

“1) 22.11.2023 tarihli ve 7474 sayılı Aile ve Gençlik Fonu Kurulması Hakkında Kanun’un 2. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa’ya aykırılığı

7474 sayılı Kanun ile aile müessesesinin desteklenmesi, güçlendirilmesi, gençlerin sosyal risklere karşı korunması ve gelişimleri ile girişimlerine destek sağlanmasına yönelik kaynağın oluşturulması, yönetilmesi ve ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına aktarılması için Hazine ve Maliye Bakanlığı’na bağlı, kamu tüzel kişiliğini haiz Aile ve Gençlik Fonu (Fon) kurulmuştur. O halde kamu tüzel kişiliğini haiz Fon, idari teşkilat içinde yer almaktadır.

7474 sayılı Kanun’un 2. maddesinde, Fonun Hazine ve Maliye Bakan yardımcısı başkanlığında, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakan yardımcısı, Gençlik ve Spor Bakan yardımcısı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakan yardımcısı ile Sanayi ve Teknoloji Bakan yardımcısı olmak üzere beş kişiden teşekkül eden Yönetim Kurulu tarafından yönetileceği kurala bağlanmıştır.

Anılan 2. maddenin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesiyle Yönetim Kurulu, Fondan kaynak aktarımı yapılacak projeleri, aktarılacak kaynak tutarını, harcama programlarını belirlemeye yetkisiyle donatılmıştır. Ancak Yönetim Kuruluna Fondan kaynak aktarımı yapılacak projeleri, aktarılacak kaynak tutarını, harcama programlarını sınırsız biçimde belirlemeye yetkisi veren ve iptali talep edilen cümle, Anayasa’ya aykırıdır.

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

İptali talep edilen cümleyle kamu tüzel kişiliğini haiz Fonun Yönetim Kurulu, Fondan kaynak aktarımı yapılacak projeleri, aktarılacak kaynak tutarını, harcama programlarını belirlemeye yetkili kılınmıştır. Ancak bu yetki; somut, nesnel, net, açık, anlaşılabilir ve keyfi uygulamalara neden olmayacak bir ölçüt ile sınırlanmadığından; Yönetim Kurulu, söz konusu sınırsız takdir yetkisine istinaden dilediği projeye, dilediği tutarda kaynak aktaracak ve harcama programlarını her bir somut olay bakımından farklı biçimlerde tespit edecektir. Bahsi geçen

öngörülemez yetki, kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılması gerekliliğinin aksine; israfa yol açacaktır. Bu durum, nihayetinde 7474 sayılı Kanun'un ratio legis'ini (ailenin ve gençliğin korunması) aşacak; Fonun amacı dışında (söz gelimi siyasi partilerin 2024 yerel seçimlerine yönelik vaatlerinde) kullanılmasına neden olabilecek niteliktedir.

Halbuki Fondan kaynak aktarımı yapılacak projelerin, aktarılabak kaynak tutarının, harcama programlarının; hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılaması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu, -anayasal ilkelerin aksine- Yönetim Kurulunu nesnel, açık, net, anlaşılabilir ve somut ölçütlerle kayıtlılanmaksızın bu konunun düzenlenmesini büsbütün idarenin uhdesine bırakmıştır. O kadar ki; ihtilaflı cümlelerin içerdiği belirsizlik ve öngörülemezlik nedeniyle; uygulamada aynı nitelikteki projeler farklı uygulamalara tabi tutulacaktır.

Başka bir anlatımla evlenmek suretiyle aile kuracak kimselere Fondan yapılacak yardım tespit edilirken esas alınacak yaş aralığı ölçütü ne'ye göre saptanacaktır. Söz gelimi alt sınır bakımından Türk hukukunda olağan evlenme yaşı, 18, esas alınacak idiyse; bu opsiyonda, ekonomik kriz içinde olan ülkemizde bilhassa lise eğitimini tamamlayıp lisans eğitimi almak isteyen gençlerimizin, aileleri tarafından salt nakdi yardım alabilmek adına, cebri biçimde evlendirilmeyeceklerine yönelik, sosyal ve mali etki analizi yapıp, endişeleri bertaraf edici tedbirlerin alındığına dair temellendirme yapılmamıştır. Benzer biçimde üst sınır tespit işleminin isnad edileceği nesnel ölçüt de bulunmamaktadır. Buna ilave olarak bu yardımın; sadece eşler bakımından yapılacak ilk evlilikte verilir verilmeyeceği; yardımın tutarı, kamuoyunda bilinen ismiyle “düğün masrafları”nın piyasa fiyatı üzerinden hesaplanıp hesaplanmayacağı belirsizdir. Öte yandan Fonunun evlenmek suretiyle ilk kurulacak ailelerin yanı sıra halihazırda kurulu bulunan ailelerin kaliteli yaşam standardına erişebilmesi için kullanılıp kullanılmayacağını da öngörmek mümkün değildir.

Diğer taraftan anılan Kanun'da gençlerin yaş aralığının saptanmaması da Fondan kaynak aktarımı yapılacak projelerin, aktarılabak kaynak tutarının, harcama programlarının tespit edilmesi bakımından belirsizlik yaratmaktadır. Söz gelimi Hacettepe Üniversitesi Gençlik Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi, gençlik dönemi bakımından şu veriyi sunmaktadır:

“Gençlik dönemi UNESCO tarafından 15-25 yaş aralığında belirlenirken, Birleşmiş Milletler Örgütü (BM) 12-24 yaş aralığını öngörmüştür. Türkiye ise BM'in belirlediği 12-24 yaş arasını gençlik dönemi olarak benimsemiştir. Gençlik dönemi böylece ergenlik yaşına girmeye başlamakta ve 18 yaşından sonra da görel olarak yetişkinlik dönemine adım atmış olmakla sonlanmaktadır.”

Yine Türkiye İstatistik Kurumu, Adrese Dayalı Nüfus Kayıt Sistemi (ADNKS) sonuçlarına göre 2022 yılı sonu itibarıyla Türkiye'nin toplam nüfusunda gençlerin payını hesaplarken 15-24 yaş aralığını esas almıştır:

“İstatistiklerle Gençlik, 2022

Türkiye nüfusunun %15,2'sini genç nüfus oluşturdu

Adrese Dayalı Nüfus Kayıt Sistemi (ADNKS) sonuçlarına göre 2022 yılı sonu itibarıyla Türkiye'nin toplam nüfusu 85 milyon 279 bin 553 kişi iken 15-24 yaş grubundaki genç nüfus 12 milyon 949 bin 817 kişi oldu. Genç nüfus, toplam nüfusun %15,2'sini oluşturdu. Genç nüfusun %51,2'sini erkek nüfus, %48,8'ini ise kadın nüfus oluşturdu. ...”

Benzer biçimde Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’nun Gençlik Hakları başlıklı neşriyatına göre;

“Çocukluk sonrası ve yetişkinlik öncesi dönem olarak tanımlanan gençlik sürecinde, gençlerin temel hak ve hürriyetlere erişiminin sağlanması gerekmektedir. Gençlik dönemi, uluslararası bir örgüt olan Birleşmiş Milletler tarafından 15-24 yaş aralığındaki bireyler olarak belirlenmiştir. Ülkemizde ise 27/01/2013 tarihli ve 28541 sayılı Ulusal Gençlik ve Spor Politikası Belgesi’nde “ülkemizin şartları göz önüne alındığında gençlik politikalarının hedef grubunun 14-29 yaş aralığında bulunan bireyler” olduğu kabul edilmiştir. İhtiyaç halinde gerekli veri ve bilgileri bir araya getirerek istatistik oluşturmakla görevli Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK), bazı istatistiklerde 15-29 yaş aralığını, bazılarında ise 15-24 yaş aralığını “genç” olarak değerlendirmeye almıştır.”

O halde Yönetim Kurulunun keyfi biçimde tespit edeceği yaş aralığı; Fondan kaynak aktarımı yapılacak projeleri, aktarılacak kaynak tutarını, harcama programlarının farklı biçimlerde uygulanmasına neden olabilecektir.

Yine Yönetim Kurulunun Fon kapsamına dahil edeceği projelerin konusunu ne’ye göre seçeceği belirsizdir. Söz gelimi TİHEK, 2021 yılı İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi Raporu’nda gençlik haklarının temin edilmesi bakımından nelerin yapılmasını gerektiğini kalem kalem saymıştır:

“• Gençlerin temel hak ve özgürlüklere etkin erişimini sağlayacak ve gençlere yönelik ayrımcılıkla mücadele edebilecek özel bir koruma mekanizmasının ve gençlik haklarına yönelik kapsamlı düzenlemelerin hayata geçirilmesi,

• Genç işsizliğinin azaltılması ve eğitim ve istihdam dışı gençlere yönelik çalışmaların artırılması,

• Üniversite öğrencilerinin barınma ihtiyacının giderilmesine yönelik çalışmaların artırılması,

• Eğitimine devam etmek isteyen gençlerin eğitimden kopuşlarının önlenmesi için ek önlemler alınması,

• Gençlerin iyilik halinin artırılması ve ruh sağlığının korunması için aile, okul, akran grubu, toplum ve işyeri düzeyinde bir dizi risk faktörünü ele almak ve damgalamayla mücadele etmek dahil kapsamlı politikaların geliştirilmesi,

• Gençlerin toplumsal hayata katılımının artırılması ve gönüllülük çalışmalarının teşvik edilmesi yönündeki politikaların ve uygulamaların çeşitlendirilmesi, ”

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 2009 yılının Aralık ayında 64/134 sayılı kararıyla 12 Ağustos 2010 - 11 Ağustos 2011 tarihleri arasında Uluslararası Gençlik Yılı ilan edilerek; Dünya Gençlik Eylem Programının öncelikli on beş konusu: “eğitim, istihdam, açlık ve

yoksulluk, sağlık, çevre, uyuşturuğu bağımlılığı, suçla itilen çocuklar, boş zaman aktiviteleri, kızlar ve genç kadınlar, katılım, küreselleşme, bilgi ve iletişim teknolojileri, hıv/aids, gençlik ve iç çatışma, kuşaklar arası ilişkiler” şeklinde sıralanmıştır.

Gençlerin söz konusu sorunları nazara alındığında; “projelerin nasıl tespit edileceğı” hukuki meselesi husule gelmektedir. Zira Yönetim Kurulunun uhdesindeki sınırsız takdir yetkisi nedeniyle; söz konusu tüm sorunların göz ardı edilerek, Fonun salt “gençleri aile kurmaya teşvik etmek için” kullanılması (Fonun işlevlerinin yalnız bu konuya indirgenmesi) olasılığı doğmaktadır. Yine Fon kapsamında verilecek yardımların miktarında proje yahut bölgesel bazlı farklılaştırma olup olmayacağı, geri ödemesi olup olmayacağı, faiz alınıp alınmayacağı, geri ödemenin süresi, nikah akdinden önce ya da nikah akdinden sonra evliliğin formalite olarak yapılmadığını kanıtlamaya yeterli ölçüde süre zarfı geçtikten sonra verileceğı, proje hazırlık aşamasından önce yahut sonra verilir verilmeyeceğı belirsizdir.

Buna ilave olarak 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun 20. maddesi, kamu kurum ve kuruluşlarının ayrıntılı harcama programları ile ayrıntılı finansman programlarını hazırlama yöntemine dair detaylı düzenlemeler içermektedir:

“Ödeneklerin kullanılması

Madde 20- Bütçe ödeneklerinin kullanılmasında aşağıda belirtilen esaslara uyulur:

(a) (Değişik: 22/12/2005-5436/10 md.) Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri, ayrıntılı harcama programlarını hazırlar ve vize edilmek üzere Cumhurbaşkanlığına gönderir. Bütçe ödenekleri, Cumhurbaşkanlığı tarafından belirlenecek esaslar çerçevesinde, nakit planlaması da dikkate alınarak vi-ze edilen ayrıntılı harcama programları ve serbest bırakma oranlarına göre kullanılır.(33)

(b) (Değişik: 22/12/2005-5436/10 md.) Özel bütçeli idareler ve sosyal güvenlik kurumları ayrıntılı finansman programlarını hazırlar ve harcamalarını bu programa uygun olarak yaparlar.

(c) (Değişik: 22/12/2005-5436/10 md.) Ayrıntılı harcama ve finansman programlarının hazırlanmasına, vize edilmesine, uygulanmasına ve uygulamanın izlenmesine dair usûl ve esaslar Cumhurbaşkanlığı tarafından belirlenir.

d) Kamu idareleri, bütçelerinde yer alan ödeneklerin üzerinde harcama yapamaz. Bütçeyle verilen ödenekler, tahsis edildikleri amaçlar doğrultusunda yılı içinde yaptırılan iş, satın alınan mal ve hizmetler ile diğer giderlerin karşılanmasında kullanılır. Ancak, ait olduğu malî yılda ödenemeyen ve emanet hesabına alınamayan zamanaşımına uğramamış geçen yıllar borçları ile ilama bağı borçlar, ilgili kamu idaresinin cari yıl bütçesinden ödenir.

e) (Ek: 29/6/2012-6338/11 md.) İlgili mevzuatına göre, yılı içinde hizmetin gerektirdiğı hâller-de Cumhurbaşkanlığı tarafından belirlenen usûl ve esaslar çerçevesinde merkezî yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin bütçelerinde yeni tertipler, gelir kodları ve finansman kodları açılabilir.

f) (Değişik: 22/12/2005-5436/10 md.) Cari yılda kullanılmayan ödenekler yıl sonunda iptal edi-lir.

g) Genel veya kısmi seferberlik, savaş ilanı veya (...) zorunlu askeri hazırlıkların yapıldığı olağanüstü hallerde Millî Savunma Bakanlığı, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı bütçelerindeki mevcut ödenekler, bu idarelerin ödenek toplamaları aşılmamak şartıyla, birleştirilerek kullanılabilir. Bu durumda da mevcut ödeneklerin yeterli olmaması halinde toplam ödenek tutarının yüzde on beşine kadar ek harcama yapılabilir. Yukarıda sayılan hallerde sevk ve intikalle ilgili giderler için, har-cama yetkililerinin onayıyla görevlendirilecek mutemetlere gereken miktarda avans verilebilir ve gönderilecek ödeneğe istinaden bir ay içinde mahsup edilir.”

Ancak kanun koyucu, iptali talep edilen cümleyle Yönetim Kurulunu harcama programlarını belirlemekle yetkili kılarken; Yönetim Kurulunun bu belirleme işlemini dayandıracığı nesnel ölçüt öngörmemiştir. Söz gelimi “personel giderleri, mal ve hizmet alım giderleri, projeler kapsamındaki hizmet bedelleri için yapılacak harcamaların üçer aylık dönemlerdeki tutarı gibi harcama programının nasıl hazırlanacağı” kanun düzeyinde açıklamaya muhtaçtır. Halbuki iptali talep edilen cümle, harcama programının hazırlandıktan sonra uygulamaya konulabilmesine ilişkin ayrıntılı prosedürü içeren anılan 20. madde gibi detaylı biçimde kanunlaştırılması gerekirdi.

Kanun koyucu, anılan cümleyle-kanunilik ilkesinin aksine- somut ve nesnel ölçü öngörmemek ve idareyi net biçimde sınırlandırmamak suretiyle; “Fondan kaynak aktarımı yapılacak projeleri, aktarılacak kaynak tutarını, harcama programlarını belirleme işlemini”, idarenin (Yönetim Kurulunun) düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerinin düzenleme alanının konusu yapmış; -maddi anlamda- kanuni dayanakta yoksun bırakmıştır. İhtilaflı cümle, maddi anlamda kanunilik ilkesinin gereklerini yerine getirmemektedir.

Bu nedenle idarenin (Yönetim Kurulunun) yapacağı düzenlemeleri, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; Fondan yararlanmak isteyen bireyler (aile kuracak veya aile kurmuş bireyler ile gençler) bakımından hukuki öngörülebilirlik ilkesini zedelemektedir. İdarenin uhdesine sınırları belirsiz, aşırı ölçüde geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan 2. maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarenin (düzenleyici ve dahi birel) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

Bu nedenlerle iptali talep edilen cümle, Anayasa’nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

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

iii)Eşitlik ilkesi bakımından: İptali talep edilen cümleyle Fondan kaynak aktarımı yapılacak projeleri, aktarılacak kaynak tutarını, harcama programlarını tespit etme yetkisinin sınırsız biçimde idarenin (Yönetim Kurulunun) uhdesine bırakılması, aynı konumda bulunan

aile kurmak isteyen bireyler veya kurulu ailesi olan bireyler, aynı nitelikte bulunan projeler, aynı konumda bulunan gençler arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden, anılan cümle, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden"ın var olup olmadığına göre yapılır.

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

Ne var ki, iptali talep edilen cümlelerin idareye verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, idare tarafından söz gelimi aynı konumda bulunan ve aile kurmak isteyen bireyler bakımından 2023 yılı için 18-27 ve 2024 yılı için 25-30 yaş aralığının esas alınmasına; aynı konumda bulunan ve kurulu ailesi olan bireylere yardım dağıtılırken coğrafi (seçim çevresi) bakımdan ayırım yapılmasına; bilim ve teknoloji konulu projelere daha az tutarda yardım verilmesine; yardım yapılacak gençlere farklı nitelikleri (siyasi parti mensubiyeti) göz önünde bulundurularak kredi verilmesine; bazı gençlerden geri ödeme alınmamasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Başka bir anlatımla, iptali talep edilen cümleyle Fondan kaynak aktarımı yapılacak projeleri, aktarılabacak kaynak tutarını, harcama programlarını tespit etme yetkisinin idareye bırakılması, uygulamada aynı konumda bulunan aile kurmak isteyen bireyler veya kurulu ailesi olan bireyler, aynı nitelikte bulunan projeler, aynı konumda bulunan gençler arasında haklı nedene dayanmayan ve keyfi muamele farklılıklarına yol açacaktır. İptali istenen cümlelerin söz konusu kategoriler (proje, aile, gençlik) arasında muamele farklılığına yol açabileceği hasebiyle kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğunun tespiti için, ihtilaflı cümlelerin haklı gerekçeye dayanmayan muamele farklılığını yalnızca olası kıldığının tespiti yeterli addedilmek gerekir. Bu nedenle anılan cümle, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

iv)Anayasa'nın Başlangıç bölümü, sosyal devlet ilkesi, Devletin temel amaç ve görevleri, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, ailenin ve gençliğin korunması bakımından:

Anayasa'nın Başlangıç bölümünde "... Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu ..." vurgulanmış; 2. maddesinde Devletin "sosyal" bir niteliğe sahip olduğu belirtilmiş; 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri arasında "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak" sayılmış; 17. maddesinde ise herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın Başlangıç bölümü ve 2, 5, 17. maddeleriyle Devlete yüklenen yükümlülüğün somut görünümünden birini, aile bakımından 41. maddesi ve gençler

bakımından 58. maddesi oluşturmaktadır. O halde Devlet tarafından aile ve gençler hakkında yapılan düzenlemeler, esasen Anayasa'nın Başlangıç bölümü ile 2, 5, 17, 41 ve 58. bağlamında değerlendirilmelidir.

Başka bir anlatımla ailenin Türk hukuku bakımından önemi, doktrinde şu biçimde dile getirilmiştir:

“... Günümüzün modern toplumsal hayatında ailenin önemi ve işlevi herkes tarafından bilinmekte ve itirazsız kabul edilmektedir. Nitekim sık sık duyduğumuz, hatta bizzat kullanmakta olduğumuz aile terbiyesi, aile şerefi, aile görgüsü, aile geleneği gibi deyimler, ailenin toplum içerisindeki işlevini ve önemini pek güzel belirtmiyor mu ? Görkemli bir mimari yapının yaratılmasında kullanılacak malzeme ne derece gerekli ve görkemli ise, bir milletin doğuşu ve varoluşunda da aile o derece gerekli ve önemli bir unsurdur. Toplumun sağlıklı biçimde gelişebilmesi, ilişkilerin huzur, barış ve güvenlik içinde yürütülebilmesi, ancak aile kurumunun sağlam temellere oturtulması ve özlenen ideal bir hukuki düzenlemeye kavuşturulmasıyla mümkün olabilir.

Bu sebeplerdir ki, kanun koyucular aile kurumunun önemini gözden uzakta tutmamışlar, ona layık olduğu yeri vermişler ve onu koruyucu ve kollayıcı pek çok kural koymuşlardır. Nitekim, Türk kanun koyucusu da aile kurumuna verdiği önemi, Anayasamıza aile ile ilgili bir kural koymak suretiyle en açık şekilde göstermiştir. ...”

“Anayasa’da Aile Hukukuna İlişkin Esaslar

1. Anayasa’nın 41. maddesi

Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.

Böylece Türk toplumunda ailenin önemi belirlenmekte, ailenin, ananın ve çocukların korunması için gerekli önlemleri almak devlete bir görev olarak yükletilmektedir.

2. Anayasa’nın 10. maddesi, “Herkes, ... cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir” ilkesini koymuştur. Bu hüküm, hukukta ve kanun önünde kadın ve erkek eşitliği ilkesini, başka bir deyişle ayırım gözetme yasağını (Diskriminierungsverbot) koymaktadır.

...

3. Anayasa’nın 20. maddesine göre, “Herkes, ... aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” Böylece aile hayatının gizliliğinin korunması Anayasa ile teminat altına alınmıştır.”

Bununla birlikte ailenin korunması hususu, uluslararası belgelere de konu olmuştur. Söz gelimi BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 16. maddesinin üçüncü fıkrası ile BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 23. maddesinde belirtildiği üzere; “Aile, toplumun doğal ve temel birimidir. Toplum ve devlet tarafından korunma hakkına sahiptir.” Yine Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, tarafı olduğumuz, aileyle ilgili iki ya da çok taraflı uluslararası antlaşma ve sözleşmelerin bir kısmını sıralamıştır: “Evlenme Ehliyet Belgesi Verilmesine Dair Sözleşmesi, Evlilik Bağına ilişkin Kararların Tanınması Hakkında Sözleşme, Evlenme ile Nesep Düzeltmesi Hakkında Sözleşme...”.

Öte yandan Cumhuriyetimizin kurucusu Ulu Önder Mustafa Kemal ATATÜRK'ün “ümidinin kaynağı” olan gençliğin, insan hayatının belirli bir yaş aralığının, anayasal korumaya mazhar olduğu; Anayasa'nın (program hüküm vasfını haiz) 58. maddesi ile hüküm altına alınmıştır:

“A. Gençliğin korunması

Madde 58 – Devlet, istiklal ve Cumhuriyetimizin emanet edildiği gençlerin müsbet ilmin ışığında, Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ortadan kaldırmayı amaç edinen görüşlere karşı yetişme ve gelişmelerini sağlayıcı tedbirleri alır.

Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır.”

Bununla birlikte spesifik olarak gençlik haklarına özgülenmiş bir uluslararası norm bulunmasa da; insan yaşamının belirli bir dönemini kapsamaya itibarıyla; gençlik de uluslararası insan hakları belgelerinin konusu kapsamında kalmaktadır. Nitekim TİHEK bu hususu şu biçimde raporlamıştır:

“Gençlik hakları konusunda küresel olarak kabul edilmiş bir norm bulunmamakla beraber gençliğin yaş tanımına bağlı olarak 18 yaş altında kalanların uluslararası alanda kabul edilmiş çocuk hakları belgeleriyle korunacağı ve mevcut insan hakları belgelerinin koruma çerçevesinin her insan için geçerli olduğu gibi gençler için de geçerli olacağı açıktır. Dolayısıyla ülkemizin onayladığı:

- İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi,
- Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi,
- Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi,
- Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi,
- İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezanın Önlenmesi Sözleşmesi,
- Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi,
- Çocuk Hakları Sözleşmesi,

- Engelli Hakları Sözleşmesi,
- Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunması Sözleşmesi,
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi,
- Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

gibi uluslararası insan hakları sözleşmelerinde tanınan temel hak ve özgürlüklerin tamamına gençler, hiçbir ayırım gözetmeksizin sahiptir.”

Kanun koyucu da Anayasa’nın Başlangıç bölümü ile 2, 5, 17, 41 ve 58. maddeleriyle kendine yüklenen yükümlülüğün ifası amacıyla 7474 sayılı Kanun’u ihdas etmiştir. Zira bu husus, 7474 sayılı Kanun’un genel gerekçesinde “... Fon vasıtasıyla, hali hazırda yürütülen destek programlarının etkililiğinin artırılması, hizmetlerin çeşitlendirilmesi ve yaygınlaştırılması ile aile kurumunun güçlendirilmesine katkı sağlanması amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda dinamik ve genç nüfus yapısının korunması ve evlenecek gençlerin desteklenerek aile kurumunun temellerinin sağlamlaştırılması hedeflenmektedir. Bu kapsamda Teklif ile gelecek nesillerin sağlıklı aile ortamında hayata hazırlanması ve toplum refahının devamının sağlanması amaçlanmaktadır. ...” şeklindeki ifade ile dile getirilmiştir. (Bu noktada belirtmek gerekir ki pekâlâ mevcut düzenlemeler vasıtasıyla söz konusu Fonun faaliyetleri yürütülebilirdi.)

Başka bir anlatımla kül halinde ele alınması gereken Anayasa’nın Başlangıç bölümü ve 17. maddesiyle Türk vatandaşının kendisine tanınan hak ve yetkileri kullanmaya elverişli ortamında hazırlanması için; 2. maddesiyle kendisine atfedilen sosyal niteliği gereği; Anayasa’nın 5. maddesinde yer alan amaca ulaşmak için; Anayasa’nın 41 ve 58. maddeleri kapsamındaki tedbir alma yükümlülüğü bağlamında ailenin ve gençliğin korunmasını teminen Fon kurmuştur.

Ancak iptali talep edilen cümleyle Fondan kaynak aktarımı yapılacak projeleri, aktarılabilecek kaynak tutarını, harcama programlarını belirleme yetkisinin; keyfi uygulamalara neden olabilecek biçimde ve nesnel, net, somut ölçütlerle sınırlandırmadan Yönetim Kuruluna tanınması, söz konusu amacı gerçekleştirmeye elverişli değildir. Diğer bir söyleyişle iptali talep edilen cümlelerin yukarıda açıklandığı üzere Anayasa’nın belirtilen hükümlerine aykırı olması; ailenin ve gençlerin korunması bakımından gerekli ortamın hazırlanamamasına; çocukların esenlikli bir aile yapısı içinde yetişememesine; sağlıklı toplumun sosyal bir çöküşe doğru sürüklenmesine; kuşaklar arasında bağların kopmasına; gençlerin maddi ve manevi gelişimlerini tamamlayamamasına; gençlerin geleceğe dair umutlarının tükenmesine ve dolayısıyla (bilhassa dijital çağda) ulusal kalkınmaya dengeli ve hızlı katkı sağlayamamasına; kamu kaynaklarının etkin, verimli, şeffaf ve hesap verilebilir biçimde harcanamamasına; sürdürülebilir kalkınma hedeflerinin gerçekleşememesine; en nihayetinde kamu maliyesi bakımından yük doğması sebebiyle milli ekonominin zarara uğramasına ve dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunun temin edilememesine neden olacaktır. Bu nedenle iptali talep edilen cümle, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 17, 41 ve 58. maddelerine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7474 sayılı Kanun’un 2. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesi, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 7, 10, 17, 41, 58 ve 123. maddelerine aykırıdır; anılan cümlelerin iptali gerekir.

2) 22.11.2023 tarihli ve 7474 sayılı Aile ve Gençlik Fonu Kurulması Hakkında Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “veri ve bilgi talep edilmesi hâlinde” ibaresi ile “talep edilen her türlü veri ve bilgiyi Fonun belirleyeceği şekil ve süreler içinde” ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7474 sayılı Kanun'un “Bilgi verme ve raporlama” kenar başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrasına göre Bu Kanun'un uygulanması kapsamında Fon tarafından veri ve bilgi talep edilmesi halinde, ilgili kurum ve kuruluşlar ve 4. maddenin beşinci fıkrası kapsamında protokol imzalanan kuruluşlar, Yönetim Kuruluna sunulan projelere ilişkin talep edilen her türlü veri ve bilgiyi Fonun belirleyeceği şekil ve süreler içinde vermekle yükümlüdür. Ancak Bu Kanun'un uygulanması kapsamında Fon tarafından veri ve bilgi talep edilmesi halinde; ilgili kurum ve kuruluşları ve 4. maddenin beşinci fıkrası kapsamında protokol imzalanan kuruluşları; Yönetim Kuruluna sunulan projelere ilişkin talep edilen her türlü veri ve bilgiyi Fonun belirleyeceği şekil ve süreler içinde vermekle yükümlü kılan ve iptali talep edilen ibareler, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki 7474 sayılı Kanun'un 4. maddenin beşinci fıkrası:

“Birinci fıkra kapsamında ilgili kurum ve kuruluşlara aktarılan kaynakların yararlanıcılara aktarılabilmesi ve doğabilecek geri ödemelerin alınabilmesi için bahse konu kurum ve kuruluşlar 20/6/2013 tarihli ve 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun kapsamında faaliyet gösteren ödeme hizmeti sağlayıcılar, 21/11/2012 tarihli ve 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu kapsamında faaliyet gösteren finansman şirketleri ile kredi garanti kurumlarıyla protokol yapabilir.”

şeklindedir. Fıkranın lafzından anlaşılabacağı üzere; protokol imzalanan kuruluşlar, özel teşebbüs, özel hukuk tüzel kişisi, niteliğindedir.

i) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile kişisel verilen korunması bakımından: İlgili kurum ve kuruluşlar ile anılan 4. maddenin beşinci fıkrası kapsamında protokol imzalanan kuruluşlar tarafından Fonun talebi halinde (Yönetim Kuruluna sunulan projelerle ilgili) her türlü veri ve bilginin bir kısmı, kişisel veri niteliğindedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre “... Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri, sağlık bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler” kişisel veri olarak kabul edilmektedir (E. 2013/122, K. 2014/74, 9.4.2014; E. 2014/149, K. 2014/151, 2.10.2014; E. 2013/84, K. 2014/183, 4.12.2014; E. 2014/74, K. 2014/201, 25.12.2014; E. 2014/180, K. 2015/30, 19.3.2015; E. 2015/32, K. 2015/102, 12.11.2015).

O halde ilgili kurum ve kuruluşlar ile anılan 4. maddenin beşinci fıkrası kapsamında protokol imzalanan kuruluşlar tarafından Fonun talebi halinde (Yönetim Kuruluna sunulan projelerle ilgili) her türlü veri ve bilginin içeriğinde yer alan; ticari iş ve işlemler, ticari defterler, kıymetli evrak havuzu, banka kayıtları, aracı kurum dokümanları, sermaye piyasası araçları, kredibilite dereceleri, yatırımcıların (yerli ve yabancı gerçek ve tüzel kişilerin) özlük bilgileri, ortaklıkları, rekabet kabiliyetleri, finansal tabloları, istihdam kapasiteleri, Fondan yardım almak isteyen kimselerin kimlik bilgileri gibi veriler; kişiyi belirli, belirlenebilir kıldığından; kişisel veri niteliğindedir. Ancak bu veri ve bilgilerin kişisel veri arz ettiği durumlarda anılan 5. maddenin birinci fıkrasında, kişisel verilerin korunmasına yönelik hüküm de bulunmamaktadır.

Halbuki kişisel verilerin korunması; anayasal düzeyde (20. madde) özel hayatın gizliliği hakkına ilişkindir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre;

“özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkı, temel hak ve özgürlükler arasında önemli bir yer tutar. Özel hayatın gizliliğinin korunması, bu hayatın başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Kişinin özel hayatının, yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkı, kişinin temel haklarından biridir ve bu niteliği nedeniyle insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde de yer almış; demokratik ülkelerin mevzuatında açıkça belirlenen istisnalar dışında devlete, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur. Kişisel verilerin korunması hakkı ise özel hayatın gizliliği hakkının özel bir biçimi olarak bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Öte yandan kişisel verilerin korunması hakkı sınırsız olmayıp bu hakkın Anayasa'da güvence altına alınan diğer temel hak ve özgürlüklerin korunması veya Anayasa'nın devlete bir görev olarak yüklediği millî güvenliğin, kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması gibi nedenlerle sınırlandırılması mümkündür. Ancak bu sınırlama yapılırken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. ... ”

(Anayasa Mahkemesi'nin 24.07.2019 tarihli ve 2017/16 E.; 2019/64 K. No'lu Kararı, § 48, 49, 50). Başka bir anlatımla temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesi gereğince kişisel verilerin korunması hakkı kısıtlanırken; söz konusu kayıtlamalar; kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir şekilde belirlenmelidir, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine, ölçülülük ilkesine ve sınırlama sebebine aykırı olmamalıdır.

Ancak kanun koyucu, ilgili kurum ve kuruluşlar ile anılan 4. maddenin beşinci fıkrası kapsamında protokol imzalanan kuruluşların Yönetim Kuruluna sunulan projelerle ilgili her türlü veri ve bilgiyi Fonu vermesinin usul ve esaslarını; objektif kıstaslarla kanun düzeyinde belirlememiştir. Başka bir anlatımla Fonun ilgili kurum ve kuruluşlar ile anılan 4. maddenin beşinci fıkrası kapsamında protokol imzalanan kuruluşlardan veri ve bilgileri, (bilhassa iptali talep edilen ibarede yer aldığı üzere; süre ve şekil yönünden) talep etme usulüne, sadece Aile ve Gençlik Fonunun mali bakımdan şeffaflığını sağlayacak ve ayrımcı uygulamalarda bulunulmadığını temin edecek veri ve bilgilerin istenilmesine, bunlara erişimde kullanılacak teknolojik olanaklara, bunların ne kadar süre ile ve nasıl muhafaza edileceğine, depolama usulüne, düzeltilmesi için yapılacak başvuru prosedürüne, bunların Fon tarafından hangi kurum ve kuruluşlarla (nasıl) paylaşılmasına, bunların amacı dışında kullanılmamasına, Fonun bunlar hakkında sözlü ve yazılı açıklama istemesine, bunların siber güvenliğinin sağlanmasına; bunlara resmi makamların keyfi müdahalesinin önlenmesine; bunlardan suret alınmasına; bunların analiz ve imha edilme usulüne (vb.) ilişkin kanuni bir güvence öngörülmemiştir. Bu noktada belirtmek gerekir ki iptali talep edilen ibarelerin yer aldığı fıkarda bulunan “Bu Kanun'un uygulanması kapsamında” ve “Yönetim Kuruluna sunulan projeler” ibareleri, Fonu konu bakımından kayıtlayan ölçüt niteliğini haiz değildir. Zira Fon, zaten Bu Kanun'un uygulanması kapsamındaki ve Yönetim Kuruluna sunulan projeler hakkındaki veri ve bilgileri talep edebilmelidir ancak burada hukuki mesele, söz konusu veri ve bilgileri (hem içerik hem de şekil ve süre yönünden) talep etme usulü bakımından kanun düzeyinde Fonu kurala bağlamaktır.

Ezcümle Fon, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına yönelik müdahalenin kapsam ve usulünü hiçbir nesnel ölçütle sınırlandırılmamıştır. Her ne kadar 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun bir güvence teşkil ettiği ileri sürülebilirse de; Aile ve Gençlik

Fonu'nun aile ve gençleri korumaya yönelik maksadı nazara alındığında; sui generis hukuki rejime sahip söz konusu kamu tüzel kişisinin sınırlandırılması için; özel koruma hükümlerinin öngörülmesi gerekirdi. Zira genel hükümler, aile ve gençliğin korunmasına yönelik Devlete yüklenen özel tedbir alma yükümlülüğü karşısında; kişisel veriler bakımından tam korumayı, yeterli biçimde sağlayamayabilir. Hiçbir sınırlandırmaya tabi olmayan söz konusu müdahale, kişisel verilerin korunması hakkını tamamen savunmasız bırakmakta, keyfiliğe açık hale getirmekte ve demokratik toplumda gerekli olmayan şekilde sınırlandırarak onun özüne dokunmaktadır.

Buna ilave olarak ölçülülük ilkesi gereğince kişisel verilerin korunması hakkına yapılan söz konusu müdahalede; amaç ve araç ilişkisi bakımından, aracın (ilgili kurum ve kuruluşlar ile anılan 4. maddenin beşinci fıkrası kapsamında protokol imzalanan kuruluşlardan kişisel veri teşkil eden veri ve bilgi talep etme), amacı (Fon marifetiyle ailenin ve gençliğin korunmasına katkı sağlaması) gerçekleştirmeye elverişli, gerekli olması ve amaç ile araç arasında orantı bulunması gerekmektedir. Ancak ilgili kurum ve kuruluşlar ile anılan 4. maddenin beşinci fıkrası kapsamında protokol imzalanan kuruluşlar tarafından Fona veri ve bilgi sunulmasına yönelik usul ve esasların (sınırlamaya tabi tutulmadan) kanun düzeyinde belirlenmemesi, amacı gerçekleştirmek bakımından orantılı değildir. Zira, Fona tanınan geniş yetki nedeniyle kişisel verilerin korunması ile ailenin ve gençliğin korunması arasındaki hassas denge gözetilmemiştir.

Son olarak belirtmek gerekir ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) göre, kişinin özel hayatına ilişkin verilerin yalnızca kaydedilmesi, işlenmeseler dahi, özel hayat hakkına müdahale oluşturur (S. ve Marper/Birleşik Krallık, 4 Aralık 2008, başvuru no : 30562/04 ve 30566/04 , p.67). İptali talep edilen ibarelerin öngörülemesiz şekilde uygulanacağı kişisel verilere ilişkin olarak, Sözleşme'nin 8. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hak sınırlama ölçütleriyle uyumlu bir düzenleme yapılmamıştır. Söz konusu düzenlemenin özel hayat hakkına getirdiği sınırlama, kanunilik ilkesinin gerektirdiği şekilde yeterli hukuki belirlilik ve güvence içermediği gibi; demokratik toplumda orantılı bir tedbir de değildir. Kanunilik ve orantılilik ölçütleriyle uyumlu olmayan düzenleme, AİHS'nin 8. maddesinin uygulanmasında özel hayat hakkıyla toplumun bütününün çıkarları arasında adil bir denge kurulması gerekliliğine işaret eden AİHM perspektifine de aykırıdır (Birçok karar arasında bkz. mesela : AİHM, X, Y ve Z/Birleşik Krallık, 22 Nisan 1997, başvuru no: 21830/93, p.41). Bu nedenle anılan ibareler, Anayasa'nın 13 ve 20. maddelerine aykırıdır.

ii) Erklar ayrılığı ilkesi, hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kuralla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzeri olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7 E.: 1991/43 K. sayılı Kararı).

Anayasa Mahkemesi de (eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm ihtiva eden) İletişim Başkanlığı'nı, görevleri ile ilgili olarak gerekli gördüğü bilgileri bütün kamu kurum ve kuruluşlarından ve diğer gerçek ve tüzel kişilerden doğrudan isteme yetkisiyle donatan 14 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 17. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "gerekli gördüğü bilgileri" ibaresinin iptali istemi hakkında verdiği (red) kararında; "...Nitekim istenebilecek bilgiler Başkanlığın görevleriyle ilgili olanlar ile sınırlı tutulmuştur..." şeklindeki gerekçeyle talep edilecek verilerin talep eden kurumun görev alanıyla sınırlandırılması gerekliliğine vurgu yapmıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 03.03.2021 tarihli ve 2018/134 E.; 2021/13 sayılı Kararı, § 23).

Anılan karara rağmen kanun koyucu, ilgili kurum ve kuruluşlar ile anılan 4. maddenin beşinci fıkrası kapsamında protokol imzalanan kuruluşların Fonun talebi üzerine Yönetim Kuruluna sunulan projelerle ilgili her türlü veri ve bilgiyi Fona sunmakla yükümlü olduğunu hüküm altına almıştır. Başka bir deyişle Fon tarafından talep edilebilecek her türlü veri ve bilginin konu bakımından sınırını “Fonun görev alanıyla” çizmemiştir. Bu noktada belirtmek gerekir ki iptali talep edilen ibarelerin yer aldığı fıkra da bulunan “‘Bu Kanun’un uygulanması kapsamında” ibaresi, “Fonun görev alanıyla” ibaresini tam manasıyla karşılamamaktadır.

Anayasa Mahkemesi’nin verdiği karar karşısında; kanun koyucunun iptali talep edilen ibareleri kanunlaştırmaması; Anayasa’nın 153. maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa’dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6. maddesine ve Anayasa’nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de halel getirmektedir.

iii) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile mülkiyet hakkı bakımından: Söz konusu veri ve bilgilerde kişilerin malvarlığı değerleri kapsamında kalan ticari sırları, meslek sırları, müşteri çevrelerinin yer alması kuvvetle muhtemeldir. Her halükârda; sınırsız kapsamlı ihtilaflı ibarelerin anılan türde kişisel verilerin söz konusu olmasına mani olacak herhangi bir güvence içermemesi, iptali istenen kuralın Anayasa’ya uygunluk incelemesinde söz konusu türden verilerin dikkate alınmasını haklı kılmaktadır. O halde; bu her türlü veri ve bilgiler, aynı zamanda Anayasa’nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının konusudur.

Nitekim AİHM’in Iatridis/Yunanistan davasında başvurucunun geçerli bir kira sözleşmesi altında bir sinemayı 11 yıl kesintisiz olarak işletmesi sonucu bir malvarlığı değeri oluşturacak ölçüde müşteri çevresi (clientele) edindiğine karar vermiştir. AİHM bu sonuca varırken açık hava sinemalarının Yunanistan yerel kültürel yaşamında oynadığı rol ile böyle bir sinemanın sahip olduğu müşteri çevresinin temelde o muhitin sakinlerinden oluştuğunu dikkate almıştır (AİHM, Iatridis /Yunanistan, [BD] B. No. 31107/96, 25.03.1999, paragraf: 54).

O halde ticari sırların, meslek sırlarının, müşteri çevrelerinin yer aldığı veri ve bilgilerin ilgili kurum ve kuruluşlar ile anılan 4. maddenin beşinci fıkrası kapsamında protokol imzalanan kuruluşlardan hiçbir sınır olmaksızın Fon tarafından talep edilip alınması; malvarlığı değerini dolayısıyla mülkiyet hakkını ihlal eder niteliktedir. Zira mülkiyet hakkı da ancak Anayasa’nın 13. maddesi çerçevesinde ve 35. madde dahilinde sınırlandırılabilir. Ancak ihtilaflı ibareler, mülkiyet hakkına yapılacak müdahalenin kapsamını öngörülebilir şekilde ortaya koymadığı ve hak sahibi açısından keyfiliğe karşı hiçbir güvence öngörmediği için; Anayasa’nın 13 ve 35. maddelerinde öngörülen kanunilik ilkesine aykırıdır. Esasen, yukarıda ve aşağıda ihtilaflı ibarelerin kanunilik ilkesine aykırılığına ilişkin olarak ortaya koyulmuş tespitler, mutatis mutandis, bu alt başlıkta ortaya koyulan Anayasa’ya aykırılık tespiti açısından da geçerlidir. Ayrıca ihtilaflı ibareler; mülkiyet hakkına, sınırları öngörülebilir olmayan şekilde, belirsiz kapsamlı müdahaleleri mümkün kılması itibarıyla; Anayasa’nın 35. maddesinde yer alan ve mülkiyet hakkının sınırlanması koşulu olan kamu yararı meşru amacının sınırlarını aşmakta, Anayasa’nın 13. maddesindeki ölçülülük ilkesini de çiğnemektedir. Ezcümle; Fonun bu yetkisi; hiçbir kanuni koşulla kayıtlanmamıştır, amacı gerçekleştirmek için orantılı, daha az sınırlayıcı ve ölçülü bir tedbir değildir.

Son olarak belirtmek gerekir ki mülkiyet hakkı, Anayasa’nın hak ve özgürlüklere özgülenmiş ikinci kısmın ikinci bölümünde tanınmış ve güvence altına alınmış bulunmakla; en güvenceli anayasal hak ve özgürlükler arasında yer almaktadır. Şu halde kanunlar, mülkiyet hakkını konu alan ve Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları

Sözleşmesi'ne, Ek 1 No'lu Protokol'e, aykırı olamazlar. Mülkiyet hakkına, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne, Ek 1 No'lu Protokol'e, aykırı şekilde getirilecek bir sınırlama; Anayasa'nın 35. maddesinin yanında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, Ek 1 No'lu Protokol'ün, ihlali sonucunu da doğuracaktır. AİHM'nin ifade ettiği üzere, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin toplumun genel yararının gerekleriyle bireyin temel haklarının korunması gerekliliği arasında adil bir denge kurması (AİHM, Beyeler/İtalya, 5 Ocak 2000, başvuru no: 33202/96, §107) ve başvuru araçları ile hedeflenen amaç arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin bulunması gerekmektedir (AİHM, James ve diğerleri/Birleşik Krallık, 21 Şubat 1986, başvuru no: 8793/79, §50). AİHM, bu çerçevede; mülkiyet hakkını daha az sınırlayıcı diğer elverişli tedbirlerin kamu makamlarınca dikkate alınması gerekliliğine önem atfedebilmektedir (AİHM, Vaskrsić/Slovenya, 25 Nisan 2017, başvuru no: 31371/12, §83). Müdahale konusu olabilecek kişisel verilere ilişkin asgari kanuni sınırların yokluğu; ölçülülük ilkesinin ihlal edildiğinin açık kanıtıdır. Kanunilik ve ölçülülük ile ilgili yukarıdaki analizlerin ışığında, ihtilafı ibareler, mutatis mutandis Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne, Ek 1 No'lu Protokol'e de aykırıdır.

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

Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Bu nedenle Fonun talep etmesi halinde ilgili kurum ve kuruluşlar ile anılan 4. maddenin beşinci fıkrası kapsamında protokol imzalanan kuruluşlar tarafından Fona veri ve bilgi sunulmasına yönelik usul ve esasların (bilhassa şekil ve sürenin) hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılaması ve kanuna dayanması ile aykırı davranmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde Fona tanınan ve hiçbir koşulla sınırlandırılmayan geniş takdir yetkisi, Fonun keyfi uygulamalarına sebep olabilecektir. Yine idarenin uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, 7474 sayılı Kanun'un 5. maddesinin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine, maddi

anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir. Fonun tesis edeceği işlemleri çok kısa sürede değiştirme olasılığı da; ilgili kurum ve kuruluşlar ile anılan 4. maddenin beşinci fıkrası kapsamında protokol imzalanan kuruluşların hukuki ve iktisadi öngörülebilirliğine halel getirecektir.

Yukarıda belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesi İletişim Başkanlığı'nı, görevleri ile ilgili olarak gerekli gördüğü bilgileri bütün kamu kurum ve kuruluşlarından ve diğer gerçek ve tüzel kişilerden doğrudan isteme yetkisiyle donatan 14 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 17. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “gerekli gördüğü bilgileri” ibaresinin iptali istemi hakkında verdiği (red) kararında;

“Kuralın Başkanlığın CBK’da açıkça düzenlenmiş olan görevlerini yerine getirebilmesi amacıyla düzenlendiği ve istenebilecek bilgilerin Başkanlığın görevleriyle ilgili ve gerekli olanlarla sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır. Gerekli görülen bilgilerin istenmesindeki amaç, kapsam ve sınır açıkça belirlenmiş olup kuralın hem kişiler hem de idare yönünden belirli ve öngörülebilir olduğu açık olduğundan kuralda belirsizlik bulunmamaktadır.”

şeklindeki gerekçeyle talep edilecek verilerin talep edilmesindeki amaç, kapsam ve sınırın açıkça tespit edilmesinin, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerinin gerekliliği olduğuna vurgu yapmıştır (Anayasa Mahkemesi’nin 03.03.2021 tarihli ve 2018/134 E.; 2021/13 sayılı Kararı, § 39). Anılan karara rağmen kanun koyucu, ihtilafli ibarelerde, ilgili kurum ve kuruluşlar ile anılan 4. maddenin beşinci fıkrası kapsamında protokol imzalanan kuruluşların Fonun talebi üzerine Yönetim Kuruluna sunulan projelerle ilgili her türlü veri ve bilgiyi Fona sunmakla yükümlü olduğunu hüküm altına almıştır. Başka bir anlatımla Fon tarafından talep edilebilecek her türlü veri ve bilginin konu bakımından sınırını “Fonun görev alanıyla” çizmemiştir. Ezcümle kanun koyucu, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine istinaden; idareyi konu (göreviyle ilgili olarak) bakımından sınırlandırmamıştır. Diğer bir söyleyişle iptali talep edilen ibarelerin yer aldığı fıkra bulunan “Bu Kanun’un uygulanması kapsamında” ibaresi, “Fonun görev alanıyla” ibaresini tam manasıyla karşılamamaktadır. Zira iptali talep edilen ibarelerin yer aldığı fıkra bulunan “Bu Kanun’un uygulanması kapsamında” ve “Yönetim Kuruluna sunulan projeler” ibareleri, Fonu konu bakımından kayıtlayan ölçüt niteliğini haiz değildir. Zira Fon, zaten Bu Kanun’un uygulanması kapsamındaki ve Yönetim Kuruluna sunulan projeler hakkındaki veri ve bilgileri talep edebilmelidir ancak burada hukuki mesele, söz konusu veri ve bilgileri (hem içerik hem de şekil ve süre yönünden) talep etme usulü bakımından kanun düzeyinde Fonu kurala bağlamaktır.

Bu nedenle iptali talep edilen ibareler, Anayasa’nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

v)Yasama yetkisinin devredilemezliği bakımından: Anayasa’nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa’nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi’nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarelerin yer aldığı fıkra hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Fona) ilgili kurum ve kuruluşlar ile anılan 4. maddenin beşinci fıkrası kapsamında protokol imzalanan kuruluşlar tarafından veri ve bilgi sunulmasına yönelik (bilhassa konu, şekil ve süreye ilişkin)

usul ve esasları belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

vi)Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen ibarelerin idareye (Fona) verdiği sınırsız takdir yetkisi, ilgili kurum ve kuruluşlar ile anılan 4. maddenin beşinci fıkrası kapsamında protokol imzalanan kuruluşlar arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibareler, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayırma ilişkin bir “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır.

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

Ne var ki iptali talep edilen ibarelerin idareye verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, Fon tarafından ilgili kurum ve kuruluşlar ile anılan 4. maddenin beşinci fıkrası kapsamında protokol imzalanan kuruluşlardan farklı usullerle (süre ve şekillerle) ve farklı konularda veri ve bilgi talep edilmesine, temin edilen veri ve bilgilerin bir kısmının incelemeye tabi tutulduktan sonra imha edilmesine ve fakat bazılarının muhafaza edilmesine; bazı veri ve belgelerin başka idari birimlerle paylaşılmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Başka bir anlatımla, ilgili kurum ve kuruluşlar ile anılan 4. maddenin beşinci fıkrası kapsamında protokol imzalanan kuruluşlar tarafından Fona veri ve bilgi sunulmasına yönelik (bilhassa konu, şekil ve süreye ilişkin) usul ve esasları belirleme yetkisinin idareye bırakılması, Aile ve Gençlik Fonunun faaliyetlerini sürdürebilmesi bakımından aynı durumda olan ilgili kurum ve kuruluşlar ile anılan 4. maddenin beşinci fıkrası kapsamında protokol imzalanan kuruluşlar arasında; veri ve bilgi talep etme bakımından haklı nedene dayanmayan ve keyfi muamele farklılıklarına yol açacaktır. Bu nedenle anılan ibareler, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

vii)Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibareler, Anayasa hükümleriyle benzer hükümler içeren Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin 8. maddesini ve mülkiyet hakkına ilişkin Ek 1 No'lu Protokolü'nü (kanunilik ve demokratik toplumda orantılılık ölçütlerini) ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7474 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “veri ve bilgi talep edilmesi hâlinde” ibaresi ile “talep edilen her türlü veri ve bilgiyi Fonun

belirleyeceği şekil ve süreler içinde” ibaresi, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 7, 10, 13, 20, 35, 90, 123 ve 153. maddelerine aykırıdır; anılan ibarelerin iptali gerekir.

3) 22.11.2023 tarihli ve 7474 sayılı Aile ve Gençlik Fonu Kurulması Hakkında Kanun’un 7. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa’ya aykırılığı

7474 sayılı Kanun’un “Yönetmelik” kenar başlıklı 7. maddesinin birinci fıkrasına göre Aile ve Gençlik Fonunun (Fon) çalışma usul ve esasları ile “Fonun kaynakları ve giderleri” kenar başlıklı 3. ve “Fondan yapılacak kaynak aktarımları” kenar başlıklı 4. maddelerin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak yönetmelik ile belirlenecektir. Ancak bu hususları, Cumhurbaşkanının çıkaracağı yönetmeliğin konusu yapan fıkra, Anayasa’ya aykırıdır.

i) Kamu görevlilerinin özlük hakları bağlamında kanunilik ilkesi bakımından:

Öncelikle belirtmek gerekir ki 7474 sayılı Kanun’un 1. maddesi uyarınca aile müessesesinin desteklenmesi, güçlendirilmesi, gençlerin sosyal risklere karşı korunması ve gelişimleri ile girişimlerine destek sağlanmasına yönelik kaynağın oluşturulması, yönetilmesi ve ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına aktarılması amacıyla ve 2. maddesi gereğince kamu tüzel kişiliğini haiz olarak kurulan Fon, idari teşkilat içinde yer almaktadır. O halde ailenin ve gençliğin korunması özelinde asli ve sürekli nitelikte kamu hizmeti yürütecek olan Fon’da istihdam edilecek kimselerin, Anayasa’nın 128. maddesi bağlamında “memur ve diğer kamu görevlisi” olması gerekmektedir. Nitekim bu husus, Anayasa Mahkemesi tarafından kaleme alınan:

“Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında, "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır." denilmek suretiyle memurlar ve diğer kamu görevlileri, özlük hakları bakımından yasal güvenceye kavuşturulmuştur. Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin ve bu bağlamda emniyet teşkilatı mensuplarının statü haklarını doğrudan etkileyen disiplin işlemlerinin "diğer özlük işleri" kavramı kapsamına girdiğine kuşku bulunmamaktadır.”

şeklindeki gerekçede de vurgulanmıştır (Anayasa Mahkemesi’nin 13.01.2016 tarihli ve 2015/85 E.; 2016/3 sayılı Kararı, § 3). O halde Fon bünyesinde istihdam edilecek kimselerin, Anayasa’nın 128. maddesi bağlamında kamu görevlisi olması lazım gelmektedir. Bu bağlamda kanun koyucu tarafından söz konusu kimselerin atanması, görevlendirilmesi, niteliği, görev ve yetkisi, aylık ve ödeneği ile diğer özlük haklarının Anayasa’nın öngördüğü ilkeler ve özellikle de mezkûr 128. madde uyarınca maddi anlamda kanunilik ilkesi dahilinde düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak iptali talep edilen fıkra, söz konusu anayasal gerekliliği karşılamamaktadır. Zira iptali talep edilen fıkra hükmünde kanun koyucu tarafından “Fonun çalışma usul ve esasları” şeklinde ibare kullanılmıştır. Anlam bakımından hacmi geniş olan bahsi geçen ibare, bir idari birimin teşkilatlanmasına dair yapılacak tüm işlemleri kapsamaktadır. Bu minvalde, söz konusu kapsama Fon’da istihdam edilecek kimselerin özlük hakları da dahildir. Ancak kanun koyucu tarafından anılan kimselerin özlük hakları, yönetmeliğin konusu yapılmıştır.

Başka bir anlatımla Anayasa’nın 128. maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerekir (Anayasa Mahkemesi’nin 22.11.2012 tarihli

ve 2011/107 E.; 2012/184 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi'nin sıkça vurguladığı gibi kanunilik ölçütünün sağlandığından söz edilebilmesi için kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kurallar keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olmalıdır. Esasen kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa'nın 128. maddesinde yer verilen kanunilik ölçütü, Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır (aynı yöndeki değerlendirme için bkz. AYM, E.2018/88, K.2020/24, 11/6/2020 §§ 13, 14) (Anayasa Mahkemesi'nin, 22.10.2020 tarihli ve 2020/1 E.; 2020/563 K. sayılı Kararı, § 41).

Yine Anayasa Mahkemesi, stajyer müfettiş olarak görevlendirilebilmek için “yönetmelikte öngörülen şartları taşımak” gerekliliğine ilişkin bir kuralın Anayasa'nın 2 ve 128. maddelerine aykırı olduğuna hükmettiği kararında:

“45. Dava konusu kurallar; müfettişliğe giriş sınavına başvurabilmek için yönetmelikte öngörülen şartları taşımak gerektiğini, giriş sınavının yönetmelikte belirlenen konulardan yazılı ve/veya mülakat şeklinde yapılmasını ve stajyer müfettişlerin staj sürelerinin bitiminde oluşturulacak yönetmelikle belirlenecek konulardan sınava tabi tutulmalarını öngörmektedir.

46. Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer öz-lük işleri kanunla düzenlenir. Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklı-dır.” hükmüne yer verilerek memurlar ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri ve atanmalarına ilişkin hususların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

47. Anayasa'nın 7. maddesinde “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Mec-lisinindir. Bu yetki devredilemez.” denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir (AYM, E.2021/73, K.2022/51, 21/04/2022, § 15).

48. Stajyer müfettiş ve müfettişler tarafından sunulacak denetim hizmetleri Bakanlığın genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerdendir. Dolayısıyla askerî personelin müfettiş olarak atanmasına ilişkin şartlar ile bu atamanın dayanağı giriş ve yeterlik sınavlarına ilişkin genel esasların kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

49. Kanun koyucu, Anayasa'ya uygun olması koşuluyla kamu görevine girişte veya belli bir unvana atamalarda yapılacak sınavların türü, biçimi ve usullerine dair hususlar ile sınava başvuru koşullarının belirlenmesine ilişkin konularda düzenleme yapma yetkisine sahip olup düzenlemenin kamu yararına, başka bir anlatımla ülke koşullarına uygun olup olmadığının belirlenerek takdir edilmesi kanun koyucuya aittir. Anayasa'ya uygunluk denetiminde kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil incelenen kuralın kamu yararı dışında belirli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek kanunlaştırılıp kanunlaştırılmadığı incelenebilir (AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019, § 194).

50. Kamu görevlilerinin devlet ile olan ilişkileri statü hukuku içinde yürütülmektedir. Devlet, statüleri kanunlarla belirlenen ve bu statü kurallarına göre mesleğe alınan kamu görevlilerine atama, yükselme, aylık, ödül, nakil ve sınav gibi hak veya yükümlülükler getirebilir (AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/07/2019, § 195).

51. Kamu görevlisi statüsünde olan söz konusu personelin yazılı ve/veya sözlü sınavla mesleğe alınması, sınava başvuru konusunda şartlar öngörülmesi kanun koyucunun takdir yetkisinde olmakla birlikte bu personelin anılan sınavlarla mesleğe alınmalarına ilişkin temel ilkelerin Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi ve bu bağlamda Anayasa'nın 7. maddesi uyarınca yasama yetkisinin idareye devredilmemesi gerekir (AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019, § 199).

52. Kuralda ise mesleğe giriş sınavına ilişkin başvuru şartlarının, mesleğe giriş ve yeterlik sınavlarının konularının yönetmelikle belirleneceği hüküm altına alınmış ancak buna ilişkin temel ilkeler kanunda düzenlenmemiştir.

53. Açıklanan nedenlerle 926 sayılı Kanun'un ek 39. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "...ve yönetmelikte öngörülen şartları taşımak..." ve anılan fıkrasının üçüncü cümlesi ile üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "...yönetmelikle belirlenecek konulardan..." ibareleri Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "...ve yönetmelikte öngörülen şartları taşımak..." ve üçüncü cümlesi ile üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "...yönetmelikle belirlenecek konulardan..." ibareleri Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden bu cümle ve ibareler ayrıca Anayasa'nın 2. maddesi yönünden incelenmemiştir.

Kuralların Anayasa'nın 10., 13., 70., 123., 124. ve 153. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir."

şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin, 13.10.2022 tarihli ve 2021/84 E.; 2022/117 K. sayılı Kararı).

Yukarıda Fon bünyesinde istihdam edilecek kimselerin, genel idare esaslarına göre (ailenin ve gençliğin korunması özelinde) kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yerine getirdiklerinden, Anayasa'nın 128. maddesi bağlamında kamu görevlisi olduğu açıklanmıştır. Lafzı, "Fonun çalışma usul ve esasları" olan ibare; manasında Fon bünyesinde istihdam edilecek kimselerin özlük haklarını ihtiva etmektedir. Kanun koyucu ise onların özlük haklarını; Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan kanunilik ilkesinin hilafına; yönetmeliğin konusu yapmıştır. Oysa bir kamu görevlisi olan anılan kimselerin istihdamına yönelik usul ve esasların kanun düzeyinde belirlenmesi ve idarenin keyfi işlem ve eylemlerine terk edilmemesi gerekirdi. Başka bir anlatımla bu hususun idarenin (Cumhurbaşkanının) düzenleyici işleminin (yönetmeliğin) konusu yapılması; özlük işleri bakımından Anayasa'nın 128. maddesi bağlamındaki (belirlilik ve öngörülebilirlik öğelerini içeren) maddi anlamda kanunilik ilkesini ihlal etmektedir. İptal istenen fıkra, bu nedenle Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır (bu açıdan ayrıca bkz. aşağıda "ii" alt başlığı).

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

devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheyi yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi’nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye işlem tesis ederken ve eylemde bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli ölçüde hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir.

Öte yandan Anayasa’nın 123. maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Bu nedenle (Fonda istihdam edilecek kimselerin özlük haklarını da kapsayan) Fonun çalışma usul ve esasları ile (Fonun kaynakları ve giderleri özelinde) 3. ve (Fondan yapılacak kaynak aktarımları özelinde) 4. maddelerin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların; Anayasa’nın 128. maddesinde hüküm altına alınan ve hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılaması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir.

Ancak kanun koyucu, 7474 sayılı Kanun’un 2. maddesinde sadece Fonun Yönetim Kurulunun ve sekreteryaya hizmetlerinin yapısını kurala bağlamış ve fakat taşra teşkilatı, görevlendirme, işin devamlılığı ve devri, personelin uyacağı kurallar, performans ve kalite ölçme, raporlama, hizmet birimleri, yetki-görev-sorumluluk zinciri, taşınır ve taşınmaz kayıtlarının tutulması gibi çalışma usul ve esaslarının kanuni genel çerçevesini çizmeyip yönetmeliğin konusu yapmıştır. Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında, “Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında konuyla ilgili olarak, “Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünün bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütününü kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur.” denilmektedir (AYM E. 1965/32, K. 1966/3, 4/2/1966)” (Anayasa Mahkemesi’nin 11.06.2020 tarihli ve 2018/119 E.; 2020/25 K. sayılı Kararı, § 18). Ancak iptali talep edilen fıkra hükmünde; kadro ihdası gibi özlük işleri kapsamında değerlendirilen çalışma usul ve esaslarının genel çerçevesi; hukuki işlem olarak kanun ile açıkça ortaya konulmamıştır.

Yine kanun koyucu, Fonun kaynaklarını ve giderlerini kalem kalem düzenleyen 3. maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanı tarafından belirleneceğini öngörmüştür. Ancak söz konusu 3. maddede, gelir ve gider tablosu, net biçimde çizildiğinden; Cumhurbaşkanının yönetmelik üzerinden takdir yetkisini kullanabileceği bir marj bulunmamaktadır. O halde Cumhurbaşkanına bu konuda yönetmelik çıkarma yetkisinin niçin tanındığı anlaşılamamaktadır. Bir an için anılan 3. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinin (b) bendi ile ikinci cümlesinin Cumhurbaşkanına tanındığı yetkilerin yönetmelik

marifetiyle kullanılacağı ileri sürülse de; bahsi geçen (b) bendinde söz konusu hukuki işlemin karar olacağı açıkça zikredilmiştir; ikinci cümlede ise bu türden bir sarahat olmasa da; oran artırımı, uygulamada bir karar konusudur. Yine anılan 3. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinin (d) bendinde yer alan diğer gelirler ile ikinci fıkranın (ç) bendinde yer alan diğer operasyonel giderlerin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanı tarafından nasıl düzenleneceği belirsizdir.

Buna ilaveten Fondan yapılacak kaynak aktarımlarını düzenleyen 4. maddenin ilk fıkrasında kaynağın nasıl aktarılacağı ve sorumluluğun kime ait olduğu; ikinci fıkrasında kaynak aktarılan tutarların kamu maliyesinde nasıl gösterileceği; üçüncü fıkrada geri ödemelerin nasıl yapılacağı; dördüncü fıkrada harcanmayan tutarların akıbeti; dördüncü fıkrada akçeli işler bakımından birtakım özel teşebbüslerle protokol yapılabileceği kurala bağlanmıştır. Kanunilik ilkesinin gereklerini karşılayan söz konusu ilk dört fıkrada Cumhurbaşkanının yönetmelik üzerinden takdir yetkisini kullanabileceği bir marj bulunmamaktadır. O halde Cumhurbaşkanına bu konuda yönetmelik çıkarma yetkisinin niçin tanındığı anlaşılamamaktadır. Bir an için Cumhurbaşkanının takdir yetkisini, beşinci fıkra üzerinden kullanacağı hüküm altına alınsa da; aşağıdaki başlıkta bunun yönetmelik konusu yapılamayacağı ortaya konulmuştur.

Bu noktada şunu belirtmek gerekir ki iptali talep edilen fıkra ile yönetmeliğin konusu yapılan hususların, idare tarafından tecessüm ettirilmeye elverişli olduğunun kabul edilmesi olasılığında dahi; Cumhurbaşkanı, nesnel, somut, net, açık ve anlaşılabilir ölçütlerle sınırlandırılmamıştır.

Kaldı ki yönetmeliği çıkararak hukuki öznenin Cumhurbaşkanı olmasının nedeni de açıklanmaya muhtaçtır. Zira Fon, Hazine ve Maliye Bakanlığına bağlı olarak kurulmakta; Fonun sekreteryaya hizmetleri Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından yerine getirilmekte; Yönetim Kurulu; Hazine ve Maliye Bakan yardımcısı başkanlığında, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakan yardımcısı, Gençlik ve Spor Bakan yardımcısı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakan yardımcısı ile Sanayi ve Teknoloji Bakan yardımcısı olmak üzere beş kişiden teşekkül etmekte ve fakat yönetmeliği, söz konusu idari özneler çıkarmamaktadır. Halbuki hukuk mantığı gereği bir alt düzenleyici işlemin, o alt düzenleyici işlemi tatbik edecek ve konuya en vakıf olan idari birim tarafından tesis edilmesi gerekmektedir.

Öte yandan idarenin (Cumhurbaşkanının) yapacağı düzenlemeyi (çıkarcacağı yönetmeliği), tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; Fondan yararlanmak isteyen kimseler, Fonda istihdam edilecek kimseler, Fonun gider ve gelir işlemlerinin muhatapları, Fonla işbirliği yapan ilgili kamu kurum ve kuruluşları, protokol akdeden özel teşebbüsler bakımından hukuki öngörülebilirlik ilkesini zedelemektedir. O kadar ki; ihtilaflı fıkranın içerdiği belirsizlik ve öngörülemezlik; keyfi uygulamalara zemin hazırlayacaktır. İdarenin uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, iptali talep edilen fıkranın uygulanmasını sağlamaya ilişkin anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarenin işlemine (yönetmeliğe), maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

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

iii)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel

ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen fıkra hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Cumhurbaşkanına); Fonun çalışma usul ve esasları ile 3. ve 4. maddelerin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

iv)Yönetmelikle düzenleme bakımından: Anayasa koyucu, idarenin düzenleyici işlemlerinin bir türü –kural işlem- olan yönetmelikler için özel bir hüküm öngörmüştür. Anayasa'nın 124. maddesine göre Cumhurbaşkanı, Bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelik çıkarabilirler. Cumhurbaşkanının Fonun çalışma usul ve esasları ile 3 üncü ve 4 üncü maddelerin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar hakkında çıkaracağı yönetmeliğin 7474 sayılı Kanun'un 7. maddesinin uygulanmasını sağlaması ve ona aykırı olmaması için; yönetmelik çıkartılmasına cevaz veren kanuni hükmün, hangi iş ve işlemlerin yasal çerçeve içinde kalacağına yönelik temel çerçeve, ölçüt ve sınırları belirlemesi gerekmektedir. Aksi bir tutum, kanunun uygulanmasını sağlamaya ilişkin anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, yönetmeliklere, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması ve aşırı geniş bir düzenleme alanının idarenin uhdesine bırakılması anlamına gelecektir. İhtilafli kurala bakıldığında, ortada, idare tarafından tecessüm ettirilmeye elverişli genel mahiyette bir kanuni düzenleme yoktur. İdare tarafından takdir yetkisinin keyfi biçimde kullanılmasına neden olabilecek iptali talep edilen fıkra, Anayasa'nın 124. maddesine de aykırıdır.

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

Anayasa'nın 128. maddesinde temelini bulan ve hukuk devletinin ana halkasını oluşturan kanunilik ilkesi ışığında, Anayasa'nın 70. maddesi ele alındığında görüleceği üzere; kamu hizmetine girme hakkının temel bir hak olarak etkililiği, maddenin “Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayrım gözetilemez” şeklindeki ikinci fıkrasında yer alan “görevin” ibaresinin; kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevin (ve ücret gibi diğer özlük haklarının), (bir kimsenin bu kadroya, unvana, pozisyona uygun olduğunun objektif kriterlere göre tespitinin yapılabilmesi amacıyla) kanun düzeyinde liyakat esasının icaplarını karşılayacak ve keyfiliğe yol açmayacak (vatandaşların eşit şekilde kamu hizmetine girme haklarının idarenin keyfî işlemler tesis etme ihtimaline karşı kanun seviyesinde korunması sağlayacak) biçimde açıklanmasını gerektirir. Zira, kamu hizmeti icra edecek kimselerin

istihdamının (ve ücret gibi diğer özlük işlemlerinin) görevin gerektirdiği nitelikler dışındaki sebeplere dayandırılması, Anayasa'nın 70. maddesindeki hakkı etkisiz ve göstermelik hale getirecektir. Aksi bir tutum, bir başka deyişle Fonda istihdam edilecek personelin özlük haklarını da kapsayan Fonun çalışma usul ve esaslarını belirleme yetkisini idarenin keyfi uygulamalarına, objektif şekilde çerçevelenmemiş ve kayırmacılığa neden olabilecek takdir yetkisine bırakmak; anayasal amacın (kamu hizmeti icra edecek kimselerin istihdamının liyakate dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlamak) bertaraf edilmesine neden olacak, anılan hakkın aynı nitelikte bulunan (koşullara sahip olan) Fonda istihdam edilecek kimseler bakımından eşit düzeyde güvence altına alınmasına engel oluşturacak ve kişilerin kamu görevine kabul edilmelerinin (Fonda istihdam edilme işleminin) ve görevde kalmalarının, görevi icra derken alacakları ücret, maaş, ödeneklerin vb. önüne keyfi ve siyasi mülahazalarla alınmış idari kararların çıkarılmasını mümkün kılacaktır. Bunun sonucu olarak; hizmete alımda (Fonda istihdam edilmede, ücretlendirmede, ilişkin kesilmesinde gibi tüm özlük haklarında) görevin gerektirdiği niteliklerden başka ayrımların gözetilmesini mümkün kılan belirsiz ve öngörülemez kapsamlı ihtilaflı fıkra, Anayasa'nın 70. maddesine de aykırıdır.

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

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

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

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

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

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

vi)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kuralla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzeri olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7 E.: 1991/43 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi, eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm ihtiva eden düzenleme hakkında verdiği bir iptal kararında "... Buna göre, (Telekomünikasyon) Kurum'da çalışan memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemelerin Bakanlar Kurulu'na bırakılması, Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır. Bu nedenle kuralın iptali gerekir..." şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 tarihli ve 2002/35 ve 2002/95 sayılı Kararı).

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

vii)Eşitlik ilkesi bakımından: İptali talep edilen fıkra uyarınca Fonun çalışma usul ve esasları ile 3. ve 4. maddelerin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları tespit etme yetkisinin sınırsız biçimde idarenin (Cumhurbaşkanının) uhdesine bırakılması, aynı nitelikte bulunan (koşullara sahip olan) Fondan yararlanmak isteyen kimseler, Fonda istihdam edilecek kimseler, Fonun gider ve gelir işlemlerinin muhatapları, Fonla işbirliği yapan ilgili kamu kurum ve kuruluşları, protokol akdeden özel teşebbüsler arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan fıkra, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayırma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır.

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

Ne var ki, iptali talep edilen fıkranın Cumhurbaşkanına verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, idare tarafından söz gelimi, aynı nitelikte bulunan (koşullara sahip olan) bazı kimselerin Fonda istihdam edilmesine, gelir ve giderlerin farklı biçimde belirlenmesine, ilgili kamu kurum ve kuruluşları bakımından farklı şartların öngörülmesine, protokol akdetmeye talip özel teşebbüslerin bazılarının hukuki işlemin karşı tarafı kılınmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Başka bir anlatımla, Fonun çalışma usul ve esasları ile 3. ve 4. maddelerin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları

belirleme yetkisinin idareye bırakılması, uygulamada aynı durumda bulunan kişi, kamu kurum ve kuruluşu, özel teşebbüs kategorileri arasında haklı nedene dayanmayan ve keyfi muamele farklılıklarına yol açacaktır. İptali istenen fıkranın aynı durumda bulunan ilgililer arasında muamele farklılığına yol açabileceği hasebiyle kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğunun tespiti için, ihtilaflı fıkranın haklı gerekçeye dayanmayan muamele farklılığını yalnızca olası kıldığıının tespiti yeterli addedilmek gerekir. Bu nedenle anılan fıkra, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

viii) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile çalışma hakkı bakımından: Anayasa'nın 2 ve 5. maddelerinde yer alan sosyal devlet ilkesinin bir görünümü, Anayasa'nın 49. maddesinde güvencelenen çalışma hakkıdır. Diğer bir deyişle herkese hak ve ödev olarak tanınan çalışma hakkı, Devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir. Devlet, herkes için uygun bir çalışma ortamı hazırlamalıdır. Çalışma hakkının eşit biçimde tanınması ve uygun bir çalışma ortamının sağlanması, Fonda istihdam edilecek kimselerin istihdam edilme usulü başta olmak üzere özlük haklarına ilişkin usul ve esasların hakkaniyetin ve hukukun gereklerini karşılayan biçimde belirlenmesiyle mümkündür. Ancak iptali talep edilen fıkranın Fonda istihdam edilecek kimselerin özlük haklarını da kapsayan Fonun çalışma usul ve esaslarını, temel çerçeve çizmeksizin tamamıyla idari işlemlerin (yönetmeliğin) konusu yapması; Fonda istihdam edilecek kimseler bakımından belirsiz uygulamalara; çalışma hakkı bakımından Devletin pozitif yükümlülüğünü ifa edememesine neden olacaktır. Zira idare, keyfi biçimde, demokratik toplum düzeniyle ve ölçülülük ilkesiyle bağdaşmayan birtakım usul ve esaslar belirleyerek, bazılarının Fonda istihdam edilmesinin önüne geçebilecektir. Başka bir anlatımla Devlet tarafından Fonda istihdam edilecek (edilen) kimseler bakımından çalışma hakkının kullanılması için gerekli ortam ve fırsat eşitliği hazırlanamayacaktır. Kanun koyucu, bu hususu kanun düzeyinde tespit etmemek suretiyle; maddi anlamda kanunilik, demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük ilkelerine aykırı olacak şekilde, anılan hakka keyfi idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır. Bu nedenle anılan fıkra, Anayasa'nın 2, 5, 13 ve 49. maddelerine aykırıdır.

ix) Çalışma barışı bakımından: Anayasa'nın 2 ve 5. maddeleriyle Devlet için öngörülen "sosyal devlet" niteliğinin bir görünümü, Anayasa'nın 49. maddesiyle Devlete yüklenen çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğüdür. Anayasa Mahkemesi, "Anayasa'nın 49. maddesine göre, çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlete karşı ileri sürülecek bu hak, bireylere zorlama yetkisi ve yaptırımını vermemiştir. Devlet, olanakları ölçüsünde, yeterli örgütler kurarak iş bulmayı kolaylaştırıp sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Devletin herkese iş verme, herkesi işe yerleştirme zorunluluğu bulunmamaktadır. İşsizliği önlemek amacıyla yapacağı çalışmalarla Devlet, öncelikle kamu sektöründe iş vermek yolunu izleyecek, bu nedenle de yasal düzenlemeler yapacaktır." şeklinde hüküm kurmak suretiyle; Anayasa'nın 49. maddesinin kapsama alanında özel sektörün yanı sıra kamu sektörünün de değerlendirileceğine işaret etmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 19.12.1989 tarihli ve 1989/14 ve 1989/49 sayılı Kararı). O halde Devlet, hem özel sektörde hem de kamu sektöründe çalışma barışını sağlamalıdır. Ancak maddi anlamda kanuna tekabül etmeyen iptali talep edilen fıkra; Fonda istihdam edilen kimseler arasında çalışma barışının bozulmasına neden olacaktır. Zira Fonda istihdam edilen kimseler; aralarındaki bazılarının, liyakat ilkesinin gereklerini karşılamadığının (söz gelimi liyakat ilkesinin gereklerinin aksine ücretlendirmenin) bilincinde olacaktır. Çalışma barışının bozulması; Fonda istihdam edilen kimselerin çalışma motivasyonlarının bozulmasına; ilgilerini başka alanlara yöneltmelerine; sorumluluklarını yeteri kadar yerine getirememelerine ve aile ile gençliğin korunması bakımından zafiyetlerine sebep olabilecektir. Bu nedenle iptali talep edilen fıkra, Anayasa'nın 2, 5 ve 49. maddelerine de aykırıdır.

x)Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırılık: Anayasa'nın 104. maddesinde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sayılmıştır. Bu görev ve yetkiler arasında “Fonun çalışma usul ve esasları ile 3. ve 4. maddelerin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar hakkında yönetmelik çıkarma” görev ve yetkisi sayılmıştır gibi; iptali talep edilen fıkra da bulunan düzenlemeyi yapmayı dayandırabileceği (Anayasa'nın 104. maddesinde) genel ve kapsayıcı mahiyette bir hüküm de bulunmamaktadır. Yasama organı, görevi ve yetkisi dahilinde olmayan bir konuda Cumhurbaşkanını yetkilendirmek suretiyle; Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini ve 6. maddesinde yer alan hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamamasına yönelik hükmü ve 104. madde-sini ihlal etmiştir. Bu nedenlerle iptali talep edilen fıkra, Anayasa'nın Başlangıç bölümü-ne, 6 ve 104. maddelerine aykırıdır.

xi)Anayasa'nın Başlangıç bölümü, sosyal devlet ilkesi, Devletin temel amaç ve görevleri, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, ailenin ve gençliğin korunması bakımından:

Anayasa'nın Başlangıç bölümünde “... Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu ...” vurgulanmış; 2. maddesinde Devletin “sosyal” bir niteliğe sahip olduğu belirtilmiş; 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri arasında “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak” sayılmış; 17. maddesinde ise herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın Başlangıç bölümü ve 2, 5, 17. maddeleriyle Devlete yüklenen yükümlülüğün somut görünümlerinden birini, aile bakımından 41. maddesi ve gençler bakımından 58. maddesi oluşturmaktadır. O halde Devlet tarafından aile ve gençler hakkında yapılan düzenlemeler, esasen Anayasa'nın Başlangıç bölümü ile 2, 5, 17, 41 ve 58. bağlamında değerlendirilmelidir.

Başka bir anlatımla ailenin Türk hukuku bakımından önemi, doktrinde şu biçimde dile getirilmiştir:

“... Günümüzün modern toplumsal hayatında ailenin önemi ve işlevi herkes tarafından bilinmekte ve itirazsız kabul edilmektedir. Nitekim sık sık duyduğumuz, hatta bizzat kullanmakta olduğumuz aile terbiyesi, aile şerefi, aile görgüsü, aile geleneği gibi deyimler, ailenin toplum içerisindeki işlevini ve önemini pek güzel belirtmiyor mu ? Görkemli bir mimari yapının yaratılmasında kullanılacak malzeme ne derece gerekli ve görkemli ise, bir milletin doğuşu ve varoluşunda da aile o derece gerekli ve önemli bir unsurdur. Toplumun sağlıklı biçimde gelişebilmesi, ilişkilerin huzur, barış ve güvenlik içinde yürütülebilmesi, ancak aile kurumunun sağlam temellere oturtulması ve özlenen ideal bir hukuki düzenlemeye kavuşturulmasıyla mümkün olabilir.

Bu sebeptendir ki, kanun koyucular aile kurumunun önemini gözden uzakta tutmamışlar, ona layık olduğu yeri vermişler ve onu koruyucu ve kollayıcı pek çok kural koymuşlardır. Nitekim, Türk kanun koyucusu da aile kurumuna verdiği önemi, Anayasamıza aile ile ilgili bir kural koymak suretiyle en açık şekilde göstermiştir. ...”

“Anayasa'da Aile Hukukuna İlişkin Esaslar

1. Anayasa'nın 41. maddesi

Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.

Böylece Türk toplumunda ailenin önemi belirlenmekte, ailenin, ananın ve çocukların korunması için gerekli önlemleri almak devlete bir görev olarak yükletilmektedir.

2.Anayasa'nın 10. maddesi, "Herkes, ... cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir" ilkesini koymuştur. Bu hüküm, hukukta ve kanun önünde kadın ve erkek eşitliği ilkesini, başka bir deyişle ayırım gözetme yasağını (Diskriminierungsverbot) koymaktadır.

...

3. Anayasa'nın 20. maddesine göre, "Herkes, ... aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." Böylece aile hayatının gizliliğinin korunması Anayasa ile teminat altına alınmıştır."

Bununla birlikte ailenin korunması hususu, uluslararası belgelere de konu olmuştur. Söz gelimi BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 16. maddesinin üçüncü fıkrası ile BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 23. maddesinde belirtildiği üzere; "Aile, toplumun doğal ve temel birimidir. Toplum ve devlet tarafından korunma hakkına sahiptir." Yine Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, tarafı olduğumuz, aileyle ilgili iki ya da çok taraflı uluslararası antlaşma ve sözleşmelerin bir kısmını sıralamıştır: "Evlenme Ehliyet Belgesi Verilmesine Dair Sözleşmesi, Evlilik Bağına ilişkin Kararların Tanınması Hakkında Sözleşme, Evlenme ile Nesep Düzeltmesi Hakkında Sözleşme..."

Öte yandan Cumhuriyetimizin kurucusu Ulu Önder Mustafa Kemal ATATÜRK'ün "ümidinin kaynağı" olan gençliğin, insan hayatının belirli bir yaş aralığının, anayasal korumaya mazhar olduğu; Anayasa'nın (program hüküm vasfını haiz) 58. maddesi ile hüküm altına alınmıştır:

"A. Gençliğin korunması

Madde 58 – Devlet, istiklal ve Cumhuriyetimizin emanet edildiği gençlerin müsbet ilmin ışığında, Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ortadan kaldırmayı amaç edinen görüşlere karşı yetişme ve gelişmelerini sağlayıcı tedbirleri alır.

Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır."

Bununla birlikte spesifik olarak gençlik haklarına özgülenmiş bir uluslararası norm bulunmasa da; insan yaşamının belirli bir dönemini kapsamaya itibarıyla; gençlik de uluslararası

insan hakları belgelerinin konusu kapsamında kalmaktadır. Nitekim TİHEK bu hususu şu biçimde raporlamıştır:

“Gençlik hakları konusunda küresel olarak kabul edilmiş bir norm bulunmamakla beraber gençliğin yaş tanımına bağlı olarak 18 yaş altında kalanların uluslararası alanda kabul edilmiş çocuk hakları belgeleriyle korunacağı ve mevcut insan hakları belgelerinin koruma çerçevesinin her insan için geçerli olduğu gibi gençler için de geçerli olacağı açıktır. Dolayısıyla ülkemizin onayladığı:

- İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi,
- Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi,
- Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi,
- Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi,
- İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezanın Önlenmesi Sözleşmesi,
- Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi,
- Çocuk Hakları Sözleşmesi,
- Engelli Hakları Sözleşmesi,
- Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunması Sözleşmesi,
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi,
- Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

gibi uluslararası insan hakları sözleşmelerinde tanınan temel hak ve özgürlüklerin tamamına gençler, hiçbir ayırım gözetmeksizin sahiptir.”

Kanun koyucu da Anayasa’nın Başlangıç bölümü ile 2, 5, 17, 41 ve 58. maddeleriyle kendine yüklenen yükümlülüğün ifası amacıyla 7474 sayılı Kanun’u ihdas etmiştir. Zira bu husus, 7474 sayılı Kanun’un genel gerekçesinde “... Fon vasıtasıyla, hali hazırda yürütülen destek programlarının etkililiğinin artırılması, hizmetlerin çeşitlendirilmesi ve yaygınlaştırılması ile aile kurumunun güçlendirilmesine katkı sağlanması amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda dinamik ve genç nüfus yapısının korunması ve evlenecek gençlerin desteklenerek aile kurumunun temellerinin sağlamlaştırılması hedeflenmektedir. Bu kapsamda Teklif ile gelecek nesillerin sağlıklı aile ortamında hayata hazırlanması ve toplum refahının devamının sağlanması amaçlanmaktadır. ...” şeklindeki ifade ile dile getirilmiştir. (Bu noktada belirtmek gerekir ki pekâlâ mevcut düzenlemeler vasıtasıyla söz konusu Fonun faaliyetleri yürütülebilirdi.)

Başka bir anlatımla kül halinde ele alınması gereken Anayasa’nın Başlangıç bölümü ve 17. maddesiyle Türk vatandaşının kendisine tanınan hak ve yetkileri kullanmaya elverişli ortamında hazırlanması için; 2. maddesiyle kendisine atfedilen sosyal niteliği gereği;

Anayasa'nın 5. maddesinde yer alan amaca ulaşılmak için; Anayasa'nın 41 ve 58. maddeleri kapsamındaki tedbir alma yükümlülüğü bağlamında ailenin ve gençliğin korunmasını teminen Fon kurmuştur.

Ancak iptali talep edilen fıkrayla Fonun çalışma usul ve esasları ile 3. ve 4. maddelerin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisinin; keyfi uygulamalara neden olabilecek biçimde ve nesnel, net, somut ölçütlerle sınırlandırmadan Cumhurbaşkanına tanınması, söz konusu amacı gerçekleştirmeye elverişli değildir. Diğer bir söyleyişle iptali talep edilen fıkranın yukarıda açıklandığı üzere Anayasa'nın belirtilen hükümlerine aykırı olması; ailenin ve gençlerin korunması bakımından gerekli ortamın hazırlanamamasına; çocukların esenlikli bir aile yapısı içinde yetişememesine; sağlıklı toplumun sosyal bir çöküşe doğru sürüklenmesine; kuşaklar arasında bağların kopmasına; gençlerin maddi ve manevi gelişimlerini tamamlayamamasına; gençlerin geleceğe dair umutlarının tükenmesine ve dolayısıyla (bilhassa dijital çağda) ulusal kalkınmaya dengeli ve hızlı katkı sağlayamamasına; kamu kaynaklarının etkin, verimli, şeffaf ve hesap verilebilir biçimde harcanamamasına; sürdürülebilir kalkınma hedeflerinin gerçekleşememesine; en nihayetinde kamu maliyesi bakımından yük doğması sebebiyle milli ekonominin zarara uğramasına ve dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunun temin edilememesine neden olacaktır. Bu nedenle iptali talep edilen fıkra, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 17, 41 ve 58. maddelerine de aykırıdır.

xii) Eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri, sözleşme özgürlüğü ile teşebbüs hürriyeti, rekabetin korunması bakımından:

7474 sayılı Kanun'un 4. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca; birinci fıkra kapsamında ilgili kurum ve kuruluşlara aktarılan kaynakların yararlanıcılara aktarılabilmesi ve doğabilecek geri ödemelerin alınabilmesi için bahse konu kurum ve kuruluşlar; 20.06.2013 tarihli ve 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun kapsamında faaliyet gösteren ödeme hizmeti sağlayıcılar, 21.11.2012 tarihli ve 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu kapsamında faaliyet gösteren finansman şirketleri ile kredi garanti kurumlarıyla protokol yapabilecektir. İptali talep edilen fıkra uyarınca; birinci fıkra kapsamında ilgili kurum ve kuruluşlar ile özel teşebbüs niteliği olan ödeme hizmeti sağlayıcılar, finansman şirketleri ile kredi garanti kurumları arasında akdedilecek söz konusu protokollere ilişkin usul ve esaslar, Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki ödeme hizmet sağlayıcısı 6493 sayılı Kanun'un "Tanımlar" kenar başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrasının (t) bendinden hareketle; 5411 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar, elektronik para kuruluşları, ödeme kuruluşları, Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi'ni ifade etmektedir. 6361 sayılı Kanun'un "Kuruluş şartları" kenar başlıklı 5. maddesi gereğince finansman şirketleri, anonim şirket şeklinde kurulmaktadır. Kredi garanti kurumu, kurum olması itibarıyla tüzel kişidir. Zira Kredi Garanti Kurumlarına Sağlanan Hazine Desteğine İlişkin Kararın dördüncü bölümünde Hazine destekli kefalet sistemi kapsamında kredi garanti kurumlarının asgari nitelikleri düzenlenmiş; kurumun anonim şirket olması şartlar arasında sayılmıştır. O halde ödeme hizmeti sağlayıcılar, finansman şirketleri ile kredi garanti kurumları özel teşebbüs niteliğindedir.

İdarenin özel teşebbüslerle akdedeceği tarafların hak ve yükümlülüklerini söze bağlayan bu protokollerin genel çerçevesinin kanunla çizilmesi, protokol yapmaya istekli ödeme hizmeti sağlayıcılar, finansman şirketleri ile kredi garanti kurumlar bakımından öngörülebilirlik

sağlayacaktır. Ancak kanun koyucu, iptali talep edilen fıkra ile anılan 4. maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğini hüküm altına almakla; asgari usuli güvencelere sahip belirli bir yasal zeminde, rekabete uygun bir şekilde protokol yapılmasını imkansız kılmaktadır.

Halbuki protokol yapmaya istekli ödeme hizmeti sağlayıcılar, finansman şirketleri ile kredi garanti kurumlar, protokollere ilişkin usul ve esasların genel çerçevesinin kanun düzeyinde çizilmesi sayesinde yararlanıcılara aktarımının ve doğabilecek geri ödemelerin alınabilmesinin nasıl olacağını, anılan birinci fıkra kapsamında ilgili kurum ve kuruluşların kendisinden ne beklediğinin hukuken bilincinde olacak buna göre kendi finansal tabloları çerçevesinde teklif sunacaktır. Fakat genel çerçevenin kanun düzeyinde net biçimde belirlenmemesi neticesinde; protokol akdeden istekli, kamunun beklentisinin aksine yükümlülüklerini yerine getiremeyecek; kaynak dağıtımı ve geri alınması elverişli biçimde gerçekleşmeyecek ve dolayısıyla Fon, amacı dışında kullanılabilir nihayetinde kamu kaynakları israf edilecektir.

Buna ilave olarak protokollere ilişkin usul ve esasların genel çerçevesinin kanun düzeyinde çizilmesi; istekli ödeme hizmeti sağlayıcılar, finansman şirketleri ile kredi garanti kurumlar bakımından bir öngörülebilirlik sağladığından; onların faaliyetlerini rekabet içinde yürütmelerine de hizmet etmektedir. Rekabetin oluşturulması ise; Anayasa'nın 10. ve 48. maddelerinin gereklerinin yerine getirilmesiyle mümkündür. Zira iptali talep edilen fıkranın atıfta bulunduğu 4. maddenin beşinci fıkrasına konu hukuki işlem (protokol, sözleşme akdetmek suretiyle yapıldığından); Anayasa'nın 48. maddesinde güvencelenen sözleşme özgürlüğünün kapsamında kalmaktadır. Özel teşebbüs olan istekli ödeme hizmeti sağlayıcılar, finansman şirketleri ile kredi garanti kurumları; sözleşme özgürlüğüne, Anayasa'nın 10. maddesi bağlamında eşit biçimde sahiptir. Bu durum, onlara rekabet edebilme kabiliyeti tanımaktadır.

Yine Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devletin, özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasına yönelik tedbirleri almaya ilişkin pozitif yükümlülüğü vardır ve Anayasa'nın 10. maddesi uyarınca Devlet, bu pozitif yükümlülüğü her bir özel teşebbüs bakımından (benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunanlar için) eşit şekilde yerine getirmekle mükelleftir. Bir özel teşebbüs bakımından eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti de, somut olayda benzer durumda olanlara ilişkin bir muamele farklılığı yapmayı meşrulaştıracak "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır. Bununla birlikte Anayasa'nın 167. maddesinde Devlete para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli

işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma yükümlülüğü yüklenmiştir. Birinci fıkra kapsamında ilgili kurum ve kuruluşlara aktarılan kaynakların yararlanıcılara aktarılabilmesi ve doğabilecek geri ödemelerin alınabilmesi için bahse konu kurum ve kuruluşlar ile protokol yapacak ödeme hizmeti sağlayıcılar, finansman şirketleri ile kredi garanti kurumları bakımından bu yükümlülüğün ifası, Devlet tarafından (protokollerin genel çerçevesinin kanunla çizilerek) rekabetçi piyasa koşullarının hazırlanmasıyla mümkündür.

Her ne kadar protokol yapma, özelleştirme süreci ile hukuki olarak özdeş mahiyete sahip olmasa da; özelleştirme yapılırken aranan rekabet ilkesinin temini, protokol yapma yönünden de geçerlidir. Zira gerek protokol yapılması gerek özelleştirme yapılması durumunda kamudan talepte bulunan kişilerin "yarışması" söz konusudur. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin Türkiye Denizcilik İşletmeleri Anonim Şirketi ve Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları

İşletmesi Genel Müdürlüğüne ait bazı limanların işletme hakkı verilmesi/devri yöntemiyle özelleştirilmeleri neticesinde imzalanan kırk dokuz yıldan az süreli sözleşme sürelerinin; birtakım şartlar altında kırk dokuz yıla kadar uzatılacağını düzenleyen bir hüküm hakkında verdiği (iptal) kararına değinmekte fayda bulunmaktadır (Anayasa Mahkemesi’nin 20.07.2022 tarihli ve 2022/22 E.; 2022/92 K. sayılı Kararı):

“15. Anayasa’nın 47. maddesinin üçüncü fıkrasında “Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir.” denilmiştir. Anılan maddenin dördüncü fıkrasında da “Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” hükmüne yer verilmiştir. Anılan hükümler uyarınca kanunla yapılacak düzenlemelerde Anayasa’nın diğer maddeleri de dikkate alınmalıdır.

16. Anayasa’nın “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” başlıklı 48. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir” denilmek suretiyle çalışma ve sözleşme özgürlüğü güvence altına alınmıştır.

17. Sözleşme özgürlüğü devletin, kişilerin istedikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belirli hukuki sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukuki sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması anlamına gelmektedir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir. Anayasa’nın anılan maddesinde koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir (AYM, E.2017/154, K.2019/18, 10/4/2019, § 11).

18. Dava konusu kural 4046 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde TDİAŞ ve TCDDİGM’ye ait bazı limanların işletme hakkı verilmesi/devri yöntemiyle özelleştirilmeleri neticesinde imzalanan kırk dokuz yıldan az süreli özelleştirme sözleşmelerinin taraflarına bu sözleşmelerin sürelerini kırk dokuz yıla kadar uzatma imkânı tanımakta ve sözleşme süresinin uzatılabilmesi için gerekli ön şartları düzenlemektedir. Bu yönüyle kural, sözleşme süresinin sonunda yeniden özelleştirme sürecine konu olabilecek limanların bu sürecin dışına çıkarılmasına, dolayısıyla katılımcılar arasında rekabeti mümkün kılan ihale süreci uygulanmaksızın dolaylı olarak özelleştirilmelerine imkân tanımaktadır. Bu itibarla kural, sadece hâlihazırda özelleştirme sözleşmelerinin tarafı olan kişilere ek sözleşme yapma imkânı tanımakla özelleştirme sözleşmelerinin tarafı olmayan kişileri mevcut sözleşme süreleri sonunda sözleşme yapma imkânından yoksun bırakmak suretiyle sözleşme özgürlüğünü sınırlamaktadır.

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

20. Bu kapsamda sözleşme özgürlüğünü sınırlamaya yönelik bir kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir.

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

22. Kuralla bazı limanların işletme hakkı verilmesi/devri yöntemiyle özelleştirilmeleri neticesinde imzalanan kırk dokuz yıldan az süreli sözleşmelerin taraflarına, bu sözleşmeleri kırk dokuz yıla kadar uzatma imkânı tanınmış ve bu imkânın kullanılabilmesi için aranan ön şartlar açık ve net biçimde düzenlenmiştir. Dolayısıyla kuralın belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olduğu ve bu yönüyle kanunilik şartını taşıdığı anlaşılmaktadır.

23. Öte yandan Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun olması gerekir. Anayasa'nın 48. maddesinde sözleşme özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da o hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevler, özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebilir.

24. Bu bağlamda Anayasa'nın 167. maddesinin birinci fıkrasında "Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır;..." denilmek suretiyle devlete, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirler alma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu kapsamda liman hizmetlerinin sağlıklı ve düzenli işleminin sağlanmasını ve geliştirilmesini konu alan sözleşmelerde, sözleşme özgürlüğüne yönelik sınırlamaların öngörülmesi mümkündür.

25. Dava konusu kuralın gerekçesinde, 4046 sayılı Kanun çerçevesinde özelleştirilen bazı limanların sosyo-ekonomik çerçevede Türkiye'nin ekonomisine ve dış ticaretine katkısı dikkate alındığında bu limanların herhangi bir zaman kaybı yaşanmadan küresel rekabet güçlerini korumaları için bugünden yatırımların yapılarak büyütülmeleri amacı doğrultusunda özelleştirme sözleşmelerinin sürelerinin kırk dokuz yıla kadar uzatılmasının hedeflendiği ifade edilmiştir. Bu itibarla kuralın kapsam dâhilindeki limanların rekabet güçlerinin zaman kaybı yaşanmadan artırılması biçimindeki meşru amaca yönelik olduğu görülmektedir.

26. Anayasa'nın 13. maddesinde güvence altına alınan ölçülülük ilkesi ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha

hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, orantılılık ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

27. 21. yüzyılda dünya ticaretinin gösterdiği gelişmenin ulaştırma ve nakliye hizmetlerine talebi çoğaltarak taşınan yük miktarında artışa yol açması, uluslararası ticaretteki artışın enerji ve hammadde talebinin karşılanması ve malların farklı pazarlara ulaştırılması ihtiyacını beraberinde getirmesi, deniz yolu taşımacılığının ucuz ve güvenli bir taşıma sistemi olması, liman sayısı ve kapasitesinin ülkelerin rekabet gücünü belirleyen önemli bir ölçüt hâline gelmesi sonucuna yol açmıştır. Liman işletmeciliğinin gerek bölgesel gerek uluslararası ekonomiye katkısının limanların geliştirilmesini gerekli kıldığı kuşkusuzdur. Bu nedenle kuralın özelleştirilen limanların zaman kaybı yaşanmadan kapasitelerinin artırılması ve geliştirilmesi amacına ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez.

28. Kural özelleştirme sözleşmelerindeki süreler sonunda, özelleştirme öncesindeki hukuki statülerini tekrar kazanacak olmaları sebebiyle yeniden özelleştirme uygulamalarının konusu olabilecek limanların, özelleştirme sözleşmelerinin sürelerinin uzatılmasını öngörmek suretiyle mevcut özelleştirme süresi sonrasında da işletme hakkının devamının sağlanmasına, başka bir ifadeyle dolaylı olarak özelleştirilmelerine imkân tanımaktadır. Söz konusu dolaylı özelleştirmeye taraf olabilecekler ise mevcut özelleştirme sözleşmelerinin tarafları ile sınırlandırılmaktadır. İstekli olan başkaca kişilerin bu sürece dâhil olamaması ise özelleştirmede hâkim olması gereken serbest rekabet ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmamakta olup kurala konu limanların gerçek özelleştirme değerlerine ulaşılmasını engelleyebilecek niteliktedir. Nitekim özelleştirme sürelerinin sonunda limanların yeniden özelleştirme uygulamasına konu olması hâlinde 4046 sayılı Kanun'daki şartları taşıyan herkesin rekabet koşulları çerçevesinde özelleştirme sözleşmesine taraf olma imkânı olacakken kuralla bu imkân ortadan kaldırılmaktadır.

29. Bu bağlamda kuralla ulaşılmak istenen meşru amaç ile sözleşme özgürlüğü arasında bulunması gereken makul dengenin gözetilmediği anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralın orantısız bir sınırlamaya neden olduğu, dolayısıyla anılan özgürlüğe ölçsüz bir sınırlama getirdiği sonucuna ulaşılmıştır.

30. Anayasa'nın 10. maddesinde "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir./Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz./Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz./Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz./Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." denilmek suretiyle kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir.

31. Anayasa'nın anılan maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da

topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

32. Sözleşme özgürlüğü bağlamında eşitlik ilkesi yönünden yapılacak anayasallık denetiminde öncelikle Anayasa’nın 10. maddesi çerçevesinde aynı ya da benzer durumda bulunan kişilere farklı muamelenin mevcut olup olmadığı tespit edilmeli, bu bağlamda aynı ya da benzer durumdaki kişiler arasında sözleşme özgürlüğüne müdahale bakımından farklılık gözetilip gözetilmediği belirlenmelidir. Yapılacak bu belirlemenin ardından ise farklı muamelenin nesnel ve makul bir temele dayanıp dayanmadığı ve ölçülü olup olmadığı hususları irdelenmelidir.

33. Kuralla mevcut özelleştirme sözleşmelerinin taraflarına tanınan ek sözleşme yapma imkânının özelleştirme sonucunu doğurduğu dikkate alındığında özelleştirme usulünün uygulanması hâlinde sözleşmeye taraf olabilecek kişiler ile özelleştirme sözleşmesinin tarafı olmaları sebebiyle ek sözleşme yapma imkânı tanınan kişilerin sözleşme özgürlüğü bağlamında karşılaştırma yapılmaya müsait olacak şekilde benzer durumda oldukları açıktır. Bu itibarla kuralın özelleştirme usulünün uygulanması imkânını ortadan kaldırmak suretiyle benzer durumda olanlar arasında farklı muameleye yol açtığı anlaşılmaktadır.

34. Öte yandan özelleştirme sözleşmesinin imzalanması öncesinde sözleşmeye konu ihaleye katılarak teklif verenlerden ihaleyi kaybeden kişiler ile ihaleyi kazanarak özelleştirme sözleşmesine taraf olan kişilerin de sözleşme özgürlüğü bağlamında karşılaştırma yapılmaya müsait olacak şekilde benzer durumda oldukları görülmektedir. Dolayısıyla kuralın mevcut özelleştirme sözleşmesinin taraflarına sözleşme süresini uzatma imkânını tanımak suretiyle ihaleye katılanlar arasında da farklı bir muameleye yol açtığı anlaşılmaktadır.

35. Kuralın zaman kaybı yaşanmadan yapılacak yatırımlar ile limanların rekabet güçlerinin korunması yönündeki gerekçesi gözetildiğinde farklı muamelenin objektif ve makul bir temele dayanmadığı söylenemez.

36. Kural, ek sözleşme yapma imkânını sadece mevcut özelleştirme sözleşmesi taraflarına tanımak suretiyle öncesinde özelleştirme ihalesini kaybetmiş olanlar ile özelleştirme usulünün uygulanması hâlinde ek sözleşmeye taraf olabileceklerin bu sözleşmeye taraf olabilmelerini engellemektedir. Anayasa’nın 167. maddesinin gerekçesinde “Bu madde Devlete üç görev yüklemektedir./Birincisi, özel teşebbüsün rekabet koşulları içinde yararlı yönde gelişmesine yardımcı olacaktır. Rekabet koşullarını sağlamanın tabii sonucu ise, buna bağlı olan diğer iki görevdir...” denilmek suretiyle özel teşebbüsler arasında rekabet koşullarının sağlanması gerektiği belirtilmiştir.

37. Bu bağlamda mevcut özelleştirme sözleşmesinin tarafları dışında istekli olan başkaca kişilerin ek sözleşmeye taraf olabilme imkânının engellenmesi özelleştirmede hâkim olması gereken serbest rekabet ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmamakta olup kurala konu limanların gerçek özelleştirme değerlerine ulaşılmasını da engelleyebilecek niteliktedir. Ayrıca sözleşmeye konu önceki ihaleyi kaybeden kişilerin sonradan ek sözleşme yapma imkânı sağlanarak sözleşme süresinin uzatılacağını bilmelerinin söz konusu ihalede bulundukları teklifi etkilemeyeceği de söylenemez. Bu itibarla farklı muamelenin ölçsüz olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

38. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 10., 13. ve 48. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”

Yukarıda açıklandığı üzere protokole ilişkin usul ve esaslar, tarafların hak ve yükümlülüklerini içermekte; bu sayede protokol yapmaya isteklilerin öngörülebilirliğini temin etmektedir. Başka bir anlatımla protokole ilişkin usul ve esasların genel çerçevesinin kanun yerine yönetmelikle düzenlenmesi halinde istekler; kamunun taleplerinin bilgisine sahiptir. Bu verili bilgiye istinaden istekli, protokolü yapmaya yeterlilik kapasitesini (söz gelimi finansal tablolarını yahut teknolojisini) göz önüne alarak; protokol yapıp yapmayacağını, yapacak idiyse kamuya sunacağı teklife yönelik iradesini oluşturur. Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı nazara alındığında da anlaşılacağı üzere; iptali talep edilen fıkra ile kanunilik ilkesinin aksine protokole ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenlenecek olması; protokolün, Anayasa'nın 10. ve 48. maddelerine istinaden eşitlik ve rekabet ilkeleri çerçevesinde yapılmasını temin eden kanun düzeyinde mekanizmayı ortadan kaldırmıştır. Zira istekli, protokole ilişkin usul ve esasların başka bir deyişle tarafların hak ve yükümlülüklerinin kanun düzeyinde belirlenmesiyle; o protokoldeki işi yapıp yapamayacağının (hizmeti verip vermeyeceğinin) idarece değerlendirmesi bakımından somut, nesnel, net, açık ölçütlere tabi kılınmış; eşit koşullarda rekabet edebilmeleri için münasip zemin hazırlanmış olacaktır. Aksi takdirde (protokole ilişkin usul ve esasların başka bir deyişle tarafların hak ve yükümlülüklerinin yönetmelik düzeyinde belirlenmesiyle) idarenin, protokolü hangi istekleyle yapacağı belirsizdir. Diğer bir söyleyişle Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan kanunilik kaydının aksine; protokole ilişkin usul ve esasların yönetmeliğin konusu yapılması suretiyle; idareye (Cumhurbaşkanına), protokolün muhatabını seçme hususunda keyfi uygulamalara neden olabilecek takdir yetkisi bırakılmıştır. Bu durum, Devletin (Anayasa'nın 10 ve 48. maddelerinden doğan) pozitif yükümlülüğüne halel getirerek; özel teşebbüslerin, sözleşme özgürlüğüne binaen eşit koşullarda yarışarak söz konusu hukuki ilişkinin karşı tarafı olamamasına (Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan sınırlandırmanın sınırlarının öngördüğü bir kanun hükmü olmaksızın sözleşme hürriyetine müdahale edilmesine) ve bazı özel teşebbüslerin haklı neden olmaksızın karşı taraf kılınmasına –protokol yapmasına- (idare tarafından himaye edilmesine); aynı şartlara sahip ve eşit durumda bulunan tüm özel teşebbüsler bakımından teşebbüs hürriyetinin eşit düzeyde sağlanamamasına (haksız rekabete) neden olacaktır. Aynı zamanda Devlet tarafından, anılan birinci fıkra kapsamında ilgili kurum ve kuruluşlara aktarılan kaynakların yararlanıcılara aktarılabilmesine ve doğabilecek geri ödemelerin alınabilmesine yönelik para piyasaları bakımından; (protokole ilişkin usul ve esasları yönetmeliğin konusu yapan) kanun hükümleriyle rekabetçi piyasa oluşturulamadığından; Anayasa'nın 167. maddesinde yer alan yükümlülük de ifa edilemeyecektir.

Bu nedenlerle iptali talep edilen fıkra, Anayasa'nın 10, 13, 48 ve 167. maddelerine aykırıdır.

xiii)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen fıkra, yukarıdaki başlıklarda aykırı olduğu gösterilen temel haklara ilişkin anayasal düzenlemelerin muadilleri olarak, çalışma hakkına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23.; (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nın 1. maddelerini; Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu ILO Sözleşmelerini ; adil çalışma koşullarına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23.; (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nın 3 ve 22. maddeleri; ILO'nun 94 No'lu Çalışma Şartları (Kamu

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

Tüm bu nedenlerle 7474 sayılı Kanun'un 7. maddesinin birinci fıkrası, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 17, 41, 48, 49, 58, 70, 90, 104, 123, 124, 128, 153 ve 167. maddelerine aykırıdır; anılan fıkranın iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

22.11.2023 tarihli ve 7474 sayılı Aile ve Gençlik Fonu Kurulması Hakkında Kanun ile getirilen iptali talep edilen düzenlemeler, hukuka aykırı biçimde tesis edilmiştir. 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

22.11.2023 tarihli ve 7474 sayılı Aile ve Gençlik Fonu Kurulması Hakkında Kanun'un

1) 2. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 7, 10, 17, 41, 58 ve 123. maddelerine,

2) 5. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “veri ve bilgi talep edilmesi hâlinde” ibaresi ile “talep edilen her türlü veri ve bilgiyi Fonun belirleyeceği şekil ve süreler içinde” ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 7, 10, 13, 20, 35, 90, 123 ve 153. maddelerine,

3) 7. maddesinin birinci fıkrası, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 17, 41, 48, 49, 58, 70, 90, 104, 123, 124, 128, 153 ve 167. maddelerine

aykırı olduğundan iptaline ve uygulanması halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar olacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz.”