımlarına ilişkin mal ve hizmet alımları sırasında işin doğası gereği 4734 sayılı Kanun'da belirtilenden farklı bir usulün

uygulanması gerekebilmektedir. Özellikle uluslararası tedarikçilere ulaşma ve bunlardan mal ve hizmet alımı konusunda 4734 sayılı Kanun'un öngördüğü usule bağlı kalınmasının mal ve hizmet alımında gecikmelerin yaşanmasına, bu durumun ise rekabetin yoğun olduğu ve hızlı hareket edilmesi gereken dış ticaret piyasasına ilişkin Bankanın faaliyetlerinin aksamasına neden olabilecektir.

16. Kuralın gerekçesinde de “*Türkiye’de ihracatı finansman yolu ile destekleyen tek resmi kuruluş olan Türkiye İhracat Kredi Bankası Anonim Şirketinin, diğer uluslararası ihracat kredi kuruluşlarıyla dış piyasada rekabet gücünü artırarak değişen ve gelişen dünya ticaretinden Türkiye’nin daha fazla pay alabilmesini sağlamak için diğer kamu bankalarına hâlihazırda tanınan istisna ve muafiyetlere sahip olması ve bu suretle ihracata ayırdığı kaynakların vergi yükümlülükleri ile daralmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.*” denilmektedir.

17. Bu itibarla dış ticareti geliştirmek ve ihracatı artırmak için bu alanda faaliyet gösteren firmalara finansman sağlamak amacıyla kurulan Bankanın rekabet gücünün yüksek olması ve çoğunlukla özel sektör firmalarının faaliyet gösterdiği bu alanda hızlı hareket edebilmesi gerekliliği açıktır. Bu çerçevede Bankanın dış ticaret işlemlerine yönelik olarak ulusal ve uluslararası alanda faaliyet gösteren firmalardan mal ve hizmet alımlarının gecikmeden yapılması önem arz etmektedir. Buna göre Türkiye’de ihracatı finansman yolu ile destekleyen tek resmî kuruluş olan Bankanın, dış piyasada rekabet gücünü artırmak ve uluslararası piyasada kısıtlı zaman diliminde ivedilikle hareket edilmesi gerektiği gözönünde bulundurularak ihtiyaçlarının uygun kalitede ve zamanında karşılanmasını sağlamak amacıyla 4734 sayılı Kanun’dan istisna tutulmasını öngören dava konusu kuralın belirtilen amaçlara hizmet etmediği söylenemez.

18. Bunun yanı sıra idarelerin satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlerine ilişkin harcama gerektirmeyen ihalelerin usulünü düzenleyen 2886 sayılı Kanun hükümlerinin Banka hakkında uygulanmayacağını öngören kuralın da özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirket olan Bankanın özel sektörle rekabet etme amaçları doğrultusunda sayılan iş ve işlemlerinin daha kısa ve verimli bir süreç içinde gerçekleştirilmesi amacına hizmet ettiği anlaşılmaktadır.

19. Öte yandan 4734 sayılı Kanun’da düzenlenen şikâyet ve itirazın şikâyet usulü, bu Kanun kapsamına giren ihaleler yönünden uygulanması öngörülen özel idari başvuru yolu niteliğinde olup bu usulün varlığı diğer ihaleler yönünden idari ve yargısal başvuru yollarının kapatıldığı anlamına gelmemektedir (AYM, E.2017/33, K.2019/20, 10/4/2019, § 104). Bu itibarla Banka tarafından gerçekleştirilen ve 2886 sayılı Kanun ile 4734 sayılı Kanun kapsamına girmeyen ihalelerdeki hukuka aykırılıkların genel hükümler çerçevesinde idari ve yargısal başvurulara konu edilmesi mümkündür.

20. Belirtilen hususlar gözetildiğinde, Bankanın faaliyet ve görev alanı kapsamında satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlemlerinde 2886 sayılı Kanun hükümlerinin, mal ve hizmet alımlarına ilişkin ihalelerde ise 4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin dava konusu kurallarda kamu yararı amacı dışında bir amaç güdüldüğü saptanamadığından kurallar anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kalmaktadır.

21. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa’nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, M. Emin KUZ ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralların Anayasa'nın 5., 7., 10., 13., 35., 36., 40., 48., 90., 123., 125. ve 167. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

22. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralların uygulanmaları hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğabileceği belirtilerek yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

4/11/2021 tarihli ve 7341 sayılı Türkiye İhracatçılar Meclisi ile İhracatçı Birliklerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesiyle 25/3/1987 tarihli ve 3332 sayılı Sermaye Piyasasının Teşviki, Sermayenin Tabana Yaygınlaştırılması ve Ekonomiyi Düzenlemede Alınacak Tedbirler ile 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu ve 3182 Sayılı Bankalar Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen birinci cümlesinde yer alan "...8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu,..." ve "...yapım ihaleleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu,..." ibarelerine yönelik iptal talepleri 1/6/2022 tarihli ve E.2021/132, K.2022/69 sayılı kararla reddedildiğinden bu ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE 1/6/2022 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

4/11/2021 tarihli ve 7341 sayılı Türkiye İhracatçılar Meclisi ile İhracatçı Birliklerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesiyle 25/3/1987 tarihli ve 3332 sayılı Sermaye Piyasasının Teşviki, Sermayenin Tabana Yaygınlaştırılması ve Ekonomiyi Düzenlemede Alınacak Tedbirler ile 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu ve 3182 Sayılı Bankalar Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen birinci cümlesinde yer alan "...8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu,..." ve "...yapım ihaleleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu,..." ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, M. Emin KUZ ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA 1/6/2022 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

Üye
İrfan FİDAN

Üye
Kenan YAŞAR

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 3332 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının, 4/1/2021 tarihli ve 7341 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle değiştirilen, birinci cümlesinde yer alan "... 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu,..." ve "...yapım ihaleleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu..." ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir.

2. Dava konusu ibarelerin içinde bulunduğu cümlede İhracat Kredi Bankası Anonim Şirketi/Türk Eximbank (Banka) için uygulanmayacak kanunlar arasında 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile (yapım ihaleleri hariç) 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu da sayılmıştır. Buna göre, Banka tarafından yapılan mal ve hizmet alımlarına ilişkin ihalelerde 4734 sayılı Kanun; satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri aynı hak tesisi işlemlerinde ise 2886 sayılı Kanun uygulanmayacaktır.

3. Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti kanunların açık, net, anlaşılabilir ve muhatapları açısından öngörülebilir olmasını gerektirmektedir. Hukuki belirlilik bilhassa idarenin keyfî işlemleri karşısında bireylere hukuk güvenliği sağlamak bakımından önemlidir.

4. Çoğunluk tarafından da belirtildiği üzere kamu ihalelerinde mutlaka 2886 ve 4734 sayılı kanunların uygulanmasını zorunlu kılan bir anayasal hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle kanun koyucu, şeffaflık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik ve kamuoyu denetimi gibi ilkeleri dikkate alan farklı ihale usulleri belirleme noktasında takdir yetkisine sahiptir (§ 8). Aynı şekilde, sermayesinin tamamı Hazineye ait, kamu tüzel kişiliğine sahip ancak özel hukuk hükümlerine tâbi bir anonim şirket olan Banka'nın rekabet gücünün yüksek olması, hızlı hareket edebilmesi ve bu anlamda ihalelerin süratle yapılması gerektiği, dolayısıyla anılan kanunlardan muaf tutulmasının kamu yararına yönelik olduğu da söylenebilir.

5. Bununla birlikte, kuralların anayasallık denetiminde değerlendirilmesi gereken asıl mesele, sermayesinin tamamı Hazineye ait bir kamu tüzel kişisi olan Banka'nın *hangi usul ve esaslar çerçevesinde* ihale yapacağı, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağına belirli olup olmadığıdır. 2886 ve 4734 sayılı kanunların uygulanmayacak olması bakımından bir belirsizlik söz konusu değildir. Lakin hangi yasal hükümlerin uygulanacağı hususu belirli değildir. Başka bir ifadeyle Anayasa'ya aykırılık, iptali istenen ibarelerle Banka'nın Devlet

İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu'ndan muaf tutulmasından değil, hangi kanun hükümlerine tâbi olacağı belli olmamasından kaynaklanmaktadır.

6. Diğer yandan, çoğunluk görüşüne göre Banka tarafından gerçekleştirilen ve söz konusu kanunlara tâbi olmayan ihalelerdeki hukuka aykırılıklar genel hükümler çerçevesinde idari ve yargısal başvurulara konu edilebilmektedir (§ 19). Böylesi bir denetim teorik olarak mümkün olmakla birlikte, yürürlükteki ihale kanunlarından muaf olan ve daha önemlisi tâbi olacağı bir kanun hükmü de bulunmayan bir kurumun ihale işlemlerinin yargısal denetiminin etkili olabileceğini söylemek zordur.

7. Kuşkusuz Banka'nın kendi belirlediği usul ve esaslar çerçevesinde ihalelerini gerçekleştirebileceği söylenebilir. Ancak bunun için de ihaleye dair şartların, temel ilke ve esasların kanunla belirlenmesi gerekir. Bu yapılmadan, ihaleye ilişkin her türlü düzenleme yapma yetkisinin idareye bırakılması Anayasa'nın 7. maddesinde korunan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

8. Açıklanan gerekçelerle dava konusu ibarelerin Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiğini düşündüğümden çoğunluğun red yönündeki kararına katılmıyorum.

Başkan

Zühtü ARSLAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. İncelenen kural ile söz konusu kamu bankası Kamu İhale Kanunundan muaf tutulmaktadır. Öncelikle, kamu harcamalarının ve hizmet ve mal alımlarının düzenlendiği ihale mevzuatının bu alanda olması gereken rekabet, saydamlık, kamu kaynağının verimli kullanılması, eşitlik, öngörülebilirlik ilkelerini güvenceye bağladığı ifade edilmelidir. Esasen belirtilen ilkeler hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkelerinin bir gereği ve yansıması mahiyetindedir.

2. Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesi düzenlenmiştir. Hukuk devleti; "eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuk devletinin temel unsurlarından biri *belirlilik* ilkesidir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarına göre anılan ilke, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olmasını gerektirmektedir. Belirlilik ilkesi hukuksal güvenlikle bağlantılı olup bireyin kanundan belirli bir kesinlik içinde hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır." (AYM, E.2019/96, K.2022/17, 24/02/2022, par. 45).

3. Hukuk devletinin temel unsurlarından biri hukukla bağlı ve sınırlı olmak ise diğeri de hukuk güvenliği ve belirlilik ilkeleridir. Hukukla bağlı devlet ilkesinin gereği olarak kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve kamu harcamalarının yapılmasına ilişkin kuralların açık ve belirli olması ve yönetilenler tarafından bilinmesi, demokrasi ilkesiyle de bağlantılı olarak şeffaflığı,

denetlenebilirliği, hesap verilebilirliği sağlayacaktır. Öte yandan bütçe hakkı kapsamında yasama organınca yürütme organına verilen kamu kaynaklarını harcama yetkisinin gereği olan mal ve hizmet alımlarına ilişkin idari faaliyetlerin bir kuralının olmaması düşünülemez. Kamu idarelerinin mal ve hizmet alımlarında kamu kaynağının verimli kullanılması, eşitlik, rekabet ve saydamlık ilkeleriyle bağlı olması bütçe hakkının bir gereği olduğu gibi, bu ilkeler aynı zamanda hukuk devletinin ve demokratik devletin de gereklerindedir. Diğer yandan söz konusu ihalelere girecek olan ticari işletmeler ve kişiler yönünden de eşit ve rekabetçi koşulların varlığı, dolayısıyla ihaleye ilişkin ilke ve kuralların öngörülebilir olması, hukuk güvenliğinin sağlanması da hukuk devleti ilkesinin bir zorunluluğudur.

4. Bununla birlikte anayasal anlamda devletin mutlaka kamu ihalelerine ilişkin genel bir düzenleme yapması ve bunu istisnasız uygulaması zorunluluğundan söz edilemez. Elbette bazı kamusal faaliyetlerin özelliği gereği gizliliğin veya özel bir usulün öngörülmesini gerektirebileceği söylenebilir. Fakat her durumda kamu harcamalarında gözetilmesi gereken yüksek kamusal yararı ve belirtilen ilkeleri meczeden belirli ve öngörülebilir istisnai bir usulün ya da usullerin kanunla düzenlenmesi hukuk devleti ilkesinin bir gereği olacaktır. Bu anlamda daha önce genel ihale kanunu kapsamına alınmış olan bir kuruma muafiyet getirilmekteyse, hangi istisnai usulün uygulanacağını düzenlenmesi evleviyetle de hukuk devleti ilkesinin bir gereği olmalıdır. Buna karşın incelenen kuralda ihale kanunundan istisna tutulmakla birlikte herhangi başka bir usul de düzenlenmemektedir. Bu durumda istisna getirilen alanlara ilişkin ihalelerde rekabet, saydamlık, kamu kaynağının verimli kullanılması, eşitlik, öngörülebilirlik ilkelerinin güvenceye alındığı söylenemeyecek, konu kolayca değiştirilebilecek ve keyfiliğe zemin oluşturabilecek ikincil mevzuat ya da uygulamalara tabi kılınmış olunacaktır. Bu durumun hukuk devleti ve demokrasi ilkesiyle bağdaşır olduğu söylenemez. Belirtilen hukuki gerekçelerle kuralın iptal edilmesi gerektiği düşüncesindeyim.

Başkanvekili

Hasan Tahsin
GÖKCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Dava konusu kurallar Türkiye İhracat Kredi Bankası Anonim Şirketi/Türk Eximbank'ı yapım ihaleleri hariç 4734 sayılı Kanun'dan ve 2886 sayılı Kanun'dan muaf tutmaktadır.

2. Mahkememizin yerleşik içtihadına göre Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti; *"eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir"*. (AYM, E. 2018/119, K.2020/25, 11/06/2020, § 31).

3. Hukuk devleti ilkesi kamu tarafından gerçekleştirilen harcamaların eşit muamele, rekabet, kamusal denetime açık olma ve saydamlık gibi ilkelere uygun yapılmasını da kapsamaktadır. İstihbari hizmetler, mücbir sebepler veya olağanüstü haller gibi daha üstün bir kamu yararının var olduğu durumlar hariç bu ilkelere bir hukuk devletinde uyulması gerekir. Belirtilen istisnai durumlar söz konusu olmaksızın Türk Eximbank'ı mal ve hizmet alımlarına ilişkin ihalelerde 4734 sayılı

Esas Sayısı : 2021/132
Karar Sayısı : 2022/69

Kanun ile satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlemlerinde 2886 Kanun hükümlerin uygulanmasından muaf tutan dava konusu kurallar 2886 ve 4734 sayılı kanunlarda öngörülen saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik ve kamusal denetim usullerini devre dışı bırakmakta ve benzeri başka usuller de öngörmemektedir. Bu durum da idareye son derece geniş ve neredeyse denetime tabi olmayan bir alan bırakarak keyfi ve kamu yararı içermeyen davranış ve uygulamalara zemin hazırlayabilir.

4. Anılan gerekçelerle kuralın Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı düşmesi nedeniyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye

Engin
YILDIRIM

KARŞIOY GEREKÇESİ

3332 sayılı Kanununun 4. maddesinin birinci fıkrasının değişik birinci cümlesindeki "...8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu,..." ve "...yapım ihaleleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu,..." ibarelerinin Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal talebinin reddine karar verilmiştir.

Çoğunluğun red kararının gerekçesinde; Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin anlamı belirtilerek, kamu ihalelerinde 2886 ve 4734 sayılı Kanunların uygulanmasını zorunlu kılan bir anayasal kural bulunmadığı ve kanun koyucunun farklı ihale usulleri benimseyebileceği, ancak anılan kanunlarda belirlenen usullerin dışına çıkılırken hukuk devleti ilkesinin gereği olan kamu yararı amacının gözetilmesi gerektiği, Türkiye İhracat Kredi Bankasının faaliyetlerinin yoğun rekabet bulunan ve hızlı hareket edilmesi gereken dış ticaret piyasasıyla ilgili olması sebebiyle anılan Kanunlarda öngörülen usullere bağlı kalınmasının bu faaliyetlerin aksamasına yol açabileceği, Bankanın ihalelerinde karşılaşılacak hukuka aykırılıkların genel hükümlere göre idarî ve yargısal başvurulara konu edilmesinin de mümkün olduğu, dava konusu kuralda kamu yararı amacı dışında bir amaç güdüldüğünün söylenemeyeceği ve kuralın kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kaldığı, dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmadığı ifade edilerek red sonucuna ulaşılmıştır.

Dava konusu kural, adı geçen Bankanın 2886 sayılı Kanun ile yapım ihaleleri hariç olmak üzere 4734 sayılı Kanun hükümlerine tâbi olmadığını hükme bağlamaktadır. Bu sebeple, kararda da belirtildiği üzere Banka hakkında; satım, kira, trampa ve mülkiyet dışındaki aynî hak tesisi işlemlerinde 2886 sayılı Kanun, mal ve hizmet alımlarına ilişkin ihalelerde ise 4734 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacaktır.

İncelenen kuralın madde gerekçesinde ve çoğunluğun red gerekçesinde yer verilen ve Bankanın amacı ile bu amacı gerçekleştirmeye yönelik olarak yürüttüğü faaliyetlerin 2886 ve 4734 sayılı Kanunlarda öngörülen usullerden ayrılmasını gerektirdiği, aksi takdirde Bankanın rekabetin yoğun olduğu, hızlı hareket edilmesi gereken dış ticaret piyasasındaki faaliyetlerinin aksayabileceği ve özel sektörle rekabet etme konusunda sıkıntı çekebileceği yönündeki açıklamaların haklı olduğu kabul edilebilirse de, sermayesinin tamamı Hazineye ait olan ve kamu tüzelkişiliği bulunan

Esas Sayısı : 2021/132
Karar Sayısı : 2022/69

Bankanın ihaleleri bakımından uygulanacak usul ve esasları tamamen belirsiz hâle getiren düzenlemeyle ilgili olarak çoğunluğun ulaştığı red sonucuna katılmak mümkündür.

Öncelikle, Bankanın amaçlarının ve faaliyetlerinin, 2886 ve 4734 sayılı Kanunlardaki hükümlere tâbi olmamasını gerektirdiği yönündeki mezkûr gerekçelerin, sermayesinin tamamı Hazineye ait bir kamu bankası olan bu kuruluşun söz konusu işlemlerinde hiçbir usul ve esasa bağlı olmamasının nedenlerini açıklamadığını belirtmek gerekir.

Başka bir ifadeyle, red kararının gerekçesinde sayılan mal ve hizmet alımlarına ilişkin ihaleler konusunda 4734 sayılı Kanunda öngörülen usullere bağlı kalınmasının yol açabileceği sorunlara ilişkin açıklamalar (bkz. § 15), bir kamu tüzelkişiliği olan ve doğal olarak kamu kaynaklarını kullanan Bankanın anılan Kanunlarda öngörülenler yerine hangi usullere ve ilkelere tâbi olacağı konusunda oluşan boşluğu izah etmemektedir.

Bu tür kuruluşlara, amaçları doğrultusunda bir esneklik tanınmasında fayda, hatta bazı hâllerde zorunluluk olduğunda şüphe bulunmamakla birlikte, bunun hiçbir usul ve esasa bağlı olmadan faaliyette bulunabilme imkânı tanınması anlamına gelmediği açıktır.

Bilindiği gibi, Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesi, yönetilenler gibi yönetenlerin de hukuka bağlı olmasını; ayrıca yapılacak kanunî düzenlemelerde sadece kamu yararı amacının gözetilmesini değil, diğer şartlarla birlikte belirlilik ilkesine uyulmasını da gerektirir.

Hukuk devletinin temel unsurlarından biri olan belirlilik ilkesi ise, kanunî düzenlemelerin herkes yönünden herhangi bir tereddüte ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık, net, anlaşılır, nesnel ve sınırlarının belirli olmasını, ayrıca keyfiliğe yol açmayacak bir içeriğinin bulunmasını; hukukî güvenlik ilkesiyle bağlantılı olarak da normların öngörülebilir olmasını ve kanunda belirli bir kesinlik içinde hangi somut olgulara hangi sonuçların bağlandığının görülebilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu ilke yasama organının takdir yetkisini hukuk devleti ilkesine uygun şekilde, anayasal sınırlar içinde kullanıp kullanmadığının belirlenmesi bakımından da önem taşımaktadır (geniş açıklama için bkz. 3/6/2021 tarihli ve E.2020/9, K.2021/37 sayılı karara ilişkin karşıoy gerekçem).

Bu ilke uyarınca kanun hükümleri, yukarıda belirtildiği gibi muhtemel muhatapları başta olmak üzere bütün ilgililerin, bir işlem veya fiilin belirli şartlarda ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak ve kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına imkân tanımayacak şekilde düzenlenmeli ve idareye verilen takdir yetkisinin kapsamı ve uygulama usulü açık olarak belirlenmelidir.

Yukarıda belirtilen karşıoy gerekçemde de ifade edildiği üzere, kanunî düzenlemelerde, mezkûr ilkelere ilişkin şartların aranması, bu ilkelere uygun bir düzenleme yapılmadığı takdirde bunlara dayanılarak mutlaka keyfi ikincil düzenlemeler veya bireysel işlemler yapılacağı anlamına gelmediği gibi kanun hükmündeki belirsizlik hukukî güvenlik ilkesiyle bağdaşmayan sonuçlar da doğurmayabilir. Ancak Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesinin gereği olan bu ilkeler, Anayasaya uygunluk denetiminde, uygulamadan ve kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan düzenleyici idarî işlemlerden veya bireysel hukukî tasarruflardan bağımsız olarak, sadece kanun hükmü üzerinden değerlendirilir ve bu değerlendirmeye göre mezkûr işlemlerin dayanacağı, muhataplarınca öngörülebilir bir normun bulunup bulunmadığı tespit edilir.

Mal ve hizmet alımı gibi devlet harcamalarında 4734 sayılı Kanunun veya kamu mallarının satışı, kiralanması veya bunlar üzerinde aynı hak tesisi gibi konularda 2886 sayılı Kanunun uygulanmasını zorunlu kılan özel bir Anayasa hükmü bulunmamakla birlikte, hukuk devleti ilkesi, kamu kaynakları üzerinde yapılacak yukarıda belirtilen tasarruflarda ve bu kaynaklar kullanılarak

yapılacak diğer bütün harcamalarda olduğu gibi ihalelerde de şeffaflığın ve rekabetin sağlanmasını, güvenilirliği, katılımcılara eşit muamele yapılmasını ve kamuoyu denetimine imkân verilmesini, böylece kamu kaynaklarının kamu yararına uygun şekilde kullanılmasını gerektirir.

Daha üstün bir kamu yararının söz konusu olduğu bazı zorunlu hâllerde, yine bu ilkeler gözetilerek, yasama organı tarafından genel olarak belirlenen usul ve esasların dışına çıkılması mümkün olsa da, dava konusu kuralda herhangi bir şarta bağlı kılınmadan ve bunların yerine hangi usul ve esasların uygulanacağı belirlenmeden Bankaya sınırsız bir yetki tanınmıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere, bazı kuruluşlara zorunlu hâllerde ve istisnaî şartlarda bazı işlemler bakımından belli bir ölçüde esneklik sağlanması söz konusu olabilirse de yapılacak kanunî düzenlemenin konuyu öncekinden daha belirsiz hâle getirmemesi gerekir.

Mahkememizin birçok kararında, hiçbir usul ve esas öngörülmeden konunun alt düzenleyici işlemlerle düzenleneceğini belirten genel nitelikli yetkilendirme hükümlerinin bile yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi yanında belirlilik ilkesine aykırı bulunduğu dikkate alındığında, böyle bir hükme de yer verilmeden, sadece belirli usullerin uygulanmayacağını öngörülmesinin yeterli kabul edilmesi belirlilik ilkesine ilişkin içtihadımızla çelişmektedir.

Kısaca, incelenen kuralda veya Kanunun başka hükümlerinde yahut diğer kanunlarda konunun temel esasları herhangi bir tereddüte yer vermeyecek şekilde ve belli bir kesinlik içinde açık, net, anlaşılır ve nesnel olarak düzenlenmeden Bankaya çok geniş ve ölçsüz bir takdir alanı bırakıldığından, kural yorum ve değerlendirme farklılıklarına bağlı olarak keyfî uygulamalara sebep olabilecek, başka bir ifadeyle yukarıda belirtilen ilkelere aykırılık oluşturacak nitelikte bir belirsizliğe yol açmıştır.

Diğer taraftan, çoğunluğun gerekçesinde, 2886 ve 4734 sayılı Kanunların kapsamına girmeyen ihalelerdeki hukuka aykırılıkların genel hükümler çerçevesinde idarî ve yargısal başvurulara konu edilmesinin mümkün olduğu belirtilmekte ise de belirlilik ilkesi, denetimde gözönünde bulundurulacak kriterlerin de belirlenmiş olmasını gerektirdiğinden bu ilkeye uyulmadan yapılan kanunî düzenlemeler, belirlilik ilkesinin temel amaçlarından birini oluşturan idarî ve yargısal denetimi imkânsız hâle getirir. Başka bir anlatımla, söz konusu belirsizlik bu tür düzenlemelere dayanılarak yapılacak idarî tasarruflar (incelenen kural bakımından da ihaleler) ile ilgili olarak idarî merciler ile yargı mercilerince etkin bir denetim gerçekleştirilmesini, böylece hukukî belirliliği sağlayacak mahkeme içtihatlarının oluşmasını da engeller.

İncelenen kuralla Bankanın anılan Kanunlara tâbi olmadan ihale yapabilmesi öngörülürken, bu işlemleri hangi usul ve esaslara göre yapacağı konusunda ilkeleri, sınırları ve şartları belirlenmemiş genişlikte bir takdir yetkisi tanındığı dikkate alındığında, söz konusu idarî ve yargı denetiminin etkili bir şekilde yapılması da, hukukî belirliliği sağlayabilecek mahkeme içtihatlarının ortaya çıkması da mümkün değildir.

Bu sebeplerle, dava konusu ibarenin Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun red kararına karşıyım.

Üye

M. Emin KUZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Mahkememiz çoğunluğunun 4/11/2021 tarihli ve 7341 sayılı Türkiye İhracatçılar Meclisi ile İhracatçı Birliklerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesiyle 25/3/1987 tarihli ve 3332 sayılı Sermaye Piyasasının Teşviki, Sermayenin Tabana Yaygınlaştırılması ve Ekonomiyi Düzenlemede Alınacak Tedbirler ile 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu ve 3182 Sayılı Bankalar Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen birinci cümlesinde yer alan "...8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu,..." ve "...yapım ihaleleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu,..." ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olmadığı şeklindeki kanaatine katılmamaktayım.

2. Dava konusu ibarelerle Bankanın faaliyet ve görev alanı kapsamında satış, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlemlerinde 2886 sayılı Kanun hükümlerinin; mal ve hizmet alımlarına ilişkin ihalelerde ise 4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı hüküm altına alınmaktadır. Mahkememiz çoğunluğu dava konusu kuralların Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olmadığı kanaatine ulaşmıştır.

3. Dış ticareti geliştirmek ve ihracatı artırmak amacıyla bu alanda faaliyet gösteren bir şirket olarak Türkiye İhracat Kredi Bankasının (Eximbank) 2886 sayılı Devlet İhale Kanunundan ve yapım ihaleleri hariç 4734 sayılı Kamu İhale Kanunundan muaf tutulması kamusal nitelikli kaynak kullanan kurum ve kuruluşların denetimi ile doğrudan ilgilidir.

4. Esasında çoğunluk kararında da ifade edildiği üzere dış ticarete ihtisaslaşmış bir kamu bankası niteliğinde olan Bankanın ihracata yönelik sanayileşmeyi, ihraç ürünlerinin niteliğinin artırılmasını, daha fazla pazara daha yüksek çeşitlilikte ürünler satılmasını, stratejik addedilen pazarlara giriş imkânını, pazar paylarının artırılmasını ve dış ticaret işlemlerinin güven içinde yürütülmesini sağlamak amacıyla faaliyette bulunmasında (§ 13) ülke ekonomisi yönüyle önemli yararlar bulunmaktadır. Bu bağlamda bir anonim şirket şeklinde kurulan Bankanın piyasa şartlarında daha rahat faaliyette bulunabilmesi amacıyla bazı esnekliklere tabi tutulması da gerekebilir.

5. Ancak burada dava konusu ibarelerin Anayasa'ya uygunluk denetiminde ön plana çıkan husus dava konusu kuralda olduğu şekilde Bankanın bazı kanunlardan muaf tutulması noktasında odaklanmaktadır. Esasında Bankanın 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'ndan ve yapım ihaleleri hariç 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan muaf tutulmasında tek başına bir Anayasa'ya aykırılıktan bahsedilmesi mümkün değildir. Zira bu biçimdeki Kanunlara tabi olacağına dair bir Anayasal zorunluluktan bahsedilemez.

6. Bununla birlikte buradaki temel sorun denetim noktasında kanunlardaki belirsizlikten ve daha da önemlisi kanun düzeyinde denetimle ilgili bir düzenlemenin yer almamasından kaynaklanmaktadır. Kanun koyucu Bankanın 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'ndan ve yapım ihaleleri hariç 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan muaf olduğunu belirtmiş ancak bu kurumun denetimine ilişkin hiçbir düzenlemeye yer vermemiştir.

7. Oysa Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak burada ortaya çıkan belirsizliğin kanun düzeyinde giderilmesi gerekmektedir. Zira Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadında ifade edildiği üzere Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti; eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan,

Esas Sayısı : 2021/132

Karar Sayısı : 2022/69

Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir (E.2018/119, K.2020/25, 11/06/2020, § 31).

8. Yine hukuk devleti ilkesi bağlamındaki belirlilik ilkesi gereğince kanun hükümlerinin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması gerekmektedir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, kanundan belirli bir kesinlik içinde hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır (E.2019/35, K.2019/53, 26/6/2019, § 15).

9. Bu nedenle dava konusu kuralda kanun koyucunun Bankayı 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'ndan ve yapım ihaleleri hariç 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan muaf tutarken faaliyetlerinin ne şekilde denetleneceğine dair herhangi bir kanuni düzenlemeye yer vermemiş olması kuralı Anayasa'ya aykırı hale getirmektedir. Zira bu biçimdeki konuların Anayasa'nın 2. maddesindeki belirlilik ilkesi gereğince ilk elden kanunla düzenlenmesi bir zorunluluktur.

10. Bankanın denetimine ilişkin tabi olacağı kuralların ve denetim sisteminin kanunla belirlenmeksizin tamamen idari işlemlerle gerçekleştirilmesi bu bağlamda Anayasa'nın 2. maddesindeki belirlilik ilkesinin öngördüğü standardı sağlayamaz. Bu konuya ilişkin temel esaslar öncelikle kanunla düzenlenmek durumundadır.

11. Bunun içindir ki kamusal kaynak kullanan Bankanın faaliyetlerinde kanun koyucu tarafından rekabet, eşit muamele, hesap verebilirlik, şeffaflık, kamuoyu denetimi ve benzeri denetim imkanını gösteren usullere yer veren bir kanun hükmü olmaksızın dava konusu ibarelerle muafiyetler getirilmesi kuralı Anayasa'nın 2. maddesine aykırı hale getirmektedir.

12. Yukarıda sıralanan nedenlerle dava konusu ibarelerin Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğundan iptali gerektiği kanaatinde olduğumdan çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmamaktayım.

Üye

Yusuf Şevki
HAKYEMEZ