

“... ”

1) 11.03.2021 tarihli ve 7297 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle 08.06.1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'a eklenen Geçici Madde 4'ün Anayasa'ya aykırılığı

7297 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle 08.06.1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'a Geçici Madde 4 eklenmiştir. Eklenen maddeye göre 15.03.2020 tarihinden sonra ihalesi yapılmış ancak bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte (7297 sayılı Kanun'un 11. maddesinin delaletiyle 20.03.2021 tarihinde) henüz uygulama sözleşmesi imzalanmamış, yurt dışından finanse edilmesi planlanan yap-işlet-devret projeleri kapsamında, 3996 sayılı Kanun'un “Kredi Üstlenimi” başlıklı 11/A maddesi uyarınca Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'na bağlı özel bütçeli kamu idareleri tarafından imzalanacak borç üstlenim anlaşmalarına, ilgili idarenin borç üstlenim anlaşmasından kaynaklanan yükümlülüklerinin yerine getirilmesini sağlayacak şekilde, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetimin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un “Yetki” başlıklı 4. maddesi ile “Borç Üstlenimi” başlıklı 8/A maddesi hükümlerine tabi olmaksızın, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı da taraf olabilecektir. Ancak söz konusu madde, Anayasa'ya aykırıdır.

Kamu hizmetlerinin idare tarafından özel kişilere gördürülme yöntemleri arasında sayılan yap işlet devret usulü projelerinde uygulanan hukuki işlem silsilesi; genel olarak idari kararın alınması ve idarenin tasdiki ile başlar; şartname hazırlanması, ilan, ihale komisyonunun teşkili aşamalarıyla devam eder; nihayetinde ihaleyi kazanan görevli şirket ile idare arasında sözleşme (örneğin uygulama sözleşmesi) akdedilir. İptali talep edilen madde de ihalesi yapılmış ve fakat uygulama sözleşmesi imzalanmamış projelere ilişkindir. Diğer bir deyişle 15.03.2020 tarihinden sonra ihalesi yapılmış ancak bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte (7297 sayılı Kanun'un 11. maddesinin delaletiyle 20.03.2021 tarihinde) henüz uygulama sözleşmesi imzalanmamış, yurt dışından finanse edilmesi planlanan yap-işlet-devret projeleri için bu geçici madde ihdas edilmiştir. Kanun koyucu, iptali talep edilen maddenin gerekçesinde Covid-19 pandemisinin ülkemizde ilk kez 11.03.2020 tarihinde görülmesine işaret ederek; anılan maddenin uygulama alanını, 15.03.2020 tarihini esas alarak belirlemiştir. Söz konusu yap-işlet-devret projelerinin neler olduğu (söz gelimi otoyol yapımı-işletilmesi-bakımının konusunu oluşturduğu ulaşımaya yönelik kamu hizmetinin gördürülmesine ilişkin yap işlet devret projeleri), Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın garantör / kefil olacağı meblağ ve diğer akdi unsurlar, kanun koyucu tarafından hukuk devleti ilkesinin belirlilik (şeffaflık) unsuru gereğince ortaya konulmamıştır. Bu durum, Anayasa'nın şu hükümlerine aykırıdır:

a) Geçmişe Yürümezlik İlkesi ve Genel İlkesi Bakımından

Yasaların geçmişe yürümezliği ilkesi, hukukun genel ilkesidir. Fuller'in, kanun koyucunun kanun yaparken uyması gerektiğini belirttiği sekiz temel ilkenin biri, geçmişe yürümezlik ilkesidir. Ona göre; “Hukukun davranışa rehber olabilmesi için bu ilke, açık bir gerekliliktir. Vatandaşların davranışları henüz var olmayan kurullarla yönlendirilemez. Bununla birlikte politikacılar için geçmişe yürür yasa yapma, hataları düzeltmek ve hukuku kendi çıkarları için kullanmaları açısından ideal bir araçtır...” Bir diğer temel ilke, kanunların genelliği ilkesidir.

“Buradaki temel mesaj, belirli durumları amaçlayan çok detaylı kurallardan kaçınmamız gerektiğidir... yani tek durum için kural koyma. Bu tür kural koyma, hukuku çok karmaşık ve kolayca tutarsız hale getirebilir...”¹

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

Ne var ki iptali talep edilen maddenin uygulama alanı, ihalesi geçmiş bir tarihte (15.03.2020 tarihinden sonra) yapılmış yap işlet devret projelerini kapsamaktadır. Diğer bir deyişle kanun koyucu, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın geçmiş tarihteki projeler bakımından borç üstlenim anlaşmasına taraf olabileceğini hüküm altına alarak; kanunu, makabline şamil kılmıştır. Öte yandan genellik ilkesinin aksine bir geçici madde ihdası ile belli projeler bakımından garanti / kefalet getirilmekte, borç üstlenim mevzuatı karmaşıklaştırılmaktadır. Üstelik kanun hükmünün geriye yürütülmesini ve genellik ilkesine istisna teşkil etmesini haklı kılacak bir neden de bulunmamaktadır. Bir başka deyişle; yasa koyucunun, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan hukuk güvenliğinin kural olarak kendisine yüklediği yasaların geriye yürütülme kuralından, Anayasa Mahkemesi'nin çerçevelediği istisnalar bağlamında ayrılmasını mümkün kılan herhangi bir somut, meşru ve haklı bir neden bulunmamaktadır. Aksine; iptali talep edilen madde, ihaleye istekli adaylar arasında eşitsizlik yaratmakta, mameleklerini artırma haklarını ve sözleşme özgürlüklerini ihlal etmekte ve rekabet ortamının oluşmasına engel teşkil etmektedir. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen madde, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

b) Anayasa'nın 2., 5., 35., 48 ve 167. Maddeleri Bakımından

İktisadi özgürlük, çoğulcu demokratik rejimin piyasa ekonomisi ayağını oluşturup, girişim özgürlüğü de, sosyal devlet gerekleri ile çelişmemek kaydıyla, anayasal hak ve özgürlüklerin tabi olduğu kayıtlamalar kadar, onların güvencelerinden de yararlanır. Bu nedenle Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'na tevdi edilen sayılı borç üstlenim anlaşmalarına taraf olma yetkisini, Anayasa'nın sosyal devlet ilkesini barındıran 2. maddesi; devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen 5. maddesi; herkese mülkiyet hakkı tanıyan 35. maddesi; sözleşme hürriyetini tanıyan ve özel teşebbüslerin kurulmasına cevaz veren 48. maddesi ve Devletin piyasaların denetleme görevini tanımlayan 167. maddesi bağlamında değerlendirmek gerekir. Devlet, Anayasa'nın 2., 5. ve 167. maddelerine dayanarak sosyal refah devleti ilkesini gerçekleştirmek için piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirler alırken; Anayasa'nın 35. ve 48. maddeleri gereğince özel teşebbüslerin varlığını, sözleşme hürriyetini ve mülkiyet haklarını korumakla yükümlüdür. O halde Devletin piyasaları düzenleme ve denetleme yetkisi ile kişilerin temel hak ve hürriyetleri arasındaki hassas denge gözetilmelidir.

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

Diğer bir deyişle “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).

Ne var ki, ihaleye istekli adaylar, ihaleye teklif verme taleplerini, ihale aşamasında henüz var olmayan (ve iptali talep edilen) madde hükmüne göre (doğası gereği) yönlendiremeyeceği için; bu müteşebbisler bakımından rekabete dayalı piyasa ekonomisinin gerektirdiği bir ortamda teşebbüslerinin ihaleye katılma – akdi ilişkiye girme ve mülk edinme – mamelekini meşru bir beklentiye girerek arttırma özelinde somutlaşan hakları ihlal edilmiştir. Diğer bir deyişle ihale aşamasında şartnameye yönelik bir türden değişiklik getirerek görevli şirkete garanti / kefalet, kamuya mükellefiyet veren ve iptali talep edilen madde, ihalelerden önce yürürlüğe girmiş olsa idi; başka şirketler de bu maddenin sağladığı pazarlık gücüne (Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın ilave teminatına) istinaden yurtdışından kreditor bulup ihaleye katılabilir ve kamu hizmetine yönelik işletmeyi kurup elde edeceği gelire mamelekini arttırabilirdi. Böylelikle ihale aşamasında ihaleye istekli adaylar arasında rekabetin oluşturulması, kamu yararına en uygun fiyatın belirlenmesi ve tüketiciye / vatandaşa en düşük bedelin yansıtılması sağlanabilirdi. Zira ilgili sektörde rekabet serbestisinin kapalı olduğu bir ortamda artan proje maliyetleri, genelde Türkiye Cumhuriyeti ekonomisine özelde vatandaşa mali yük getirmekte, bireyin ve toplumun refah düzeyinin düşmesine neden olmaktadır. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen madde, Anayasa'nın 2., 5., 35., 48 ve 167. maddelerine aykırıdır.

c)Eşitlik İlkesi Bakımından

İptali talep edilen madde, hem belirli tip projeler için öngörüldüğünden diğer Bakanlıklara bağlı özel bütçeli kamu idarelerinin imzalayacağı borç üstlenim anlaşmaları bakımından hem de geçmişe yürütüldüğünden ihaleye istekli adaylar bakımından eşitsizlik yaratmaktadır. Diğer bir deyişle özel teşebbüslerin fırsat eşitliği içinde rekabet edebilmesi olanağı ortadan kaldırılmaktadır. Bu durumun Anayasal temeli, eşitlik ilkesi bağlamında teşebbüs hürriyetinde ve mülkiyet hakkındadır. Zira Devletin, özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasına yönelik tedbirleri almaya ilişkin pozitif yükümlülüğü vardır ve Devlet, bu pozitif yükümlülüğü her bir özel teşebbüs bakımından (benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunanlar için) eşit şekilde yerine getirir. Bir özel teşebbüs bakımından eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti de somut olayda “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır. Ancak iptali talep edilen madde ile kanunların geçmişe yürümezliği ve genelliği ilkelerinin aksine belirli tür projelerin kapsama alanı içinde bırakılması ve ihale şartnamesinde bir türden garanti / kefalet değişikliği yapılması ile hiçbir kayıtlama getirilmeksizin “olabilir” ibaresi kullanılmak suretiyle idareye (Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'na) borç üstlenim anlaşmasına taraf

olup olmama konusunda sınırsız takdir yetkisi verilmesi, nihayetinde aynı şartları sağlayan iki özel teşebbüs arasında idare tarafından kayırma / ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan madde, Anayasa'nın 10. ve 48. maddelerine aykırıdır. Başka bir anlatımla Devletin bir özel teşebbüs bakımından pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesini ve fakat diğerini gözetmemesini haklı kılacak bir nedenin temellendirilmesini sağlayacak objektif bir kıstas bulunmamaktadır. İptali talep edilen maddenin geçmişe yürütmesiyle ihaleye talip iki teşebbüs, eşitsiz bir uygulamayla karşı karşıya kalmış olacak ve piyasa ekonomisi istikrarlı bir biçimde işleyemeyecektir. Ayrıca iptali talep edilen madde; kamu yararı barındırmadan, idarenin düzenleyici işlemlerinin kanuni çerçevesini çizmeden, ayrımcı ve öngörülemez uygulamalara sebep olarak mameleki arttırmaya yönelik meşru beklenti özelinde somutlaşan mülkiyet hakkını ve teşebbüs hürriyetini sınırlandırdığından Anayasa'nın 13. maddesine de aykırıdır. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen madde, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

d) Kamu Yararı İlkesi Bakımından

Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur (Anayasa Mahkemesi'nin 17. 06. 2015 karar tarihli ve 2014/179 E.; 2015/54 K. sayılı Kararı). Ancak iptali talep edilen madde, kamu yararını haiz değildir.

Nitekim, yap işlet devret usulünün yasal dayanaklarından biri olan 3996 sayılı Kanun ile amaçlanan, “kamu kurum ve kuruluşlarının hizmet ve görev alanı içinde olup da ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren pek çok yatırım ve hizmetin bu usulle yaptırılması ve işletilmesi”² ise; iptali talep edilen maddeyle, 3996 sayılı Kanun'un “ratio legis”inin dışına çıkmış diğer bir deyişle kamu kaynaklarının, Hazine, Devlet bütçesinin üzerinde söz konusu projelerin finansman yükü ve riski (uzun süreli yükümlülükler) bırakılmış, borç üstlenim anlaşmalarına konu meblağın ekseriyetinin yabancı para cinsi üzerinden belirlenmesi, proje maliyetlerinin şeffaf bir biçimde oluşturulmaması nedeniyle Devlet tüzel kişiliği, artan döviz kuru gözetildiğinde fahiş miktarlarda bir türden borçlandırılmıştır. Nihayetinde ekonomik açıdan zararı karşılayacak olan, Türkiye Cumhuriyeti ekonomisi ve tüketici / vatandaşdır. Her ne kadar iptali talep edilen maddenin gerekçesinde Covid-19 pandemisi mücbir sebebiyle finansman temininde zorlanma ve buna yönelik ilave teminat gerekliliği ileri sürülse de; söz konusu yap işlet devret projeleri aşırı ifa güçsüzlüğü sebebiyle kısmen askıya alınabilir, sona erdirilebilir, sözleşme yeni koşullara uyarlanabilir, şirketler ile anlaşma yoluna gidilebilir ve kamuya uzun süreli borçlanma yüklenmeyebilirdi. Bir başka deyişle; “Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütmesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır” (Anayasa, m.48/2) hükmüne de uygun şekilde, kamusal ve özel çıkarlar arasında, devleti ölçsüz şekilde yükümlülük altına sokmayacak bir denge noktası kolaylıkla bulunabilirdi.

3996 sayılı Kanun'un “Kredi Üstlenimi” başlıklı 11/A maddesi:

“Görevli şirket ile yapılacak sözleşmede, sözleşmenin feshedilerek yatırım ve hizmetin süresinden önce ilgili idare tarafından devralınması hükmünün bulunması hâlinde, yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmiş kısmına tekabül eden yurt dışından sağlanan finansmanın ve varsa bu finansmanın teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali

2 Günday, Metin, İdare Hukuku, Ankara, İmaj Yayınevi, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş B. 10, 2013, s. 356.

yükümlülüklerin idare tarafından üstlenilmesine, gerçekleştirilmemiş yatırım ve hizmetlere ilişkin kısmının ise idarenin talebine bağlı olarak kullanılabilmesine ilişkin hükümlere yer verilebilir

Genel bütçe dışındaki kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklar ve mahalli idareler tarafından gerçekleştirilen yatırım ve hizmetlere yönelik sözleşmelerde sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınmasının öngörülmesi hâlinde, yatırım ve hizmetlerin finansmanı amacıyla temin edilen yurt dışından sağlanan finansmanı ve varsa bu finansmanın teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali yükümlülükleri üstlenmeye söz konusu idare yetkilidir. Bu idarenin, özel bütçe kapsamında olması hâlinde bu yükümlülüklerin ilgili idarenin bağlı olduğu Bakanlığın teklifi üzerine ilgili idare tarafından üstlenilmesine karar vermeye, üstlenime konu mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirlemeye ve teyit edilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemeye Cumhurbaşkanı yetkilidir.⁽¹⁾

Özel bütçeli kamu idareleri tarafından imzalanacak borç üstlenim anlaşmaları anlaşmada daha sonraki bir tarih kararlaştırılmadıysa imzalandıkları tarih itibarıyla yürürlüğe girer.

Hazine Müsteşarlığınca borç üstlenimi 28/3/2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 8/A maddesi çerçevesinde yürütülür.” şeklindedir.

Bu kapsamda, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı’na bağlı özel bütçeli kamu idareleri (Bunlar, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’na ekli (II) sayılı Cetvel gereğince Karayolları Genel Müdürlüğü ve Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü’dür.) tarafından imzalanacak borç üstlenim anlaşmalarına ilgili idarenin borç üstlenim anlaşmasından kaynaklanan yükümlülüklerinin yerine getirilmesini sağlayacak şekilde (kamu yararı olmaksızın) Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı da taraf olabilecektir. Bu anlaşmalar her ne kadar borç üstlenimi anlaşmaları olarak adlandırılrsa da hukuki mahiyeti ve hukuki neticesi itibarıyla bir kefalet / garanti sözleşmesinin (3. kişinin edimini taahhüt) sui generis- bir türevidir. Söz konusu borç üstlenim anlaşmalarının usulü ve esası, kanunla düzenlenerek; belli bir nizam içinde imzalanması sağlanmıştır. Nitekim bu nizamı temin eden hükümlerden ikisi, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’un “Yetki” başlıklı 4. maddesi ile “Borç Üstlenimi” başlıklı 8/A maddesidir.

4749 sayılı Kanun’un 4. maddesi:

“Madde 4 - Türkiye Cumhuriyeti adına Devlet iç borcu ve Devlet dış borcu almaya, Hazine geri ödeme garantisi, Hazine karşı garantisi vermeye ve verilen garantilerin şartlarında değişiklik yapmaya, dış finansman temini izni vermeye hibe almaya, dış finansman imkânlarını dış borcun devri, anlaşmanın mali şartlarına bağlı kalarak dış borcun ikrazı, dış borcun tahsisi yoluyla kullanılmaya ve yeni malî yükümlülük yaratmaya, bu borç ve yükümlülükler ile bunlardan kaynaklanan Hazine alacaklarını yönetmeye Bakan yetkilidir.

Bakan bu yetkisini ve bu Kanun ile kendisine verilen görevlerin yerine getirilmesine ilişkin yetkilerinden uygun gördüklerini ilgili bütçe yılında geçerli olmak üzere Bakan Yardımcısına devredebilir. Yetki devri, Bakanın sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.⁽⁵⁾

Ülkelerce oluşturulan birlikler, uluslararası ve bölgesel kuruluşlar ile akdedilen ekonomik ve malî anlaşmalar kapsamında doğan ekonomik ve malî nitelikteki hak ve yetkileri kullanmaya Bakan yetkilidir.

(Değişik dördüncü fıkra: 16/7/2008-5787/2 md.) Hazine yatırım garantisi ve Hazine ülke garantisi vermeye, verilen garantilerin şartlarında değişiklik yapmaya; borç ve hibe vermeye; gerçekleştirilmesi ivedi ve zaruri olan projeleri tespit etmeye ve gerektiğinde tespit edilen bu projelere Türkiye Cumhuriyeti adına sağlanan dış finansmanın anlaşmalardaki koşullarına bağlı kalmaksızın dış borcun ikrazı suretiyle kullanılmasına karar vermeye (...) ⁽²⁾ Cumhurbaşkanı yetkilidir. ⁽³⁾⁽⁴⁾⁽⁵⁾

(Ek fıkra: 16/7/2008-5787/2 md.) Genel yönetim kapsamındaki mahalli idareler ile bağlı kuruluşları ve iktisadi teşebbüslerinin yurtiçi piyasalarda yapacakları tahvil ihraçları Müsteşarlığın iznine tabidir. Bu iznin verilmesi Hazine garantisi sağlandığı anlamına gelmez. Söz konusu izin sürecine ilişkin usul ve esaslar Müsteşarlık tarafından hazırlanacak bir yönetmelikle belirlenir. Sermaye piyasası mevzuatı hükümleri saklıdır.

Müsteşarlık, 2 nci Maddede yer alan kuruluşların Hazinesinin herhangi bir suretle ilgili anlaşmalara taraf olmaksızın yaptığı borçlanmalarından hiç bir şekilde sorumlu tutulamaz.

(Ek fıkra: 26/12/2006-5568/1 md.) (Mülga cümle:17/1/2019-7161/33 md.) Kuruluş, ihale mevzuatı dahil olmak üzere projelerle ilgili olarak tâbi olduğu mevzuata uymakla yükümlü olup, dış finansman temini izni verilmiş olması kuruluşun bu husustaki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Teknik ve ekonomik açıdan yapılabilirliği de dahil olmak üzere proje ile ilgili her türlü sorumluluk tamamen ilgili kuruluşa aittir. Müsteşarlığın yetki ve sorumluluğu, talep edilen dış finansmanın sağlanması ve sonuçlandırılması ile sınırlıdır. (Ek cümle: 16/7/2008-5787/2 md.) (Mülga cümle:17/1/2019-7161/33 md.)

(Mülga fıkra: 16/7/2008-5787/2 md.)

(Ek fıkra: 13/6/2012-6327/31 md.; Mülga fıkra: 21/2/2013-6428/13 md.)”

şeklindedir. Maddenin lafzından anlaşılacağı üzere; borçlanma hususunda Hazine ve Maliye Bakanının asli yetkili olduğu, sayılı hallerde bu yetkinin Cumhurbaşkanına ait olduğu ve bunlara fer’i hükümler düzenlenmektedir.

4749 sayılı Kanun’un 8/A maddesi:

“Madde 8/A- (Ek: 21/2/2013-6428/13 md.) Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler tarafından 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun hükümlerine göre yap-işlet-devret modeli ile gerçekleştirilmesi planlanan ve tutarı asgari bir milyar Türk Lirası olması öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmeleri ile Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ve 25/8/2011 tarihli ve 652 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre yap-kirala-devret modeli ile gerçekleştirilmesi planlanan ve tutarı asgari beş yüz milyon Türk Lirası olması öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmelerinde, sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından

devralınmasının öngörülmesi hâlinde, söz konusu yatırım ve hizmetler için yurt dışından sağlanan finansmanın ve varsa bu finansmanın teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali yükümlülüklerin Müsteşarlık tarafından üstlenilmesine karar vermeye, üstlenime konu mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirlemeye ve teyit edilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemeye, Cumhurbaşkanı yetkilidir. Borç üstlenim anlaşmaları anlaşmada daha sonraki bir tarih kararlaştırılmadıysa imzalandıkları tarih itibarıyla yürürlüğe girer. Bu madde hükümlerine göre üstlenim öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmesi taslağında yer alan ve üstlenimi doğrudan ilgilendiren hükümler hakkında ihale şartnamesi yayımlanmadan ve ihale sonrasında sözleşme imzalanmadan önce Müsteşarlığın uygun görüşü alınır. Borç üstlenim taahhüdü kısmen veya tamamen verilebilir. Bu madde kapsamında mali yıl içinde taahhüt edilecek borç üstleniminin limiti, Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ile belirlenir. Söz konusu limiti bir katına kadar artırmaya Cumhurbaşkanı yetkilidir. Bu madde hükümleri ile Müsteşarlık tarafından gerçekleştirilen borç üstlenimi tutarları, proje yürütücüsü idarenin genel bütçeli olması hâlinde bağlı bulunduğu Bakanlığın, özel bütçeli olması hâlinde ise kendi bütçesine sermaye gideri olarak kaydedilir. Söz konusu giderin kaydı için gerekli olan ödenek ilgili idarenin mevcut sermaye giderleri ödeneği ile karşılanmaksızın doğrudan Maliye Bakanlığı bütçesinde yer alan yedek ödenek tertibinden karşılanır. Müsteşarlık tarafından gerçekleştirilen borç üstlenimi tutarları devlet dış borcu olarak kaydedilir ancak 5 inci maddenin birinci fıkrasında belirlenen limite dâhil edilmez. Kendisine dış borcun tahsisi yapılabilen idareler dışında kalan idarelerin yürüttüğü projelerden kaynaklanan borç üstlenimlerinde ilgili idare Müsteşarlığa üstlenilen tutarda borçlandırılır ve bu kapsamdaki Hazine alacaklarının vadesinde ödenmemesi durumunda 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Müsteşarlık borç üstlenimi kapsamında taraflardan her türlü bilgi ve belgeyi istemeye yetkilidir. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla ihale ilanına çıkmış olan projeler açısından uygulama sözleşmeleri taslağına ilişkin ihale öncesi Müsteşarlık görüşü, kısmi üstlenim taahhüdü ve borç üstlenim limiti hükümleri uygulanmaz. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelik ile düzenlenir.”

şeklinde. Maddenin lafzından anlaşılacağı üzere; genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler tarafından 3996 sayılı Kanun hükümlerine göre yap işlet devret modeli ile gerçekleştirilmesi planlanan ve tutarı asgari bir milyar Türk Lirası olması öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmeleri bakımından sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınmasının öngörülmesi halinde, söz konusu yatırım ve hizmetler için yurt dışından sağlanan finansmanın ve varsa bu finansmanın teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dahil olmak üzere mali yükümlülüklerinin üstlenilmesine ilişkin usul ve esaslar (söz gelimi uygun görüş verme, borç üstlenim limiti, sermaye gideri olarak kaydı) diğer bir deyişle borç üstleniminde kanuni kayıtlar düzenlenmiştir. Söz gelimi Anayasa Mahkemesi de borç üstlenim limiti bakımından getirilen sınırlamayı “Ayrıca, söz konusu 8/A maddesinde mali yıl içinde taahhüt edilecek borç üstlenimin limitinin Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ile belirleneceği belirtilerek, Hazine Müsteşarlığının ilgili mali yıl içerisinde taahhüt edebileceği borç üstlenimine bir sınırlama getirilmiş ve borç üstlenimi öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmesi taslağında yer alan ve üstlenimi doğrudan ilgilendiren hükümler hakkında ihale şartnamesi yayımlanmadan ve ihale sonrasında sözleşme imzalanmadan önce merkezi yönetim bütçesi için dış borçlanma yetkisine sahip tek kamu kuruluşu olan Hazine Müsteşarlığının görüşünün alınması öngörülmüştür.” şeklinde ifade etmiştir. (Anayasa Mahkemesi’nin 01.04.2015 tarihli ve 2013/50 E.; 2015/38 K. sayılı Kararı)

Söz konusu 4. ve 8/A maddelerinde aranan kamu yararı, kamu hizmetlerinin kesintisiz olarak görülebilmesi için borçlanmanın yürütme organı tarafından verimli ve şeffaf şekilde yapılmasıdır. Diğer bir deyişle 4749 sayılı Kanun'un 1. maddesi gereğince bu maddelerin amacı, ülkenin kalkınma hedeflerinin dikkate alınarak, piyasalarda güven ve istikrarın korunarak ve makro ekonomik dengelerin gözetilerek; verilecek garantilerin, bu borçlanma ve garantilerden doğan finansal alacaklar ile Devlet iç ve Devlet dış borcunun etkin bir şekilde yönetimi ve izlenmesidir. Şu halde;

1) Kanun koyucu tarafından bu alanda yaratılan istisnanın; şeffaflık, kalkınma hedefleri, piyasalarda güven ve istikrar, makroekonomik dengeler, rekabet, eşit muamele, ilkelerinden istisnaen sapmayı haklı kılacak somut bir kamu yararı amacı izlemesi,

2) Genel kuraldan ayrılırken, istisnai usule ilişkin çerçevenin, keyfiliğe mani olacak şekilde kanunda çizilmesi,

gerekir. Ancak kanun koyucu, söz konusu borç üstlenim anlaşmalarına Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın da taraf olması bakımından bu istisnayı haklı kılacak, rekabetçi bir piyasa temin edecek ve keyfi borçlanmayı engelleyecek herhangi bir sınır getirmemiştir. Diğer borç üstlenim anlaşmalarını 4749 sayılı Kanun'un anılan maddelerine tabi kıldığından bunlar ile iptali talep edilen maddede sayılı borç üstlenim anlaşmaları bakımından eşitsiz bir muamele öngörmüş ve bunun haklı nedenini temellendirmemiştir.

Dahası, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 6. maddesi gereğince merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin gelir, gider, tahsilat, ödeme, nakit planlaması ve borç yönetimi "Hazine birliğini" sağlayacak şekilde yürütülür. 4749 sayılı Kanun'un yetki hükümleri ve Hazine birliği ilkesi kapsamında borçlanma ve yönetiminde asli yetkili makam, Hazine ve Maliye Bakanlığı'dır (4749 sayılı Kanun'un 4. maddesinde sayılı hallerde Cumhurbaşkanındır). Ancak iptali talep edilen madde, haklı bir neden olmaksızın yetki yönünden genel hükme bir istisna getirmekte, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nı söz konusu borç üstlenim anlaşmalarının tarafı kılmaktadır. Diğer bir deyişle nihayetinde sorumluluk ve yükümlülük, Hazine ve Maliye Bakanlığı'na ait olacak iken; yetki, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın uhdesine bırakılmaktadır. Bu durum, Devlet borçlanmalarının tek bir merkezden düzenli olarak yönetilmesine ve kamu mali yönetiminin bozulmasına neden olacaktır. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen madde, Anayasa'nın, yasama işlemlerinin kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması gerekliliğini içeren hukuk devleti ilkesini öngören 2. maddesine aykırıdır.

e) Anayasa'nın 2., 7. ve 123. Maddeleri Bakımından:

Söz konusu borç üstlenim anlaşmalarına taraf olma yetkisi, hiçbir kayıt getirilmeksizin idarenin (Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın) sınırsız takdir yetkisine bırakılmıştır. Bu durum, Anayasa'nın 2., 7. ve 123. maddelerine aykırıdır.

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

ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye davranışta bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli oranda hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmiştir. Öte yandan; Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Ancak iptali talep edilen madde, borç üstlenim anlaşmalarının dayandığı projeleri tarih bakımından (geçmişe yürümezlik, genellik, eşitlik ilkesine, teşebbüs hürriyetine ve mülkiyet hakkına aykırı olarak) sınırlandırmak dışında; Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın taraf olacağı borç üstlenim anlaşmalarını nasıl belirleyeceği hususunda hiçbir objektif esas ve usule havi değildir. Halbuki borçlanmanın kanuna dayanarak ve aykırı olmadan idare edilebilmesi adına; 4749 sayılı Kanun'un 8/A maddesi borç üstlenimine ilişkin ayrıntılı hükümler ihtiva etmektedir. İptali talep edilen madde; bu türden borç üstlenimlerini, 4749 sayılı Kanun'un güvence alanından çıkarmakta, ancak kamu yararını sağlamaya ve keyfiliği engellemeye yönelik yeni bir çerçeve de çizmemekte ve konuyu idarenin sınırları belirsiz, keyfi düzenleme alanına bırakmaktadır. Bu durum, borç üstlenimlerinin öngörülemez, denetimsiz bir şekilde yapılmasına neden olacaktır. Dahası 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ekli (I) sayılı Cetvel gereğince genel bütçe kapsamında olan Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın tüzel kişiliğinin de Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'na bağlı özel bütçeli kamu idareleri ile birlikte borç üstlenim anlaşmalarına taraf olmasına yönelik gereklilik, özel bütçeli kamu idarelerinin yurtdışından finansman elde edilmesine ilişkin yeterliliğini şüpheye düşürmektedir ve prestij kaybına neden olacaktır. Bu nedenle borçlanmanın hukuki belirlilik ilkesine uygun ve kanunilik ilkesi çerçevesinde verimli gerçekleşmesini bertaraf eden, ihaleye istekli aday özel teşebbüsler bakımından hukuki güvenlik, öngörülebilirlik sunmayan ve onlar arasında eşit muamele yapılmasını sağlamayan iptali talep edilen madde, Anayasa'nın 2. ve 123. maddelerine aykırıdır.

Buna ilave olarak Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen madde madde hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'na); taraf olacağı borç üstlenim anlaşmalarını belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

f) Anayasa'nın 47. Maddesi Bakımından

Anayasa Mahkemesi'ne göre "Anayasa'nın 47. maddesinde, kamu hizmetlerinden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceği ifade edilmekle birlikte, bu sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin herhangi bir sınırlama yapılmamaktadır. Dolayısıyla kamu hizmetlerinin hangi usulle ve ne tür özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişilere gördürüleceğinin belirlenmesi, anayasal güvenceler gözetilmek kaydıyla kanun koyucunun takdirindedir. Bu konuda göz önünde tutulması gereken ölçüt, kamu yararının daha kolay ve etkili bir şekilde gerçekleştirilmesidir. ... Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında vurgulandığı üzere, Devlet, hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazlar üzerinde, kamu yararını gözetmek ve Anayasa'nın özel maddelerinde yer alan güvence hükümlerini de dikkate almak kaydıyla üstün yetkilerini kullanarak hukuki düzeni belirlediği bir biçimde tesis edebilir. Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken "kamu yararı" konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun ile kamu yararının ne kadar gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemenin anayasa yargısıyla bağdaşmayacağı açıktır." (Anayasa Mahkemesi'nin 01.04.2015 tarihli ve 2013/50 E.; 2015/38 K. sayılı Kararı).

Anayasa'nın 47. maddesinde öngörülen kanunilik kıstası, (normlar hiyerarşisinin ana halkası olarak hukuk devletinin temel taşı olan) maddi anlamda ele alındığında; yap işlet devret usulüne ilişkin kanun hükümlerinin içeriğinin, Anayasa'nın konuyla ilgili diğer hükümlerinin gereklerini karşılmasına işaret eder. Ancak sayılı yap işlet devret projelerine ilişkin borç üstlenim anlaşmalarına Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın da taraf olabilmesine cevaz veren iptali talep edilen madde, (açıklandığı üzere) Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 13., 35., 48., 123. ve 167. maddelerine aykırı olduğundan; aynı gerekçelerle Anayasa'nın 47. maddesinde öngörülen (maddi anlamda) kanunilik kriterini de ihlal etmektedir. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen madde, Anayasa'nın 47. maddesine aykırıdır.

g) Anayasa'nın 90. Maddesi bakımından

Anayasa'nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen madde, mülkiyet hakkına ilişkin Anayasa hükümleriyle benzer hükümler içeren Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmaları (söz gelimi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nü) ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 11.03.2021 tarihli ve 7297 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle 08.06.1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'a eklenen Geçici Madde 4, Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 13., 35., 47., 48., 90., 123. ve 167. maddelerine aykırıdır; anılan maddenin iptali gerekir.

2) 11.03.2021 tarihli ve 7297 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 9. maddesiyle 19.06.2014 tarihli ve 6546 sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alanı Hakkında Bazı Düzenlemeler Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (d) bendinde yer alan "Başkanlık tarafından belirlenen usul ve esaslara göre" ibaresi ile "bilgi veren" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

a) 11.03.2021 tarihli ve 7297 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 9. maddesiyle 19.06.2014 tarihli ve 6546 sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alanı Hakkında Bazı Düzenlemeler Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (d) bendinde yer alan "Başkanlık tarafından belirlenen usul ve esaslara göre" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7297 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle 6546 sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alanı Hakkında Bazı Düzenlemeler Yapılmasına Dair Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (d) bendine göre; alan kılavuzu, (anılan maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin delaletiyle) Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığı (Başkanlık) tarafından belirlenen usul ve esaslara göre Başkanlıkça düzenlenen kurs ve sınav sonucunda başarılı olan ve yetkilendirilen, ziyaretçilere (anılan maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin delaletiyle) anılan Kanun'a ekli harita ve koordinat listesinde sınırları belirtilen ve bu Kanunla Başkanlığa tahsis edilen Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alanı (Tarihi Alan) ve Çanakkale Savaşları ile ilgili bilgi veren gerçek kişiyi ifade etmektedir. Ancak söz konusu tanımlayıcı hukuk kuralında yer alan, alan kılavuzlarının istihdamına ilişkin kurs ve sınavların usul ve esaslarını belirme yetkisini Başkanlığa tevdi eden ve iptali talep edilen ibare, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 95. maddesinin birinci fıkrası "6546 sayılı Kanun ve bu Bölümde verilen görevleri yürütmek üzere, kamu tüzel kişiliğini haiz, Bakanlık ile ilgili ve merkezi Çanakkale'de bulunan Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığı kurulmuştur." şeklindedir. Maddenin lafzından anlaşılacağı üzere; Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın ilgili kuruluşu olarak teşkilatlandırılan ve bu nedenle idari teşkilat içerisinde yer alan Başkanlığın idari iş, işlem ve eylemlerini Anayasa'nın öngördüğü usul ve esaslar dahilinde yürütmesi gerekmektedir.

Nitekim, Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen 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. Zira keyfilik, hukuk devletinin bütünüyle inkârıdır. Bunun yanında; Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasına göre, "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir". Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Buna rağmen iptali talep edilen ibarenin yer aldığı bent hükmünde, alan kılavuzlarının istihdamına ilişkin kurs ve sınavların usul ve esaslarını belirleme yetkisi; hiçbir objektif kıstas (söz gelimi kurs için: asgari süre, eğitim ve ders (tarih, coğrafya, genel kültür, arkeoloji, mitoloji, dinler tarihi vb.) programı, uygulama gezisi; sınav için: yazılı sınav test şeklinde ise optik okuyucu yardımıyla sınavların değerlendirilmesi, sözlü sınav ise mülakatın kamera kaydına alınması, sınavlarda başarılı sayılmak için aranan asgari puanın saptanması) kanun düzeyinde getirilmeksizin, Başkanlığın uhdesine bırakılmıştır. Diğer bir deyişle iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde Başkanlığın alan kılavuzlarının istihdamına ilişkin kurs ve sınavların usul ve esaslarını belirleme hususundaki takdir yetkisini kullanırken temel alacağı genel çerçeve ve keyfi davranmasını önleyecek kanuni objektif kıstaslar düzenlenmediğinden ve alan kılavuzlarının mesleğe giriş ve kabul şartları belirli ve öngörülebilir olmadığından, Anayasa'nın 2. ve 123. maddeleri ihlal edilmiştir.

Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından ise; belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarenin yer aldığı madde hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Başkanlığa); alan kılavuzlarının istihdamına ilişkin kurs ve sınavın usul ve esaslarını belirleme yetkisini mutlak şekilde tevdi eden yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

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

Ancak alan kılavuzlarının istihdamına ilişkin kurs ve sınavların usul ve esaslarının kanun düzeyinde belirlenmemesi ve idarenin sınırsız takdir yetkisine dayanarak tesis edeceği düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine bırakılması, alan kılavuzu olmak için başvuru yapan aynı şartlara ve niteliklere sahip adaylar arasında (söz gelimi mülakatlar bakımından) ayrımcılık/kayıma yapılmasına neden olabilecektir. Diğer bir deyişle iptali talep edilen ibarenin idareye verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, aynı şartlara sahip iki adaydan birinin alan kılavuzu olarak ilgili kurs ve sınavlarda başarılı sayılmasına diğerinin sayılmamasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Bu nedenle, adaylar bakımından kanun önünde (şekli anlamda) eşitlik temin edilemeyecektir. Burada Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesinin ihlal edildiğinin tespiti için, ihtilafli kanuni düzenlemenin, aynı şartlara ve niteliklere sahip adaylar arasında haklı bir neden olmaksızın ayırım yapılmamasını temin edecek ve idareyi bağlayacak güvenceleri öngörmemiş olduğunu belirlemek yeterlidir.

Tüm bu nedenlerle 11.03.2021 tarihli ve 7297 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 9. maddesiyle 19.06.2014 tarihli ve 6546 sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alanı Hakkında Bazı Düzenlemeler Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (d) bendinde yer alan "Başkanlık tarafından belirlenen usul ve esaslara göre" ibaresi, Anayasa'nın 2., 7., 10. ve 123. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

b) 11.03.2021 tarihli ve 7297 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 9. maddesiyle 19.06.2014 tarihli ve 6546 sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alanı Hakkında Bazı Düzenlemeler Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (d) bendinde yer alan "bilgi veren" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7297 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle 6546 sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alanı Hakkında Bazı Düzenlemeler Yapılmasına Dair Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (d) bendine göre; alan kılavuzu, (anılan maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin delaletiyle) Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığı (Başkanlık) tarafından belirlenen usul ve esaslara göre Başkanlıkça düzenlenen kurs ve sınav sonucunda başarılı olan ve yetkilendirilen, ziyaretçilere (anılan maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin delaletiyle) anılan Kanun'a ekli harita ve koordinat listesinde sınırları belirtilen ve bu Kanunla Başkanlığa tahsis edilen Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alanı (Tarihi Alan) ve Çanakkale Savaşları ile ilgili bilgi veren gerçek kişiyi ifade etmektedir. Ancak söz konusu tanımlayıcı hukuk kuralında yer alan, alan kılavuzlarını ziyaretçilere Tarihi Alan ve Çanakkale Savaşlarıyla ilgili bilgi vermek hususunda yetkilendiren ve iptali talep edilen ibare, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 6326 sayılı Turist Rehberliği Meslek Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrasının (I) bendi uyarınca turist rehberliği hizmeti, seyahat acenteliği faaliyeti niteliğinde olmamak kaydıyla kişi veya grup halindeki yerli veya yabancı turistlerin gezi öncesinde seçmiş oldukları dil kullanılarak ülkenin kültür, turizm, tarih, çevre, doğa, sosyal veya benzeri değerleri ile varlıklarının kültür ve turizm politikaları doğrultusunda tanıtılarak gezdirilmesini veya seyahat acenteleri tarafından düzenlenen turların gezi programının seyahat acentesinin yazılı belgelerinde tanımladığı ve tüketiciye satıldığı şekilde yürütülüp acente adına yönetilmesini ifade etmektedir. Söz konusu tanım hükmünün lafzı ve ruhu, Tarihi Alan ve Çanakkale Savaşları ile ilgili bilgi verme faaliyetinin turist rehberliği hizmeti kapsamında kaldığına işaret etmektedir. Nitekim bu hususla ilgili olarak (Danıştay'ın onama kararına konu) Çanakkale İdare Mahkemesi de Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Kılavuzlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 3. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde geçen ve alan kılavuzlarını Tarihi Alana gelen ziyaretçilere gerekli bilgileri verme hususunda yetkilendiren "gerekli bilgilerin verilmesi" ibaresinin iptaline ilişkin verdiği kararında:

"...turist yahut ziyaretçilere Türkiye'nin tarihi, doğası, kültürü ve turizmi ile ilgili rehberlik faaliyeti niteliğinde bilgi vermeye ilişkin yetki ve sorumluluğunun yalnızca seyahat acentalarında ve bunlara bağlı turist rehberlerinde olduğu, alan kılavuzluğu hizmetinin ise Tarihi Alanın özelliği ve niteliği sebebiyle yalnızca Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığının yetki ve sorumluluğunda bulunan Tarihi Alan ile sınırlı olmak üzere ziyaretçi yönetiminin sağlanması amacıyla sunulan sınırlı bir hizmet olarak anlaşılması gerektiği, ancak madde metninde yer alan "...gerekli bilgilerin verilmesi..." ibaresinin, turist rehberleri yahut seyahat acentelerinin yetkisinde bulunan turist yahut ziyaretçilere tarihi alanın tarihi, doğası, kültürü ve turizmi ile ilgili rehberlik faaliyeti niteliğindeki bilgilerin verilmesi şeklinde de yorumlanmasına müsait muğlak bir ifade olduğu, ayrıca söz konusu ibare ile Yönetmeliğin 15. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, alan kılavuzlarının turist rehberlerine alternatif olarak belirlendiği görülmektedir. Bu durumda; turist rehberleri ve acenteler aleyhine olacak şekilde muğlaklık içerdiği anlaşılan ve Yönetmeliğin 15. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde alan kılavuzlarının turist rehberlerine alternatif olarak belirlenmesi nedeniyle dava konusu Yönetmelik'in 3. maddesinde yer alan varılan "...gerekli bilgilerin verilmesi..." ibaresinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline"

şeklinde hüküm kurmuştur. (Danıştay'ın 21.10.2020 tarihli ve 2020/1040 E.; 2020/4102 K. sayılı Kararı) Anılan Mahkeme kararı da, bilgi verme yetkisinin alan kılavuzu ve turist rehberinin faaliyet alanının ayırt edilmesinde bir sınır arz etmeyecek kadar muğlak olduğunu teyit etmiş, alan kılavuzluğu hizmetinin Tarihi Alan ile sınırlı olmak üzere ziyaretçi yönetiminin sağlanması amacıyla sunulan sınırlı bir hizmet olarak anlaşılması gerektiğini vurgulamıştır.

Buna rağmen pratikte aynı hizmeti (bilgi verme hizmetini) verecek ve fakat farklı şekilde adlandırılacak iki mesleki kategori oluşturulmaktadır. Öte yandan 7297 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle 6546 sayılı Kanun'a eklenen Ek Madde 1'in (Tarihi Alan sınırları dahilinde ziyaretçi yönetiminin sağlanması amacı ile ziyaretçilere verilecek bilgilendirme hizmetinin alan kılavuzları veya turist rehberleri tarafından verilebileceğini düzenleyen) birinci ve (1618 sayılı Kanun gereğince turist rehberi bulundurulmasının zorunlu olduğu hallerde Tarihi Alanda turist rehberi yerine alan kılavuzunun da görevlendirilebileceğini düzenleyen) ikinci fıkraları da alan kılavuzunun turist rehberlerine alternatif olarak (ikame) belirlendiği, alan kılavuzluğu hizmetinin amacının (ziyaretçi yönetiminin sağlanması) dışına çıkıldığı izlenimi vermektedir. Dahası alan kılavuzlarının görev alanı ile turist rehberlerinin görev alanının çakışacağı öngörülerek anılan maddenin (turist rehberliği hizmetinin münhasıran turist rehberleri tarafından icra edilmesine yönelik kuralları barındıran 1681 sayılı ve 6326 sayılı Kanunların anılan maddeye aykırı hükümlerinin uygulanmayacağını düzenleyen) 3. fıkrası ihdas edilmiştir. O halde iptali talep edilen ibare, alan kılavuzluğu ve turist rehberliğinin mesleki faaliyet alanının sınırlarının belirlenmesi bağlamında hukuk devleti ilkesinin belirlilik unsurunun gereğini karşılamamaktadır. Diğer bir deyişle bilgi verme faaliyetinin içeriği kanun düzeyinde hüküm altına alınmamıştır.

Öte yandan, hem turist rehberi hem de alan kılavuzu, iptali talep edilen ibare (ve 7297 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle 6546 sayılı Kanun'a eklenen Ek Madde 1'in birinci fıkrası gereğince; ziyaretçilerin bilgilendirilmesi hizmetini görecektir. (Ayrıca 1618 sayılı Kanun gereğince turist rehberi bulundurulmasının zorunlu olduğu hallerde Tarihi Alanda alan kılavuzu da görevlendirilebilecektir.) Buna rağmen kanun koyucu mesleğe kabul ve mesleği icra bağlamında, turist rehberleri bakımından kanun düzeyinde katı şartlar (6326 sayılı Kanun'un "Mesleğe Kabul" başlıklı 3. maddesi gereğince söz gelimi üniversitelerin turist rehberliği bölümlerinin ön lisans, lisans veya yüksek lisans programlarından mezun olmak, yabancı dil sınavında başarılı olmak veya yönetmelikle belirlenen yabancı dil yeterlik belgelerinden birine sahip olmak, uygulama gezisini tamamlamak ve gezi sonunda yapılan sınavda başarılı olmak) getirmesine rağmen; alan kılavuzlarının istihdamına ilişkin kurs ve sınavların usul ve esaslarını belirleme hususunu idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine bırakmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre: "Eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı hükümlere bağlı olması gerektiği anlamına gelmez. Bu ilke ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır." şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarih ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti ise, somut olayda "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır. İhtilafli kural bu açıdan değerlendirilecek olursa; nihayetinde pratikte aynı hizmeti verecek olan, söz konusu iki kategoriden birinin mesleğe kabulde katı kurallara (profesyonel turist rehberliği formasyonuna) tabi olmasına karşılık diğeri için söz konusu niteliklerin aranmaması, bunlar arasında eşitsizlik yaratacaktır. Başka bir anlatımla eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır. Ancak mesleğe kabulde aranan şartlar bakımından birinin diğere nazaran daha yetkin olduğu iki kategoriye aynı görevi tevdi eden hükmü, haklı kılmaya elverişli somut bir neden bulunmamaktadır. Bu sebeple, ihtilafli kural Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

İkinci olarak, alan kılavuzlarına bilgi verme yetkisini tevdi eden iptali talep edilen ibareyi, Anayasa'nın (13. ve) 48. ve 49. maddeleri bağlamında da ele almak gerekmektedir. "...13. Bireyin serbestçe seçtiği bir alanda ve işte çalışma hakkına yönelik kısıtlamaların en aza indirilmesi Anayasanın 48. ve 49. maddeleri çerçevesinde devletin bir görevidir. Kişi çalışarak diğer insanlarla ilişki kurma ve kendisini geliştirme imkânını arttırmaktadır. Avrupa İnsan Hak-

ları Mahkemesi (AİHM) kişinin mesleki faaliyetlere katılımının sınırlandırılmasının veya engellenmesinin geçimini sağlamasını güçleştireceğini, bunun da özel yaşam üzerinde son derece olumsuz etkilere neden olabileceğini belirtmiştir (Sidabras ve Džiautas/ Litvanya, B. N: 55480/00 - 59330/00 §§ 48-50, 62). 14. Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa Sosyal Şartı'nın 1. maddesinin 2. fıkrasına göre de Akit Taraflar "Çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkili bir biçimde korumayı" güvence altına alırlar..." (Anayasa Mahkemesi'nin 14.11.2019 tarihli ve 2018/89 E.; 2019/84 K. sayılı Kararında yer alan Üye Engin Yıldırım ve Üye Celal Mümtaz Akıncı tarafından kaleme alınan karşı oy gerekçesi). Açıklandığı üzere muğlak bir ifade olan ve turist rehberliği hizmet alanının konusunu teşkil edecek biçimde değerlendirilebilen bilgi verme faaliyetinin alan kılavuzları tarafından görülmesi, turist rehberlerinin icra ettiği rehberlik mesleğini, Anayasa'nın (temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen) 13. maddesine aykırı olacak şekilde; Devletin (Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinin temin ettiği) koruma alanından çıkarmaktadır. Zira bu hüküm, (bilhassa 7297 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle 6546 sayılı Kanun'a eklenen Ek Madde 1'in birinci ve ikinci fıkralarıyla birlikte değerlendirildiğinde) turist rehberlerine alternatif (ikame) olarak alan kılavuzlarını yetkilendirdiğinden; turist rehberlerinin mesleki faaliyetlerini bizzat icra etmelerini, kendi çalışma alanlarında istihdamını ölçülülük ilkesinin gereklilik unsuruna aykırı şekilde engelleyebilecektir. Turist rehberleri, 1618 ve 6326 sayılı Kanunların varlığına istinaden mesleklerinin kendileri tarafından icra edileceği hususunda haklı bir beklentiye sahiptir. Zira mevcut turist rehberlerinin sayısı, (ya da mevcut turist rehberlerine ek eğitim verilerek veya dışarıdan 6326 sayılı Kanun'a istinaden sertifika programları ile turist rehberi temin edilerek oluşturulacak sayı) ziyaretçi talebini karşılayabilecek iken; faaliyet alanına bir de alan kılavuzlarının dahil edilmesi, o alanda yetkinliğe erişmek için zaman harcamış ve külfetlere katlanmış ehliyet sahibi kişiler arasında işsizliğin artmasına neden olabilecektir. Bu durum, bir kamu yararı da barındırmamaktadır. Halbuki Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasa işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur (Anayasa Mahkemesi'nin 17. 06. 2015 karar tarihli ve 2014/179 E.; 2015/54 K. sayılı Kararı).

Üçüncü olarak, anılan ibare, Anayasa'nın 63. maddesine de aykırıdır. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında belirtildiği üzere: "Anayasa'nın 63. maddesinin birinci fıkrasında tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlamak, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri almak görevi Devlete verilmiş, ikinci fıkrasında ise, bu varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetlerin kanunla düzenleneceği esası getirilmiştir. Madenin gerekçesinin ilgili bölümünde ise 'Devlet, tarih ve kültür varlıklarının korunmasını temin etmelidir. Devlet, bu varlıkların toplanmasını, bulunmasını, restorasyonunu, müzelerde teşhirini sağlamalı; tahriplerini, yurt dışına kaçırılmalarını önlemeli; yurtdışına taşınmış olanların yurda iadesini mümkün kılacak girişimlerde bulunmalıdır. Kanun koyucu, tarih ve kültür varlıklarını koruyucu tedbirleri ihtiva eden mevzuatı geliştirmelidir. (') ifadeleri yer almaktadır" (Anayasa Mahkemesi'nin 09.06.2011 tarihli ve 2008/87 E.; 2011/95 K. sayılı Kararı). "Türk Vatanı ve Milletinin ebedi varlığını ve Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğü" nün sembollerinden biri olan Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alanı, kanun koyucu tarafından özel olarak korunmuştur. Bu nedenle söz konusu tarih, kültür ve dahi tabiat alanı –turizm destinasyonu- hakkında bilgilendirme hizmeti vermeye ehil kişinin, yerli ve yabancı ziyaretçilerin Alanın ehemmiyetini tam ve doğru olarak kavrayabilmesi için oldukça yetkin olması gerekmektedir. Ancak muğlak bir ifade olan ve turist rehberliği hizmet alanının konusunu teşkil edecek biçimde değerlendirilebilen bilgi verme faaliyetinin alan kılavuzları tarafından icra edilmesi,

açıklandığı üzere turist rehberlerine denk bir ehliyet ve yetkinlik derecesini haiz olmalarını kanun düzeyinde temin edecek mesleğe kabul ve mesleği icra kıstasları öngörülmediğinden, son tahlilde, Devletin Tarihi Alanı koruma yükümlülüğünü ihlal edecektir.

Dördüncü 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. Maddenin gerekçesinde de, tüketicilerin korunması, 'tüketici toplumu' diye adlandırılan belli bir gelişmişlik seviyesindeki ülkelerde çıkmakla birlikte, bu ölçüde gelişmemiş ülkelerde de toplumsal bir problem olduğunun sonradan görüldüğü ve bu konuda getirilecek tedbirlerin tüketicileri koruyacağı, tüketicinin korunması bir serbest piyasa ekonomisi tedbiri olmakla birlikte, her şeyden önce tüketicilerde 'tüketici bilincinin' oluşturulması gerektiği ve Devletin tüketicileri koruyucu başka tedbirler de alabileceği belirtilmiştir. Üreticilerin ekonomik yönden güçlü oluşları ve her yönüyle örgütlenmeleri nedeniyle, tüketiciler ile aralarında doğal olarak bulunan dengesizliğin giderilmesi için, Anayasa'da belirtilen kurallara dayanılarak yürürlükteki hukuk kurallarında genel olarak tüketici haklarının korunmasına ve sosyal adaletin gerçekleştirilmesine yönelik düzenlemeler yapıldığı ... görülmektedir” (Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2010 tarihli ve 2007/112 E.; 2010/5 K. sayılı Kararı). Buna ilave olarak “Anayasa'nın 167. maddesinin ilk fıkrasında; 'Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.' denilmektedir...Devletin tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemek görevi, temelde tüketiciyi koruma amacı gütmektedir...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). O halde Tarihi Alan ve Çanakkale Savaşları ile ilgili bilgi alacak olan yerli ve yabancı ziyaretçiler; hizmet piyasaları bakımından tüketici konumunda olup Devlet tarafından korunması gereken kişi kategorilerindedir. Bu nedenle söz konusu hizmet ilişkisinin karşı tarafında bulunan ve onlara bilgi arzı yapacak kişilerin ehil olmaları gerekmektedir. Ancak muğlak bir ifade olan ve turist rehberliği hizmet alanının konusunu teşkil edecek biçimde değerlendirilebilen bilgi verme faaliyetinin alan kılavuzları tarafından icra edilmesi, açıklandığı üzere turist rehberlerine denk bir ehliyet ve yetkinlik derecesini haiz olmalarını kanun düzeyinde temin edecek mesleğe kabul ve mesleği icra kıstasları öngörülmediğinden, son tahlilde, Devletin (Anayasa'nın 5., 167. ve 172. maddeleriyle yüklenen) tüketiciyi koruma yükümlülüğünü ihlal edecektir.

Beşinci olarak; 6326 sayılı Kanun'un 4. maddesi gereğince turist rehberlerinin, yerleşim yerinin bulunduğu ilde kurulmuş odalardan birine, yerleşim yeri olan ilde oda kurulmamışsa en yakın ilde kurulmuş odalardan birine üye olmaları zorunludur. Anayasa Mahkemesi turist rehberliği meslek birliklerinin, Anayasa'nın 135. maddesi anlamında kamu kurumu niteliğinde meslek üst kuruluşları olduğunu hüküm altına almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 10.01.2013 tarihli ve 2012/95 E.; 2013/9 K. sayılı Kararı). Anayasa'nın 135. maddesinin birinci fıkrasında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşlarının belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzel kişileri olduğu; beşinci fıkrasında ise bu meslek kuruluşları üzerinde devletin idari ve mali denetimine ilişkin kuralların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 05.07.2018 tarihli ve 2018/15 E.; 2018/78 K. sayılı Kararı). Ancak iptali talep edilen ibarenin yer aldığı madde hükmünde;

bilgi verme temelinde uygulamada turist rehberleri ile aynı hizmeti verecek olan alan kılavuzlarının meslek odalarına kaydına yönelik kanuni bir düzenleme yapılmadığı gibi, turist rehberleri meslek odalarının ve birliklerinin görev ve yetki alanına da müdahale edilmiştir. Diğer bir deyişle turist rehberleri meslek kuruluşları ve üst kuruluşlarının turist rehberliği mesleğini koruma altına almasının (söz gelimi odaya kayıt zorunluluğu) önüne geçilmiştir. Söz gelimi turist rehberlerinin münhasır faaliyet alanında sayılan görevlerden birinin alan kılavuzlarına da tanınması suretiyle; uygulamada, haklı bir neden olmaksızın, aynı hizmeti veren ve fakat biri meslek odasına kayıtlı diğeri kayıtlı olmayan iki kategori oluşturulmakta, kayıtlı olmayanlar üzerinde meslek odaları tarafından denetim yapılması önlenmekte ve meslek odasının (ve üst kuruluşlarının) mesleğin meslek etiğine uygun olarak icra edilmesini temin etme yükümlülüğünü yerine getirmesi engellenmektedir. İhtilafli kural, bu itibarla Anayasa'nın 135. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 11.03.2021 tarihli ve 7297 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 9. maddesiyle 19.06.2014 tarihli ve 6546 sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alanı Hakkında Bazı Düzenlemeler Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (d) bendinde yer alan "bilgi veren" ibaresi, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 48., 49., 63., 135., 167. ve 172. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

3) 11.03.2021 tarihli ve 7297 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 10. maddesiyle 6546 sayılı Kanun'a eklenen Ek Madde 1'in birinci fıkrasında yer alan "alan kılavuzları veya" ibaresi ve ikinci fıkrasında yer alan "yerine alan kılavuzu da" ibaresi ile üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı

a) 11.03.2021 tarihli ve 7297 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 10. maddesiyle 6546 sayılı Kanun'a eklenen Ek Madde 1'in birinci fıkrasında yer alan "alan kılavuzları veya" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7297 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle 6546 sayılı Kanun'a eklenen Ek Madde 1'in birinci fıkrasına göre (6546 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin delaletiyle) anılan Kanun'a ekli harita ve koordinat listesinde sınırları belirtilen ve bu Kanunla Başkanlığa tahsis edilen Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alanı (Tarihi Alan) sınırları dahilinde ziyaretçi yönetiminin sağlanması amacı ile ziyaretçilere verilebilecek bilgilendirme hizmeti, alan kılavuzları veya 6326 sayılı Turist Rehberliği Meslek Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde tanımlanan turist rehberleri tarafından verilecektir. Ancak alan kılavuzlarını ziyaretçilere bilgilendirme hizmeti vermek hususunda yetkilendiren ve iptali talep edilen ibare, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 6326 sayılı Turist Rehberliği Meslek Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendi uyarınca turist rehberi, bu Kanun hükümleri uyarınca mesleğe kabul edilerek turist rehberliği hizmetini sunma hak ve yetkisine sahip olan gerçek kişiyi; (I) bendi uyarınca turist rehberliği hizmeti, seyahat acenteliği faaliyeti niteliğinde olmamak kaydıyla kişi veya grup halindeki yerli veya yabancı turistlerin gezi öncesinde seçmiş oldukları dil kullanılarak ülkenin kültür, turizm, tarih, çevre, doğa, sosyal veya benzeri değerleri ile varlıklarının kültür ve turizm politikaları doğrultusunda tanıtılarak gezdirilmesini veya seyahat acenteleri tarafından düzenlenen turların gezi programının seyahat acentesinin yazılı belgelerinde tanımladığı ve tüketiciye satıldığı şekilde yürütülüp acente adına yönetilmesini ifade etmektedir. Söz konusu tanım hükümlerinin lafzı ve ruhu, Tarihi Alan sınırları dahilinde ziyaretçilere verilecek bilgilendirme hizmetinin turist rehberliği hizmeti kapsamında kaldığına işaret etmektedir. Her ne kadar kanun koyucu bu hizmeti, "ziyaretçi yönetiminin sağ-

lanması” amacı ile sınırlandırmış ise de; bu amaç, pratikte karşılığı olan gerçek bir kayıt niteliğine sahip olmayıp, alan kılavuzları bilgilendirme hizmeti esnasında (7297 sayılı Kanun’un 9. maddesiyle 6546 sayılı Kanun’un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (d) bendine istinaden) ziyaretçilere Tarihi Alan ve Çanakkale Savaşları hakkında bilgi verecektir. Nitekim bu hususla ilgili olarak (Danıştay’ın onama kararına konu) Çanakkale İdare Mahkemesi de Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Kılavuzlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in 3. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde geçen ve alan kılavuzlarını Tarihi Alana gelen ziyaretçilere gerekli bilgileri verme hususunda yetkilendiren “gerekli bilgilerin verilmesi” ibaresinin iptaline ilişkin verdiği kararında:

“...turist yahut ziyaretçilere Türkiye'nin tarihi, doğası, kültürü ve turizmi ile ilgili rehberlik faaliyeti niteliğinde bilgi vermeye ilişkin yetki ve sorumluluğunun yalnızca seyahat acentalarında ve bunlara bağlı turist rehberlerinde olduğu, alan kılavuzluğu hizmetinin ise Tarihi Alanın özelliği ve niteliği sebebiyle yalnızca Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığının yetki ve sorumluluğunda bulunan Tarihi Alan ile sınırlı olmak üzere ziyaretçi yönetiminin sağlanması maksadıyla sunulan sınırlı bir hizmet olarak anlaşılması gerektiği, ancak madde metninde yer alan "...gerekli bilgilerin verilmesi..." ibaresinin, turist rehberleri yahut seyahat acentelerinin yetkisinde bulunan turist yahut ziyaretçilere tarihi alanın tarihi, doğası, kültürü ve turizmi ile ilgili rehberlik faaliyeti niteliğindeki bilgilerin verilmesi şeklinde de yorumlanmasına müsait muğlak bir ifade olduğu, ayrıca söz konusu ibare ile Yönetmeliğin 15. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, alan kılavuzlarının turist rehberlerine alternatif olarak belirlendiği görülmektedir. Bu durumda; turist rehberleri ve acenteler aleyhine olacak şekilde muğlaklık içerdiği anlaşılan ve Yönetmeliğin 15. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde alan kılavuzlarının turist rehberlerine alternatif olarak belirlenmesi nedeniyle dava konusu Yönetmelik’in 3. maddesinde yer alan varılan "...gerekli bilgilerin verilmesi.." ibaresinde hukuka ayarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline...”

şeklinde hüküm kurmuştur. (Danıştay’ın 21.10.2020 tarihli ve 2020/1040 E.; 2020/4102 K. sayılı Kararı) Anılan Mahkeme kararı da, bilgi verme yetkisinin alan kılavuzu ve turist rehberinin faaliyet alanının ayırt edilmesinde bir sınır arz etmeyecek kadar muğlak olduğunu teyit etmiş, alan kılavuzluğu hizmetinin Tarihi Alan ile sınırlı olmak üzere ziyaretçi yönetiminin sağlanması maksadıyla sunulan sınırlı bir hizmet olarak anlaşılması gerektiğini vurgulamıştır. Buna rağmen pratikte aynı hizmeti (bilgilendirme hizmetini) verecek ve fakat farklı şekilde adlandırılacak iki mesleki kategori oluşturulmaktadır. Nitekim lafzı yorum esas alındığında da; kanun koyucu, iptali talep edilen ibarede “veya” bağlacını kullanmak suretiyle; ayrı olmakla birlikte aynı değerde tutulan³ iki grup teşekkül ettirmiştir. Öte yandan, 7297 sayılı Kanun’un 10. maddesiyle 6546 sayılı Kanun’a eklenen Ek Madde 1’in (1618 sayılı Kanun gereğince turist rehberi bulundurulmasının zorunlu olduğu hallerde Tarihi Alanda turist rehberi yerine alan kılavuzunun da görevlendirilebileceğini düzenleyen) ikinci fıkrası da alan kılavuzunun turist rehberlerine alternatif olarak (ikame) belirlendiği, alan kılavuzluğu hizmetinin amacının (ziyaretçi yönetiminin sağlanması) dışına çıkıldığı izlenimi vermektedir. Dahası , alan kılavuzlarının görev alanı ile turist rehberlerinin görev alanının çakışacağı öngörülerek anılan maddenin (turist rehberliği hizmetinin münhasıran turist rehberleri tarafından icra edilmesine yönelik kuralları barındıran 1681 sayılı ve 6326 sayılı Kanunların anılan maddeye aykırı hükümlerinin uygulanmayacağı düzenleyen) 3. fıkrası ihdas edilmiştir. O halde iptali talep edilen ibarenin yer aldığı madde hükmünde, ziyaretçilere bilgilendirme hizmeti verme faaliyetinin içeriği hukuk devleti

ilkesinin belirlilik unsurunun gereğini karşılayacak biçimde kanun düzeyinde hüküm altına alınmamış, aynı hizmeti verecek iki (ikame) sınıf saptanmıştır.

Öte yandan hem turist rehberi hem de alan kılavuzu, iptali talep edilen ibare (ve 7297 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle 6546 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (d) bendi) gereğince; ziyaretçilerin bilgilendirilmesi hizmetini görecektir. (Ayrıca 1618 sayılı Kanun gereğince turist rehberi bulundurulmasının zorunlu olduğu hallerde Tarihi Alanda alan kılavuzu da görevlendirilebilecektir.). Buna rağmen kanun koyucu mesleğe kabul ve mesleği icra bağlamında, turist rehberleri bakımından kanun düzeyinde katı şartlar (6326 sayılı Kanun'un "Mesleğe Kabul" başlıklı 3. maddesi gereğince söz gelimi üniversitelerin turist rehberliği bölümlerinin ön lisans, lisans veya yüksek lisans programlarından mezun olmak, yabancı dil sınavında başarılı olmak veya yönetmelikle belirlenen yabancı dil yeterlik belgelerinden birine sahip olmak, uygulama gezisini tamamlamak ve gezi sonunda yapılan sınavda başarılı olmak) getirmesine rağmen; alan kılavuzlarının istihdamına ilişkin kurs ve sınavların usul ve esaslarını belirleme hususunu idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine bırakmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre: "Eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı hükümlere bağlı olması gerektiği anlamına gelmez. Bu ilke ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır." şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarih ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti ise, somut olayda "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır. İhtilafli kural bu açıdan değerlendirilecek olursa; nihayetinde pratikte aynı hizmeti verecek olan, söz konusu iki kategoriden birinin mesleğe kabulde katı kuralara (profesyonel turist rehberliği formasyonuna) tabi olmasına karşılık diğeri için söz konusu niteliklerin aranmaması, bunlar arasında eşitsizlik yaratacaktır. Başka bir anlatımla eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır. Ancak mesleğe kabulde aranan şartlar bakımından birinin diğere nazaran daha yetkin olduğu iki kategoriye aynı görevi tevdi eden hükmü, haklı kılmaya elverişli somut bir neden bulunmamaktadır. Bu sebeple, ihtilafli kural Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

İkinci olarak, alan kılavuzlarının bilgilendirme hizmeti verme yetkisiyle donanmasını sağlayan iptali talep edilen ibareyi, Anayasa'nın (13. ve) 48. ve 49. maddeleri bağlamında da ele almak gerekmektedir. "...13. Bireyin serbestçe seçtiği bir alanda ve işte çalışma hakkına yönelik kısıtlamaların en aza indirilmesi Anayasanın 48. ve 49. maddeleri çerçevesinde devletin bir görevidir. Kişi çalışarak diğer insanlarla ilişki kurma ve kendisini geliştirme imkânını arttırmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kişinin mesleki faaliyetlere katılımının sınırlandırılmasının veya engellenmesinin geçimini sağlamasını güçleştireceğini, bunun da özel yaşam üzerinde son derece olumsuz etkilere neden olabileceğini belirtmiştir (Sidabras ve Džiutas/ Litvanya, B. N: 55480/00 - 59330/00 §§ 48-50, 62). 14. Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa Sosyal Şartı'nın 1. maddesinin 2. fıkrasına göre de Akit Taraflar "Çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkili bir biçimde korumayı" güvence altına alırlar..." (Anayasa Mahkemesi'nin 14.11.2019 tarihli ve 2018/89 E.; 2019/84 K. sayılı Kararında yer alan Üye Engin Yıldırım ve Üye Celal Mümtaz Akıncı tarafından kaleme alınan karşı oy gerekçesi). Açıklandığı üzere muğlak bir ifade olan ve turist rehberliği hizmet alanının konusunu teşkil edecek biçimde değerlendirilebilen bilgilendirme hizmetinin alan kılavuzları tarafından görülmesi, turist rehberlerinin icra ettiği rehberlik mesleğini, Anayasa'nın (temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen) 13. maddesine aykırı olacak şekilde; Devletin (Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinin temin ettiği) koruma alanından çıkarmaktadır. Zira bu hüküm, (bilhassa 7297 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle 6546 sayılı Kanun'un 2. maddesinin

birinci fıkrasına eklenen (d) bendiyle ve 7297 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle 6546 sayılı Kanun'a eklenen Ek Madde 1'in ikinci fıkrasıyla birlikte değerlendirildiğinde) turist rehberlerine alternatif (ikame) olarak alan kılavuzlarını yetkilendirdiğinden; turist rehberlerinin mesleki faaliyetlerini bizzat icra etmelerini, kendi çalışma alanlarında istihdamını ölçülülük ilkesinin gereklilik unsuruna aykırı şekilde engelleyebilecektir. Turist rehberleri, 1618 ve 6326 sayılı Kanunların varlığına istinaden mesleklerinin kendileri tarafından icra edileceği hususunda haklı bir beklentiye sahiptir. Zira mevcut turist rehberlerinin sayısı, (ya da mevcut turist rehberlerine ek eğitim verilerek veya dışarıdan 6326 sayılı Kanun'a istinaden sertifika programları ile turist rehberi temin edilerek oluşturulacak sayı) ziyaretçi talebini karşılayabilecek iken; faaliyet alanına bir de alan kılavuzlarının dahil edilmesi, o alanda yetkinliğe erişmek için zaman harcamış ve külfetlere katlanmış ehliyet sahibi kişiler arasında işsizliğin artmasına neden olabilecektir. Bu durum, bir kamu yararı da barındırmamaktadır. Halbuki Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur (Anayasa Mahkemesi'nin 17. 06. 2015 karar tarihli ve 2014/179 E.; 2015/54 K. sayılı Kararı).

Üçüncü olarak, anılan ibare, Anayasa'nın 63. maddesine de aykırıdır. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında belirtildiği üzere: "Anayasa'nın 63. maddesinin birinci fıkrasında tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlamak, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri almak görevi Devlete verilmiş, ikinci fıkrasında ise, bu varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetlerin kanunla düzenleneceği esası getirilmiştir. Maddenin gerekçesinin ilgili bölümünde ise 'Devlet, tarih ve kültür varlıklarının korunmasını temin etmelidir. Devlet, bu varlıkların toplanmasını, bulunmasını, restorasyonunu, müzelerde teşhirini sağlamalı; tahriplerini, yurt dışına kaçırılmalarını önlemeli; yurtdışına taşınmış olanların yurda iadesini mümkün kılacak girişimlerde bulunmalıdır. Kanun koyucu, tarih ve kültür varlıklarını koruyucu tedbirleri ihtiva eden mevzuatı geliştirmelidir. (')' ifadeleri yer almaktadır" (Anayasa Mahkemesi'nin 09.06.2011 tarihli ve 2008/87 E.; 2011/95 K. sayılı Kararı). "Türk Vatanı ve Milletinin ebedi varlığını ve Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğü" nün sembollerinden biri olan Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alanı, kanun koyucu tarafından özel olarak korunmuştur. Bu nedenle söz konusu tarih, kültür ve dahi tabiat alanı –turizm destinasyonu- hakkında bilgilendirme hizmeti vermeye ehil kişinin, yerli ve yabancı ziyaretçilerin Alanın ehemmiyetini tam ve doğru olarak kavrayabilmesi için oldukça yetkin olması gerekmektedir. Ancak muğlak bir ifade olan ve turist rehberliği hizmet alanının konusunu teşkil edecek biçimde değerlendirilebilen bilgi verme faaliyetinin alan kılavuzları tarafından icra edilmesi, açıklandığı üzere turist rehberlerine denk bir ehliyet ve yetkinlik derecesini haiz olmalarını kanun düzeyinde temin edecek mesleğe kabul ve mesleği icra kıstasları öngörülmediğinden, son tahlilde, Devletin Tarihi Alanı koruma yükümlülüğünü ihlal edecektir.

Dördüncü 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. Maddenin gerekçesinde de, tüketicilerin korunması, 'tüketici toplumu' diye adlandırılan belli bir gelişmişlik seviyesindeki ülkelerde çıkmakla birlikte, bu ölçüde gelişmemiş ülkelerde de toplumsal bir problem olduğunun sonradan görüldüğü ve bu konuda getirilecek tedbirlerin tüketicileri koruyacağı, tüketicinin korunması bir serbest piyasa ekonomisi tedbiri olmakla birlikte, her şeyden önce tüketicilerde 'tüketici bilincinin' oluşturulması gerektiği ve Devletin tüketicileri koruyucu başka tedbirler de alabileceği belirtilmiştir. Üreticilerin ekonomik yönden güçlü oluşları ve her yönüyle örgütlenmeleri nedeniyle, tüketiciler ile aralarında doğal olarak bulunan dengesizliğin giderilmesi için, Anayasa'da belirtilen kurallara dayanılarak yürürlükteki hukuk kurallarında

genel olarak tüketici haklarının korunmasına ve sosyal adaletin gerçekleştirilmesine yönelik düzenlemeler yapıldığı ... görülmektedir” (Anayasa Mahkemesi’nin 14.01.2010 tarihli ve 2007/112 E.; 2010/5 K. sayılı Kararı). Buna ilave olarak “Anayasa’nın 167. maddesinin ilk fıkrasında; 'Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.' denilmektedir...Devletin tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemek görevi, temelde tüketiciyi koruma amacı gütmektedir...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). O halde Tarihi Alan ve Çanakkale Savaşları ile ilgili bilgi alacak olan yerli ve yabancı ziyaretçiler; hizmet piyasaları bakımından tüketici konumunda olup Devlet tarafından korunması gereken kişi kategorilerindedir. Bu nedenle söz konusu hizmet ilişkisinin karşı tarafında bulunan ve onlara bilgi arzı yapacak kişilerin ehil olmaları gerekmektedir. Ancak muğlak bir ifade olan ve turist rehberliği hizmet alanının konusunu teşkil edecek biçimde değerlendirilebilen bilgi verme faaliyetinin alan kılavuzları tarafından icra edilmesi, açıklandığı üzere turist rehberlerine denk bir ehliyet ve yetkinlik derecesini haiz olmalarını kanun düzeyinde temin edecek mesleğe kabul ve mesleği icra kıstasları öngörülmediğinden, son tahlilde, Devletin (Anayasa’nın 5., 167. ve 172. maddeleriyle yüklenen) tüketiciyi koruma yükümlülüğünü ihlal edecektir.

Beşinci olarak, 6326 sayılı Kanun’un 4. maddesi gereğince turist rehberlerinin, yerleşim yerinin bulunduğu ilde kurulmuş odalardan birine, yerleşim yeri olan ilde oda kurulmamışsa en yakın ilde kurulmuş odalardan birine üye olmaları zorunludur. Anayasa Mahkemesi turist rehberliği meslek birliklerinin, Anayasa’nın 135. maddesi anlamında kamu kurumu niteliğinde meslek üst kuruluşları olduğunu hüküm altına almıştır (Anayasa Mahkemesi’nin 10.01.2013 tarihli ve 2012/95 E.; 2013/9 K. sayılı Kararı). Anayasa’nın 135. maddesinin birinci fıkrasında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşlarının belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzel kişileri olduğu; beşinci fıkrasında ise bu meslek kuruluşları üzerinde devletin idari ve mali denetimine ilişkin kuralların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir (Anayasa Mahkemesi’nin 05.07.2018 tarihli ve 2018/15 E.; 2018/78 K. sayılı Kararı). Ancak iptali talep edilen ibarenin yer aldığı madde hükmünde; bilgilendirme hizmeti temelinde uygulamada turist rehberleri ile aynı hizmeti verecek olan alan kılavuzlarının meslek odalarına kaydına yönelik kanuni bir düzenleme yapılmadığı gibi, turist rehberleri meslek odalarının ve birliklerinin görev ve yetki alanına müdahale edilmiştir. Diğer bir deyişle turist rehberleri meslek kuruluşları ve üst kuruluşlarının turist rehberliği mesleğini koruma altına almasının (söz gelimi odaya kayıt zorunluluğu) önüne geçilmiştir. Söz gelimi turist rehberlerinin münhasır faaliyet alanında sayılan görevlerden birinin alan kılavuzlarına da tanınması suretiyle; uygulamada, haklı bir neden olmaksızın, aynı hizmeti veren ve fakat biri meslek odasına kayıtlı diğeri kayıtlı olmayan iki kategori oluşturulmakta, kayıtlı olmayanlar üzerinde meslek odaları tarafından denetim yapılması önlenmekte ve meslek odasının (ve üst kuruluşlarının) mesleğin meslek etiğine uygun olarak icra edilmesini temin etme yükümlülüğünü yerine getirmesi engellenmektedir. İhtilafı kural, bu itibarla Anayasa’nın 135. maddesine de aykırıdır.

Son olarak; “alan kılavuzları” ibaresini kendinden sonra gelen “7/6/2012 tarihli ve 6326 sayılı Turist Rehberliği Meslek Kanununun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde

tanımlanan turist rehberleri” ibaresine bağlayan “veya” bağlacı, “alan kılavuzları” ibaresinin iptal edilmesiyle işlevini yitirecektir.

Tüm bu nedenlerle 11.03.2021 tarihli ve 7297 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 10. maddesiyle 6546 sayılı Kanun’a eklenen Ek Madde 1’in birinci fıkrasında yer alan “alan kılavuzları veya” ibaresi, Anayasa’nın 2., 5., 10., 13., 48., 49., 63., 135., 167. ve 172. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

b) 11.03.2021 tarihli ve 7297 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 10. maddesiyle 6546 sayılı Kanun’a eklenen Ek Madde 1’in ikinci fıkrasında yer alan “yerine alan kılavuzu da” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

7297 sayılı Kanun’un 10. maddesiyle 6546 sayılı Kanun’a eklenen Ek Madde 1’in ikinci fıkrasına göre 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu gereğince turist rehberi bulundurulmasının zorunlu olduğu hallerde Tarihi Alanda turist rehberi yerine alan kılavuzu da görevlendirilebilecektir. Ancak Tarihi Alanda 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu gereğince turist rehberi bulundurulmasının zorunlu olduğu hallerde turist rehberi yerine alan kılavuzu da görevlendirilebilmesine cevaz veren ve iptali talep edilen ibare, Anayasa’ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu gereğince turist rehberi bulundurulmasının zorunlu olduğu hallerden biri 1618 sayılı Kanun’un “Seyahat acentalarının yükümlülükleri” başlıklı 10. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendidir. Anılan bende göre seyahat acentaları, turlarda veya sadece tek bir otelde konaklamayı ve konaklanacak otele ulaşımı içerenler hariç olmak üzere paket turlarda; paket tur veya tur başına kırk beş kişiye kadar en az bir rehber bulundurmak; tek araç kapasitesi kırk beş kişiyi aşan araçlarda bir rehber bulundurmak; turistlere, rehberler dışında herhangi bir kimse vasıtasıyla Türkiye’nin tarihi, doğası, kültürü ve turizmi ile ilgili rehberlik faaliyeti niteliğinde bilgi vermemek hususuna uymak zorundadır. Turist rehberi, söz konusu zorunlu hallerde turist rehberliği hizmeti verecektir. 6326 sayılı Turist Rehberliği Meslek Kanunu’nun “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrasının (I) bendi uyarınca turist rehberliği hizmeti, seyahat acenteliği faaliyeti niteliğinde olmamak kaydıyla kişi veya grup halindeki yerli veya yabancı turistlerin gezi öncesinde seçmiş oldukları dil kullanılarak ülkenin kültür, turizm, tarih, çevre, doğa, sosyal veya benzeri değerleri ile varlıklarının kültür ve turizm politikaları doğrultusunda tanıtılarak gezdirilmesini veya seyahat acenteleri tarafından düzenlenen turların gezi programının seyahat acentesinin yazılı belgelerinde tanımladığı ve tüketiciye satıldığı şekilde yürütülüp acente adına yönetilmesini ifade etmektedir. Ancak kanun koyucu iptali talep edilen ibareyle, söz konusu zorunlu hallerde Tarihi Alanda turist rehberi yerine alan kılavuzunun da görevlendirilebileceğine cevaz vererek, alan kılavuzlarının turist rehberliği hizmeti vermesine zemin temin etmiştir. Nitekim bu hususla ilgili olarak (Danıştay’ın onama kararına konu) Çanakkale İdare Mahkemesi de Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Kılavuzlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in (1618 sayılı Kanun hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, Tarihi Alana gelen ziyaretçiler veya etkinlik düzenleyen gerçek ve tüzel kişiler ile acentaların, turlarda veya paket turlarda; paket tur veya tur başına kırk beş kişiye kadar en az bir alan kılavuzu veya turist rehberi; tek araç kapasitesi kırk beş kişiyi aşan araçlarda bir alan kılavuzu veya turist rehberi bulundurmak zorunda olduğunu düzenleyen) 15. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin iptaline ilişkin verdiği kararında:

“1618 sayılı Kanun hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla Tarihi Alana gelen ziyaretçiler veya etkinlik düzenleyen gerçek ve tüzel kişiler ile acentaların, turlarda veya paket turlarda; paket tur veya tur başına kırk beş kişiye kadar en az bir alan kılavuzu veya turist rehberi; tek araç kapasitesi kırk beş kişiyi aşan araçlarda bir alan kılavuzu veya turist rehberi bulundurmamak zorunda olduğu ifade edilmiş ise de, ziyaretçi yönetimine ilişkin bilgilerin verilmesinden sorumlu olan alan kılavuzları ile rehberlik faaliyetine ilişkin bilgilerin verilmesinden sorumlu olan turist rehberlerinin madde metninde birbirlerine alternatif olarak sunulduğu ve bu hususun, 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'nun seyahat acentalarının yükümlülüklerini düzenleyen 10'ncu maddesinin 1/(a) fıkrasına aykırı olduğu gibi tarihi alanda ziyaretçi yönetiminin sağlanması gerekçesiyle getirilen alan kılavuzluğu hizmetinin amacına uygun olmadığı, bir başka anlatımla bu düzenleme ile birlikte alan kılavuzları ile turist rehberlerinin tarihi alanda verecekleri hizmetler yönüyle birbirlerinin alternatifi olabilecek şekilde kurgulandığından bu durumun normlar hiyerarşisi ilkesine uygun olmadığı gibi tarihi alanın turist rehberi eşliğinde gezilmesi halinde alan kılavuzu bulundurma zorunluluğunu ortadan kaldırması sebebiyle tarihi alanın bu yönüyle korumasız bırakılacağı sonucunu doğuracağı, yine aynı maddenin 1'nci cümlesinde, tarihi alana gelen ziyaretçiler veya etkinlik düzenleyen gerçek ve tüzel kişilerin turlarda veya paket turlarda; paket tur veya tur başına kırk beş kişiye kadar en az bir alan kılavuzu veya turist rehberi; tek araç kapasitesi kırk beş kişiyi aşan araçlarda bir alan kılavuzu veya turist rehberi bulundurmamak zorunda olduğu şeklinde düzenlenmiş ise de; 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu ve ilgili yönetmelik hükümleri uyarınca turlar veya paket tur düzenlemenin seyahat acentalarının hak ve yetkisinde bulunduğu, bir başka anlatımla seyahat acentaları dışında tarihi alana gelen ziyaretçiler veya etkinlik düzenleyen gerçek veya tüzel kişilerin bu hizmeti verme yetkisinin bulunmadığı, her ne kadar aynı düzenlemede 1618 sayılı Kanun hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla ibaresine yer verilse bile anılan düzenlemede kullanılan ifade biçiminin tarihi alana gelen ziyaretçiler veya etkinlik düzenleyen gerçek ve tüzel kişilerin de turlar veya paket tur düzenleyebileceği şeklinde anıldığı gerekçesiyle dava konusu Yönetmelik'in 15. maddesinin 1. cümlesinin iptaline...”

şeklinde hüküm kurmuştur. (Danıştay'ın 21.10.2020 tarihli ve 2020/1040 E.; 2020/4102 K. sayılı Kararı) Anılan Mahkeme kararı da, alan kılavuzları ile turist rehberlerinin Tarihi Alanda verecekleri hizmetler yönüyle birbirlerinin alternatifi olabilecek şekilde kurgulandığını vurgulamıştır. Diğer bir deyişle sayılı zorunlu hallerde pratikte aynı hizmeti verecek ve fakat farklı şekilde adlandırılacak iki mesleki kategori oluşturulmaktadır. Nitekim lafzı yorum esas alındığında da; kanun koyucu, iptali talep edilen ibarede ““yerine” zarfını ve “da” bağlacını kullanmak suretiyle; birinin diğerinin yerini aldığı⁴ iki grup teşekkül ettirmiştir. Öte yandan 7297 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle 6546 sayılı Kanun'a eklenen Ek Madde 1'in (Tarihi Alan sınırları dahilinde ziyaretçi yönetiminin sağlanması amacı ile ziyaretçilere verilecek bilgilendirme hizmetinin alan kılavuzları veya turist rehberleri tarafından sunulmasını düzenleyen) birinci fıkrası da alan kılavuzunun turist rehberlerine alternatif olarak (ikame) belirlendiği, alan kılavuzluğu hizmetinin amacının (ziyaretçi yönetiminin sağlanması) dışına çıkıldığı izlenimi vermektedir. Dahası alan kılavuzlarının görev alanı ile turist rehberlerinin görev alanının çakışacağı öngörülerek anılan maddenin (turist rehberliği hizmetinin münhasıran turist rehberleri tarafından icra edilmesine yönelik kuralları barındıran 1681 sayılı ve 6326 sayılı Kanunların anılan maddeye aykırı hükümlerinin uygulanmayacağını düzenleyen) 3. fıkrası ihdas edilmiştir. O halde iptali talep edilen ibarenin yer aldığı madde hükmünde, 1618 sayılı Kanun gereğince turist rehberi bulundurulmasının zorunlu olduğu hallerde alan kılavuzu görevlendirildiğinde

4 Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi:07.05.2021)

alan kılavuzunun görevinin sınırı, hukuk devleti ilkesinin belirlilik unsurunun gereğini karşılayacak biçimde kanun düzeyinde hüküm altına alınmamış, aynı hizmeti verecek iki (ikame) sınıf saptanmıştır.

Öte yandan, hem turist rehberi hem de alan kılavuzu, 1618 sayılı Kanun gereğince turist rehberi bulundurulmasının zorunlu olduğu hallerde görevlendirilecek ve (7297 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle 6546 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (d) bendi ve 10. maddesiyle 6546 sayılı Kanun'a eklenen Ek Madde 1'in birinci fıkrası gereğince) ziyaretçilerin bilgilendirilmesi hizmetini görecektir). Buna rağmen kanun koyucu mesleğe kabul ve mesleği icra bağlamında, turist rehberleri bakımından kanun düzeyinde katı şartlar (6326 sayılı Kanun'un "Mesleğe Kabul" başlıklı 3. maddesi gereğince söz gelimi üniversitelerin turist rehberliği bölümlerinin ön lisans, lisans veya yüksek lisans programlarından mezun olmak, yabancı dil sınavında başarılı olmak veya yönetmelikle belirlenen yabancı dil yeterlik belgelerinden birine sahip olmak, uygulama gezisini tamamlamak ve gezi sonunda yapılan sınavda başarılı olmak) getirmesine rağmen; alan kılavuzlarının istihdamına ilişkin kurs ve sınavların usul ve esaslarını belirleme hususunu idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine bırakmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre: "Eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı hükümlere bağlı olması gerektiği anlamına gelmez. Bu ilke ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır." şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarih ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti ise, somut olayda "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır. İhtilafli kural bu açıdan değerlendirilecek olursa; nihayetinde pratikte aynı hizmeti verecek olan, söz konusu iki kategoriden birinin mesleğe kabulde katı kuralara (profesyonel turist rehberliği formasyonuna) tabi olmasına karşılık diğeri için söz konusu niteliklerin aranmaması, bunlar arasında eşitsizlik yaratacaktır. Başka bir anlatımla eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır. Ancak mesleğe kabulde aranan şartlar bakımından birinin diğere nazaran daha yetkin olduğu iki kategoriye aynı görevi tevdi eden hükmü, haklı kılmaya elverişli somut bir neden bulunmamaktadır. Bu sebeple, ihtilafli kural Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

İkinci olarak, alan kılavuzlarının 1618 sayılı Kanun gereğince turist rehberi bulundurulmasının zorunlu olduğu hallerde görevlendirilebilmesini sağlayan iptali talep edilen ibareyi, Anayasa'nın (13. ve) 48. ve 49. maddeleri bağlamında da ele almak gerekmektedir. "...13. Bireyin serbestçe seçtiği bir alanda ve işte çalışma hakkına yönelik kısıtlamaların en aza indirilmesi Anayasanın 48. ve 49. maddeleri çerçevesinde devletin bir görevidir. Kişi çalışarak diğer insanlarla ilişki kurma ve kendisini geliştirme imkânını arttırmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kişinin mesleki faaliyetlere katılımının sınırlandırılmasının veya engellenmesinin geçimini sağlamasını güçleştireceğini, bunun da özel yaşam üzerinde son derece olumsuz etkilere neden olabileceğini belirtmiştir (Sidabras ve Džiautas/ Litvanya, B. N: 55480/00 - 59330/00 §§ 48-50, 62). 14. Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa Sosyal Şartı'nın 1. maddesinin 2. fıkrasına göre de Akit Taraflar "Çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkili bir biçimde korumayı" güvence altına alırlar..." (Anayasa Mahkemesi'nin 14.11.2019 tarihli ve 2018/89 E.; 2019/84 K. sayılı Kararında yer alan Üye Engin Yıldırım ve Üye Celal Mümtaz Akıncı tarafından kaleme alınan karşı oy gerekçesi). Açıklandığı üzere alan kılavuzlarının 1618 sayılı Kanun gereğince turist rehberi bulundurulmasının zorunlu olduğu hallerde görevlendirilebilmesi, turist rehberlerinin icra ettiği rehberlik mesleğini, Anayasa'nın (temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen) 13. maddesine aykırı olacak şekilde; Devletin (Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinin temin ettiği) koruma alanından

çıkarmaktadır. Zira bu hüküm, (bilhassa 7297 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle 6546 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (d) bendiyle ve 7297 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle 6546 sayılı Kanun'a eklenen Ek Madde 1'in birinci fıkrasıyla birlikte değerlendirildiğinde) turist rehberlerine alternatif (ikame) olarak alan kılavuzlarını yetkilendirdiğinden; turist rehberlerinin mesleki faaliyetlerini bizzat icra etmelerini, kendi çalışma alanlarında istihdamını ölçülülük ilkesinin gereklilik unsuruna aykırı şekilde engelleyebilecektir. Turist rehberleri, 1618 ve 6326 sayılı Kanunların varlığına istinaden mesleklerinin kendileri tarafından icra edileceği hususunda haklı bir beklentiye sahiptir. Zira mevcut turist rehberlerinin sayısı, (ya da mevcut turist rehberlerine ek eğitim verilerek veya dışarıdan 6326 sayılı Kanun'a istinaden sertifika programları ile turist rehberi temin edilerek oluşturulacak sayı) ziyaretçi talebini karşılayabilecek iken; faaliyet alanına bir de alan kılavuzlarının dahil edilmesi, o alanda yetkinliğe erişmek için zaman harcamış ve külfetlere katlanmış ehliyet sahibi kişiler arasında işsizliğin artmasına neden olabilecektir. Bu durum, bir kamu yararı da barındırmamaktadır. Halbuki Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur (Anayasa Mahkemesi'nin 17. 06. 2015 karar tarihli ve 2014/179 E.; 2015/54 K. sayılı Kararı).

Üçüncü olarak, anılan ibare, Anayasa'nın 63. maddesine de aykırıdır. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında belirtildiği üzere: "Anayasa'nın 63. maddesinin birinci fıkrasında tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlamak, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri almak görevi Devlete verilmiş, ikinci fıkrasında ise, bu varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetlerin kanunla düzenleneceği esası getirilmiştir. Maddenin gerekçesinin ilgili bölümünde ise 'Devlet, tarih ve kültür varlıklarının korunmasını temin etmelidir. Devlet, bu varlıkların toplanmasını, bulunmasını, restorasyonunu, müzelerde teşhiri sağlamalı; tahriplerini, yurt dışına kaçırılmalarını önlemeli; yurtdışına taşınmış olanların yurda iadesini mümkün kılacak girişimlerde bulunmalıdır. Kanun koyucu, tarih ve kültür varlıklarını koruyucu tedbirleri ihtiva eden mevzuatı geliştirmelidir. (')' ifadeleri yer almaktadır" (Anayasa Mahkemesi'nin 09.06.2011 tarihli ve 2008/87 E.; 2011/95 K. sayılı Kararı). "Türk Vatanı ve Milletinin ebedi varlığını ve Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğü" nün sembollerinden biri olan Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alanı, kanun koyucu tarafından özel olarak korunmuştur. Bu nedenle söz konusu tarih, kültür ve dahi tabiat alanında –turizm destinasyonunda- 1618 sayılı Kanun gereğince turist rehberi bulundurulmasının zorunlu olduğu hallerde görevlendirilen ehil kişinin, yerli ve yabancı ziyaretçilerin Alanın önemini tam ve doğru olarak kavrayabilmesi için oldukça yetkin olması gerekmektedir. Ancak alan kılavuzlarının 1618 sayılı Kanun gereğince turist rehberi bulundurulmasının zorunlu olduğu hallerde görevlendirilebilmesi, açıklandığı üzere turist rehberlerine denk bir ehliyet ve yetkinlik derecesini haiz olmalarını kanun düzeyinde temin edecek mesleğe kabul ve mesleği icra kıstasları öngörülmediğinden, son tahlilde, Devletin Tarihi Alanı koruma yükümlülüğünü ihlal edecektir.

Dördüncü 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. Maddenin gerekçesinde de, tüketicilerin korunması, 'tüketici toplumu' diye adlandırılan belli bir gelişmişlik seviyesindeki ülkelerde çıkmakla birlikte, bu ölçüde gelişmemiş ülkelerde de toplumsal bir problem olduğunun sonradan görüldüğü ve bu konuda getirilecek tedbirlerin tüketicileri koruyacağı, tüketicinin korunması bir serbest piyasa ekonomisi tedbiri olmakla birlikte, her şeyden önce tüketicilerde 'tüketici bilincinin' oluşturulması gerektiği ve Devletin tüketicileri koruyucu başka tedbirler de alabileceği belirtilmiştir. Üreticilerin ekonomik yönden güçlü oluşları ve her yönüyle örgütlenmeleri nedeniyle, tüketiciler ile aralarında doğal olarak bulunan dengesizliğin

giderilmesi için, Anayasa'da belirtilen kurallara dayanılarak yürürlükteki hukuk kurallarında genel olarak tüketici haklarının korunmasına ve sosyal adaletin gerçekleştirilmesine yönelik düzenlemeler yapıldığı ... görülmektedir” (Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2010 tarihli ve 2007/112 E.; 2010/5 K. sayılı Kararı). Buna ilave olarak “Anayasa'nın 167. maddesinin ilk fıkrasında; 'Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.' denilmektedir...Devletin tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemek görevi, temelde tüketiciyi koruma amacı gütmektedir...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). O halde Tarihi Alan ve Çanakkale Savaşları ile ilgili bilgi alacak olan yerli ve yabancı ziyaretçiler; hizmet piyasaları bakımından tüketici konumunda olup Devlet tarafından korunması gereken kişi kategorilerindedir. Bu nedenle söz konusu hizmet ilişkisinin karşı tarafında bulunan ve onlara bilgi arzı yapacak kişilerin ehil olmaları gerekmektedir. Ancak alan kılavuzlarının 1618 sayılı Kanun gereğince turist rehberi bulundurulmasının zorunlu olduğu hallerde görevlendirilebilmesi, açıklandığı üzere turist rehberlerine denk bir ehliyet ve yetkinlik derecesini haiz olmalarını kanun düzeyinde temin edecek mesleğe kabul ve mesleği icra kıstasları öngörülmediğinden, son tahlilde, Devletin (Anayasa'nın 5., 167. ve 172. maddeleriyle yüklenen) tüketiciyi koruma yükümlülüğünü ihlal edecektir.

Beşinci olarak; 6326 sayılı Kanun'un 4. maddesi gereğince turist rehberlerinin, yerleşim yerinin bulunduğu ilde kurulmuş odalardan birine, yerleşim yeri olan ilde oda kurulmamışsa en yakın ilde kurulmuş odalardan birine üye olmaları zorunludur. Anayasa Mahkemesi turist rehberliği meslek birliklerinin, Anayasa'nın 135. maddesi anlamında kamu kurumu niteliğinde meslek üst kuruluşları olduğunu hüküm altına almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 10.01.2013 tarihli ve 2012/95 E.; 2013/9 K. sayılı Kararı). Anayasa'nın 135. maddesinin birinci fıkrasında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşlarının belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzel kişileri olduğu; beşinci fıkrasında ise bu meslek kuruluşları üzerinde devletin idari ve mali denetimine ilişkin kuralların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 05.07.2018 tarihli ve 2018/15 E.; 2018/78 K. sayılı Kararı). Ancak iptali talep edilen ibarenin yer aldığı madde hükmünde; 1618 sayılı Kanun gereğince turist rehberi bulundurulmasının zorunlu olduğu hallerde uygulamada turist rehberleri ile aynı hizmeti verecek olan alan kılavuzlarının meslek odalarına kaydına yönelik kanuni bir düzenleme yapılmadığı gibi, turist rehberleri meslek odalarının ve birliklerinin görev ve yetki alanına müdahale edilmiştir. Diğer bir deyişle turist rehberleri meslek kuruluşları ve üst kuruluşlarının turist rehberliği mesleğini koruma altına almasının (söz gelimi odaya kayıt zorunluluğu) önüne geçilmiştir. Söz gelimi turist rehberlerinin münhasır faaliyet alanında sayılan görevlerden birinin alan kılavuzlarına da tanınması suretiyle; uygulamada, haklı bir neden olmaksızın, aynı hizmeti veren ve fakat biri meslek odasına kayıtlı diğeri kayıtlı olmayan iki kategori oluşturulmakta, kayıtlı olmayanlar üzerinde meslek odaları tarafından denetim yapılması önlenmekte ve meslek odasının (ve üst kuruluşlarının) mesleğin meslek etiğine uygun olarak icra edilmesini temin etme yükümlülüğünü yerine getirmesi engellenmektedir. İhtilafli kural, bu itibarla Anayasa'nın 135. maddesine de aykırıdır.

Son olarak; alan kılavuzunun turist rehberinin yerini almasını dil bilgisi yönünden sağlayan “yerine” zarfı ve “da” bağlacı, “alan kılavuzu” ibaresinin iptal edilmesiyle işlevlerini yitirecektir.

Tüm bu nedenlerle 11.03.2021 tarihli ve 7297 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 10. maddesiyle 6546 sayılı Kanun’a eklenen Ek Madde 1’in ikinci fıkrasında yer alan “yerine alan kılavuzu da” ibaresi, Anayasa’nın 2., 5., 10., 13., 48., 49., 63., 135., 167. ve 172. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

c) 11.03.2021 tarihli ve 7297 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 10. maddesiyle 6546 sayılı Kanun’a eklenen Ek Madde 1’in üçüncü fıkrasının Anayasa’ya aykırılığı

7297 sayılı Kanun’un 10. maddesiyle 6546 sayılı Kanun’a eklenen Ek Madde 1’in üçüncü fıkrasına göre 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu’nun ve 6326 sayılı Turist Rehberliği Mesleği Kanunu’nun anılan ek maddeye aykırı hükümleri uygulanmayacaktır. Ancak anılan fıkra hükmü, Anayasa’ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki kanun koyucu tarafından 1618 sayılı ve 6326 sayılı Kanun’un anılan ek maddeye aykırılık edeceği öngörülen hükümlerin çoğu, turist rehberliği mesleğinin münhasıran turist rehberleri tarafından icra edilebileceğine yönelik öz taşıyan düzenlemelerdir. Söz gelimi 1618 sayılı Kanun’un seyahat acentalarının yükümlülüklerini düzenleyen 10. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre seyahat acentaları turlarda veya sadece tek bir otelde konaklamayı ve konaklanacak otele ulaşımı içerenler hariç olmak üzere paket turlarda; paket tur veya tur başına kırk beş kişiye kadar en az bir rehber bulundurmak; tek araç kapasitesi kırk beş kişiyi aşan araçlarda bir rehber bulundurmak; turistlere, rehberler dışında herhangi bir kimse vasıtasıyla Türkiye’nin tarihi, doğası, kültürü ve turizmi ile ilgili rehberlik faaliyeti niteliğinde bilgi vermemek hususuna uymak zorundadır. 6326 sayılı Kanun’un turist rehberliği mesleğinin korunmasını düzenleyen 7. maddesine göre turist rehberliği hizmetleri sadece turist rehberleri tarafından sunulur. Başka sıfat veya unvanlarla icra edilen ancak bu Kanun uyarınca turist rehberliği niteliği taşıyan her türlü hizmetin yürütülmesinde mesleği icra etme koşullarını taşıyan kişiler çalıştırılır. Kamu kurum ve kuruluşlarının resmi faaliyetlerinde turist rehberliği hizmeti verecek ruhsatname sahibi bir kamu görevlisinin görevlendirilmiş olması halinde ayrıca turist rehberi bulundurulması zorunlu değildir. Bu Kanun kapsamı dışında hangi ad altında olursa olsun turist rehberliği niteliğinde bir faaliyet yürütülmesine hak kazandıracak eğitim programları düzenlenemez veya belge verilemez. Bu fiillerin işlenmesi durumu mesleğe engel hal oluşturur. Ruhsatname sahibi olmadan turist rehberliği hizmeti sunanlar bu fiilin tekrarı hâlinde mesleğe kabul edilmez (ve bu hükümlere aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir). Söz konusu örnek hükümlerden de görüleceği üzere; kanun koyucu, anılan ek madde ile alan kılavuzlarına tevdi ettiği görevlerin, turist rehberliği mesleği faaliyet alanı kapsamında kaldığını (niteliğinde olduğunu) kabul ederek; alan kılavuzları ile turist rehberlerinin görev alanlarıyla ilgili bir norm çatışması doğması durumunda; bu çatışmayı bertaraf etmek adına; 1618 sayılı ve 6326 sayılı Kanun’un anılan ek maddeye aykırı hükümlerin uygulanmayacağına yönelik çözümü getirmiş ve fakat bu çözümü üretirken de turist rehberliği mesleğinin anılan Kanunlarla korunan faaliyet alanına müdahale etmiştir.

Turist rehberliği mesleğinin faaliyet alanı, genel olarak 6326 sayılı Turist Rehberliği Meslek Kanunu’nun “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrasının (I) bendinde düzenlenmiştir. Anılan bent uyarınca turist rehberliği hizmeti, seyahat acenteliği faaliyeti niteliğinde olmamak kaydıyla kişi veya grup halindeki yerli veya yabancı turistlerin gezi öncesinde seçmiş

oldukları dil kullanılarak ülkenin kültür, turizm, tarih, çevre, doğa, sosyal veya benzeri değerleri ile varlıklarının kültür ve turizm politikaları doğrultusunda tanıtılarak gezdirilmesini veya seyahat acenteleri tarafından düzenlenen turların gezi programının seyahat acentesinin yazılı belgelerinde tanımladığı ve tüketiciye satıldığı şekilde yürütülüp acente adına yönetilmesini ifade etmektedir. Ancak kanun koyucu alan kılavuzlarının görev alanı ile turist rehberlerinin görev alanının çakışacağı öngörerek; iptali talep edilen fıkrayla, 1618 sayılı ve 6326 sayılı Kanun'un anılan ek maddeye aykırı hükümlerin uygulanmayacağını hüküm altına alarak, alan kılavuzlarının turist rehberliği hizmeti vermesine zemin temin etmiştir. Nitekim bu hususla ilgili olarak (Danıştay'ın onama kararına konu) Çanakkale İdare Mahkemesi de Çanakkale Savaşları Gelişim Tarihi Alan Kılavuzlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in (1618 sayılı Kanun hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, Tarihi Alana gelen ziyaretçiler veya etkinlik düzenleyen gerçek ve tüzel kişiler ile acentaların, turlarda veya paket turlarda; paket tur veya tur başına kırkbeş kişiye kadar en az bir alan kılavuzu veya turist rehberi; tek araç kapasitesi kırkbeş kişiyi aşan araçlarda bir alan kılavuzu veya turist rehberi bulundurmamak zorunda olduğunu düzenleyen) 15. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin iptaline ilişkin verdiği kararında:

“1618 sayılı Kanun hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla Tarihi Alana gelen ziyaretçiler veya etkinlik düzenleyen gerçek ve tüzel kişiler ile acentaların, turlarda veya paket turlarda; paket tur veya tur başına kırk beş kişiye kadar en az bir alan kılavuzu veya turist rehberi; tek araç kapasitesi kırk beş kişiyi aşan araçlarda bir alan kılavuzu veya turist rehberi bulundurmamak zorunda olduğu ifade edilmiş ise de, ziyaretçi yönetimine ilişkin bilgilerin verilmesinden sorumlu olan alan kılavuzları ile rehberlik faaliyetine ilişkin bilgilerin verilmesinden sorumlu olan turist rehberlerinin madde metninde birbirlerine alternatif olarak sunulduğu ve bu hususun, 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'nun seyahat acentalarının yükümlülüklerini düzenleyen 10'ncü maddesinin 1/(a) fıkrasına aykırı olduğu gibi tarihi alanda ziyaretçi yönetiminin sağlanması gerekçesiyle getirilen alan kılavuzluğu hizmetinin amacına uygun olmadığı, bir başka anlatımla bu düzenleme ile birlikte alan kılavuzları ile turist rehberlerinin tarihi alanda verecekleri hizmetler yönüyle birbirlerinin alternatifi olabilecek şekilde kurgulandığından bu durumun normlar hiyerarşisi ilkesine uygun olmadığı gibi tarihi alanın turist rehberi eşliğinde gezilmesi halinde alan kılavuzu bulundurma zorunluluğunu ortadan kaldırması sebebiyle tarihi alanın bu yönüyle korumasız bırakılacağı sonucunu doğuracağı, yine aynı maddenin 1'nci cümlesinde, tarihi alana gelen ziyaretçiler veya etkinlik düzenleyen gerçek ve tüzel kişilerin turlarda veya paket turlarda; paket tur veya tur başına kırk beş kişiye kadar en az bir alan kılavuzu veya turist rehberi; tek araç kapasitesi kırk beş kişiyi aşan araçlarda bir alan kılavuzu veya turist rehberi bulundurmamak zorunda olduğu şeklinde düzenlenmiş ise de; 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu ve ilgili yönetmelik hükümleri uyarınca turlar veya paket tur düzenlemenin seyahat acentalarının hak ve yetkisinde bulunduğu, bir başka anlatımla seyahat acentaları dışında tarihi alana gelen ziyaretçiler veya etkinlik düzenleyen gerçek veya tüzel kişilerin bu hizmeti verme yetkisinin bulunmadığı, her ne kadar aynı düzenlemede 1618 sayılı Kanun hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla ibaresine yer verilebile anılan düzenlemede kullanılan ifade biçiminin tarihi alana gelen ziyaretçiler veya etkinlik düzenleyen gerçek ve tüzel kişilerin de turlar veya paket tur düzenleyebileceği şeklinde anlaşıldığı gerekçesiyle dava konusu Yönetmelik'in 15. maddesinin 1. cümlesinin iptaline...”

şeklinde hüküm kurmuştur. (Danıştay'ın 21.10.2020 tarihli ve 2020/1040 E.; 2020/4102 K. sayılı Kararı) Anılan Mahkeme kararı da, alan kılavuzları ile turist rehberlerinin Tarihi Alanda verecekleri hizmetler yönüyle birbirlerinin alternatifi olabilecek şekilde kurgulandığını vurgulamıştır. Diğer bir deyişle pratikte aynı hizmeti verecek ve fakat farklı şekilde adlandırılacak iki mesleki kategori oluşturulmaktadır. Öte yandan, 7297 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle

6546 sayılı Kanun'a eklenen Ek Madde 1'in (Tarihi Alan sınırları dahilinde ziyaretçi yönetiminin sağlanması amacı ile ziyaretçilere verilecek bilgilendirme hizmetinin alan kılavuzları veya turist rehberleri tarafından sunulmasını düzenleyen) birinci ve (1618 sayılı Kanun gereğince turist rehberi bulundurulmasının zorunlu olduğu hallerde Tarihi Alanda turist rehberi yerine alan kılavuzu da görevlendirilebileceğini düzenleyen) ikinci fıkraları da alan kılavuzunun turist rehberlerine alternatif olarak (ikame) belirlendiği, alan kılavuzluğu hizmetinin amacının (ziyaretçi yönetiminin sağlanması) dışına çıkıldığı izlenimi vermektedir. O halde iptali talep edilen fıkranın yer aldığı madde hükmünde alan kılavuzunun görevinin sınırı, hukuk devleti ilkesinin belirlilik unsurunun gereğini karşılayacak biçimde kanun düzeyinde hüküm altına alınmamış, aynı hizmeti verecek iki (ikame) sınıf saptanmıştır.

Öte yandan, hem turist rehberi hem de alan kılavuzu, 7297 sayılı Kanun'un (9. maddesiyle 6546 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (d) bendi ve) 10. maddesiyle 6546 sayılı Kanun'a eklenen Ek Madde 1'in birinci fıkrası uyarınca; ziyaretçilerin bilgilendirilmesi hizmetini görecektir, ikinci fıkrası uyarınca; 1618 sayılı Kanun gereğince turist rehberi bulundurulmasının zorunlu olduğu hallerde alan kılavuzu da görevlendirilecektir. Ancak anılan ek maddenin alan kılavuzlarına verdiği görevlerin özü, turist rehberliği hizmeti niteliğinde bulunduğundan; bu hizmetin icracılarının, 6326 sayılı Kanun'un öngördüğü niteliklere sahip olması gerekmektedir. Ancak kanun koyucu, iptali talep edilen fıkrayla turist rehberinin sahip olması gereken nitelikleri sıralayan 6326 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağını öngörmüştür. Diğer bir deyişle kanun koyucu mesleğe kabul ve mesleği icra bağlamında, turist rehberleri bakımından kanun düzeyinde katı şartlar (6326 sayılı Kanun'un "Mesleğe Kabul" başlıklı 3. maddesi gereğince söz gelimi üniversitelerin turist rehberliği bölümlerinin ön lisans, lisans veya yüksek lisans programlarından mezun olmak, yabancı dil sınavında başarılı olmak veya yönetmelikle belirlenen yabancı dil yeterlik belgelerinden birine sahip olmak, uygulama gezisini tamamlamak ve gezi sonunda yapılan sınavda başarılı olmak) getirmesine rağmen; alan kılavuzlarının istihdamına ilişkin kurs ve sınavların usul ve esaslarını belirleme hususunu idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine bırakmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre: "Eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı hükümlere bağlı olması gerektiği anlamına gelmez. Bu ilke ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır." şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarih ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti ise, somut olayda "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır. İhtilafli kural bu açıdan değerlendirilecek olursa; nihayetinde pratikte aynı hizmeti verecek olan, söz konusu iki kategoriden birinin mesleğe kabulde katı kurallara (profesyonel turist rehberliği formasyonuna) tabi olmasına karşılık diğeri için söz konusu niteliklerin aranmaması, bunlar arasında eşitsizlik yaratacaktır. Başka bir anlatımla eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır. Ancak 6326 sayılı Kanun'un anılan Ek Madde 1'e (mesleğe kabulde aranan şartlar bakımından birinin diğere nazaran daha yetkin olduğu iki kategoriye aynı görevi tevdi eden ek maddeye) aykırı düzenlemelerinin uygulanmayacağını öngören hükmü, haklı kılmaya elverişli somut bir neden bulunmamaktadır. Bu sebeple, ihtilafli kural Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

İkinci olarak, iptali talep edilen fıkrayı, Anayasa'nın (13. ve) 48. ve 49. maddeleri bağlamında da ele almak gerekmektedir. "...13. Bireyin serbestçe seçtiği bir alanda ve işte çalışma hakkına yönelik kısıtlamaların en aza indirilmesi Anayasanın 48. ve 49. maddeleri çerçevesinde devletin bir görevidir. Kişi çalışarak diğer insanlarla ilişki kurma ve kendisini geliştirme imkânını arttırmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kişinin mesleki faaliyetlere katılımının sınırlandırılmasının veya engellenmesinin geçimini sağlamasını güçleştireceğini,

bunun da özel yaşam üzerinde son derece olumsuz etkilere neden olabileceğini belirtmiştir (Si-dabras ve Džiautas/ Litvanya, B. N: 55480/00 - 59330/00 §§ 48-50, 62). 14. Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa Sosyal Şartı'nın 1. maddesinin 2. fıkrasına göre de Akit Taraflar "Çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkili bir biçimde korumayı" güvence altına alırlar..." (Anayasa Mahkemesi'nin 14.11.2019 tarihli ve 2018/89 E.; 2019/84 K. sayılı Kararında yer alan Üye Engin Yıldırım ve Üye Celal Mümtaz Akıncı tarafından kaleme alınan karşı oy gerekçesi). Ancak iptali talep edilen fıkra, turist rehberlerinin icra ettiği rehberlik mesleğini, Anayasa'nın (temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen) 13. maddesine aykırı olacak şekilde; Devletin (Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinin temin ettiği) koruma alanından çıkarmaktadır. Zira bu fıkra, (bilhassa 7297 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle 6546 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (d) bendiyle ve 7297 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle 6546 sayılı Kanun'a eklenen Ek Madde 1'in birinci ve ikinci fıkrasıyla birlikte değerlendirildiğinde) alan kılavuzlarının turist rehberlerine alternatif (ikame) olarak yetkilendirilmesine cevaz veren hükümlere aykırılık teşkil ettiği nispette 1618 sayılı ve 6326 sayılı Kanunların uygulanmayacağını öngördüğünden; turist rehberlerinin mesleki faaliyetlerini (bizzat) icra etmelerini, kendi çalışma alanlarında istihdamını ölçülülük ilkesinin gereklilik unsuruna aykırı şekilde engelleyebilecektir. Turist rehberleri, 1618 ve 6326 sayılı Kanunların varlığına istinaden mesleklerinin kendileri tarafından icra edileceği hususunda haklı bir beklentiye sahiptir. Zira mevcut turist rehberlerinin sayısı, (ya da mevcut turist rehberlerine ek eğitim verilerek veya dışarıdan 6326 sayılı Kanun'a istinaden sertifika programları ile turist rehberi temin edilerek oluşturulacak sayı) ziyaretçi talebini karşılayabilecek iken; faaliyet alanına bir de alan kılavuzlarının dahil edilmesi, o alanda yetkinliğe erişmek için zaman harcamış ve külfetlere katlanmış ehliyet sahibi kişiler arasında işsizliğin artmasına neden olabilecektir. Bu durum, bir kamu yararı da barındırmamaktadır. Halbuki Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur (Anayasa Mahkemesi'nin 17. 06. 2015 karar tarihli ve 2014/179 E.; 2015/54 K. sayılı Kararı).

Üçüncü olarak, anılan ibare, Anayasa'nın 63. maddesine de aykırıdır. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında belirtildiği üzere: "Anayasa'nın 63. maddesinin birinci fıkrasında tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlamak, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri almak görevi Devlete verilmiş, ikinci fıkrasında ise, bu varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetlerin kanunla düzenleneceği esası getirilmiştir. Madenin gerekçesinin ilgili bölümünde ise 'Devlet, tarih ve kültür varlıklarının korunmasını temin etmelidir. Devlet, bu varlıkların toplanmasını, bulunmasını, restorasyonunu, müzelerde teşhirini sağlamalı; tahriplerini, yurt dışına kaçırılmalarını önlemeli; yurtdışına taşınmış olanların yurda iadesini mümkün kılacak girişimlerde bulunmalıdır. Kanun koyucu, tarih ve kültür varlıklarını koruyucu tedbirleri ihtiva eden mevzuatı geliştirmelidir. (')' ifadeleri yer almaktadır" (Anayasa Mahkemesi'nin 09.06.2011 tarihli ve 2008/87 E.; 2011/95 K. sayılı Kararı). "Türk Vatanı ve Milletinin ebedi varlığını ve Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğü"nü sem-bollerinden biri olan Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alanı, kanun koyucu tarafından özel olarak korunmuştur. Bu nedenle söz konusu tarih, kültür ve dahi tabiat alanında –turizm destinasyonunda- görevlendirilen ehil kişinin, yerli ve yabancı ziyaretçilerin Alanın önemini tam ve doğru olarak kavrayabilmesi için oldukça yetkin olması gerekmektedir. Ancak anılan fıkra, 1618 sayılı ve 6326 sayılı Kanunların anılan ek maddeye aykırı hükümlerinin uygulanmayacağını öngörmek suretiyle; alan kılavuzlarının turist rehberlerine nazaran daha az yetkin olmalarına zemin hazırladığından, Devletin Tarihi Alanı koruma yükümlülüğünü ihlal edecektir.

Dördüncü 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. Maddenin gerekçesinde de, tüketicilerin korunması, 'tüketici toplumu' diye adlandırılan belli bir gelişmişlik seviyesindeki ülkelerde çıkmakla birlikte, bu ölçüde gelişmemiş ülkelerde de toplumsal bir problem olduğunun sonradan görüldüğü ve bu konuda getirilecek tedbirlerin tüketicileri koruyacağı, tüketicinin korunması bir serbest piyasa ekonomisi tedbiri olmakla birlikte, her şeyden önce tüketicilerde 'tüketici bilincinin' oluşturulması gerektiği ve Devletin tüketicileri koruyucu başka tedbirler de alabileceği belirtilmiştir. Üreticilerin ekonomik yönden güçlü oluşları ve her yönüyle örgütlenmeleri nedeniyle, tüketiciler ile aralarında doğal olarak bulunan dengesizliğin giderilmesi için, Anayasa'da belirtilen kurallara dayanılarak yürürlükteki hukuk kurallarında genel olarak tüketici haklarının korunmasına ve sosyal adaletin gerçekleştirilmesine yönelik düzenlemeler yapıldığı ... görülmektedir” (Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2010 tarihli ve 2007/112 E.; 2010/5 K. sayılı Kararı). Buna ilave olarak “Anayasa'nın 167. maddesinin ilk fıkrasında; 'Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.' denilmektedir...Devletin tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemek görevi, temelde tüketiciyi koruma amacı gütmektedir...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). O halde Tarihi Alan ve Çanakkale Savaşları ile ilgili bilgi alacak olan yerli ve yabancı ziyaretçiler; hizmet piyasaları bakımından tüketici konumunda olup Devlet tarafından korunması gereken kişi kategorilerindedir. Bu nedenle söz konusu hizmet ilişkisinin karşı tarafında bulunan ve onlara bilgi arzı yapacak kişilerin ehil olmaları gerekmektedir. Ancak anılan fıkra, 1618 sayılı ve 6326 sayılı Kanunların anılan ek maddeye aykırı hükümlerinin uygulanmayacağını öngörmek suretiyle; alan kılavuzlarının turist rehberlerine nazaran daha az yetkin olmalarına zemin hazırladığından, Devletin (Anayasa'nın 5., 167. ve 172. maddeleriyle yüklenen) tüketiciyi koruma yükümlülüğünü ihlal edecektir.

Beşinci olarak, 6326 sayılı Kanun'un 4. maddesi gereğince turist rehberlerinin, yerleşim yerinin bulunduğu ilde kurulmuş odalardan birine, yerleşim yeri olan ilde oda kurulmamışsa en yakın ilde kurulmuş odalardan birine üye olmaları zorunludur. Anayasa Mahkemesi turist rehberliği meslek birliklerinin, Anayasa'nın 135. maddesi anlamında kamu kurumu niteliğinde meslek üst kuruluşları olduğunu hüküm altına almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 10.01.2013 tarihli ve 2012/95 E.; 2013/9 K. sayılı Kararı). Anayasa'nın 135. maddesinin birinci fıkrasında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşlarının belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzel kişileri olduğu; beşinci fıkrasında ise bu meslek kuruluşları üzerinde devletin idari ve mali denetimine ilişkin kuralların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. (Anayasa Mahkemesi'nin 05.07.2018 tarihli ve 2018/15 E.; 2018/78 K. sayılı Kararı). Ancak iptali talep edilen fıkranın yer aldığı madde hükmünde; alan kılavuzlarının (6326 sayılı Kanun uyarınca) meslek odalarına kaydına yönelik kanuni bir düzenleme yapılmadığı gibi, turist rehberleri meslek odalarının ve birliklerinin görev ve yetki alanına müdahale edilmiştir. Diğer bir deyişle anılan fıkra, 1618 sayılı ve 6326 sayılı Kanunların anılan ek maddeye aykırı hükümlerinin uygulanmayacağını öngörmek suretiyle; söz gelimi alan kılavuzlarının kayıt olma zorunluluğu getirmediğinden, turist rehberleri meslek kuruluşları

ve üst kuruluşlarının turist rehberliği mesleğini koruma altına almasının önüne geçilmiştir. Diğer bir deyişle turist rehberlerinin münhasır faaliyet alanında sayılan görevlerden birinin alan kılavuzlarına da tanınması suretiyle; uygulamada, haklı bir neden olmaksızın, aynı hizmeti veren ve fakat biri meslek odasına kayıtlı diğeri kayıtlı olmayan iki kategori oluşturulmakta, kayıtlı olmayanlar üzerinde meslek odaları tarafından denetim yapılması önlenmekte ve meslek odasının (ve üst kuruluşlarının) mesleğin meslek etiğine uygun olarak icra edilmesini temin etme yükümlülüğünü yerine getirmesi engellenmektedir. İhtilafı kural, bu itibarla Anayasa'nın 135. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 11.03.2021 tarihli ve 7297 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 10. maddesiyle 6546 sayılı Kanun'a eklenen Ek Madde 1'in üçüncü fıkrası, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 48., 49., 63., 135., 167. ve 172. maddelerine aykırıdır; anılan fıkranın iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

11.03.2021 tarihli ve 7297 Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile getirilen iptali talep edilen düzenlemeler birden fazla kanunda hukuka aykırı değişiklikler yapmaktadır. Kamu yararına aykırı olan, telafisi mümkün olmayacak sonuçlara yol açacak bu düzenlemelerin iptal davası sonuçlanana kadar yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

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

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

IV. SONUÇ VE İSTEM

11.03.2021 tarihli ve 7297 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un

1) 2. maddesiyle 08.06.1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yapı İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun'a eklenen Geçici Madde 4, Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 13., 35., 47., 48., 90., 123. ve 167. maddelerine,

2) 9. maddesiyle 19.06.2014 tarihli ve 6546 sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alanı Hakkında Bazı Düzenlemeler Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (d) bendinde yer alan "Başkanlık tarafından belirlenen usul ve esaslara göre" ibaresi, Anayasa'nın 2., 7., 10. ve 123. maddelerine; "bilgi veren" ibaresi, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 48., 49., 63., 135., 167. ve 172. maddelerine,

3) 10. maddesiyle 6546 sayılı Kanun'a eklenen Ek Madde 1'in birinci fıkrasında yer alan "alan kılavuzları veya" ibaresi, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 48., 49., 63., 135., 167. ve 172. maddelerine; ikinci fıkrasında yer alan "yerine alan kılavuzu da" ibaresi, Anayasa'nın 2., 5.,

Esas Sayısı : 2021/47

Karar Sayısı : 2023/151

10., 13., 48., 49., 63., 135., 167. ve 172. maddelerine; üçüncü fıkrası, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 48., 49., 63., 135., 167. ve 172. maddelerine

aykırı olduğundan iptallerine ve uygulanmaları 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.”