

“... ”

21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 16 Nisan 2017 tarihli halkoylamasıyla kabul edilmiş, böylece daha önce 1982 Anayasasının sadece 107. maddesinde belirtilen Cumhurbaşkanlığı kararı, Anayasanın farklı maddelerinde hem kapsamı genişletilerek hem de niteliği farklılaştırılarak yeniden düzenlenmiştir. 107. maddenin önceki halinde Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, çalışma esasları ve personel atama işlemlerinin Cumhurbaşkanlığı kararıyla düzenleneceği belirtiliyordu. Bu iki tür düzenleme, ad benzerliği dışında kapsam ve sınırları açısından birbirinden farklıdır.

6771 sayılı Kanun ile getirilen Cumhurbaşkanlığı kararının temel ilke ve koşulları, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında ortaya konulmuştur.

“Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararı çıkarabilir.

Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararıyla düzenlenemez.

Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararı çıkarılamaz.

Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararı çıkarılamaz.

Cumhurbaşkanlığı kararı ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır.

Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararı hükümsüz hale gelir.”

Anayasanın 106. maddesinin 11. fıkrasına göre de; “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararıyla düzenlenir.”

Görüldüğü üzere 2017 Anayasa kurgusu ile, kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararı arasındaki hukuki ilişki belirginleştirilmiş ve Cumhurbaşkanlığı Kararlarının kanunlara aykırı olamayacağı açıkça belirtilmiştir.

1- Yasama Yetkisinin Devri Yasağı Karşısında Cumhurbaşkanlığı Kararları

6771 sayılı Kanun ile Anayasa'dan kaynaklanan doğrudan düzenleme yetkisiyle yürütme fonksiyonu daha da güçlendirilmiştir. Bu bağlamda, Türk anayasa hukukunda tartışılan konulardan biri olan idarenin, kanunla düzenlenmeyen bir alanda düzenleme yapması yapılamayacağı hususu üzerinde durulmalıdır. Bunun için öncelikle, yasama yetkisinin devri yasağına Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı göz önüne alınmalıdır. Anayasa'nın 7. maddesi, " Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez. " kuralının öngörmektedir. Bu kural ışığında Anayasa Mahkemesi'ne göre, “Anayasa'da kanun

ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Ancak yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamayacağı gibi yürütme organının yasama organı tarafından çerçevesi çizilmiş alanda genel nitelikte hukuksal tasarruflarda bulunması, hukuk devletinin belirlilik ilkesine de aykırı düşmez.” (Anayasa Mahkemesi Kararı, E.2013/114 K.2014/184, 4.12.2014).

AYM, bir başka kararında ise, yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesini şu şekilde ifade etmiştir. “Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinden ne anlaşılması gerektiği hususu açıklanmıştır. Buna göre, kanunla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların kanun metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder... Anayasa’da öngörülen ayırık durumlar dışında, kanunlarla düzenlenmemiş bir alanda, kanun ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa’nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir” (Anayasa Mahkemesi Kararı, E.2013/47 K.2013/72, 6/6/2013).

Bununla beraber Anayasa Mahkemesi’nin daha yakın tarihli kararlarında bu içtihadı bir miktar esnettiği görülmektedir.

“15... yasama yetkisinin devredilmezliği esasen kanun koyma yetkisinin TBMM dışında başka bir organca kullanılmaması anlamına gelmektedir. Anayasa’nın 7. maddesi ile yasaklanan husus, kanun yapma yetkisinin devredilmesi olup bu madde, yürütme organına hiçbir şekilde düzenleme yapma yetkisi verilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Kanun koyucu, yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca bir konuyu doğrudan kanunla düzenleyebileceği gibi bu hususta düzenleme yapma yetkisini yürütme organına da bırakabilir.

16. Yürütmenin türevselliği ilkesi gereğince yürütme organının bir konuda düzenleme yapabilmesi için yasama organınca yetkilendirilmesi gerekmektedir. Kural olarak, kanun koyucunun genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesi yeterli olmakla birlikte Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda genel ifadelerle yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle Anayasa’da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanmaları, özlük hakları gibi münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz.” (Anayasa Mahkemesi Kararı, E.2017/143 K.2018/40, 2/5/2018).

Sonuçta yalnızca yakın dönem AYM kararları dikkate alındığında, ilkesel olarak kanun koyucunun “genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesi yeterli”dir, denilebilir. Ancak Mahkemenin, Anayasa’da farklı kavramlarla ifade ettiği kanunla düzenleme kaydı içeren konularda ise, “Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda”, “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda”, “Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda” genel ifadelerle yetkilendirme yapılması kabul edilemez.

2- İdarenin Yasallığı Kuralı Karşısında Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Öte yandan, yasal idare ilkesi, Türk idare hukukunun temelini oluşturur. Anayasanın 123/1. maddesinde karşılığını bulan bu ilke uyarınca, “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*” Bu ilke, idarenin kendiliğinden bir teşkilatlanma yetkisi olmadığını bu yetkinin yasama organında olduğunu ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi’ne göre, “*Bu maddede yer alan düzenleme, idarenin kanuniliği ilkesine vücut vermektedir. İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesini gerekli kılar.*” (Anayasa Mahkemesi Kararı, E.2013/114 K.2014/184, 4.12.2014). Bu ilkeyle kamusal kaynakların toplumun hangi tür gereksinimlerinin öncelikle karşılanacağını ve bunun hangi usuller uygulanarak sağlanacağını tespit etme yetkisi yasama organına verilir. Ayrıca, idarenin toplumsal gereksinimleri karşılarken kamu gücü ve ayrıcalıklarını kullanması ve bunun da kişilerin temel hak ve hürriyetleri üzerinde olumsuz etkiler de doğurabilmesi, bu yetkinin yasamaya verilmesi sonucunu getirmiştir.

Yasal idare ilkesi, idarenin eylem ve işlemlerinin hem kanuna dayanmasını, hem de bu eylem ve işlemlerin kanuna aykırı olmamasını ifade eder. Asli ve ilksel bir yetki olan yasama yetkisine dayanarak yasama organı, Anayasaya ve kamu yararına aykırı olmamak şartıyla, Anayasanın herhangi bir şekilde düzenlemediği bir konuyu düzenleyebilir. Buna karşılık idare, önceden yasa ile düzenlenmeyen bir alanda faaliyette bulunamaz, ancak böyle bir konuda yasadan aldığı bir yetkiye dayanarak bir işlem ve eylemde bulunabilir.

6771 sayılı Kanunla getirilen Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle, her ne kadar ciddi kısıtlılıklarla çerçevelenmiş olsa da, yürütme organı yasaya dayanmaksızın ilk elden kural koyma yetkisine sahip olmuştur. Başka bir ifadeyle, yasama organı yanında yürütme organı da Anayasa’da kanun kaydı olan, kanunun açıkça düzenlediği konuları içermemek ve kanunlara aykırı olmamak şartıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle ilk elden düzenleme yapabilecektir. Bununla birlikte, Cumhurbaşkanlığı kararnamesine konu olan alan, yasama konusu olmaktan çıkmamaktadır. Çünkü Anayasa, Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin olarak özerk bir normatif alan öngörmemiştir. TBMM, CBK ile düzenlenen bir alanda her zaman yasa çıkarabilir; bu durumda CBK hükümsüz kalır: “Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.” (madde 104/17). O halde Anayasa’da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacak iken, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen ve düzenlenmiş olan konularda dahi TBMM yasa çıkarabilecektir. Şu halde, Anayasa’ya uygunluk kaydıyla asli düzenleme yetkisi, konu bakımından herhangi bir mutlak istisna bulunmadan, TBMM’ye ait bulunmaktadır. Başka bir anlatımla, Anayasa’nın CBK konusu olabilecek kimi alanları doğrudan belirlemiş olması, o alanlarda yasama yetkisinin kullanılmasını engellemektedir.

Bu son saptamayı biraz daha ayrıntılı olarak ele almakta fayda vardır. 6771 sayılı Kanun ile Anayasa’nın 7. maddesindeki yasama yetkisinin devri yasağı ve 123. maddedeki idarenin yasallığı ilkesi muhafaza edilmiş, ancak belirli idari konuların Anayasa’da açıkça Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği öngörülmüştür. “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.” (madde 106/son). Ayrıca 123. maddenin son fıkrasında kamu tüzel kişiliğinin Kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulacağı kuralına yer verilmiştir. Anayasa hükümleri arasında hiyerarşi söz konusu olmadığından, bir çelişki kabul edilmediğinden, bu iki hükmün bir arada, Anayasanın bütünlüğü ve sistematığı içinde bağdaştırılarak yorumlanması gerekir. Gerçekte Anayasa koyucu 123/1. maddede genel

kuralı, idarenin yasallığı ilkesini koymuş; bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri ile kamu tüzel kişiliği kurulması yönünden bu genel kurala bir istisna getirmiştir. Bu cihetle; her ne kadar, Anayasa, idarenin yasallığı ilkesinin 106/son ve 123/son maddelerde belirtilen hususlar açısından geçerli olmamasına olanak tanısa da; bu alanların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenip düzenlenmeyeceği konusunda son sözü TBMM'ye bırakmaktadır. Yukarıda değinildiği üzere, "Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir." hükmü; (madde 104/17), Anayasa m.106/son ve m.123/son açısından da geçerlidir. Gerçekten de, Anayasa koyucu eğer öyle öngörseydi, tıpkı Anayasa'nın bazı hükümlerinde söz konusu alanın ancak ve ancak kanunla düzenlenebileceğini amir ifadelerle belirttiği gibi, bazı alanların da yine ancak ve ancak cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebileceğini ve a contrario, kanunla düzenlenemeyeceğini yine açıkça ve amir ifadelerle ortaya koyardı. Özetle; Anayasa koyucu, bazı konuların kanunla düzenlenmesini zorunlu kılmış, doğrudan cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebileceğini belirttiği alanlarda da son sözü (o konuda kanun çıkarmak ya da çıkarmamak suretiyle) kanun koyucuya bırakmıştır.

Genel kural ve istisna kural ilişkisine dair kamu hukukunda kabul edilen birtakım yorum ilkeleri vardır: 1. Bir istisna kuralın varlığından söz edebilmek için, bu istisnanın ayrıca ve açıkça konulmuş olması gerekir. 2. İstisna kural, sadece ve sadece genel kuralı koyan makam tarafından konulabilir, başka bir makamın istisna kural getirme yetkisi yoktur. 3. Genel kuralı koyan makam açıkça yetkilendirmedikçe, bir başka makam genel kurala istisna getiremez. 4. İstisna kural koymak, genel kuralı değiştirmek anlamına geldiğinden istisna kural, yorum yoluyla genişletilemez; yani, yorum yoluyla genel kurala istisna getirilemez. 5. Genel kuralın geniş yorumlanması esası benimsenmiştir. 6. İstisna kural, dar yorumlanır. Çünkü istisna kural, genel kuralın kapsamını daralttığından genel kuralı değiştirir, oysa onu değiştirme salt genel kuralı koyana aittir.

Öte yandan, kamu hukukunda mevzuatın açıkça belirttiği bir makama ya da makamın görevlisine verdiği yetkiler, devre konu olamazlar. Yargı kararlarında da yetkinin, mevzuat tarafından kime verilmiş ise, ancak onun bu yetkiyi kullanabileceği belirtilmiştir. Yetki devrinde yetki devredilen makamın devraldığı bu yetkiyi kendinden alt bir makama devrinin yasak olduğu hususu, idare hukukunda ve kamu yönetiminde benimsenen bir ilkedir.

Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasında öngörülen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, normlar hiyerarşisinde yasaya eşdeğer işlemler değildir. Anayasanın bu tür kararnamelerin salt "yürütme yetkisine ilişkin konular"la sınırlı olarak çıkarılacağını öngörmesi, bunların yasaya eşdeğer, yasayla aynı düzeyde kurallar olamayacağını gösterir. Çünkü yürütme yetkisi, kanunların uygulanmasına yönelik, kanunlara uygun kullanılması gereken bir yetkidir. Ayrıca aynı fıkrada yer alan "Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz; Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz; Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır; Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir." şeklindeki düzenlemeler, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yasaya eşdeğer olmadığı bir başka açık göstergesidir. Bu düzenlemelerden CBK ile düzenleneceği belirtilen konuların yasayla düzenlenmesi, Anayasa'nın yasama organına açıkça tanıdığı bir yetkidir.

Kanunsuz emre dair Anayasanın 137. maddesinde yapılan değişiklik ise, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, Anayasanın konuya ilişkin diğer düzenlemeleri ile birlikte

değerlendirildiğinde, normlar hiyerarşisindeki yeri açıkça anlaşılır: “Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir...”.

6771 sayılı Yasa değişikliği ile Cumhurbaşkanına Anayasada tanınan diğer yetkiler ise şöyledir: Anayasanın 123. maddenin son fıkrasında “Kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur” denilerek, CBK ile kamu tüzelkişiliği kurulmasına da olanak tanınmıştır. Bununla birlikte, “Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz kalır” (md.104/fıkra 17 son) kuralı gereğince, yasa ile kurulmuş bir kamu tüzelkişiliği CBK ile kaldırılamaz; ancak CBK ile kurulan bir kamu tüzelkişiliği, yasal düzenlemenin konusunu oluşturabilir.

124. ve 137. maddelerde yer alan tüzük ibaresi, Anayasadan tamamen çıkarılmıştır. Böylece tüzük uygulaması yürürlükten kaldırılmış; onun yerine çok daha geniş bir kapsama sahip olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi konulmuştur. Yönetmelikleri düzenleyen 124. maddede, “Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.” hükmünü öngörmüştür. Ancak bu, tüzük ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin aynı hukuki nitelikte olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Öte yandan, Cumhurbaşkanı, “kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelik çıkarır” (md.104/18).

Kanunların ve CBK’lerin uygulanması amacıyla çıkarılacak yönetmeliklerde gerekçe, yol gösterici işlev görür. Ne var ki, kanunlar gerekçeli olduğu halde CBK’lerin gerekçesiz olması, yönetmelik hazırlığı sırasında üst normun yol gösterici işlevinde farklılaşmaya neden olacaktır. Böylece, kanunun uygulanması için çıkarılacak yönetmelik ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin uygulanması için çıkarılacak yönetmelik eşit olanak ve koşullarda hazırlanamayacaktır. CBK’yi uygulamaya yönelik yönetmeliğin hazırlanmasını, yasanın uygulanmasına ilişkin yönetmeliğe göre zorlaştıran ve belirsiz kılarak, iki ayrı uygulama yönetmeliğini farklı kılacak hiçbir haklı neden bulunmadığı için, eşitlik ilkesi yönünden Anayasa madde 10’a aykırılık oluşturmaktadır. CBK gerekçesizliğinin uygulama yönetmeliğinde yaratması muhtemel belirsizlikler ise, hukuk devleti ilkelerini zedeleyici sonuçlar doğuracaktır (md.2).

3.- Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmasının sınırları

Anayasanın 104/17. maddesiyle getirilen CBK ile yürütmeye tanınan düzenleme alanı oldukça dar ve sınırlıdır. Bu çerçevede, dört kalemde açıklanabilir:

a) “Yürütme yetkisine ilişkin konular”: İlk olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, “yürütme yetkisine ilişkin konularda” çıkarılabilecektir. Maddenin gerekçesinde ise, cumhurbaşkanına “genel siyasetin yürütülmesinde yürütme yetkisi ile ilgili ihtiyaç duyduğu konularda kararname çıkarabilme” yetkisi verildiği ifade edilmektedir. Bu nedenle CBK’leri ancak yürütme yetkisinin gerektirdiği hususlarda ihtiyaç duyulduğunda çıkarılabilecek, yasama ve yargı yetkilerinden herhangi birinin alanına giren bir konuda ise, CBK çıkarılması mümkün olmayacaktır. AYM, bu açık hususu teyit etmektedir: “... Cumhurbaşkanı’nın yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarılabileceği ifade edilmiştir. Buna göre yürütme yetkisine ilişkin konular dışında CBK ile düzenleme yapılması mümkün değildir”. (AYM, E. 2018/125, K.

2020/4, 22/1/2020, R.G. 13/5/2020 – 31126, §9. Aynı yönde bkz. AYM, E. 2018/55; K. 2020/27, 11/6/2020, R.G. 20/7/2020-31194).

b) “Düzenleme yasağı”: İkinci olarak CBK’ler, “Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler”le ilgili konularda düzenleme yapamaz.

Ancak bu yasak karşısında yanıtlanması gereken soru, sosyal ve ekonomik haklar ve özgürlüklerin tamamının CBK ile düzenlenip düzenlenemeyeceğidir. Sadece yukarıdaki ifadeden yola çıkarak yapılan bir değerlendirme bu soruya olumlu cevap vermeyi gerektirir. Ancak bu cümlenin aynı fıkradaki diğer hükümler ve Anayasanın konuya ilişkin diğer ilke ve kuralları dikkate alınarak, Anayasanın bütünlüğü içinde tartışılması ve anlaşılması gerekir.

Bu konuda, öncelikle “münhasır yasa kaydı” belirtilmelidir: “Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.” Bu açık yasak gereği, ilgili maddede yasayla düzenlenmesi kaydı bulunan sosyal ve ekonomik hak ve ödevler, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyecektir. Örneğin Anayasa’nın 42/2. maddesinde “Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir.”, 51. maddesinde “Sendika kurma hakkı ... kanunla sınırlanabilir. Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.”, 63. maddesinde Tarih, kültür ve tabiat varlıklarından “özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetler kanunla düzenlenir.” denilmektedir. Dolayısıyla belirtilen konular CBK ile düzenlenemez. Eğer böyle bir düzenleme yapılırsa bu, hem Anayasanın 104/17. maddesine hem de o hak ve ödev için kanun kaydı koyan hükme aykırılık oluşturur. Ancak yasa kaydı içermeyen sosyal ve ekonomik haklar, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konusu olabilecektir. Örneğin konut hakkını düzenleyen Anayasanın 57. maddesi böyledir. Bu durumda, dikkat edilmesi gereken husus, söz konusu hakların sadece düzenleme konusu olabileceği, ancak bunun sınırlama yetkisini içermediğidir.

Bu nedenle, 104/17. maddenin ikinci cümlesi, sosyal ve ekonomik haklar alanının CBK ile düzenlenmesini kabul ederken, bu düzenlemenin sınırlarını da belirtir: ilki, fıkranın ilk cümlesindeki CBK’nin sadece yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabileceği, diğeri ise üçüncü cümlesindeki münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda çıkarılamamasıdır. Öte yandan, Anayasanın 13. maddesindeki temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği kuralı dikkate alındığında, CBK’ye konu olabilecek sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerle ilgili cumhurbaşkanının sınırlama değil sadece bir düzenleme yetkisinden bahsedilebilir. Yani düzenleme ve sınırlama ayrımı dikkate alındığında, CBK ile sosyal ve ekonomik haklar ve ödevlerin gerçekleşmesi için birtakım pozitif tedbirleri içeren düzenlemeler yapabileceği, fakat kişilerin bundan yararlanmasına sınırlama getirilemeyeceği belirtilmelidir. Zira anayasal çerçevede, bir hakkın kısıtlanması ancak ve ancak kanun ile yapılabilir.

c) Üçüncü sınır, “Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.” hükmüdür. AYM tarafından yasama yetkisinin devir yasağı çerçevesinde yürütmenin düzenleme yetkisi açıklanırken kullanılan “münhasıran” kanunla düzenlenmesi gereken konular ibaresi, Anayasa kuralı haline getirilmiştir (Bkz., AYM E. 2017/143, K.2018/40, 2/5/2018). AYM’ye göre, “Kural olarak, kanun koyucunun genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesi yeterli olmakla birlikte Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda genel ifadelerle yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle

Anayasa’da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanmaları, özlük hakları gibi münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz.”.

Bu nedenle, Anayasa’nın münhasıran kanunla düzenlenmesini gerektirdiği konularda yürütmeye düzenleme yetkisi verilirken, yasanın “temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir”. AYM ayrıca, Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken birtakım konuları örnek olarak sıralamıştır: “Anayasa’da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanmaları, özlük hakları gibi”.

AYM’nin, münhasıran kavramını açıklarken verdiği örnekler ve açıklamalardan bir konunun münhasıran yasa alanında olması için Anayasanın özellikle ve ısrarla o konunun yasayla düzenleme öngörmesi, yasayla düzenlemeye çok özel vurgu yapması gerekmektedir. Bu çerçevede temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına dair 13. maddede, sınırlamanın “ancak” kanunla yapılabileceği şartı vardır: “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir”. Oysa vergilerle ilgili 73. maddede (Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.) ve kamu hizmeti görevlileriyle ilgili genel ilkeleri koyan 128. maddede (Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.) yasayla düzenleme öngörülmüş, hiçbir özel vurgu yapılmamıştır.

Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular kavramı, bu nedenle yasa kaydı olarak anlaşılmalı ve uygulanmalı durumundadır. Anayasanın 126. maddesindeki birden çok ili içine alan merkezi idare teşkilatının (bölge teşkilatının) “görev ve yetkileri kanunla düzenlenir”, 127. maddesindeki “Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir.”, 128. maddesindeki “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir” ve “üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir.” hükümleri buna örnek oluşturur. Özellikle bu son husus, CBK ile yasanın konu itibarıyla iç içe geçme riskini içerir, karmaşaya yol açma ihtimalini barındırır. Çünkü Anayasanın 104/9. maddesi, cumhurbaşkanı CBK ile “üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları ... düzenler” hükmünü içerirken, üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları 128. maddeye göre yasa ile özel olarak düzenlenmek zorundadır.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa’da salt bir kanunla düzenleme kaydının bulunmasının, ilgili konuyu cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konu bakımından yetki alanından çıkarmak açısından yeterli olduğunu ifade etmiştir.

“... Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Anayasa’da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir (AYM, E.2016/150,

K.2017/179, 28/12/2017, § 57; E.2016/180, K.2018/4, 18/1/2018, § 17; E.2017/51, K.2017/163, 29/11/2017, § 13; E.2016/139, K.2016/188, 14/12/2016, § 9; E.2013/47, K.2013/72, 6/6/2013). Buna göre Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı’nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır”. (AYM, E. 2018/125, K. 2020/4, 22/1/2020, R.G. 13/5/2020 – 31126, §11).

Dolayısıyla, 104/17. maddede geçen “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” ibaresinin Anayasada “kanunla düzenlenir veya kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır” vb. ifadelerin bulunduğu maddelere bakarak belirlenmesi gerekir. O halde Anayasanın bir maddesinde bir konunun yasayla düzenlenmesi öngörülmüşse, o konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi Anayasa’nın 7. ve 104/17. maddelerine aykırılık oluşturacaktır.

d) Bir diğer sınır ise, “*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz*” kuralıdır. Bir konu yasa ile açıkça düzenlenmişse Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Elbette CBK’lerin çıkarılması için KHK’lerde olduğu gibi yasa ile yetkilendirme gerekmez. Ancak KHK’ler yasaları değiştirebilirken, CBK’ler yasaların açıkça düzenlediği hususlarda bir düzenleme yapamamakta, “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanmakta, “Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelmektedir”. Bu hükümler açıkça Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yasa gücünde olmadığını, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yasaların değiştirilemeyeceğini gösterir.

Burada değinilen sınır, kanun hükmünde kararnamelerle açıkça düzenlenen konuları da kapsar. AYM, bu hususu açıkça ifade etmiştir: “... KHK’ların kanun hükmünde oldukları görülmektedir. Dolayısıyla KHK ile açıkça düzenlenen bir konuda da Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesi uyarınca CBK çıkarılamaması gerekir” (AYM, E. 2019/78, K. 2020/6, 23/1/2020, R.G. 13/5/2020–31126, §39).

Bu açıklamalar ışığında Anayasa’nın Cumhurbaşkanı kararnamesiyle doğrudan düzenleme yetkisi verdiği konularda dahi CBK ile kanunlarda değişiklik yapılması mümkün değildir. Örneğin Anayasanın 106/son maddesine göre, “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.” Ancak bu, bakanlıkların kurulmasına ilişkin olarak yürürlükteki yasalarda CBK ile değişiklik yapılabileceği anlamına gelmemektedir. Sonuç olarak, Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının mevcut hükümleri karşısında hangi konuda olursa olsun CBK ile bir yasaı değiştirmek veya yürürlükten kaldırmak mümkün değildir.

Nitekim 1 No.lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılmadan önce 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile bakanlıkları düzenleyen birçok yasa ve yasa gücünde kararname yürürlükten kaldırılmıştır.

4. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine İlişkin Anayasa Mahkemesi Denetiminin Kapsamı

Anayasa Mahkemesi'nin denetim kapsamına giren işlemlerden birisi de cumhurbaşkanlığı kararnamesidir. Anayasanın 148., 150., 151., 152. ve 153. maddelerinde daha önce mevcut olan kanun hükmünde kararname yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ibaresi konulmuştur. CBK, Anayasa Mahkemesi tarafından, "şekil ve esas" bakımından denetlenir.

"Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler..." (md.148/1).

"Şekil bozukluğuna dayalı iptal davaları Anayasa Mahkemesince öncelikle incelenip karara bağlanır" (md.149/4).

"Şekil ve esas..." ölçütü, madde 150'de de öngörülmekle, türev kurucu iktidar, herhangi bir tartışmaya yer vermeyecek biçimde "şekil ve esas" denetim ölçütlerinin birlikteliğini sürekli teyit ettiği gibi, "şekil bozukluğunu denetime öncelik" yükümlülüğü getirmiştir.

a) Gerekçe, başlıca şekil denetimi ölçütlerindedir

Hukuk devletinde her türlü resmi işlemin gerekçeli olması, hukukun genel ilkesidir. Bu ilke, anayasa ve/ya yasalarda yazılı olmasa da, yargısal içtihat yoluyla uzun zamandan beri kabul edilen bir hukukun genel ilkesidir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin gerekçesiz olması ise, hukuk devletine açıkça aykırılık oluşturduğu gibi, bu, normatif metinlerin anlaşılır ve öngörülebilir olmalarını da zorlaştırmaktadır. Bu itibarla; AYM, artık CBK'ler üzerinde şekil denetimi de yaparak gerekçe yokluğunu Anayasa'ya aykırılık nedeni saymalıdır.

Esasen, Anayasa Mahkemesi'nin bir Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi üzerinde verdiği yeni bir kararında CBK'lerin gerekçesizliğine dikkat çekmesi, yeni bir hukuki durum olarak nitelenebilir:

"22. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 39. maddesinin (4) numaralı fıkrasında "İptal davalarında Mahkemece esasın incelenmesine karar verilmesi hâlinde, dava dilekçesi ile ekleri Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı, Cumhurbaşkanlığı ile iptal davası açmaya yetkili siyasi parti gruplarına gönderilir. Bu makamlar, iptal davasıyla ilgili yazılı görüşlerini değerlendirilmek üzere Mahkemeye bildirebilirler." denilmektedir. CBK'lar gerekçeleri olmaksızın yayımlanmaktadır. Bu nedenle CBK kurallarının getiriliş amacının tespiti bakımından 6216 sayılı Kanun'un anılan hükmüne istinaden Cumhurbaşkanlığınca dosyaya sunulan görüş yazıları önem arz etmektedir." (AYM, E.2019/96, K.2022/17, 24/02/2022, § 22).

Gerekçe konusu hukukumuzda az işlenmiş olmakla birlikte, kanunların ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin gerekçeli olması gerekliliği doktrinde de savunulan bir görüştür.: "Kanunların ve CB kararnamelerinin gerekçeli olması gerekir"

2017 Anayasa kurgusu ürünü olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, dört yılda yasaların önüne geçti: Çıkarılan toplam 111 CBK'nin madde sayısı, 2719'dır. Bunların 57torba tarzında olup, madde sayısı 821'dir. CBK'ler, hiçbir gerekçe içermemektedir.

6771 sayılı kanunla gerçekleşen Anayasa değişikliği ile 104. maddede sınırları belirlendiği şekliyle anayasal düzenimize giren Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine ilişkin bir AYM içtihadı tam anlamıyla oluşturulabilmiş değildir. Temmuz 2022 itibariyle çıkarılan ve

yürürlüğe konulan 106 Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 77'ine ilişkin iptal talebinde bulunulmuştur. Açılan iptal davalarında, sistematik şekilde, söz konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin konu bakımından yetki yönünden Anayasa m.104/17'ye aykırı olduğu ve yürütmenin yasamanın yetki alanına tecavüz ettiği ortaya koyulmuştur. AYM, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine ilişkin 16 karar vermiştir. Bu kararların 8'inde tümünden veya kısmen iptal veya iptal edilen ögeler bulunmakla birlikte diğer 8'i ret edilmiştir. AYM, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri üzerine ortalama 17 ayda karar verebilmiştir. Yapılan başvuru ve verilen karar oranlandığında ise, tam olarak başvuruların yaklaşık 1/5'i karara bağlanmıştır. CBK yoluyla kural koyma alanına ilişkin ivedi ve esaslı bir içtihat oluşturulamamış olması, çok sayıda ve torba tarzda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılmasına neden olmaktadır. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin gerekçesiz olması olgusu, sürekli şekilde erkler ayrılığını ihlal eden bir kapsamda ihdas edilen bu norm kategorisinin temel kusurlarından birisi olarak göze çarpmaktadır.

• GEREKÇE, HUKUK DEVLETİ GEREĞİDİR

“Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır” hükmü (md.141/3) dışında ‘gerekçe gereği’, Anayasa’da, yasama ve yürütme işlemleri için doğrudan öngörülmemektedir.

Bu bir eksiklik değil; zira hukuk devleti, bütün resmi işlemlerin gerekçeli olmasını gerekli kılar. Nitekim, yasalar ve idari işlemler açısından, açık hüküm yokluğuna karşın gerekçe yükümlülüğü, Anayasa madde 2’den kaynaklanır. Anayasalarda gerekçe gerekliliği açıkça öngörülmüş olmasa da, birel veya düzenleyici işlemler bütünü için gerekçe gerekliliği, içerik olarak hukuk devleti kavramına içkindir. CBK’lerin gerekçeli olma zorunluluğu da, bu genel ilke içinde yer alır.

Gerekçesiz CBK’lerde saydamlık yokluğu, işlemin yapılma nedenini perdeler; ancak daha önemlisi, işlemi yapanın öznel ve keyfi davranma riskini yaratır ve yine uygulamada da keyfiliğe neden olur. Nitekim torba CBK tarzı, bunun göstergesidir. Daha önemli sakıncası ise, gerekçesiz CBK, Anayasa Mahkemesi (AYM) denetimini zorlaştırır. Gerekçe yokluğunun torba düzenleme yöntemiyle birleşmesi ise, denetimi geciktirdiği gibi etkisizleşmektedir.

Gerekçe, hazırlık aşamasında işlemin nedenleri ve amaçlarının belirlenmesini gerekli kılar. Bu gereklilik, işlemi yapan makamı daha özenli davranmaya yöneltir. Eğer gerekçeli olarak hazırlansa idi, CBK’ler, muhtemelen özenli ve ihtiyatlı çalışmalar eşliğinde, haliyle öncekiler ile bağlantıları da gözetileceği için torba CBK tarzında değil, nicelik olarak daha az, ama hukuk devleti ilkesine yaraşır şekilde daha nitelikli düzenlemeler olacaktı.

Torba CBK’ler, tıpkı torba yasalar gibi AYM denetimini de güçleştirmektedir; çünkü, AYM raportörleri dosyaları uzmanlık ilkesine göre inceledikleri için, onlarca konuyu düzenleyen bir torba CBK, o denli çok sayıda raportör arasında paylaşma güçlüğü nedeniyle, uzmanlık ilkesi ikinci plana geçmektedir (bkz. AYM İçtüzüğü, md.47). Bu durum ise, CBK’ler üzerinde derinleştirilmiş denetim sürecini engellemektedir.

TBMM’de bir CBK İzleme ve Değerlendirme Komisyonu kurma önerisinin TBMM Genel Kurulu’nda reddedilmiş olması da, CBK gerekçelerinin önemini arttırmaktadır.

Bu bağlamda emsal olabilecek bir uygulamaya da ayrıca dikkat çekmekte yarar var:

Bilindiği üzere önceki sistemde yürütme tarafından yapılan kanun hükmünde kararnameler (KHK) için de tıpkı kanunlar gibi Anayasada açıkça gerekçeli olma zorunluluğu öngörülmemiştir. Bununla birlikte uygulamada KHK'ler'in gerekçesi (gerek Genel Gerekçe gerek madde gerekçeleri) Resmi Gazetede yayımlanmamakla birlikte, Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar biriminde KHK'ler'in de tıpkı kanunlar gibi gerekçeleri (gerek Genel Gerekçe gerek madde gerekçeleri) hazırlanmaktaydı ve sonradan KHK'ler TBMM'ye sunulduğunda mutlaka işbu gerekçeleri ile birlikte sunulmaktaydı.

Diğer bir ifadeyle KHK'lerin de aslında gerekçeleri bulunmaktaydı.

Nitekim bu bağlamda bir işlem veya düzenlemenin gerekçesinin "bulunması" ile bu gerekçenin "yayımlanması veya ilan edilmesi" farklı kavramlardır.

Kanunlar, KHK'ler, CBK'ler gibi genel kural koyucu üst hukuk kurallarının gerekçelerinin "bulunması", hukuk devleti açısından mutlaka zorunludur. Çünkü gerek bu hukuk normlarının uygulayıcılar tarafından nasıl yorumlanacağına ilişkin anlaşılması açısından; gerekse bu üst normların dayanak alındığı daha alt normların işbu üst normlara uygun biçimde tesis edilebilmesi açısından, bahsi geçen gerekçenin "bulunması", hukuka saygılı bir yönetim anlayışının gereğidir.

Söz konusu gerekçenin en başta, yani normun yürürlüğe girdiği zamanda kamuya ilan edilip edilmemesi ise farklı bir olgudur. Aslında hukuka saygılı ve vatandaşların kamusal faaliyetler için bilgilendirilmesini ve saydamlığı önemseyen bir yönetim anlayışında işbu gerekçelerin en baştan da kamuya duyurulması daha doğru bir yaklaşımdır. Ancak burada olduğu gibi anılan gerekçelerin en başta kamuya duyurulmasının zorunlu olduğuna dair açık yasal kurallar yoksa, gerekçenin baştan kamuya duyurulmaması açık bir hukuka aykırılık olarak görülmeyebilir.

Ne var ki gerekçenin en başta kamuya duyurulmaması hukuka aykırılık taşımasa da gerekçenin "hiç bulunmaması" hukuka aykırılık oluşturacaktır.

Bu bağlamda Türk hukukunda öteden beri kabul edilen yaklaşım, gerekçenin baştan kamuya ilan edilme zorunluluğu bulunmasa da gerekçenin yönetimin elinde bulunmasının ve örneğin dava açıldığında mahkemeye gerekçenin sunulmasının zorunlu olmasıdır. Böylece hukuka uygunluk denetimi daha mükellef biçimde yapılabilecektir.

Nitekim Danıştay'ın da uzun süredir yerleşik içtihadı, yönetmelikler ve tüzükler dahil idari işlemlerin gerekçesinin baştan ilgililere duyurulması zorunlu olmamakla birlikte, bunlara karşı dava açıldığında idarenin bunların gerekçesini mahkemeye sunmasının zorunlu olduğu yönündedir. Dolayısıyla gerekçe "bulunmadan" mahkemeye sunulması da mümkün olmayacağına göre, bu düzenlemelerin gerekçesinin yönetimin elinde ve kayıtlarında "bulunması" yani varolması hukuken zorunludur.

Aynı durum, CBK'ler açısından da evleviyetle (a priori) geçerli olmalıdır. Zira CBK'lerin diğer idari düzenlemelere göre daha üst hukuk normları olduğu kuşkusuzdur.

• ANAYASA MAHKEMESİ, "CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN... ANAYASAYA ŞEKİL VE ESAS BAKIMLARINDAN UYGUNLUĞUNU DENETLER"

“Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İÇtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler...” (md.148/1)

• AYM, yasalardan farklı olarak, CBK’lerin Anayasa’nın belirlediği çerçeve içinde çıkarılıp çıkarılmadığını yetki yönünden denetledikten sonra esasa ilişkin denetime geçmektedir. Yetki yönünden denetim, açık olarak bir şekil denetimidir. AYM bugüne kadar verdiği kararlarda sadece CBK’lerin yetki yönünden şekil denetimini dolaylı şekilde yaptığı görülmektedir. Oysa şekil denetimi salt “yetki unsuruyla” sınırlı değildir. AYM’nin, Anayasanın CBK’lerin şekil yönünden denetimini sadece “yetki” unsuruyla sınırlı olarak yapması, Anayasanın amir hükmüyle de bağdaşmamaktadır.

• CBK’leri şekil yönünden denetim, AYM yetkisinde olduğundan, gerekçe yokluğu böyle bir denetimi işlevsel kılacak belirleyici ölçüttür.

• Nitekim, AYM’nin yukarıda alıntılanan kararı, Cumhurbaşkanlığından örtülü bir gerekçe istemi anlamına gelmektedir.

• Bu itibarla, AYM’ye tarihsel bir görev düşmektedir: Gerekçe gerekliliğini biçim yönünden denetim kapsamına almak.

• AYM denetimi, bugüne kadar CBK’ler üzerinde yetki ve esas yönünden denetimle sınırlı kaldı. Ne var ki, madde 148, açıkça şekil denetimini öngörmektedir ve alıntılanan kararında AYM’nin gerekçe gerekliliğine işareti, bu denetim yoluna ilişkindir. Aksi halde, Anayasa’nın CBK’ler bakımından öngördüğü şekil bakımından denetim kuralı, anlamını büyük ölçüde yitirmiş olacaktır. Gerekçe yokluğunun iptal nedeni sayılması, CBK’lerin Anayasaya uygunluk kaygısı ile hazırlanmasını gerekli kılacağından, AYM denetimi de işlevsellik kazanacaktır.

• Öte yandan, 1982 Anayasası madde 148 ve 6216 sayılı Kanun ve AYM İÇtüzüğü hükümlerinin, kanunlardan farklı olarak CBK’lerin şekil denetimine ilişkin bir düzenleme içermemeleri, CBK’lerin şekil denetiminin yapı(a)mayacağı sonucunu doğurmamaktadır. Tam aksine, Anayasa ve diğer düzenlemelerde bu konuda hüküm bulunmaması AYM’yi, AY m.151’de yer alan şekil denetiminin CBK’ler bakımından nasıl uygulanacağını belirleme yükümlülüğü altına sokmaktadır. Şekil, bir normun Resmi Gazete’de yayımlanana kadar geçen yontemsel süreçleri kapsamakta ve bu süreç de normun gerekçesiyle birlikte oluşturulmasıyla başlarmaktaysa, CBK’lerin gerekçesiz şekilde yayımlanması, daha baştan hukuk devleti kuralına aykırılık oluşturmaktadır. Buna ilişkin olarak TBMM, CBK’lerin nasıl hazırlanacağına ilişkin ve gerekçelerin nerede ve nasıl yayınlanacağına ilişkin bir kanun yapma yetkisini haiz olmasına rağmen TBMM’ce böyle bir kanunun yapılmamış olması varılan sonucu değiştirmemekte, AYM’nin yükümlülüğünün önemini ortaya çıkarmaktadır. AYM, CBK’ler üzerinde şekil denetiminde yasalara göre daha geniş bir takdir marjına sahiptir; çünkü yasa için şekil ölçütü Anayasa’da doğrudan öngörülmektedir. Bu itibarla, CBK’ler üzerinde şekil denetim ölçütlerinin Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenmesi, Anayasa Mahkemesi’nin varlık nedeni ve hukuk devletinin oluşum süreci bakımından da yerinde ve yararlı olacaktır.

• Gerekçe gereği, norm olarak uygulamada ortaya çıkacak tereddütlerin giderilmesi için de gereklidir. (AYM bile buna haklı olarak gereksinim duyduğuna göre...), CBK’yi uygulamak konumunda olan yargı organları ve idare makamları buna haydi haydi gerek duyar.

• Öte yandan, CBK'ler, çok geniş bir düzenleme alanına yayılmakta ve hatta sosyal ve ekonomik haklar bile CBK'lerle düzenlenebilmesi ötesinde, TBMM çoğunluğunun, madde 104/17 cümle sonun verdiği yetkiyi bile kullanmaktan kaçınması, CBK yoluyla geniş bir yelpazeye yayılan normatif düzenlemeleri, adeta "sürekli" bir hale getirmiştir.

b) Yetki yönünden şekil denetimi

Anayasa Mahkemesi, bir şekil denetimi türü olan bu denetimi nasıl ve hangi çerçevede yapmalıdır? Yargısal denetimde AYM öncelikle bir CBK'nin Anayasada CBK ile düzenlenmesi öngörülen hususlarda düzenleme içerip içermediği yani yetki yönünden denetleyecektir. Dolayısıyla CBK yetki kapsamı dışında bir konuyu düzenlemişse doğrudan yetkisizlik dolayısıyla iptal edilmelidir. CBK'nin yetki kapsamı içinde olduğu sonucuna varırsa AYM, bu kez düzenlemenin esas bakımından Anayasa'nın ilgili maddelerine uygunluğunu inceleyecektir. Her ne kadar Anayasanın 148. maddesinde CBK'lerin şekil ve esas bakımlarından Anayasaya uygunluk denetiminden söz edilmişse de bu denetim 104. maddenin 17. fıkrasındaki koşulların bir bütün olarak AYM tarafından denetlenmesini gerektirir. Çünkü Anayasa'da, Cumhurbaşkanı'na ancak fıkra da belirtilen sınırlar içinde CBK çıkarma yetkisi verilmiştir. Bu sınırların aşılması, CBK'yi Anayasa'ya aykırı hale getirir. Böylece, CBK'nin, örneğin kanunun açıkça düzenlediği bir hususu içermesi onun Anayasa'ya aykırı olması sonucunu doğurur: *"Dava konusu kural 5018 sayılı Kanun'a ekli (1) Sayılı Cetvel'e bazı eklemeler yapmak suretiyle kanun metninde değişiklik yapılmasını öngörmektedir. Kanunları değiştirmenin TBMM'nin görev ve yetkileri kapsamında bulunduğu ve 6771 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişikliğiyle bu hususta farklı bir düzenleme öngörülmediği gözetildiğinde kuralın yürütme yetkisine değil yasama yetkisine ilişkin olduğu açıktır. Dolayısıyla kural, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesiyle bağdaşmamaktadır"* (AYM, E.S.: 2018/55; K.S.: 2020/27; K. T.:11/6/2020; R.G.: 20 Temmuz 2020-31194).

Bu açıdan CBK'lerin denetimi yasaların denetiminden farklıdır. Yasaların esas denetiminde sadece yasanın maddi bakımdan anayasaya uygunluğu inceleme konusu olurken, CBK'lerin, şekil denetiminden sonra esas yönünden denetime geçmeden önce yetki yönünden incelenerek, Anayasanın 104/17. maddedeki sınırlara uyulup uyulmadığı denetlenmelidir. Bu çerçevede CBK'nin bir özgürlük ve hakkı düzenleyip düzenlemediği, Anayasada yasa kaydı olan ya da bir kanun tarafından düzenlenmiş bulunan bir konuda düzenlemeye yer verilip verilmediği öncelikle ele alınmalıdır.

AYM de, konuya ilişkin ilk kararlarında, cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin öncelikle yetki açısından denetlenmesi gerekliliğini açıkça ifade etmiştir:

"CBK'ların ... konu bakımından yetki kurallarına uygun olarak çıkarılması gerekmektedir. Aksi takdirde içeriği Anayasa'ya aykırılık oluşturmasa bile bu düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez. Dolayısıyla CBK'ların yargısal denetiminde öncelikle Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen konu bakımından yetki kurallarına uygunluğunun ele alınması gerekir. Anılan fıkra yönünden herhangi bir aykırılık tespit edilmemesi durumunda ise bu defa CBK'ların içerik yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılmalıdır" (Bkz. örneğin : AYM, E.S. :2018/125, K.S.:2020/4, K.T.:22/1/2020, R.G. Tarih – Sayı: 13/5/2020 – 31126, §13. Aynı yönde bkz. AYM, E.S.: 2018/55; K.S.: 2020/27; K. T.:11/6/2020; R.G.: 20 Temmuz 2020-31194).

Ayrıca sosyal ve ekonomik haklar konusunda CBK'lerin özgürlük ve hak üzerindeki somut etkisi incelemede dikkate alınmalıdır. Bu yönden, bir CBK hak ve hürriyet sınırlayıcı

nitelikte ise, konu yasama yetkisinin alanına kayacak ve CBK Anayasaya aykırı hale gelebilecektir. Bu nedenle sosyal ve ekonomik haklara ilişkin olarak CBK’lerde yer alan her bir hükmün somut etkileri dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu bağlamda, örneğin CBK’de öngörülen sosyal ve ekonomik haklarla ilgili düzenleyici kuralların, sosyal ve/veya ekonomik haklar bakımından pozitif ayrımcılık yapılmasının gerekli olduğu bir alanda bunu yapmaktan ya da tetikleyebileceği dolaylı ayrımcı sonuçlardan da sorumlu olacağını vurgulamak gerekir. Bu çerçevede hangi kuralın hak ve hürriyetleri kısıtlayıcı, hangi kuralın sadece düzenleyici nitelikte olduğunun tespiti oldukça zor olacaktır.

Anayasa Mahkemesi’nin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini yetki açısından denetlemesinin, sıradan bir Anayasa’ya uygunluk denetimi sorunu oluşturmadığı vurgulanmalıdır. Anayasa’nın Başlangıç bölümünde, açık şekilde erkler ayrılığı ilkesine yollama yapılmakla yetinilmemekte, ilkenin aynı zamanda tanımı da yapılmaktadır. Madde 2’nin öngördüğü hukuk devletinin gerekleri, normlar hiyerarşisi çerçevesinde kuralı koyan organ ile onu uygulayan organın birbirinden ayrılmasını, denetim organının ise bağımsız olmasını ifade eder. Normların aşamalı sırası ise, üst normun alt normun varlık nedeni olduğu, üst norma uygunluk ise, alt normun geçerlilik koşulu olduğu anlamına gelir. Anayasa’nın 7., 8. ve 9. maddeleri; yasama, yürütme ve yargı yetkilerini ayrı ayrı düzenlemektedir. Anayasa’nın 11. maddesine göre; Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlamaktadır. 2017 Anayasa değişikliğiyle ortaya çıkan kurguda, her ne kadar cumhurbaşkanlığı kararnamesi adı altında yürütmeye düzenleme yetkisi tanınmış olsa da bu yetkinin, gerek çerçevesinin belirlendiği madde 104/17 sınırları içerisinde, gerekse Anayasa’nın değinilen Başlangıç ve genel esasları kapsamında kullanılıp kullanılmadığı konusunda AYM tarafından gerçekleştirilecek Anayasa’ya uygunluk denetimi, temel bir önem kazanmaktadır. Öyle ki, AYM tarafından cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yetki alanlarında çıkarılıp çıkarılmadığına ilişkin olarak yapılacak her denetim; bir anlamda, aynı anda Anayasa’nın 2., 6., 7., 8., 11. ve 104. maddelerinin ihlal edilip edilmediğine ilişkin bir ortak bir denetim anlamına da gelecektir. Özellikle vurgulanmalıdır ki; Anayasa madde 6/3’e göre, “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz”. Bu itibarla, erkler ayrılığı ilkesine uyulup uyulmadığına ilişkin bir denetim olan cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yetki alanlarında kalıp kalmadıklarına ilişkin denetim; son tahlilde, egemenliğin Anayasa’ya uygun şekilde kullanılıp kullanılmadığını ve anayasal yetkilerin, “Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun” olarak kullanılıp kullanılmadığını denetlemek anlamına gelmektedir. Kısaca, AYM’nin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini denetimi vesilesiyle yapacağı gözlemler, belirleyeceği ilkeler ve sistemleştireceği ölçütler, Türkiye Cumhuriyeti’nin anayasal bir devlet olup olmayacağı konusunda belirleyici olacaktır.

c) Esas yönünden

Bu konuda gösterilmesi gereken hassasiyet ve titizlik; Anayasa Mahkemesi’nin cumhurbaşkanlığı kararnamelerini yetki açısından denetlemesinin, denetimine tabi tutulan diğer normatif düzenlemelerin Anayasa’ya uygunluk denetiminden farklı özellikler taşımasına dayanmaktadır. Anayasa, Başlangıç bölümünde, Devlet örgütlenmesinin erkler ayrılığı üzerine inşa edileceğini açık bir biçimde öngörmektedir. Cumhuriyet’in niteliklerini sıralayan ve somutlaştıran madde 2 ise, Türkiye Cumhuriyeti’nin “başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayan”dığı öngörmekte olup, bunu hukuk devleti olarak tanımlamaktadır. Hukuk devleti, mekanizma olarak, devlet örgütünün erkler ayrılığı çerçevesinde örgütlendiği, hukuki yapılanmanın ise normlar hiyerarşisine dayandığı bir siyasal örgüt ve hukuki yapı olarak tanımlanır. Madde 2, madde 14 (değişik: 3/10/2001-4709/3 md.) ışığında okunduğunda hukuk devletinin içerik olarak da tanımlanmış olduğu görülür: “insan haklarına dayanan demokratik

ve laik Cumhuriyet” ve aynı zamanda “sosyal devlet”; yani sosyal hukuk devleti. Bu arada; AYM’nin hukuk devleti kavramına ilişkin olarak kanunların Anayasa’ya uygunluğu denetimi bağlamında oluşturduğu içtihadının, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetiminde de aynı şekilde referans oluşturacağı açıktır (bu yönde bkz.: AYM, E.S. :2018/125, K.S.:2020/4, K.T.:22/1/2020, R.G. Tarih – Sayı: 13/5/2020 – 31126, §26–28). AYM’ye göre: “*Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti; eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir*” (AYM, E.S. :2018/125, K.S.:2020/4, K.T.:22/1/2020, R.G. Tarih – Sayı: 13/5/2020 – 31126, §26). Oysa, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin (ve özellikle de bunların konu bakımından yetkisizliğine dayalı) iptal başvurularının böylesine çok sayıda ve bu kadar uzun süreler karara bağlanmamış şekilde AYM önünde birikmiş olması, AYM’nin verdiği hukuk devleti tanımındaki her bir unsurun adeta dondurulması anlamına gelmekte; yürütmeyi, dolaylı olarak, yetkisi dışındaki alanları sistematik şekilde Anayasa’ya aykırı cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenleme refleksi konusunda cesaretlendirmektedir.

Anayasa’nın genel esaslar kısmındaki maddeleri, madde 2’nin yaptığı çerçeve ve temel tanımlar doğrultusunda okumak ve anlamlandırmak gerekir:

Anayasa’nın 7., 8. ve 9. maddeleri; Devlet örgütü olarak yasama, yürütme ve yargı yetkilerini ayrı ayrı düzenlemektedir. Normlar hiyerarşisinin ana çerçevesini koyan madde 11’e göre; Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlamaktadır. Bu itibarla, Anayasa Mahkemesi’nin, Anayasa’nın bu temel hükümleri ışığında, iptal davası konusu cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin denetimini titizlikle gerçekleştirmesi, ivedi bir gerekliliktir.

B. 113 sayılı Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin bütünü, şekil yönünden Anayasa’ya aykırıdır

113 sayılı Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin bütünü, şekil yönünden Anayasa’ya aykırıdır. Aşağıda, söz konusu Anayasa’ya aykırılığın sebepleri gösterilmiştir.

1. AYM’nin CBK’leri Şekil Bakımından İnceleme Yetkisi

CBK’leri şekil yönünden denetim, AYM’nin yetkisindedir. Anayasa’nın, AYM’nin görev ve yetkilerine ilişkin 148. maddesinin 1. fıkrasına göre:

“Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar.”

Anayasa’nın lafzı, tereddütsüz bir açıklıkla, CBK’lerin Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetleme görev ve yetkisine sahip olduğunu ortaya koymaktadır.

2. Süre Yönünden

Anayasa'nın "Dava açma süresi" başlıklı 151. maddesine göre:

"Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, iptali istenen kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya içtüzüğüün Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak altmış gün sonra düşer."

Yine Anayasa'nın 148. maddesinin 2. fıkrasına göre,

"Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; def'i yoluyla da ileri sürülemez."

Görüldüğü üzere, Anayasa, AYM'nin soyut norm denetimine yönelik başvurulara ilişkin olarak iki farklı süre öngörmüştür. Kanunların şekil bozukluğuna dayalı iptal davaları, Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün içerisinde açılmalıdır. Söz konusu on günlük hak düşürücü süre, yalnızca kanunlar bakımından geçerlidir. CBK'ler bakımından bu konuda bir *lex specialis* bulunmamaktadır ve CBK'lerin şekil bakımından Anayasa'ya aykırılığına dair iptal davasının açılması, Anayasa'nın 151. maddesinde öngörülen altmış günlük süreye tabidir. Gerçekten de, eğer Anayasa koyucu öyle öngörse idi, 148. maddeye, -tıpkı kanunlar için yaptığı şekilde- CBK'lerin şekil bakımından Anayasa'ya aykırılıklarına ilişkin olarak iptal davası açması süresinin altmış günden daha kısa olduğuna ilişkin bir hüküm koyardı.

3. 113 sayılı Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin Gereksiz Çıkarılmasının Şekil Bakımından Hukuk Devleti İlkesi Aykırılığı

Anayasa Mahkemesi, yakın tarihli bir kararında CBK'lerin gereksizliği olgusuna aşağıdaki gibi dikkat çekmiştir:

"22. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 39. maddesinin (4) numaralı fıkrasında "İptal davalarında Mahkemece esasın incelenmesine karar verilmesi hâlinde, dava dilekçesi ile ekleri Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı, Cumhurbaşkanlığı ile iptal davası açmaya yetkili siyasi parti gruplarına gönderilir. Bu makamlar, iptal davasıyla ilgili yazılı görüşlerini değerlendirilmek üzere Mahkemeye bildirebilirler." denilmektedir. CBK'lar gerekçeleri olmaksızın yayımlanmaktadır. Bu nedenle CBK kurallarının getiriliş amacının tespiti bakımından 6216 sayılı Kanun'un anılan hükmüne istinaden Cumhurbaşkanlığınca dosyaya sunulan görüş yazıları önem arz etmektedir." (AYM, E.2019/96, K.2022/17, 24/02/2022, § 22).

Hukuk devletinde her türlü resmi işlemin gerekçeli olması, hukukun genel ilkesidir. Bunun, yargı kararlarıyla ilgili olarak adil yargılanma hakkı bakımından böyle olduğu iyi bilinmektedir. Anayasa m. 141/3 uyarınca "Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır." AİHM içtihatlarına göre, yargı kararları, dayandıkları gerekçeleri yeterli şekilde ortaya koymalıdır (AİHM, Papon/Fransa n° 2 (kabul edilebilirlik kararı), 15/11/2001, başvuru n° 54210/00). Yargı kararlarını gerekçelendirme zorunluluğu, AİHS m.6/1'in içerdiği zimni güvencelere dahildir (AİHM, H/Belçika, 30/11/1987, başvuru n° 8950/80 § 53). Yargı organları gerekçelerin seçimi ve kanıtların kabulü konusunda belirli bir takdir marjına sahip

olsa da, kararlarının gerekçelerini belirterek işlemlerinin haklılığını ortaya koymalıdır (AİHM, Suominen/Finlandiya, 01/07/2003, başvuru n° 37801/97, § 36). Bir taraf tarafından ileri sürülen bir iddia davanın sonucu açısından belirleyici olduğunda, o iddia, yargı organının özgül ve açık bir yanıtını gerektirir (AİHM, Ruiz Torija/İspanya, 09/12/1994, başvuru n° 18390/91, § 30).

Yargı kararları ve bireysel normlar açısından gerekli bu gerekçe zorunluluğunun; belirsiz sayıda kişiye ve beşeri ilişkiye uygulanacak genel normlar açısından evleviyetle gerekli olduğu kabul edilmek gerekir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin gerekçesiz olması ise, hukuk devletine açıkça aykırılık oluşturduğu gibi, bu türdeki normların anlaşılır ve öngörülebilir olmalarını da zorlaştırmaktadır. AYM, CBK'ler üzerinde şekil denetimi de yaparak gerekçe yokluğunu Anayasa'ya aykırılık nedeni saymalıdır.

Gerçekten de; hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (*Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı*). Hukuk devletinin ön koşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (*Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı*).

Hukuki belirlilik ve güvenlik ilkeleri, hiç kuşku yok ki, CBK'ler bakımından da geçerlidir: “*CBK'ların da hem kişiler hem idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması gerekir*” (AYM, E.S. :2018/125, K.S.:2020/4, K.T.:22/1/2020, R.G. Tarih – Sayı: 13/5/2020 – 31126, §28).

Oysa gerekçe yokluğu, CBK'lerin açık, net, anlaşılır, uygulanabilir olma gerekliliklerine aykırıdır. AYM'nin yukarıda alıntılanan kararında ifade edildiği üzere, “*CBK'lar gerekçeleri olmaksızın yayımlanmaktadırlar. Bu nedenle CBK kurallarının getiriliş amacının tespiti bakımından 6216 sayılı Kanun'un anılan hükmüne istinaden Cumhurbaşkanlığınca dosyaya sunulan görüş yazıları önem arz etmektedir.*” (AYM, E.2019/96, K.2022/17, 24/02/2022, § 22). Şu halde, CBK'lerin gerekçesizliğinin, onların getiriliş amacının bilinmemesi anlamına geldiğini AYM de kabul etmektedir. Oysa bir normun uygulanabilmesi, onun *ratio legis*'inin bilinmesini zorunlu olarak gerektirir. Anayasa'da gerekçe gerekliliği açıkça öngörülmüş olmasa da birel veya düzenleyici işlemler bütünü için gerekçe gerekliliği, içerik olarak hukuk devleti kavramının içerdiği hukuki güvenlik ve belirlilik alt ilkelerine içkindir. Gerekçesiz CBK normları, norm kapsamı konusunda gerekli belirlilik ve öngörülebilirliğin olmamasına yol açmaktadır.

Bunun yanında; Anayasa'nın 2'nci maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur (*Anayasa Mahkemesi'nin 17. 06. 2015 karar tarihli ve 2014/179 E.; 2015/54 K. sayılı Kararı*). Aynı yönde; “*Yasa koyucuya verilen düzenleme yetkisi, hiçbir şekilde kamu yararını ortadan kaldıracak veya engelleyecek... biçimde kullanılamaz ...*” (*Anayasa*

Mahkemesi'nin 24.01.2008 tarihli ve 2007/76 E.; 2008/46 K. sayılı Kararı). Gereksiz olan, *ratio legis*'i bilinmeyen ve gereksizliği sebebiyle bütünüyle keyfiliğe açık olan yapıdaki CBK'lerin kamu yararını gerçekleştirmeye elvermeyeceği açıktır. Bütünüyle hüsnüniyetle ihdas edildiğinde dahi, getiriliş amacı bilinmeyen bir CBK'nin uygulamada beklenen sonuçları getiremeyeceği, uzlaşmaz yorum farklılıklarına yol açacağı ve son tahlilde yürütmenin normatif iradesinin hayata geçirilmesinin mümkün olmayacağı da ortadadır. Bir başka deyişle, Anayasa'nın Cumhurbaşkanı'na verdiği yetkinin kullanılabilmesi ve hukuk düzeninde etki doğurması, yine CBK'lerin gerekçeli olması şartına bağlıdır. Bu itibarla, CBK'lerin gereksizliği, hukuk devleti ilkesinin alt ilkesi olan kamu yararı ilkesine de aykırıdır.

Torba CBK tarzının olağan uygulama haline getirilmiş olması nedeniyle, konulan ve yürürlükten kaldırılan kuralları izleme zorluğu da açıktır: Gereçelendirme, neden bir maddenin konulduğu, değiştirildiği veya kaldırıldığı konusunda bilgi vereceğinden, hem CBK hazırlayıcısı bürokratları daha özenli davranmaya yönlendirir hem de AYM denetimini kolaylaştırır ve etkili kılar. Dahası, CBK uygulamasında yargı ve idare makamları için olası tereddütleri giderici işlev görür.

113 sayılı Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin bütünü, gerekçe yokluğuna ilişkin anılan sebeplerle ve Anayasa'nın 2. maddesi uyarınca, Anayasa'ya şekil yönünden aykırıdır ve iptal edilmek gerekir.

C. 113 SAYILI MİLLİ SARAYLAR İDARESİ BAŞKANLIĞI HAKKINDA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ'NİN BAZI HÜKÜMLERİNİN ANAYASAYA AYKIRILIĞI

1. 113 sayılı Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 1. maddesi ile değiştirilen 12 sayılı CBK'nın 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (e) bendinin Anayasaya Aykırılığı

113 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 1. maddesiyle değiştirilen 12 sayılı CBK'nın 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (e) bendi ile Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı'na Başkanlığın çalışma alanına ilişkin olarak enstitüler ve eğitim merkezleri kurma yetkisi verilmektedir.

Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında idarenin bütünlüğü ilkesi tanımlanmıştır. "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir." şeklindeki ilkeye göre genel anlamda kamu kurum ve kuruluşlarının kurulması ve görevlerinin belirlenmesinin dayanağı kanunilik ilkesiyle uyumlu olmalıdır. Bir diğer deyişle kamu tüzel kişiliği kurma ve görevlerini belirleme yetkisi esas itibarıyla kanun koyucudadır. 2018 yılında Anayasanın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında yapılan bir düzenleme ile daha önce kanun koyucunun yetki devri yöntemi ile yürütmeye verebileceği yetki daraltılmış ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kamu tüzel kişiliğinin kurulabilmesine olanak sağlayan özel bir yetki, Anayasal olarak tanımlanmıştır. Burada önemli olan husus ise Anayasanın kanunilik ilkesi ile yarışan ilke haline getirdiği alan, sadece kamu tüzel kişiliğinin kurulmasıdır. Anılan fıkra, a contrario, başka alanlarda CBK yoluyla idarenin kanuniliği ilkesiyle çelişen düzenlemelerin yapılamayacağını teyit etmektedir.

Bu çerçevede 12 sayılı CBK ile Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı adı altında bir kamu tüzel kişiliğinin kurulduğunu ve bu tüzel kişiliğin görevlerinin de 12 sayılı CBK'nın 4. maddesiyle belirlendiğini belirtebiliriz.

Bu görevlerin arasına iptali talep edilen (e) fıkrası ile "Enstitü ve eğitim merkezleri kurma" görev ve yetkisi eklenmektedir. Ancak, burada bahsi geçen enstitülerin ve eğitim merkezlerinin her halükarda Başkanlığı kuran irade tarafından gerçekleştirilmesi gerekir ki, bu irade yasa koyucu ya da Cumhurbaşkanlığı Kararnamesidir. Dolayısıyla iptali talep edilen (e) bendi açısından Başkanlığın enstitü ve eğitim merkezi kurmaya yönelik bir yetkisi, Anayasanın 123. maddesiyle açıkça çelişmektedir. Bu yönde bir yetki devri yapılması 123. maddenin lâfzıyla açıkça yasaklanmıştır ve hukuka aykırıdır.

Diğer yandan, idare hukuku açısından bir kamu tüzel kişiliği tarafından kurulacak enstitülerin veya araştırma merkezlerin hukuki kişilikleri hakkında bir belirsizlik bulunmaktadır. Kamu tüzel kişiliğinin bir enstitü veya araştırma merkezi kurması, Cumhurbaşkanınca yapılacak bir yetki devriyle Kurumca alınacak bir kararla yapılamaz. Bu görev ve yetkilendirmenin yine kanun koyucunun uhdesinde olduğu görülmektedir.

İptal talebimizin konusu olan Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı'nın da kendi uhdesinde enstitü kurması veya kaldırması kararı alması da bu doğrultuda ele alınmalıdır.

Ayrıca, enstitü kurulması özel bir alana ilişkin eğitim vermeye veya araştırma yapmaya yönelik bir kurum kurma işlemidir. Ülkemizde 2547 sayılı Yükseköğrenim Kanunu çerçevesinde üniversiteler enstitü kurabilmektedirler, ancak kurulan bu enstitülere ilişkin mevzuatta kuruluş ve kaldırma karar ve yetkisi üniversiteye verilmemiş ve Cumhurbaşkanına verilmiştir. Dolayısıyla, ilkesel olarak diğer kamu tüzel kişiliklerinin kendi bünyelerinde hukuki dayanağı olması şartıyla enstitü kurabilmesi olanaklıdır. Ancak, bu hukuki dayanak enstitünün de bir kamu tüzel kişiliği olarak tanımlanmış olması nedeniyle yasa koyucu veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi olmak zorundadır. Aksi halde, kamu tüzel kişilikleri hiçbir kurala bağlı olmaksızın kendi bünyelerinde bu tür yapılar kurarak faaliyet gösterebilirler. Bu da kurma ve kaldırmaya yönelik idari işlemlerde belirsizlik ortaya çıkarır. Bu nedenle, söz konusu düzenleme, Anayasanın 123. maddesinde ifadesini bulan idarenin yasallığı ilkesini zedeleyici bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle iptali gerekir.

İkinci olarak söz konusu düzenleme, yukarıda da belirtildiği üzere Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı Cumhurbaşkanlığına bağlı bir kamu tüzel kişiliğidir ve bu idarenin kuruluş ve teşkilatına ilişkin düzenlemeler, Anayasa'nın ilgili maddeleri çerçevesinde yetkilendirilmiş erkler tarafından belirlenmiş normlar aracılığıyla gerçekleştirilmelidir. Anayasa'nın 106. maddesinin 11. fıkrasına göre "Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir." Cumhurbaşkanı'na tanınan bu kararname çıkarma yetkinin çerçevesi ve sınırları da, Anayasamızda belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, bu hususla ilgili örnek kararında Cumhurbaşkanının yetkisinin sınırlarını da göstermiştir:

"Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği belirtilmiş; 106. maddesinin on birinci fıkrasında ise bakanlıkların kurulmasının, kaldırılmasının, görev ve yetkilerinin, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının CBK ile düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla

anılan fıkra kapsamındaki konular Anayasa'nın CBK ile düzenlenmesini ayrıca ve özel olarak öngördüğü konulardır.

Anılan fıkroda yer alan "...teşkilat yapısı..." kavramı, belirli bir hizmeti yürütmek üzere kurulan kamu kurum ve kuruluşlarının bu amaçla üstlendikleri görev ve yetkilerin ifa edilebilmesi için oluşturulan ve söz konusu hizmetin yürütülmesinde doğrudan ya da dolaylı olarak rol alan, aynı kurum bünyesindeki farklı düzey ve nitelikteki birimlerin bütününe ifade etmektedir. Bu itibarla bir kurumun bu mahiyetteki merkez ve taşra teşkilatının yanı sıra yurt dışı teşkilatı da teşkilat yapısı kavramına dâhildir.

Dava konusu kurallarda, merkez ve taşra teşkilatı bulunan Bakanlığın teşkilat yapısına yurt dışı teşkilatının da eklenmesi, başka bir ifadeyle Bakanlığın yurt dışı teşkilatının oluşturulması ve Bakanlığın da oluşturulan bu yurt dışı teşkilatını kurmaya yetkili kılınması öngörülmektedir. Dolayısıyla kuralların Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında CBK ile düzenlenmesi özel olarak öngörülen konulardan biri olan bakanlıkların teşkilat yapısına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

Bu itibarla kuralların ilişkin olduğu konunun CBK ile düzenlenmesinin Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında açıkça hükme bağlanmış olması karşısında düzenlemenin kanunla yapılmamasının konu bakımından Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

...

Anayasa'nın 106. maddesinde bakanlıkların teşkilatı kapsamında yurtdışı teşkilatı kurulması yetkisi CBK'ya tanınmış olup CBK'ya tanınan bu asli yetkinin, başka bir idari işleme bırakılması mümkün değildir. Bununla birlikte yürütme organının CBK çıkarmaya yetkili olduğu konuya ilişkin her türlü ayrıntıyı CBK ile düzenlemesi ve bu düzenlemelerin gereğini bizzat yerine getirmesi gerekli olmayıp CBK ile konuya ilişkin temel kuralları belirledikten ve genel çerçeveyi çizdikten sonra bu çerçevenin içinde kalan hususları, düzenleyici nitelikteki diğer işlemlerle belirlemesi ve bu düzenlemeler kapsamında yerine getirilmesi gerekli tasarrufları da ilgili idareye bırakması mümkündür.

Dava konusu ikinci kuralda Bakanlığın yurt dışı teşkilatını kurmaya yetkili olduğu belirtilmektedir. (1) numaralı CBK'nın bakanlıkların teşkilatlanmasına ilişkin diğer hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde kuralda geçen yurt dışı teşkilatının kurulması kavramının CBK ile oluşturulan söz konusu teşkilatın fiilen faaliyete geçirilmesi için gerekli idari tasarrufların Bakanlık tarafından yerine getirilmesini ifade ettiği anlaşılmaktadır.

Buna göre dava konusu kuralın da yer aldığı (1) numaralı CBK yurtdışı teşkilatının kurulmasına ilişkin olarak yurtdışı teşkilatının niteliği, kurulacağı yer, görevleri, yer itibarıyla görev alanı gibi temel kuralları dava konusu kuralla Bakanlığa bırakmamış, bunların düzenlenme yetkisini (1) numaralı CBK'nın Ortak Hükümler başlıklı bölümünde düzenlenen 510/B maddesiyle Cumhurbaşkanı kararına tanımıştır. CBK ile söz konusu hususlarda düzenleme yapma yetkisinin anayasal olarak Cumhurbaşkanı kararına bırakılıp bırakılmayacağı bu davanın konusunu oluşturmamakla birlikte bu hüküm anılan konularda doğrudan düzenleme yapma yetkisinin Bakanlığa bırakılmadığını göstermektedir. Dolayısıyla kuralla tanınan yetkinin konuya ilişkin temel kurallar ve genel çerçeve belirlenmeden yurt dışı teşkilatının kurulması veya düzenlenmesini de içerdiğinin söylenemeyeceği anlaşılmaktadır. Bu yönüyle Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası kapsamında CBK ile oluşturulan Bakanlığın yurt dışı teşkilatına ilişkin doğrudan düzenleme yapma yetkisini Bakanlığa

birakmayan dava konusu ikinci kuralın da anılan fıkrayı ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.” (AYM, E. 2019/105, K. 2020/30)

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 106. maddesi ile Cumhurbaşkanına tanınan yetkiyi ve sınırlarını tanımlamış ve temel kuralların Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmesi gerektiğini de belirtmiştir. Dolayısıyla, Bakanlıkların teşkilat yapısı içerisinde yer alan kurum ve kuruluşların kuruluş, kapatılış ve devirlerinin de; düzenlenen alana ilişkin temel kurallar ve genel çerçeve dahilinde belirlenmek gerektiği açıktır.

İptale konu olan düzenleme ise Bir Başkanlık tarafından enstitü ve eğitim merkezi kurulmasını düzenlemektedir.

Söz konusu düzenleme, öncelikle kuruluş, kapatılış gibi temel bir konunun Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmemesi nedeniyle konu bakımından Anayasa'nın 106. maddesine aykırıdır. Yine iptale konu olan düzenleme, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi dışında bir normla kuruluş esaslarının belirlenmesi ile bu kurulmaya ilişkin karar alma yetkisinin Başkanlığa bırakılması nedeniyle içerik bakımından yetki devrinin sınırlarını aştığından Anayasa'nın 106. maddesine aykırıdır.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararında da vurgulandığı üzere iptale konu olan düzenleme “İdarenin kanuniliği ve bütünlüğü” ilkesine de aykırıdır.

Anayasanın 123. maddesinin birinci fıkrasına göre “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.” İdarenin kanuniliği ilkesinin istisnası ise maddenin 3. fıkrasında düzenlenmiş ve kamu tüzel kişiliklerinin Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle de kurulabilmesine imkan sağlanmıştır. Kamu tüzel kişiliklerinin CBK ile kurulabilmesi aynı zamanda kapatılabilmesi veya devirleriyle ilgili olarak da geçerli bir kuraldır. Aksi yorum; Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasında tanımlanan yetkiyi etkisiz ve anlamsız kılar. Dolayısıyla, Bakanlıkların, bağlı kuruluşların ister Cumhurbaşkanı tarafından esasları belirlensin isterse kendi aldıkları bir karar söz konusu olsun; bir kamu tüzel kişiliğinin kurulmasına ilişkin yetkisi bulunmamaktadır. Söz konusu yetki, Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrası bağlamında, doğrudan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi gereken ehemmiyettedir ve temel niteliktedir; bu itibarla da, söz konusu Başkanlığın kararına bırakılamaz. İptali istenen kural, bu cihetle Anayasa'nın 123. maddesine aykırıdır.

Anılan düzenleme, aynı zamanda Anayasa'nın 8. maddesine de aykırıdır. Söz konusu maddeye göre; “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir”. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yürütme yetkisi olarak, Anayasa ve kanunlar çerçevesinde kullanılmalıdır. Oysa, 113 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 1. maddesi ile değiştirilen 12 sayılı CBK'nın 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (e) bendi ile Anayasa'nın 106. ve 123. maddelerine aykırı bir biçimde Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı'na enstitüler ve eğitim merkezleri kurmaya ilişkin yetki verilmesine ilişkin düzenleme yapılmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere söz konusu düzenleme CBK ile anayasal çerçeve dışında yetki kullanımını ortaya koymaktadır. Bu itibarla 113 sayılı CBK'nın 1. maddesi ile değiştirilen 12 sayılı CBK'nın 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (e) bendi, Anayasa'nın 8. maddesine de aykırıdır, iptali gerekir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 113 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 1. maddesi ile değiştirilen 12 sayılı CBK'nın 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (e) bendi, Anayasanın 8., 106. ve 123. maddelerine aykırı olduğundan iptali talep edilmektedir.

2. 113 sayılı Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 1. maddesi ile değiştirilen 12 sayılı CBK'nın 4. maddesine eklenen (4) Numaralı fıkranın Anayasaya Aykırılığı

113 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 1. maddesi ile değiştirilen 12 sayılı CBK'nın 4. maddesine eklenen (4) numaralı fıkra ile Milli Saraylar İdaresi Başkanlığına Milli Saraylar Bilim ve Değerlendirme Kurulunun uygun göreceği alanlarda arkeolojik kazı yapabilme veya yaptırabilme yetkisi verilmektedir.

Söz konusu düzenleme, Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrası kapsamında CBK'lerle düzenlenebilecek alanın çerçevesi dışındadır ve aşağıda gösterildiği üzere, Anayasanın birçok maddesine aykırılık taşımaktadır.

a- Anayasa'nın 104. maddesine konu bakımından yetki yönünden Aykırılık

Anayasanın 104/17. maddesi, "Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz" kuralını öngörmektedir. Bir konu yasa ile açıkça düzenlenmişse Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkartılamaz.

113 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 1. maddesi ile değiştirilen 12 sayılı CBK'nın 4. maddesine eklenen (4) numaralı fıkra ile Milli Saraylar İdaresi Başkanlığına Milli Saraylar Bilim ve Değerlendirme Kurulunun uygun göreceği alanlarda arkeolojik kazı yapabilme veya yaptırabilme yetkisi verilmektedir. Yürürlükte olan mevzuatımızda arkeolojik kazı, sondaj yapmak veya yapılmasına ilişkin usul ve esaslar özel bir kanun ile düzenlenmiştir.

Bu konularda düzenleme yapılan esas kanun, 21/7/1983 tarih ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'dur. Kanun'un amaç başlıklı 1. maddesinde "Bu Kanunun amacı; korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili tanımları belirlemek, yapılacak işlem ve faaliyetleri düzenlemek, bu konuda gerekli ilke ve uygulama kararlarını alacak teşkilatın kuruluş ve görevlerini tespit etmektir." şeklindeki norm; Türkiye'deki korunması gereken taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına ilişkin yapılacak işlem ve faaliyetleri düzenlemek ve bu konuda gerekli ilke ve uygulama kararlarını alacak teşkilatın kuruluş ve görevlerini tespit etmek şeklindeki ifadeyle, bir arkeolojik kazı veya sondaj faaliyetinin nasıl yapılacağı ve buna kimin karar vereceğinin de bu kanun kapsamında düzenlenen bir konu olduğunu belirtmektedir.

Kanun, kültür ve tabiat varlıklarına ilişkin karar alma ve işlem yapma yetkisini de özel bir maddesinde düzenlemiştir. Kanunun "Yetki ve Yöntem" başlıklı 10. maddesinde taşınmaz kültür varlıklarının korunması ve bu amaçla gerekli tedbirlerin alınmasına ilişkin yetki Kültür ve Turizm Bakanlığına verilmiştir. Ancak, maddenin ikinci fıkrası ile Cumhurbaşkanlığı ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin idare ve kontrolünde bulunan kültür ve tabiat varlıklarının korunması için özel bir istisnai düzenleme yapılmış ve bu kurumların uhdesindeki kültür ve tabiat varlıklarının kendileri tarafından yerine getirileceği belirlenmiştir.

Ancak, iptale konu olan düzenleme, Cumhurbaşkanlığı uhdesindeki kültür ve tabiat varlığı olarak tescil edilmiş olan taşınmazların korunmasına ilişkin bir düzenleme değildir. Söz konusu olan, bu varlıkların içerisinde arkeolojik kazı ve sondaj yapma yetkisidir. Bu husus ise 2863 sayılı Kanunun 10. maddesinin 9. Fıkrasında tanımlanmış ve ikinci fıkra kapsamındaki istisnai yetki kapsamı dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla, Kanunda iptale konu olan

düzenlemede Milli Saraylar Bilim ve Değerlendirme Kurulunun onayı ile Milli Saraylar İdaresi Başkanlığınca arkeolojik kazı veya sondaj yapılabilmesine yönelik bir istisnai düzenleme veya yetki verilmemiştir. Bu yetki Kanuna göre Turizm ve Kültür Bakanlığı'na aittir ve bu alanlarda arkeolojik kazı ve sondaj yapılmasına izin verecek ve karar alacak yetkili birim Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kuruludur. Söz konusu Kanunun ilgili 10. maddesi şöyledir:

“Yetki ve yöntem:

Madde 10 – Her kimin mülkiyetinde veya idaresinde olursa olsun, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak, aldurmak ve bunların her türlü denetimini yapmak veya kamu kurum ve kuruluşları ile belediyeler ve valiliklere yaptırmak, Kültür ve Turizm Bakanlığına aittir. (1)

(Değişik birinci cümle: 2/7/2018 – KHK-703/51 md.) **Cumhurbaşkanlığı ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin idare ve kontrolünde bulunan kültür ve tabiat varlıklarının korunması, kendileri tarafından yerine getirilir. Bu korunmanın sağlanmasında, gerektiğinde, Kültür ve Turizm Bakanlığının teknik yardımı ve işbirliği sağlanır.**

Milli Savunma Bakanlığının idare ve denetiminde veya sınır boyu ve yasak bölgede bulunan kültür ve tabiat varlıklarının korunması ve değerlendirilmesi, Milli Savunma Bakanlığınca yerine getirilir. Bu korunmanın sağlanması, Milli Savunma Bakanlığı ile Kültür ve Turizm Bakanlığı arasında düzenlenecek protokol esaslarına göre yürütülür.

(Değişik dördüncü fıkra: 28/11/2017-7061/38 md.) Vakıflar Genel Müdürlüğünün idaresinde ve denetiminde bulunan mazbut vakıflar ile temsilen yönetilen mülhak vakıflara ait kültür ve tabiat varlıklarının korunması ve değerlendirilmesi, Koruma Kurulları kararı alındıktan sonra, Vakıflar Genel Müdürlüğüne yürütülür. Vakıflar Genel Müdürlüğünün denetiminde bulunan mülhak vakıflara ait taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması ve değerlendirilmesi, Koruma Kurulları kararı alındıktan sonra, yöneticileri tarafından yürütülür.

(Değişik beşinci fıkra: 28/11/2017-7061/38 md.) Diğer kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunma ve değerlendirilmesi bu Kanun hükümlerine uygun olarak kendileri tarafından sağlanır.

Kamu kurum ve kuruluşlarının mülkiyetinde bulunan taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması, bu kuruluşların bütçelerine her yıl bu maksatla konacak ödeneklerle yapılır.

Bu hizmetlerin yerine getirilebilmesi için, Kültür ve Turizm Bakanlığı Bütçesine her yıl yeteri kadar ödenek konur.

(Mülga sekizinci fıkra:14/7/2004 – 5226/4 md.)

(Ek: 17/6/1987 - 3386/4 md.) Araştırma, kazı ve sondaj yapılan alanların korunması ve değerlendirilmesi Bakanlığa aittir.

(Ek fıkra:14/7/2004 – 5226/4 md.)Büyükşehir belediyeleri, valilikler, Bakanlıkça izin verilen belediyeler bünyesinde kültür varlıkları ile ilgili işlemleri ve uygulamaları yürütmek üzere sanat tarihi, mimarlık, şehir plânlama, mühendislik, arkeoloji gibi meslek alanlarından uzmanların görev alacağı koruma, uygulama ve denetim büroları kurulur. Ayrıca, il özel

idareleri bünyesinde, kültür varlıklarının korunmasına yönelik rölöve, restitüsyon, restorasyon projelerini hazırlayacak ve uygulayacak proje büroları ve sertifikalı yapı ustalarını yetiştirecek eğitim birimleri kurulur.

(Ek fıkra:14/7/2004 – 5226/4 md.) Belediyeler belediye sınırları ve mücavir alanları içerisinde, valilikler ise bu sınırlar dışında yetkilidir.

(Ek fıkra:14/7/2004 – 5226/4 md.)Bu bürolar koruma bölge kurulları tarafından uygun görülen koruma amaçlı imar plânı, proje ve malzeme değişiklikleri ile inşaat denetimi de dahil olmak üzere uygulamayı denetlemekle yükümlüdürler.

(Ek fıkra:14/7/2004 – 5226/4 md.)Alanın özelliği göz önüne alınarak, bu büroların hangi uzmanlık dallarından teşekkül edeceği, çalışma, izin usul ve esasları; İçişleri Bakanlığının görüşü alınarak Bakanlık ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikle belirlenir.”

Görüldüğü üzere 2863 sayılı Kanunun 10. maddesinin 9. fıkrası ile taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları özelinde araştırma, kazı ve sondaj yapılan alanların korunması ve değerlendirilmesine ilişkin Kültür ve Turizm Bakanlığı’na verilen yetki, Cumhurbaşkanlığı uhdesindeki milli saraylar açısından da geçerli bir yetki olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca, Kanun söz konusu alanların korunması haricinde arkeolojik kazı ve sondaj yapılmasına ilişkin de özel bir düzenleme yapmıştır. Kanun koyucu, 2863 sayılı Kanunun 35. maddesinde açık olarak sondaj ve kazı iznini düzenlemiştir. Söz konusu madde şu şekildedir:

“Araştırma, sondaj ve kazı izni:

Madde 35 – Bu kanun hükümlerine tabi, taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarını meydana çıkarmak üzere, araştırma, sondaj ve kazı yapma hakkı, sadece Kültür ve Turizm Bakanlığına aittir.

Bilimsel ve mali yeterliği Kültür ve Turizm Bakanlığınca takdir ve kabul olunan Türk ve yabancı heyet ve kurumlara araştırma izni, Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından; sondaj ve kazı yapma izni Cumhurbaşkanı kararı ile verilir, Kültür ve Turizm Bakanlığı elemanları veya bu Bakanlıkça görevlendirilecek Türk bilim adamları tarafından yapılacak araştırma, sondaj ve kazılar, Kültür ve Turizm Bakanlığının iznine bağlıdır. Askeri yasak bölgelerde yapılacak araştırma, sondaj ve kazı için gerekli ruhsatname, Genelkurmay Başkanlığının iznini müteakip, sözü geçen heyet ve kurumların göstereceği uzmanlar adına düzenlenir. Kültür ve Turizm Bakanlığınca haklı görülebilecek sebep olmadıkça heyet ve kurumlar ruhsatnamedeki üyelerini değiştiremezler.

Su altında korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının bulunduğu bölgeler, Cumhurbaşkanı kararı ile tespit edilir ve yayımlanır. Bu bölgelerde, sportif amaçlı dalış yapmak yasaktır, ikinci fıkra hükümlerine göre izin almak şartıyla araştırma ve kazı yapılabilir.”

Buna göre; kültür ve tabiat varlıklarını meydana çıkarmaya yönelik yapılacak arkeolojik kazılar ve sondajlara ilişkin kazı yapma hakkı açık bir şekilde Kültür ve Turizm Bakanlığınca verilmiştir. Konun koyucu, tarafından kazı yapma yetkisinin kim tarafından verileceği de maddenin ikinci fıkrasında tanımlanmıştır. Bu fıkrada da görüleceği üzere araştırma izni verme yetkisi Bakanlıkta, sondaj ve kazı yapma yetkisi de doğrudan Cumhurbaşkanına Cumhurbaşkanı kararı ile verilmiştir.

İptali talep edilen düzenleme ise yukarıda belirttiğimiz 2863 sayılı Kanunun 10. ve 35. maddelerinde düzenlenmiş bir konu olan arkeolojik kazı ve yapma hususunda kanunla verilmiş yetkilerin haricinde Kanuna aykırı olarak düzenleme yapmakta ve Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı uhdesindeki kültür ve tabiat varlıkları bünyesinde kendi bünyesinde oluşturulan bir Kurulun belirleyeceği alanlarda arkeolojik kazı yapma yetkisini Başkanlığa vermektedir. Söz konusu düzenleme, Kanunla verilen yetkilerle çelişmekte ve kanunla düzenlenmiş bir alanda düzenleme yapmaktadır. Üstelik söz konusu maddelere de aykırı olan CBK düzenlemesi, kanun ile düzenlenmiş konularda düzenleme yapması nedeniyle konu bakımından yetkisizlikle malul bir kuraldır. İhtilafli düzenleme, bu cihetle, Anayasanın 104. maddesine aykırılık taşımaktadır, bu nedenle iptali gerekir.

b) Anayasa'nın 7. maddesinde Belirlenen Yasama Yetkisinin Devredilemezliği İlkesine Aykırılık

Yürütme organı (ya da idare), Anayasada öngörülmüş durumlar dışında kanunların düzenlemediği bir alanda kendiliğinden kural koyamaz ya da bir kanuna aykırı olarak bir kural koyamaz.

113 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 1. maddesi ile değiştirilen 12 sayılı CBK'nın 4. maddesine eklenen (4) numaralı fıkra ile Milli Saraylar İdaresi Başkanlığına Milli Saraylar Bilim ve Değerlendirme Kurulunun uygun göreceği alanlarda arkeolojik kazı yapabilme veya yaptırabilme yetkisi verilmektedir.

Söz konusu düzenleme ile kanunla düzenlenmiş bir konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılarak Anayasa'ya aykırı bir yetki devri yapılmaktadır. Bu şekilde; yürütme, fonksiyon gaspı yapmak suretiyle, Anayasa tarafından kanun koyucunun konu bakımından yetki alanına inhisar ettirilen bir alanda düzenleme yapmıştır. Yürütme organı (ya da idare), Anayasada öngörülmüş durumlar dışında kanunların düzenlemediği bir alanda kendiliğinden kural koyamaz.

Dolayısıyla kanunla düzenlenmiş konularda CBK ile düzenleme yapılamayacağına ilişkin Anayasa kuralına aykırı bir düzenleme yapılması ve yürütmeye Anayasa'ya aykırı bir yetki tanımlanması, yasama yetkisinin devrine ilişkin sınırın aşıldığını ve yürütmenin yasamanın yetki alanına müdahale ettiğini göstermektedir. Konu bakımından yetkisizlikle malul her CBK düzenlemesi, aynı zamanda yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesini de ihlal eder. Bu nedenle, söz konusu madde, Anayasa'nın 7. maddesinde belirlenen yasama yetkisini devretme yasağına aykırıdır, iptali gerekir.

c) Anayasa'nın 8. maddesine Aykırılık

Anayasa'nın 8. maddesine göre; "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir". Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yürütme yetkisi olarak, Anayasa ve kanunlar çerçevesinde kullanılmalıdır. Oysa, 113 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 1. maddesi ile değiştirilen 12 sayılı CBK'nın 4. maddesine eklenen (4) numaralı fıkra ile Milli Saraylar İdaresi Başkanlığına Milli Saraylar Bilim ve Değerlendirme Kurulunun uygun göreceği alanlarda arkeolojik kazı yapabilme veya yaptırabilme yetkisi verilmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere bir CBK ile kanunla bir konuda düzenleme yapılması suretiyle kanun koyucunun alanına müdahale edilmesi, anayasal çerçeve dışında yetki kullanımını ortaya koymaktadır. Bu itibarla

113 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 1. maddesi ile değiştirilen 12 sayılı CBK'nın 4. maddesine eklenen (4) numaralı fıkra, Anayasa'nın 8. maddesine de aykırıdır, iptali gerekir.

d) Anayasa'nın 2. maddesine ve Başlangıç İlkelerine Aykırılık

Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti" olan Cumhuriyet, erkler ayrılığı ilkesinde somutlaşır: "Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu;" (Başlangıç, prg.4). Bu çerçevede; Anayasa'nın 7., 8. ve 9. maddeleri de yasama, yürütme ve yargı yetkilerini ayrı ayrı düzenler.

113 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 1. maddesi ile değiştirilen 12 sayılı CBK'nın 4. maddesine eklenen (4) numaralı fıkra, yukarıda açıklanan nedenlerle, "Anayasa ve kanunların üstünlüğü" ilkesini ihlal ettiğinden, Anayasa'nın 2. maddesine ve Başlangıç prg. 4'e de aykırılık oluşturmaktadır.

Bu aykırılık durumu, "kaynağını Anayasa'dan almayan Devlet yetkisi kullanma yasağı" (md.6) karşısında ve Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi (md.11) ile daha belirgin hale gelmektedir. Başta yasama, yürütme ve yargı organlarının saygı göstermesi gelmek üzere, "Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı" hükmünün etkililiği, Anayasa Mahkemesi'nin bu kuralın biricik bekçiliğini yapması ölçüsünde mümkündür. Her vesile ile bu hükmü anlamlandırmak ve güncellemek, hukuk devleti (md.2) açısından yaşamsaldır. Bu bakımdan, yürütme tekeline sahip olan makamın, yasama yetkisinin devredilmezliği kuralına saygı göstermesi, "Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı" hükmünün sürekli gözetilmesi ölçüsünde mümkündür.

Dahası, Cumhurbaşkanı'nın, "Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını temin" etme yükümlülüğü (md.104/2), aykırılık durumunu, aşıkâr olmanın ötesinde tehlikeli hale getirmektedir. Bu nedenle, söz konusu düzenleme, Anayasa'ya aykırı olarak bir yetki kullanımını düzenlediğinden ve yukarıda belirtilen nedenlerle Anayasa'nın 6., 11. ve 104/2. maddelerine de aykırılık teşkil etmektedir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle 113 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 1. maddesi ile değiştirilen 12 sayılı CBK'nın 4. maddesine eklenen (4) numaralı fıkranın Anayasanın Başlangıç ilkelerine, 2., 6., 7., 8., 11., 104/2. ve 104/17. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptali talep edilmektedir.

3. 113 sayılı Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3. maddesi ile değiştirilen 12 sayılı CBK'nın 8. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ç) bendinin Anayasaya Aykırılığı

113 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 3. maddesi ile değiştirilen 12 sayılı CBK'nın 8. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ç) bendi ile Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı Restorasyon Dairesi Başkanlığına Milli Saraylar Bilim ve Değerlendirme Kurulunun uygun göreceği alanlarda taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarını meydana çıkarmak üzere araştırma, sondaj ve kazı yapabilme veya yaptırabilme yetkisi verilmektedir.

Söz konusu düzenleme, Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrası kapsamında CBK'lerle düzenlenebilecek alanın çerçevesi dışındadır ve aşağıda gösterildiği üzere, Anayasanın birçok maddesine aykırılık taşımaktadır.

a- Anayasa'nın 104. maddesine konu bakımından yetki yönünden Aykırılık

Anayasanın 104/17. maddesi, "Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz" kuralını öngörmektedir. Bir konu yasa ile açıkça düzenlenmişse Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkartılamaz.

113 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 3. maddesi ile değiştirilen 12 sayılı CBK'nın 8. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ç) bendi ile Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı Restorasyon Dairesi Başkanlığına Milli Saraylar Bilim ve Değerlendirme Kurulunun uygun göreceği alanlarda taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarını meydana çıkarmak üzere araştırma, sondaj ve kazı yapabilme veya yaptırabilme yetkisi verilmektedir. Yürürlükte olan mevzuatımızda taşınır ve taşınmaz kültür varlıklarını meydana çıkarmak için araştırma, kazı, sondaj yapmak veya yapılmasına ilişkin usul ve esaslar özel bir kanun ile düzenlenmiştir.

Bu konularda düzenleme yapılan esas kanun, 21/7/1983 tarih ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'dur. Kanun'un amaç başlıklı 1. maddesinde "Bu Kanunun amacı; korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili tanımları belirlemek, yapılacak işlem ve faaliyetleri düzenlemek, bu konuda gerekli ilke ve uygulama kararlarını alacak teşkilatın kuruluş ve görevlerini tespit etmektir." şeklindeki norm; Türkiye'deki korunması gereken taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına ilişkin yapılacak işlem ve faaliyetleri düzenlemek ve bu konuda gerekli ilke ve uygulama kararlarını alacak teşkilatın kuruluş ve görevlerini tespit etmek şeklindeki ifadesiyle, bir kazı araştırması, kazı veya sondaj faaliyetinin nasıl yapılacağı ve buna kimin karar vereceğinin de bu kanun kapsamında düzenlenen bir konu olduğunu belirtmektedir.

Kanun, kültür ve tabiat varlıklarına ilişkin karar alma ve işlem yapma yetkisini de özel bir maddesinde düzenlemiştir. Kanunun "Yetki ve Yöntem" başlıklı 10. maddesinde taşınmaz kültür varlıklarının korunması ve bu amaçla gerekli tedbirlerin alınmasına ilişkin yetki Kültür ve Turizm Bakanlığına verilmiştir. Ancak, Maddenin ikinci fıkrası ile Cumhurbaşkanlığı ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin idare ve kontrolünde bulunan kültür ve tabiat varlıklarının korunması için özel bir istisnai düzenleme yapılmış ve bu kurumların uhdesindeki kültür ve tabiat varlıklarının kendileri tarafından yerine getirileceği belirlenmiştir.

Ancak, iptale konu olan düzenleme, Cumhurbaşkanlığı uhdesindeki kültür ve tabiat varlığı olarak tescil edilmiş olan taşınmazların korunmasına ilişkin bir düzenleme değildir. Söz konusu olan, bu kurumlar uhdesinde olan ve devlet malı niteliğinde olan alanlar içerisindeki taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının içerisinde araştırma, arkeolojik kazı ve sondaj yapma yetkisidir. Bu husus ise 2863 sayılı Kanunun 10. maddesinin 9. fıkrasında tanımlanmış ve ikinci fıkra kapsamındaki istisnai yetki kapsamı dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla, Kanunda iptale konu olan düzenlemede Milli Saraylar Bilim ve Değerlendirme Kurulunun onayı ile Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı Restorasyon Dairesi Başkanlığınca taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının içerisinde araştırma, arkeolojik kazı ve sondaj yapılabilmesine yönelik bir istisnai düzenleme veya yetki verilmemiştir. Bu yetki Kanuna göre Turizm ve Kültür Bakanlığı'na aittir ve bu alanlarda arkeolojik kazı ve sondaj yapılmasına izin verecek ve karar alacak yetkili birim Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kuruludur. Söz konusu Kanunun ilgili 10. maddesi şöyledir:

“Yetki ve yöntem:

Madde 10 – Her kimin mülkiyetinde veya idaresinde olursa olsun, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak, aldırarak ve bunların her türlü denetimini yapmak veya kamu kurum ve kuruluşları ile belediyeler ve valiliklere yaptırmak, Kültür ve Turizm Bakanlığına aittir. (1)

(Değişik birinci cümle: 2/7/2018 – KHK-703/51 md.) **Cumhurbaşkanlığı ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin idare ve kontrolünde bulunan kültür ve tabiat varlıklarının korunması, kendileri tarafından yerine getirilir. Bu korunmanın sağlanmasında, gerektiğinde, Kültür ve Turizm Bakanlığının teknik yardımı ve işbirliği sağlanır.**

Milli Savunma Bakanlığının idare ve denetiminde veya sınır boyu ve yasak bölgede bulunan kültür ve tabiat varlıklarının korunması ve değerlendirilmesi, Milli Savunma Bakanlığınca yerine getirilir. Bu korunmanın sağlanması, Milli Savunma Bakanlığı ile Kültür ve Turizm Bakanlığı arasında düzenlenecek protokol esaslarına göre yürütülür.

(Değişik dördüncü fıkra: 28/11/2017-7061/38 md.) Vakıflar Genel Müdürlüğünün idaresinde ve denetiminde bulunan mazbut vakıflar ile temsilen yönetilen mülhak vakıflara ait kültür ve tabiat varlıklarının korunması ve değerlendirilmesi, Koruma Kurulları kararı alındıktan sonra, Vakıflar Genel Müdürlüğüne yürütülür. Vakıflar Genel Müdürlüğünün denetiminde bulunan mülhak vakıflara ait taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması ve değerlendirilmesi, Koruma Kurulları kararı alındıktan sonra, yöneticileri tarafından yürütülür.

(Değişik beşinci fıkra: 28/11/2017-7061/38 md.) Diğer kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunma ve değerlendirilmesi bu Kanun hükümlerine uygun olarak kendileri tarafından sağlanır.

Kamu kurum ve kuruluşlarının mülkiyetinde bulunan taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması, bu kuruluşların bütçelerine her yıl bu maksatla konacak ödeneklerle yapılır.

Bu hizmetlerin yerine getirilebilmesi için, Kültür ve Turizm Bakanlığı Bütçesine her yıl yeteri kadar ödenek konur.

(Mülga sekizinci fıkra:14/7/2004 – 5226/4 md.)

(Ek: 17/6/1987 - 3386/4 md.) Araştırma, kazı ve sondaj yapılan alanların korunması ve değerlendirilmesi Bakanlığa aittir.

(Ek fıkra:14/7/2004 – 5226/4 md.)Büyükşehir belediyeleri, valilikler, Bakanlıkça izin verilen belediyeler bünyesinde kültür varlıkları ile ilgili işlemleri ve uygulamaları yürütmek üzere sanat tarihi, mimarlık, şehir plânlama, mühendislik, arkeoloji gibi meslek alanlarından uzmanların görev alacağı koruma, uygulama ve denetim büroları kurulur. Ayrıca, il özel idareleri bünyesinde, kültür varlıklarının korunmasına yönelik rölöve, restitüsyon, restorasyon projelerini hazırlayacak ve uygulayacak proje büroları ve sertifikalı yapı ustalarını yetiştirecek eğitim birimleri kurulur.

(Ek fıkra:14/7/2004 – 5226/4 md.) Belediyeler belediye sınırları ve mücavir alanları içerisinde, valilikler ise bu sınırlar dışında yetkilidir.

(Ek fıkra:14/7/2004 – 5226/4 md.)Bu bürolar koruma bölge kurulları tarafından uygun görülen koruma amaçlı imar plânı, proje ve malzeme değişiklikleri ile inşaat denetimi de dahil olmak üzere uygulamayı denetlemekle yükümlüdürler.

(Ek fıkra:14/7/2004 – 5226/4 md.)Alanın özelliği göz önüne alınarak, bu büroların hangi uzmanlık dallarından teşekkül edeceği, çalışma, izin usul ve esasları; İçişleri Bakanlığının görüşü alınarak Bakanlık ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikle belirlenir.”

Görüldüğü üzere 2863 sayılı Kanununun 10. maddesinin 9. fıkrası ile taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları özelinde araştırma, kazı ve sondaj yapılan alanların korunması ve değerlendirilmesine ilişkin Kültür ve Turizm Bakanlığı’na verilen yetki, Cumhurbaşkanlığı uhdesindeki milli saraylar açısından da geçerli bir yetki olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca, Kanun söz konusu alanların korunması haricinde araştırma, kazı ve sondaj yapılmasına ilişkin de özel bir düzenleme yapmıştır. Kanun koyucu, 2863 sayılı Kanununun 35. maddesinde açık olarak araştırma, sondaj ve kazı iznini düzenlemiştir. Söz konusu madde şu şekildedir:

“Araştırma, sondaj ve kazı izni:

Madde 35 – Bu kanun hükümlerine tabi, taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarını meydana çıkarmak üzere, araştırma, sondaj ve kazı yapma hakkı, sadece Kültür ve Turizm Bakanlığına aittir.

Bilimsel ve mali yeterliği Kültür ve Turizm Bakanlığınca takdir ve kabul olunan Türk ve yabancı heyet ve kurumlara araştırma izni, Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından; sondaj ve kazı yapma izni Cumhurbaşkanı kararı ile verilir, Kültür ve Turizm Bakanlığı elemanları veya bu Bakanlıkça görevlendirilecek Türk bilim adamları tarafından yapılacak araştırma, sondaj ve kazılar, Kültür ve Turizm Bakanlığının iznine bağlıdır. Askeri yasak bölgelerde yapılacak araştırma, sondaj ve kazı için gerekli ruhsatname, Genelkurmay Başkanlığının iznini müteakip, sözü geçen heyet ve kurumların göstereceği uzmanlar adına düzenlenir. Kültür ve Turizm Bakanlığınca haklı görülebilecek sebep olmadıkça heyet ve kurumlar ruhsatnamedeki üyelerini değiştiremezler.

Su altında korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının bulunduğu bölgeler, Cumhurbaşkanı kararı ile tespit edilir ve yayımlanır. Bu bölgelerde, sportif amaçlı dalış yapmak yasaktır, ikinci fıkra hükümlerine göre izin almak şartıyla araştırma ve kazı yapılabilir.”

Buna göre; kültür ve tabiat varlıklarını meydana çıkarmaya yönelik yapılacak araştırma, kazı ve sondajlara ilişkin kazı izni ve kazı yapma hakkı açık bir şekilde Kültür ve Turizm Bakanlığınca verilmiştir. Kanun koyucu tarafından kazı yapma yetkisinin kim tarafından verileceği de maddenin ikinci fıkrasında tanımlanmıştır. Bu fıkroda da görüleceği üzere araştırma izni verme yetkisi Bakanlıkta, sondaj ve kazı yapma yetkisi de doğrudan Cumhurbaşkanına Cumhurbaşkanı kararı ile verilmiştir.

İptali talep edilen düzenleme ise yukarıda belirttiğimiz 2863 sayılı Kanununun 10. ve 35. maddelerinde düzenlenmiş bir konu olan arkeolojik araştırma, kazı ve sondaj yapma hususunda kanunla verilmiş yetkilerin haricinde Kanuna aykırı olarak düzenleme yapmakta ve Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı uhdesindeki kültür ve tabiat varlıklarına ilişkin olarak kendi bünyesinde oluşturulan bir Kurulun belirleyeceği alanlarda araştırma, kazı ve sondaj yapma yetkisini Restorasyon Dairesi Başkanlığına vermektedir. Söz konusu düzenleme, Kanunla verilen

yetkilerle çelişmekte ve kanunla düzenlenmiş bir alanda düzenleme yapmaktadır. Üstelik söz konusu maddelere de aykırı olan CBK düzenlemesi, kanun ile düzenlenmiş konularda düzenleme yapması nedeniyle, konu bakımından yetkisizlikle malul bir kuraldır. İhtilafli düzenleme, bu sebeple Anayasanın 104. maddesine aykırılık taşımaktadır, bu nedenle iptali gerekir.

b) Anayasa'nın 7. maddesinde Belirlenen Yasama Yetkisinin Devredilemezliği İlkesine Aykırılık

Yürütme organı (ya da idare), Anayasada öngörölmüş durumlar dışında kanunların düzenlemediği bir alanda kendiliğinden kural koyamaz ya da bir kanuna aykırı olarak bir kural koyamaz.

113 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 3. maddesi ile değiştirilen 12 sayılı CBK'nın 8. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ç) bendi ile Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı Restorasyon Dairesi Başkanlığına Milli Saraylar Bilim ve Değerlendirme Kurulunun uygun göreceği alanlarda araştırma, kazı ve sondaj yapabilme veya yaptırabilme yetkisi verilmektedir.

Söz konusu düzenleme ile kanunla düzenlenmiş bir konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılarak yetki devri yapılmaktadır. Bu şekilde; yürütme, fonksiyon gaspı yapmak suretiyle, Anayasa tarafından kanun koyucunun konu bakımından yetki alanına inhisar ettirilen bir alanda düzenleme yapmıştır. Yürütme organı (ya da idare), Anayasada öngörölmüş durumlar dışında kanunların düzenlemediği bir alanda kendiliğinden kural koyamaz.

Dolayısıyla kanunla düzenlenmiş konularda CBK ile düzenleme yapılamayacağına ilişkin Anayasa kuralına aykırı bir düzenleme yapılması ve yürütmeye Anayasa'ya aykırı bir yetki tanımlanması, yasama yetkisinin devrine ilişkin sınırın aşıldığını ve yürütmenin yasamanın yetki alanına müdahale ettiğini göstermektedir. Konu bakımından yetkisizlikle malul her CBK düzenlemesi, aynı zamanda yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesini de ihlal eder. Bu nedenle, söz konusu madde, Anayasa'nın 7. maddesinde belirlenen yasama yetkisini devretme yasağına aykırıdır, iptali gerekir.

c) Anayasa'nın 8. maddesine Aykırılık

Anayasa'nın 8. maddesine göre; "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir". Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yürütme yetkisi olarak, Anayasa ve kanunlar çerçevesinde kullanılmalıdır. Oysa, 113 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 3. maddesi ile değiştirilen 12 sayılı CBK'nın 8. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ç) bendi ile Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı Restorasyon Dairesi Başkanlığı'na Milli Saraylar Bilim ve Değerlendirme Kurulunun uygun göreceği alanlarda taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarını meydana çıkarmak için araştırma, sondaj ve kazı yapabilme veya yaptırabilme yetkisi verilmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere bir CBK ile kanunla bir konuda düzenleme yapılması suretiyle kanun koyucunun alanına müdahale edilmesi, anayasal çerçeve dışında yetki kullanımını ortaya koymaktadır. Bu itibarla 113 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 3. maddesi ile değiştirilen 12 sayılı CBK'nın 8. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ç) bendi, Anayasa'nın 8. maddesine de aykırıdır, iptali gerekir.

d) Anayasa'nın 2. maddesine ve Başlangıç İlkelerine Aykırılık

Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti” olan Cumhuriyet, erkler ayrılığı ilkesinde somutlaşır: “Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu;” (Başlangıç, prg.4). Bu çerçevede; Anayasa’nın 7., 8. ve 9. maddeleri de yasama, yürütme ve yargı yetkilerini ayrı ayrı düzenler.

113 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 3. maddesi ile değiştirilen 12 sayılı CBK’nın 8. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ç) bendi, yukarıda açıklanan nedenlerle, “Anayasa ve kanunların üstünlüğü” ilkesini ihlal ettiğinden, Anayasa’nın 2. maddesine ve Başlangıç prg. 4’e de aykırılık oluşturmaktadır.

Bu aykırılık durumu, “kaynağını Anayasa’dan almayan Devlet yetkisi kullanma yasağı” (md.6) karşısında ve Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi (md.11) ile daha belirgin hale gelmektedir. Başta yasama, yürütme ve yargı organlarının saygı göstermesi gelmek üzere, “Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı” hükmünün etkililiği, Anayasa Mahkemesi’nin bu kuralın biricik bekçiliğini yapması ölçüsünde mümkündür. Her vesile ile bu hükmü anlamlandırmak ve güncellemek, hukuk devleti (md.2) açısından yaşamsaldır. Bu bakımdan, yürütme tekeline sahip olan makamın, yasama yetkisinin devredilmezliği kuralına saygı göstermesi, “Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı” hükmünün sürekli gözetilmesi ölçüsünde mümkündür.

Dahası, Cumhurbaşkanı’nın, “Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını temin” etme yükümlülüğü (md.104/2), aykırılık durumunu, aşikâr olmanın ötesinde tehlikeli hale getirmektedir. Bu nedenle, söz konusu düzenleme, Anayasa’ya aykırı olarak bir yetki kullanımını düzenlediğinden ve yukarıda belirtilen nedenlerle Anayasa’nın 6., 11. ve 104/2. maddelerine de aykırılık teşkil etmektedir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle 113 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 3. maddesi ile değiştirilen 12 sayılı CBK’nın 8. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ç) bendinin Anayasanın Başlangıç ilkelerine, 2., 6., 7., 8., 11., 104/2. ve 104/17. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptali talep edilmektedir.

4. 113 sayılı Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 4. maddesi ile değiştirilen 12 sayılı CBK’nın 18. maddesine eklenen (3) ve (4) numaralı fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

113 sayılı CBK’nın 4. maddesi ile 12 sayılı CBK’nın 18. maddesine eklenen (3) ve (4) numaralı fıkralar ile Milli Saraylar İdaresi Başkanlığındaki Milli Saraylar Müşaviri ile Köşk ve Kasır Amiri kadrolarının mali ve sosyal hak ve yardımlar ile diğer özlük hakları açısından Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı İstatistik Müşavirine ve Müdür Yardımcısına denkliği düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemeler, Anayasa’ya aykırılıklar taşımaktadır. Aşağıda bunlar sırasıyla ele alınmıştır.

a) 703 sayılı KHK’ye bağlı iptal istemi

113 sayılı CBK’nın 4. maddesi ile 12 sayılı CBK’nın 18. maddesine eklenen (3) ve (4) numaralı fıkralar, Anayasa’nın 104/17. ve 128. maddelerine aykırıdır. Söz konusu düzenlemelerin dayanağı olarak 375 sayılı KHK’nin 30. maddesi gösterilmektedir. Belirtilen

dayanak maddesi olan ek 30. madde 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye 703 sayılı KHK'nın 178. maddesi ile eklenmiştir.

703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talebini içeren 6/9/2018 tarihli ve Mahkemenizin 8965 sırasına kaydedilen dilekçemiz ile söz konusu KHK'nın 178. maddesinin iptali talep edilmiştir.

Dilekçede, söz konusu maddenin Yetki Kanunu'nun amaç ve kapsamı içinde olmadığı gibi Anayasanın 128. maddesine göre kanunla düzenlenmesi gereken hususlarda düzenleme öngördüğünden 128. maddesine ve aynı şekilde kanunla düzenlenmesi gereken hususlarda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılmasını öngörmesi dolayısıyla Anayasanın 104. maddesine aykırılığı öne sürülerek iptali talep edilmiştir.

Bu çerçevede Mahkemeniz tarafından 703 sayılı KHK'nın 178. maddesinin iptali halinde bu madde ile 375 sayılı KHK'ye eklenen ek madde 30'un iptaline rağmen 113 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 4. maddesiyle değiştirilen 12 sayılı CBK'nin 18. maddesine eklenen (3) ve (4) numaralı fıkraların hükümleri hukuki olarak yasal dayanaktan yoksun olmasına rağmen yürürlükte olacaktır.

Bu nedenle, 703 sayılı KHK'nın 178. maddesi ile 375 sayılı KHK'ye eklenen ek madde 30'a ilişkin iptal taleplerimizle bağlı olarak, 113 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 4. maddesiyle değiştirilen 12 sayılı CBK'nin 18. maddesine eklenen (3) ve (4) numaralı fıkralar, Anayasa'nın 104/17. ve 128. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptali talep edilmektedir.

b) İhtilafı kural, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

375 sayılı kanun hükmünde kararnamenin; "Unvan itibarıyla ilk kez ihdas edilen kadro ve pozisyonlara karşılık belirlenmesi" başlıklı ek 30. maddesinde "*Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle unvan itibarıyla ilk kez ihdas edilen kadro veya pozisyonların, mevzuatta yer alan kadro veya pozisyonlardan hangisine mali ve sosyal hak ve yardımlar ile diğer özlük hakları bakımından karşılık geldiği Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde gösterilir. İhdas edilen kadro veya pozisyonlarda bulunanlara, karşılık gösterilen kadro veya pozisyonda bulunan emsali personele mali ve sosyal hak ve yardımlar ile diğer özlük hakları kapsamında yapılan ödemeler aynı usul ve esaslar çerçevesinde ödenir*" denilmiştir.

375 sayılı KHK'nin ek 30. maddesinde açıkça Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile ilk defa ihdas edilen kadroların denkliğinden bahsedilmiş olmasına rağmen "Müşavir" ve "Amir", yeni bir kadro ve unvan değildir. Cumhurbaşkanlığı ve bakanlıklarda müşavir ve amir kadro ve unvanları düzenlenmiştir.

Dolayısıyla yukarıda da belirtildiği üzere müşavir ve amir kadroları maddi açıdan yeni bir unvan değildir, görev ve yetkileri halen görev yapmakta olan müşavirler ile amirlerle aynıdır ve haliyle bu düzenlemenin 375 sayılı KHK'nın ek 30'uncu maddesi kapsamında ele alınması mümkün değildir.

Her halükarda bir CBK ile ihdas edilmiş bir kadrodan bahsedilmesi mümkün değilken ve daha önce çeşitli vesilelerle kanunlarla düzenlenmiş bir konu söz konusuysa; ihtilafı

kuralın 375 sayılı Kanunun ek 30. maddesine uyarlığından bahsetmek mümkün değildir. Anılan uyumsuzluk, Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Zira; 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). Aynı yönde; "Yasa koyucuya verilen düzenleme yetkisi, hiçbir şekilde kamu yararını ortadan kaldıracak veya engelleyecek... biçimde kullanılamaz ..." (AYM, E.S.:2007/76, K.S.:2008/46, K.G.: 24.1.2008).

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel unsurlarından biri belirliliktir. Bir hukuk devletinde yasaların belirli, erişilebilir ve öngörülebilir olması zorunludur. Öngörülebilirlik aynı zamanda keyfi uygulamalara ve müdahalelere karşı yasanın yeterli güvenceler içermesini de gerektirir. Öngörülebilirlik aynı zamanda hukuk kurallarının birbiriyle çelişmemesini de gerektirir.

Belirlilik ilkesi uyarınca yasal 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. Sadece yasal belirliliği değil daha geniş bir anlamda hukuki belirliliği de ifade eden bu ilke bu anlamıyla esasen bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasını ortaya koymaktadır (AYM, E.2019/89, K.2021/10, 04/02/2021, § 41).

Yukarıda da belirtildiği üzere, müşavir ve amir kadroları yeni bir unvana tekabül etmemektedir; bu kamu görevlilerinin görev ve yetkileri, Cumhurbaşkanlığında ve diğer bakanlıklarda halen görev yapmakta olan diğer müşavirlerle ve amirlerle aynıdır. Bu itibarla, ihtilafli düzenleme, 375 sayılı KHK'nın "Unvan itibarıyla ilk kez ihdas edilen kadro ve pozisyonlara karşılık belirlenmesi" başlıklı ek 30. maddesi kapsamında ele alınması mümkün olmayan bir kadroyu o kapsamda telakki etmektedir. Bu açıdan, iptali istenen kural, "unvan itibarıyla ilk kez ihdas edilen kadro ve pozisyonlar" kavramına ilişkin olarak yanlış bir hukuki nitelmeden yola çıkmakta ve konu bakımından uygulama alanına dahil olmadığı 375 sayılı KHK'nın ek 30. maddesine hatalı şekilde dayanmaktadır. Bunun sonucunda, ihtilafli kural, 375 sayılı KHK'nın ek 30. maddesiyle çelişmekte ve bu çelişki sebebiyle de; söz konusu müşavir ve amir istihdamı, bunların görev ve yetkileri ve bu görevlilerin özlük hakları bakımından belirgin bir hukuki belirsizlik ve ilgililer ve idare açısından da, konuya ilişkin olarak genel bir öngörülemezlik ortaya çıkmaktadır. İhtilafli kural, bu sebeple, Anayasa'nın hukuk devleti ilkesini öngören 2. maddesine aykırıdır.

c) Anayasa'nın 104/17. Maddesine Aykırılık

Anayasa'nın 104/17. Maddesi, "Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz." hükmünü öngörmektedir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da salt bir kanunla düzenleme kaydının bulunmasının, ilgili konuyu cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konu bakımından yetki alanından çıkarmak açısından yeterli olduğunu ifade etmiştir:

“... Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Anayasa’da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir (AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 57; E.2016/180, K.2018/4, 18/1/2018, § 17; E.2017/51, K.2017/163, 29/11/2017, § 13; E.2016/139, K.2016/188, 14/12/2016, § 9; E.2013/47, K.2013/72, 6/6/2013). Buna göre Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı’nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır”. (AYM, E.S. :2018/125, K.S.:2020/4, K.T.:22/1/2020, R.G. Tarih – Sayı: 13/5/2020 – 31126, §11).

Anayasa’nın 128. maddesinde, “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” hükmü yer almaktadır.

Anayasa’nın 128. maddesinde belirtilen bu hüküm açıkça kamuda çalışmakta olan memurlar ve diğer kamu görevlilerinin, nitelikleri, atanma, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve diğer özlük işleri ile görevlerinin sona erme işlemlerinin kanun ile düzenlenmesi şartını getirmektedir. Dolayısıyla, bu madde kapsamında yer alan personelin istihdamı, nitelikleri, iş akitlerinin sona ermesi veya bunların tayin, nakil gibi özlük haklarını doğrudan etkileyen bir düzenlemenin de kanunla yapılmasının gerektiği aşikardır.

Anayasa Mahkemesi, son olarak 43 sayılı CBK’ye ilişkin olarak bu bağlamda verdiği ihlal kararında şu tespiti yapmıştır: “Anayasa’nın 128. maddesine göre memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerekmekte olup kuralla hazine ve maliye başmüfettişleri, müfettişler ve müfettiş yardımcılarının görev, yetki ve sorumluluklarına yönelik bir düzenleme öngörülmektedir ... Bu itibarla Anayasa’nın 128. maddesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda düzenleme yapan kuralın Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olduğu anlaşılmaktadır” (AYM, E.2019/96, K.2022/17, 24/02/2022, §60-61).

İptali talep edilen Cumhurbaşkanlığına bağlı Milli Saraylar İdaresi Başkanlığında istihdam edilen müşavir ve köşk ve kasır amiri unvanlı kadroların mali ve sosyal hakları ve bu görevlilerin özlük haklarına ilişkin düzenleme de, bu kapsamda yer alan bir düzenleme türüdür.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi, 10.9.2015 tarih, E.2015/5, K.2015/82 sayılı kararıyla, bu konuların kanunla düzenlenmesi gereken konular arasında olduğunu belirtmiştir. Belirtilen bu nedenle söz konusu düzenleme, Anayasa’nın 128. maddesinde belirtilen kanunilik ilkesini zedelediğinden Anayasa’nın 128. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Bu nedenle Cumhurbaşkanlığına bağlı Milli Saraylar İdaresi Başkanlığında istihdam edilen müşavir ve köşk ve kasır amiri unvanlı kadrolarının mali ve sosyal hakları ve bu görevlilerin özlük hakları konusunun kanunla düzenlenmesi gerekmekte olup, bunun dışında Cumhurbaşkanlığı kararnamelemleri ile bu konularda belirleme yapılması mümkün değildir. Bu itibarla; Anayasa’nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gereken bir konuyu düzenleyen ihtilafli CBK düzenlemesi, konu bakımından yetkisizlikle maluldür ve Anayasa’nın 104/17. maddesine aykırıdır.

d) Anayasa’nın 128. Maddesine Aykırılık

Anayasa'nın 128. maddesinde, "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" hükmü yer almaktadır.

Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen bu hüküm açıkça kamuda çalışmakta olan memurlar ve diğer kamu görevlilerinin, nitelikleri, atanma, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve diğer özlük işleri ile görevlerinin sona erme işlemlerinin kanun ile düzenlenmesi şartını getirmektedir. Dolayısıyla, bu madde kapsamında yer alan personelin istihdamı, nitelikleri, iş akitlerinin sona ermesi veya bunların tayin, nakil gibi özlük haklarını doğrudan etkileyen bir düzenlemenin de kanunla yapılmasının gerektiği aşikardır.

Anayasa Mahkemesi, son olarak 43 sayılı CBK'ye ilişkin olarak bu bağlamda verdiği ihlal kararında şu tespiti yapmıştır: "*Anayasa'nın 128. maddesine göre memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerekmekte olup kuralla hazine ve maliye başmüfettişleri, müfettişler ve müfettiş yardımcılarının görev, yetki ve sorumluluklarına yönelik bir düzenleme öngörülmektedir ... Bu itibarla Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda düzenleme yapan kuralın Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olduğu anlaşılmaktadır*" (AYM, E.2019/96, K.2022/17, 24/02/2022, §60-61).

İptali talep edilen Cumhurbaşkanlığına bağlı Milli Saraylar İdaresi Başkanlığında istihdam edilen müşavir ve köşk ve kasır amiri unvanlı kadrolardaki kamu görevlilerinin mali ve sosyal hakları ve bu görevlilerin özlük haklarına ilişkin düzenleme de, bu kapsamda yer alan bir düzenleme türüdür.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi, 10.9.2015 tarih, E.2015/5, K.2015/82 sayılı kararıyla, bu konuların kanunla düzenlenmesi gereken konular arasında olduğunu belirtmiştir. Belirtilen bu nedenle söz konusu düzenleme, Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen kanunilik ilkesini zedelediğinden Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

e) İptali istenilen kural, Anayasa madde 7'ye aykırıdır:

Anayasa m.128, m. 130 ve m.104/17 uyarınca kanunla düzenleme yapılması öngörülen bir alanda ihdas edilen ihtilafli Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralı, yasama yetkisinin devrine ilişkin sınırın aşıldığı ve yürütmenin yasamanın yetki alanına müdahale ettiği anlamına gelmektedir. Konu bakımından yetkisizlikle malul her CBK düzenlemesi, aynı zamanda yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini de ihlal eder. Bu nedenle, ağır bir fonksiyon gaspı oluşturan söz konusu madde, Anayasa'nın 7. maddesinde belirlenen yasama yetkisini devir yasağına aykırıdır ve iptal edilmek gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin ilgili CBK iptal kararında açıkça belirttiği üzere, yasamanın yetki alanına giren bir konuda yürütme düzenleme yapamaz (AYM, E.S.: 2018/55; K.S.: 2020/27; K. T.:11/6/2020; R.G.: 20 Temmuz 2020-31194).

f) İptali istenilen kural, Anayasa madde 8'e aykırıdır:

Anayasa'nın 8 inci maddesinde "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir" hükmüne yer verilmiştir.

113 sayılı CBK'nin 4. maddesi ile değiştirilen 12 sayılı CBK'nin 18. maddesine eklenen (3) ve (4) numaralı fıkralar ile yapılan düzenlemede yürütme görevi ve yetkisi Anayasaya ve

kanunlara uygun olarak kullanılmamıştır. Yukarıda açıklandığı üzere Milli Saraylar İdaresi Başkanlığında istihdam edilen müşavir ve köşk ve kasır amiri unvanlı kadrolarda görev yapanların mali ve özlük haklarına ilişkin bulunan konularda ne Anayasa’da ne de Kanunlarda Cumhurbaşkanı’nın, herhangi bir kural ile bağlı olmaksızın doğrudan belirleme ve düzenleme yapma yetkisi bulunmaktadır. Oysa itiraz konusu kural ile Cumhurbaşkanlığı tarafından, Anayasa m.104/17 ve m.128’e aykırı şekilde, Milli Saraylar İdaresi Başkanlığında istihdam edilen müşavir ve köşk ve kasır amiri unvanlı kadrolardaki kamu görevlilerinin özlük ve mali haklarına ilişkin konularda düzenleme yapılmıştır. Bu nedenle söz konusu düzenleme Anayasa’nın 8. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

g) İptali istenilen kural, Anayasa madde 6’ya aykırıdır:

Anayasa’nın 6. maddesine göre, “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz”. Ancak iptali talep edilen düzenleme ile Cumhurbaşkanı, Anayasa’da kendisine yönelik bir yetki olarak tanımlanmayan ve açık bir biçimde kanun ile düzenlenmesi gerektiği belirtilen bir alanda yasama erkinin yetki alanına müdahale etmektedir. Haliyle, itiraz konusu kural, Anayasa’nın 8. maddesine olduğu gibi 6. maddesine de aykırıdır.

Bu nedenle, 703 sayılı KHK’nın 178. maddesi ile 375 sayılı KHK’ya eklenen ek madde 30’a ilişkin iptal taleplerimizle bağlı olarak 113 sayılı CBK’nin 4. maddesi ile değiştirilen 12 sayılı CBK’nin 18. maddesine eklenen (3) ve (4) numaralı fıkralar, Anayasanın 2., 6., 7., 8., 104/17. ve 128. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

5. 113 sayılı Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 5. maddesi ile ekli listenin Anayasaya Aykırılığı

113 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 5. maddesi ile Cumhurbaşkanlığı teşkilatı içerisinde yer alan Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı merkez teşkilatı için ekli listede bulunan kadrolar ihdas edilmiş ve 2 sayılı CBK’nin eki (I) sayılı Cetvelin Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı bölümüne eklenmesine ilişkin düzenleme yapılmıştır.

a) Anayasa’nın 104. maddesine konu bakımından yetki yönünden Aykırılık

Söz konusu düzenleme, konu bakımından yetki yönünden Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin sınırlarını aşması nedeniyle Anayasa’nın 104. maddesine aykırıdır. Anayasanın 104/17. maddede geçen “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” ibaresinin Anayasa’da “kanunla düzenlenir veya kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır” vb. ifadelerin bulunduğu maddelere bakarak belirlenmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa’da salt bir kanunla düzenleme kaydının bulunmasının, ilgili konuyu cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konu bakımından yetki alanından çıkarmak açısından yeterli olduğunu ifade etmiştir: “... Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Anayasa’da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir (AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 57; E.2016/180, K.2018/4, 18/1/2018, § 17; E.2017/51, K.2017/163, 29/11/2017, § 13; E.2016/139, K.2016/188, 14/12/2016, § 9; E.2013/47, K.2013/72, 6/6/2013). Buna göre Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda

Cumhurbaşkanı'nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır". (AYM, E.S. :2018/125, K.S.:2020/4, K.T.:22/1/2020, R.G. Tarih – Sayı: 13/5/2020 – 31126, §11). O halde Anayasa'nın bir maddesinde bir konunun yasayla düzenlenmesi öngörülmüşse o konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi, Anayasa'nın 7. ve 104/17. maddelerine aykırılık oluşturacaktır.

İptali talep edilen düzenleme, Anayasa'nın 123. maddesinde ifade edildiği üzere idarenin bütünlüğü içerisinde yer alan Cumhurbaşkanlığına bağlı Milli Saraylar İdaresi Başkanlığının merkez teşkilatı için ekli listede belirtilen sınıf ve dereceleri ile sayısı belirlenen kadrolarının ihdasına ilişkindir.

Anayasa Mahkemesi bir kararında, "*Kadro unvanı, personelin niteliğini ifade etmenin yanında, o personelin yerine getireceği görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük haklarını da ifade etmektedir. Kadro derecesi ile personelin özellikle aylık ve ödenekleri ve diğer özlük hakları bakımından sıkı bir bağ bulunmaktadır.*" değerlendirmesinde bulunmuştur (AYM, E.2005/139, K.2007/33, 22/3/2007). Anayasa Mahkemesinin (AYMK, E.2005/145 K.2009/112, 23.7.2009; AYMK, E. 2018/73, K.2019/65, 24.7.2019) kararlarında da belirtildiği üzere, bu hususlar Anayasa'nın 128. maddesi kapsamındadır.

Bu nedenle bu kadroların iptali veya ihdasına ilişkin kuralların da Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gerekir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi, E. 2018/73, K.2019/65, 24.7.2019 kararının 139 ila 141. paragraflarında memurların kadro ihdas ve iptal işlemlerinin kanun ile düzenlenmesi öngörülen alanlardan olduğunu belirterek, bu kadroların ihdas ve iptallerine ilişkin olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleme yapılamayacağını da dolaylı olarak tanımlamıştır.

Dolayısıyla, yukarıda belirtilen kadroların ihdasına ve iptaline ilişkin ihtilafli düzenleme, Anayasa'nın 104/17. maddesinde belirlenen sınırları aşarak kanun ile düzenlenmesi öngörülen alanda düzenleme yapması nedeniyle; konu bakımından yetkisizlikle maluldür ve Anayasa'nın 104/17. fıkrasına aykırıdır. Bu cihetle, ihtilafli kuralın iptali gerekir.

b) Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık

Yine söz konusu düzenleme, Anayasa'nın 123. maddesinde ifade edildiği üzere idarenin bütünlüğü içerisinde yer alan Cumhurbaşkanlığına bağlı Milli Saraylar İdaresi Başkanlığının merkez teşkilatı için ekli listede belirtilen sınıf ve dereceleri ile sayısı belirlenen kadrolarının ihdasına ilişkindir.

Anayasa'nın 128. maddesinde, "*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*" hükmü yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi, son olarak 43 sayılı CBK'ye ilişkin olarak bu bağlamda verdiği ihlal kararında şu tespiti yapmıştır: "*Anayasa'nın 128. maddesine göre memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerekmekte olup kuralla hazine ve maliye başmüfettişleri, müfettişler ve müfettiş yardımcılarının görev, yetki ve sorumluluklarına yönelik bir düzenleme öngörülmektedir ... Bu itibarla Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda düzenleme yapan kuralın Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olduğu anlaşılmaktadır*" (AYM, E.2019/96, K.2022/17, 24/02/2022, §60-61).

Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen bu hüküm açıkça kamuda çalışmakta olan memurlar ve diğer kamu görevlilerinin, atama, nitelikleri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve diğer özlük işleri ile görevlerinin sona erme işlemlerinin kanun ile düzenlenmesi şartını getirmektedir. Cumhurbaşkanlığına bağlı Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ek (I) sayılı Cetvel kapsamındaki kamu idareleri arasında sayılmıştır. Söz konusu Başkanlık, Anayasa'nın 123. maddesinde ifade edildiği üzere idarenin bütünlüğü içinde yer almaktadır. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanlığına bağlı Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı'nda çalışan personelin atanması, görev ve yetkileri, iş akitlerinin sona ermesi veya bunların tayin, nakil gibi özlük haklarını doğrudan etkileyen bir düzenlemenin de kanunla yapılması gerektiği aşikârdır. Söz konusu personelin kadrosunun ihdası ile iptali de atanması ile doğrudan bağlantılı olan bağlı bir düzenlemedir. Anayasa Mahkemesi de bir kararında "Kadro unvanı, personelin niteliğini ifade etmenin yanında, o personelin yerine getireceği görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük haklarını da ifade etmektedir. Kadro derecesi ile personelin özellikle aylık ve ödenekleri ve diğer özlük hakları bakımından sıkı bir bağ bulunmaktadır." değerlendirmesinde bulunmuştur (AYM, E.2005/139, K.2007/33, 22/3/2007).

Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi'nin E. 2018/73, K.2019/65, 24.7.2019 tarihli kararında bu durum açıkça belirlenmiştir. Mahkeme söz konusu kararında;

"139. Adı geçen kurumlar Anayasa'nın 123. maddesinde ifade edildiği üzere idarenin bütünlüğü içinde yer almaktadır. Bu kurumlarda genel idare esaslarına göre yürütülmekte olan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden personel Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında olduğundan bunların kadrolarına, bu kadroların ihdas ve iptaline ilişkin kuralların da Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gerekir.

140. Dava konusu kuralda ise anılan idarelerin 2017 yılı fiilî kadrolarının 2016 yılı sonuna kadar TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunca belirlenmesi öngörülmüştür. Kural bu hâliyle yasama yetkisinin devri sonucunu doğurmakta, kamu görevlilerinin statülerinin kanunla düzenlenmesi yolundaki anayasal kurala aykırılık oluşturmaktadır.

141. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."

saptaması ile kadro ihdas ve iptalinin de Anayasa'nın 128. maddesinin 2. fıkrası kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Yine Anayasa Mahkemesi, 36 sayılı CBK'ye ilişkin açılan iptal davasında, 2019/78 Esas, 2020/6 Karar sayılı Kararında:

"20. Genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerinde kadro ve pozisyon esastır. Bu hizmetleri yürüten memur ve diğer kamu görevlileri kendilerine özgü statüye sahiptir. Görevleri dışında da kamu hizmetleri statüsünün bir bölümü olan bu statü hükmüne tabi olurlar ve resmî sıfat ve yetkilerini korurlar. Oysa Kurul, Cumhurbaşkanlığı teşkilatı içinde Cumhurbaşkanına bağlı icrai bir karar alma ve bunu uygulatma yetkisi olmayan tamamıyla istişari nitelikte bir birim olarak düzenlenmiştir. Kurul üyelerinin ancak kurul hâlinde çalıştıkları, tek başlarına bir hizmet yapmadıkları, kamu hizmetlerine geçici ve arızı olarak katıldıkları, görevin ifası sırasında devletin emredici gücünün kullanılmadığı, Kurulda yer alacak üyeler için kadro ve pozisyonun belirlenmediği, bu üyeler ile merkezî idare arasında tam bir statüer ilişkinin kurulmadığı, söz konusu Kurul üyelerinin Kurul üyeliği dışında başka

meslek ve uğraşlarına devam edebildikleri anlaşılmaktadır. Bu itibarla Kurul üyelerinin yaptıkları görev, Anayasamın 128. maddesi anlamında devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli bir görev niteliğinde değildir. Dolayısıyla Kurul üyelerinin belirlenmesi hususu münhasıran kanunla düzenlenmeyi gerektiren bir konu değildir.”

şeklindeki tespitiyle memur ve kamu görevlisi statüsünde olan personelin kadro ihdas ve iptallerinin Anayasamın 128. maddesinde belirlenen şekilde kanun ile düzenlenmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Kadrolar konusunda; Anayasa Mahkemesine göre, kamu görevlilerinin “kadrolarına, bu kadroların ihdas ve iptaline ilişkin kuralların da Anayasa’nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gerekir” (AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019, § 139).

Ancak, Anayasa Mahkemesi, 53 sayılı CBK’nin bazı maddelerinin iptali talebiyle yapılan başvuruda, kadro ihdas ve iptaline ilişkin düzenlemelerin bakanlıklar nezdinde teşkilat yapılarıyla doğrudan bağlantılı olduğu hasebiyle Anayasa’nın 106. maddesinin 11. fıkrası kapsamında Cumhurbaşkanı Kararnameleriyle düzenlenebileceğini belirtmiştir. (AYM, E.2020/8, K.2021/25, 31/3/2021). Kararın ilgili bölümü şu şekildedir:

“22. Bu bağlamda Anayasa’nın CBK tarafından düzenleneceğini özel olarak öngördüğü yukarıda belirtilen bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması ile düzenlenmesi kapsamında, bu konularla sınırlı olmak üzere Anayasa’nın 106. maddesinin anılan hükmünde belirtilen hususlarda CBK ile düzenleme yapılabilir.

23. Bu çerçevede, kuralların Anayasa’nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında CBK ile düzenlenmesi öngörülen Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının teşkilat yapısına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere kadro ile teşkilat arasında yakın bir ilişki olup kadro belirlenmeden bir kurum ve kuruluşun teşkilatlanmasından söz edilmesi zordur. Bu itibarla kuralların Anayasa’nın 106. maddesinin on birinci fıkrasıyla bağlantılı olarak 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı bir yönü de bulunmamaktadır (AYM, E.2018/119, K.2020/25, 11/6/2020, § 28).”

AYM, yukarıda belirtilen kararının sonunda da, “Kurallar Anayasa’nın 123. maddesi bağlamında 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi yönünden incelendiğinden ayrıca 128. maddesi bağlamında anılan fıkra yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.” şeklindeki görüşüyle konunun sadece yetki açısından 104. madde kapsamında ele alındığını belirtirken, daha önceki diğer kararlarıyla çelişen bir karar vermiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere kadro ihdası veya iptali, sadece teşkilat yapısının bir parçası olarak değerlendirilemez. Söz konusu düzenlemeler, kamu görevlilerinin özellikle memurların görevlerine atanması veya görevlerinin sona ermesi ile doğrudan bağlantılı bir konudur. Bu nedenle Anayasa’nın 128. maddesinin 2. fıkrası kapsamında ele alınması gereken bir konudur. Yürütme erkine, bakanlıklar açısından kadro ihdas ve iptal yetkisinin verilmesi, kamu görevlilerinin görevlerini ifa etmelerinde yürütme erkinin etkisi altında kalmaları riskini doğurduğu gibi; yürütme erki açısından, memurların görev ve yetkilerini kullanamamasının bir yolu olarak görülebilir. Dolayısıyla, yürütme erkinin anılan yetkiye sahip olduğunun kabulü halinde, memurların görevlerini yaparken siyasi etkilerden korunması amacıyla düzenlenen Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrası hükümleri fiilen etkisini yitirmiş olacaktır.

Diğer yandan, söz konusu kadro ihdasları aynı zamanda kamu görevlilerinin özlük haklarıyla doğrudan bağlantılıdır. Kadro derecesine göre aylık ve diğer hakları hesaplanan kamu görevlilerine kamu kurum veya kuruluşu tarafından yapılacak harcamalar ve ödenekler de ilgili yıl bütçesi ile belirlendiğinden kadro ihdası veya iptali aynı zamanda bir bütçeleme konusudur. Dolayısıyla Anayasa'nın 161. maddesi çerçevesinde de ele alınması gereken bir konudur. Anayasa'nın 128. maddesi ve 161. maddesine bakıldığında ise bu alanda yapılacak düzenlemelerin kanunilik ilkesine uygun olması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi, "münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular" arasında sayılan bu hususları göz ardı etmemelidir.

Nitekim, 65 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ilişkin verdiği kararda bazı yüksek öğretim kurumlarının kadro ihdas ve iptallerin ilişkin düzenlemenin Anayasa'nın 130. Maddesi kapsamında münhasıran kanun ile düzenlenmesi gereken konulardan olduğunu belirterek üniversitelerin kadro ihdaslarına ilişkin düzenlemeyi iptal etmiştir (AYM, E. 2020/71, K.2021/33, 29/04/2021). Anayasa'nın 130. maddesi çerçevesinde üniversitelerde görev yapan kamu görevlileri açısından kadro ihdasının görev ve yetkileri, unvanları, mali işleri ve özlük hakları ile doğrudan bağlantılı olarak değerlendirilirken Bakanlıklar nezdinde görevlerini yürütmekte olan memurlar açısından Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında ele alınmaması ise kamu görevlisinin korunmasına ilişkin Anayasal güvenceyi düzenleyen hükmü işlevsiz kılacaktır. Bu bakımdan; Anayasa'nın tutarlı şekilde yorumlanma gereği de Anayasa'nın 128. maddesinin ihtilafli düzenlemeye uygulanmak gerektiğini işaret etmektedir.

Yasama yetkisinin genelliği ve CBK çıkarma yetkisinin istisnailiği ile birlikte; Anayasa'nın sistematik yorumu uyarınca, Anayasa'nın 106. maddesini 128. maddeyle tutarlı şekilde yorumlama gereği de dikkate alındığında, kadro ihdası konusunu "teşkilat yapısı" kavramı içerisinde addetmenin mümkün olmaması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda anılan kararları, kadro ihdası konusuna Anayasa'nın 128. maddesinin uygulandığını açık şekilde ortaya koymaktadır. Buna karşın; Anayasa'nın 106. maddesini kadro ihdası konusu bakımından 128. maddeye nazaran lex specialis olarak kabul etmek mümkün değildir; zira, 106. maddede yer alan ve bakanlıkların kurumsal örgütlenmesine ilişkin "teşkilat yapısı" kavramı, "kamu görevlilerinin" "atanmaları" ve "diğer özlük işleri"ne ilişkin 128. maddeyle konu bakımından kesişmemektedir. Kadro ihdası konusu; Anayasa'nın kurumsal mercekli 106. ve (kadro ihdasına uygulandığı AYM kararlarıyla sabit) statü mercekli 128. maddelerinin kurumsal yapıya ve kamu görevlileri rejimine ilişkin farklı uygulanma alanları dikkate alındığında, Anayasa'nın 128. maddesi bünyesinde ele alınması gereken bir konudur. Öyle ki, Anayasa koyucu eğer isteseydi, Anayasa'nın 106. maddesinin son fıkrasına, 128. madde bakımından istisna oluşturacak bir hükmü açık ve tereddüde yer vermeyecek biçimde koyardı.

Bu nedenle Cumhurbaşkanlığına bağlı Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı merkez teşkilatında genel idare esaslarına göre yürütülmekte olan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa etmek için çeşitli sınıf ve unvanlarda çalıştırılacak olan personelin kadro ihdasları ile iptallerinin de kanunla belirlenmesi gerekmekte olup bunun dışında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile bu konularda belirleme yapılması mümkün değildir. Belirtilen nedenlerle, iptal davası konusu CBK düzenlemesi, Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen kanunla düzenleme yapılması öngörülen konulardan sayıldığı için Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır. Bu nedenle iptali gerekir.

c) Anayasa'nın 161. Maddesine Aykırılık

Yukarıda da belirtildiği üzere, söz konusu kadro ihdasları aynı zamanda kamu görevlilerinin özlük haklarıyla doğrudan bağlantılıdır. Kadro derecesine göre aylık ve diğer hakları hesaplanan kamu görevlilerine kamu kurum veya kuruluşu tarafından yapılacak harcamalar ve ödenekler de ilgili yıl bütçesi ile belirlendiğinden kadro ihdası veya iptali aynı zamanda bir bütçeleme konusudur. Dolayısıyla Anayasa'nın 161. maddesi çerçevesinde de ele alınması gereken bir konudur. İhtilafli CBK düzenlemesi, bu açıdan da Anayasa'nın 161. maddesine aykırıdır.

d) Anayasa'nın 7. Maddesinde Belirlenen Yasama Yetkisinin Devredilemezliği İlkesine Aykırılık

Yürütme organı (ya da idare), Anayasada öngörülmuş durumlar dışında kanunların düzenlemediği bir alanda kendiliğinden kural koyamaz ya da bir kanuna aykırı olarak bir kural koyamaz.

113 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 5. maddesi ve ekli liste ile Cumhurbaşkanlığına bağlı Milli Saraylar İdaresi Başkanlığında yer alan çeşitli sınıf ve unvanlar ile dereceleri ve sayısı belirlenen kadrolarının ihdasına ilişkin düzenleme getirilmektedir.

Söz konusu düzenleme ile Anayasa'nın 128., maddesinde yasa ile düzenlenmesi öngörülmuş bir alanda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılarak personel kadrosu ihdası ve iptali yapılmaktadır. Bu şekilde; yürütme, fonksiyon gaspı yapmak suretiyle, Anayasa tarafından kanun koyucunun konu bakımından yetki alanına inhisar ettirilen bir alanda düzenleme yapmıştır. Yürütme organı (ya da idare), Anayasada öngörülmuş durumlar dışında kanunların düzenlemediği bir alanda kendiliğinden kural koyamaz. Konu bakımından yetkisizlikle malul her CBK düzenlemesi, aynı zamanda yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini de ihlal eder.

Dolayısıyla kamu görevlilerinin kadro, pozisyon, atanmalarının kanunla düzenlenmesi yolundaki Anayasa kuralına aykırı bir düzenleme yapılması ve yürütmeye Anayasa'ya aykırı bir yetki tanımlanması, yasama yetkisinin devrine ilişkin sınırın aşıldığını ve yürütmenin yasamanın yetki alanına müdahale ettiğini göstermektedir. Bu nedenle, söz konusu madde, Anayasa'nın 7. maddesinde belirlenen yasama yetkisini devretme yasağına aykırıdır, iptali gerekir.

e) Anayasa'nın 8. Maddesine Aykırılık

Anayasa'nın 8. maddesine göre; “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir”. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yürütme yetkisi olarak, Anayasa ve kanunlar çerçevesinde kullanılmalıdır. Oysa, 113 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 5. maddesi ve ekli liste ile Cumhurbaşkanlığına bağlı Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı'nın merkez teşkilatı kapsamında unvan, sınıf ve dereceleri ile sayısı belirlenen kadrolarının ihdası yapılmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere bir CBK ile kanunla düzenlenmesi öngörülen bir alanda düzenleme yapılması suretiyle kanun koyucunun alanına müdahale edilmesi, anayasal çerçeve dışında yetki kullanımını ortaya koymaktadır. Bu itibarla 113 sayılı CBK'nin 5. maddesi ile ekli liste, Anayasa'nın 8. maddesine de aykırıdır, iptali gerekir.

f) Anayasa'nın 2. Maddesine ve Başlangıç İlkelerine Aykırılık

Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti” olan Cumhuriyet, erkler ayrılığı ilkesinde somutlaşır: “*Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu;*” (Başlangıç, prg.4). Bu çerçevede; Anayasa’nın 7., 8. ve 9. maddeleri de yasama, yürütme ve yargı yetkilerini ayrı ayrı düzenler.

113 sayılı CBK’nin 5. maddesi ile ekli liste, yukarıda açıklanan nedenlerle, “Anayasa ve kanunların üstünlüğü” ilkesini ihlal ettiğinden, Anayasa’nın 2. maddesine ve Başlangıç prg. 4’e de aykırılık oluşturmaktadır.

Bu aykırılık durumu, “kaynağını Anayasa’dan almayan Devlet yetkisi kullanma yasağı” (md.6) karşısında ve Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi (md.11) ile daha belirgin hale gelmektedir. Başta yasama, yürütme ve yargı organlarının saygı göstermesi gelmek üzere, “Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı” hükmünün etkililiği, Anayasa Mahkemesi’nin bu kuralın biricik bekçiliğini yapması ölçüsünde mümkündür. Her vesile ile bu hükmü anlamlandırmak ve güncellemek, hukuk devleti (md.2) açısından yaşamsaldır. Bu bakımdan, yürütme tekeline sahip olan makamın, yasama yetkisinin devredilmezliği kuralına saygı göstermesi, “Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı” hükmünün sürekli gözetilmesi ölçüsünde mümkündür.

Dahası, Cumhurbaşkanı’nın, “Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını temin” etme yükümlülüğü (md.104/2), aykırılık durumunu, aşikâr olmanın ötesinde tehlikeli hale getirmektedir. Bu nedenle, söz konusu düzenleme, Anayasa’ya aykırı olarak bir yetki kullanımını düzenlediğinden ve yukarıda belirtilen nedenlerle Anayasa’nın 6., 11. ve 104/2. Maddelerine de aykırılık teşkil etmektedir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle 113 sayılı CBK’nin 5. maddesi ile ekli listenin Anayasanın Başlangıç ilkelerine, 2., 6., 7., 8., 11., 104/2, 104/17., 128. ve 161. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptali talep edilmektedir.

I. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile Anayasada yapılan değişikliklerle hukuk sistemimize girmiş ve 24 Haziran Seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının yemin ederek görevine başlamasıyla yürürlüğe girmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile ilk defa yürütme organına, dayanağını doğrudan Anayasadan alan bir düzenleme yetkisi tanınmıştır. Anayasa’da önemli sınırlamalar getirilerek tanınmış olan bu yetkinin, anayasal sınırlar çerçevesinde kullanılması, kötüye kullanılmaması ve yasama yetkisinin devri niteliği taşımaması, Anayasa’nın başta 6., 7. ve 8. maddeleri gereği olup, örgütlenmesi, erkler ayrılığına dayanan demokratik hukuk devletinin yaşama geçirilmesi açısından hayati önem taşımaktadır. Oldukça güçlü yetkilerle donatılmış ve doğrudan halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanının Anayasa’da kendisine tanınan sınırlı alanı aşarak her konuda düzenlemeler yapması, demokratik hukuk devletinin özünü oluşturan denge ve denetleme mekanizmalarını işlevsiz hale getirecek, sistemi yürütmenin keyfi yönetimine dönüştürecektir.

Göreve başlamasının hemen ardından Cumhurbaşkanınca oldukça kapsamlı pek çok CBK çıkarıldığı görülmektedir. Bu CBK’lerin pek çoğunda da çerçevesini Anayasa’nın açıkça çizdiği yetki sınırlarının aşıldığı, Anayasanın CBK ile düzenlenmesini yasakladığı alanlarda

düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Yukarıda iptali istenen kural da Anayasanın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesini yasakladığı alanlara ilişkin bir düzenleme oluşturmaktadır. Bu nedenle *ultra vires* geçersizlikle maluldür. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesince ivedilikle incelenerek yetki dışı düzenlemelerin iptal edilmesi ve hukuk sisteminden ayıklanması, normlar hiyerarşisine dayanan hukuk düzeninin devamlılığı bakımından hayati önem taşımaktadır. Bu durum, örneğin, Anayasa'nın 128. maddesinin 2. fıkrası gibi devletin yapılanmasını doğrudan ilgilendiren bir düzenleme açısından özellikle böyledir.

Anayasanın tanıdığı yetki çerçevesinin dışında yapılan işlemler, *ultra vires* geçersizlikle maluldür. Hukuki geçerliliği bulunmayan düzenlemelere dayanarak işlemler tesis edilmesi, birey haklarına telafisi imkânsız zararlar verecektir. Bu nedenle, bu düzenlemelerin bir an önce yürürlüklerinin durdurulması, hukuki bir zorunluluktur.

Hukuk devleti ilkesini zedeleyen ve Anayasaya açıkça aykırı olan bir düzenlemenin uygulanması halinde, sonradan giderilmesi olanaksız zararlara yol açacağı çok açıktır. Anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın da gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağına duraksama bulunmamaktadır.

Ayrıca, burada tekrar vurgulanmalıdır ki; Anayasa'nın çerçevesini ve sınırlarını sınırlı sayı ilkesiyle (*numerus clausus*) belirlemiş olduğu yetki alanı dışında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Türkiye Cumhuriyeti'nin üzerine inşa edildiği erkler ayrılığı ilkesinin ve bu çerçevede Devletin yönetim biçimine ilişkin emredici ve yasaklayıcı Anayasa hükümlerinin ihlal edilmesi sonucunu doğurduğu kadar, Devlet'in hukuki yapılanmasının çerçevesini oluşturan normlar hiyerarşisinin de bozulmasına sebep olmaktadır. Siyasi rejimin demokrasiden monokrasiye kaydırıldığı, yargının bağımsızlığını yitirdiğine ilişkin çok ciddi iddia ve tespitlerin bulunduğu bir tarihsel zaman diliminde (bu son nokta hakkında bkz. Türkiye'nin AİHS'nin 18. maddesini ihlal ettiğine karar veren müteakip karar: AİHM, Kavala/Türkiye, başvuru no: 28749/18, 10 Aralık 2019, p.197-232), AYM'nin, açık şekilde Anayasa'nın çizdiği yetki çerçevesinin dışına çıkan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi maddelerinin yürürlüklerinin durdurulmasına karar vermesi; Anayasa'nın tanımladığı şekliyle Devlet düzeninin sağlıklı işleyişi, hukuk devletini ilkesinin asgari gereklerinin işletilmesi ve demokrasinin devamı açısından yaşamsal olduğu kadar, Anayasa Mahkemesi'nin varlık sebebi açısından da bir zorunluluktur.

Yukarıda sayılan türde zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan söz konusu maddenin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

8/11/2022 tarihli ve 113 sayılı Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin;

A. Tümünün, gerekçe yokluğunun Anayasa madde 2'ye aykırı olması nedeniyle Şekil yönünden iptaline,

B.

1) 1. maddesi ile değiştirilen 12 sayılı CBK'nın 4. Maddesinin birinci fıkrasına eklenen (e) bendinin, Anayasanın 8., 106. ve 123. maddelerine,

2) 1. maddesi ile 12 sayılı CBK'nin 4. maddesine eklenen (4) numaralı fıkranın, Anayasanın Başlangıç ilkelerine, 2., 6., 7., 8., 11., 104/2. ve 104/17. maddelerine,

3) 3. maddesi ile değiştirilen 12 sayılı CBK'nın 8. Maddesinin birinci fıkrasına eklenen () bendinin, Anayasanın Başlangıç ilkelerine, 2., 6., 7., 8., 11., 104/2. ve 104/17. maddelerine,

4) 4. maddesi ile değiştirilen 12 sayılı CBK'nın 18. Maddesine eklenen (3) ve (4) numaralı fıkraların, Anayasanın 2., 6., 7., 8., 104/17. ve 128. maddelerine,

5) 5. maddesi ile ekli listenin, Anayasanın Başlangıç ilkelerine, 2., 6., 7., 8., 11., 104/2, 104/17., 128. ve 161. maddelerine,

aykırı olması nedeniyle iptaline ve dava sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına, karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz.

Engin ALTAY
İstanbul Milletvekili

Özgür ÖZEL
Manisa Milletvekili

Engin ÖZKOÇ
Sakarya Milletvekili

”