

“ ...

A. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN (CK) ANAYASAL ÇERÇEVESİ

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 Anayasası'nın 107. maddesinde belirtilen cumhurbaşkanlığı kararnamesi, 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 kararnamesiyle düzenleneceğini belirtiliyordu. Burada bir ad benzerliği dışında iki tür düzenleme, hukuki çerçeve ve sınırları açısından farklı niteliktedir.

6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile getirilen Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin temel ilke ve koşulları ile çerçevesi, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında ortaya konulmuştur.

“Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi 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 kararnamesiyle düzenlenemez.

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.”

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

Görüldüğü üzere Anayasa'da yapılan değişikliklerle, kanun ile cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasındaki hukuki ilişki netleştirilmiş ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin kanunlara aykırı olamayacağı açıkça belirtilmiştir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa'ya uygunluk denetiminde, yukarıdaki hükümler yanında, Anayasa'da yer alan iki temel ilkenin daha göz önünde bulundurulması gerekir: yasama yetkisinin devri yasağı ve kanuni idare ilkesi. Bu yasağın ve ilkenin, 6771 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemenin ortaya çıkardığı anayasal görünüm (configuration) bakımından daha da önem kazanmış bulunmaktadır. Bunun başlıca nedeni, bir yandan, yetki kanunu yoluyla

yürütme organına kanun hükmünde kararname (KHK) çıkarma yetkisi yürürlükten kaldırılırken; öte yandan, “münhasıran kanunla düzenleme” kavramı öngörülmüştür. Böylelikle, yasal düzenleme yetkisi, yasama yetkisinin devri yasağı ile pekiştirilmiş bulunuyor. Böylece, “münhasıran kanunla düzenleme”, yasama tekeli ifade ettiğinden, CK’ye kesinlikle kapalı alan anlamına gelmektedir.

6771 sayılı Kanun ile Anayasa’dan kaynaklanan doğrudan düzenleme yetkisiyle yürütme fonksiyonu daha da güçlendirilmiştir. Bu noktada Türk anayasa hukukunda tartışılan konulardan biri olan idarenin, kanunla düzenlenmeyen bir alanda düzenleme yapıp yapamayacağı hususunda yasama yetkisinin devri yasağı göz önüne alınmalıdır. Anayasa'nın 7. maddesinde, “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.” denilmiştir. Buna 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)

Mahkeme bir başka kararında ise yasama yetkisinin devredilmezliği 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 kullanılamaması 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).

Neticede sadece 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. Kaldı ki, AYM’nin, 6771 sayılı Kanundan önceki anayasal bağlamda verdiği bu karar, 6771 sayılı yasa ile Anayasa’da değişiklik sırasında, yetki kanununun kaldırılmış olması ve yürütmeye doğrudan düzenleme yetkisi verilmiş olmakla birlikte, “münhasır kanun” ve “kanunla açıkça düzenleme” kavramları ışığında, yasama yetkisi devir yasağı ve yasal düzenleme yetkisini genişletici tarzda okunmalıdır.

Öte yandan yasal idare ilkesi, Ülkemizde 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 yetkisini yasama organına verir. 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 ilkel bir yetki olan yasama yetkisine dayanarak yasama organı, Anayasaya aykırı olmamak şartıyla, Anayasanın herhangi bir şekilde düzenlemediği bir konuyu yasa ile düzenleyebilir. Ancak idare, önceden yasa ile düzenlenmeyen bir alanda faaliyette bulunamaz, böyle bir konuda yasadan aldığı bir yetkiye dayanarak bir işlem ve eylemde bulunabilir. 6771 sayılı Kanun öncesinde bunun iki istisnası olduğu kabul edilmekteydi: Biri Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun çıkardığı sıkıyönetim ve olağanüstü hal kanun hükmünde kararname; diğeri ise, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluş ve çalışma esaslarını düzenleyen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi. Yasal idare ilkesinin bir diğer sonucu da, idarenin eylem ve işlemlerinin kanuna uygun olmasıdır. Zaten Anayasa da 8. maddede “yürütme yetkisi ve görevi Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir” şeklinde yürütmeye özgülediği hükümlerle, hem dayanak hem de kullanım çerçevesi yürütmeye ilişkin yetki ve görev kaydını açıkça belirlemiş olmaktadır.

6771 sayılı Kanunla getirilen Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle, her ne kadar anayasal normatif düzenleme yoluyla belirgin bir biçimde çerçevelenmiş olsa da, 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. Ancak bu durum, Fransa’da olduğu gibi yürütmenin özerk düzenleme alanına sahip olduğu, yani her bir organın düzenleme yapacağı konuların açıkça sayıldığı, şeklinde anlaşılmalıdır. Çünkü cumhurbaşkanlığı kararnamesine konu olan alan,

yasama konusu olmaktan çıkmamaktadır. Zira, CK ile düzenlenen bir alanda yasa çıkarma yetkisi, yine Anayasa ile açıkça tanınmıştır: “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, tam tersine, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konularda dahi TBMM yasa çıkarabilecektir.

6771 sayılı Kanun ile doğrudan Anayasa’nın 7. maddesindeki yasama yetkisinin devri yasağı ve 123. maddedeki idarenin kanuniliği ilkesi muhafaza edilmiş; buna karşılık dolaylı olarak bu ilkeler güçlendirilmiştir. Belirli idari konuların Anayasa’da açıkça Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğinin öngörülmüş olması, bu görüşü teyit eder: “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 sistematiği içinde bağdaştırılarak yorumlanması gerekir. Gerçekte Anayasa koyucu, 123/1. maddede genel kuralı, idarenin kanuniliği ilkesini, koymuş; bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri ile kamu tüzel kişiliği kurulması yönünden bu genel kurala bir istisna getirmiştir. Diğer bir ifadeyle, idarenin kanuniliği ilkesi, salt 106/son ve 123/son maddelerde belirtilen hususlar açısından geçerli değildir.

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 kural 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. (Bkz., Kemal Gözler, Yorum İlkeleri, <http://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri-kitaptan.pdf>).

Öte yandan kamu hukukunda mevzuatın açıkça belirttiği bir makama ya da makamın görevlisine verdikleri yetkiler devre konu olamazlar. Yargı kararlarında da yetkinin, mevzuat tarafından kime verilmiş ise, ancak onun bu yetkiyi kullanabileceğini belirtmiştir. Yetki devrinde yetki devredilen makamın devraldığı bu yetkiyi kendinden alt bir makama devrinin yasak olduğu hususu idare hukukunda ve kamu yönetiminde benimsenen görüştür (Bkz. R. Cengiz Derdiman, Yusuf Uysal, Türk Kamu Yönetiminde Yetki Devri, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/235994>). Bu anlamda Anayasanın 106. Maddenin son fıkrasında belirtilen yetkinin bizzat Cumhurbaşkanlığı tarafından cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kullanılması gerekir.

Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasındaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri normlar hiyerarşisinde yasaya eşdeğer işlemler değildir. Anayasanın bu tür kararnamelerin salt “yürütme yetkisine ilişkin konular” ile 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 delildir. Bu düzenlemelerden, CK ile düzenleneceği belirtilen konuların yasayla düzenlenmesi halinde, Anayasa'nın açıkça olanak tanıdığı bir yetki olması itibarı ile bir anayasaya aykırılık oluşturmaz.

“Kanunsuz emir” kenar başlıklı 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 CK ile kamu tüzelkişiliği kurulmasına da imkân tanınmıştır.

Anayasa, Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (m.108/4.) ile Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceğini hüküm altına almıştır(m.118/7.).

124. ve 137. maddelerde yer alan tüzük ibaresi, Anayasadan tamamen çıkarılmıştır. Böylece tüzük uygulaması yürürlükten kaldırılmış onun yerine 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.” hükmü yer almıştır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılabileceği yukarıda belirtilen istisnai işlemler; kaynağını doğrudan Anayasadan alan yürütme işlemi niteliğinde kabul edilmelidir.

Öte yandan; Cumhurbaşkanı, “üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler” (madde 104/9).

1. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmasının sınırları

Anayasanın 104/17. maddesiyle getirilen CK ile yürütmeye tanınan düzenleme alanı oldukça dar ve sınırlı olup, hukuken çerçevelenmiştir. Söz konusu sınırları ve anayasal çerçeveyi şu şekilde açıklamak mümkündür.

1) 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, CK'leri ancak yürütme yetkisinin gerektirdiği

hususlarda ihtiyaç duyulduğunda çıkarılabilecek, yasama ve yargı yetkilerinden herhangi birinin alanına giren bir konuda ise CK çıkarılması mümkün olmayacaktır.

2) ikinci olarak; CK'leri "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. Bu yasakla, kişilerin temel haklarını ilgilendiren hususlarda yasa olmaksızın CK'lerin devreye girmesi engellenmek istenmiştir.

Ancak bu noktada çözümlenmesi gereken soru, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevlerin tamamının CK 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.

Öncelikle, aşağıda ayrıntılarıyla belirtileceği üzere, "Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz." Dolayısıyla 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. Haliyle, belirtilen konuların CK ile düzenlenmesi mümkün değildir. Eğer böyle bir düzenleme yapılırsa, bu hem Anayasanın 104/17. maddesine hem de o hak ve ödev için kanun kaydı koyan hükme aykırılık oluşturur. Sadece yasa kaydı içermeyen sosyal ve ekonomik haklar, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konusu olabilecektir. Örneğin konut hakkını düzenleyen Anayasanın 57. maddesi böyledir. Ancak bu durumda bile düzenleme, konut ihtiyacını karşılayacak önlemler ve toplu konut teşebbüslerini destekleyici olmalıdır.

Bir başka açıdan ise, 104/17. maddenin ikinci cümlesi, sosyal ve ekonomik haklar alanının CK ile düzenlenmesini kabul ederken, bu düzenlemenin sınırlarını da belirtir: ilki, fıkranın ilk cümlesindeki CK'nin sadece yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabileceği, diğeri ise üçüncü cümlesindeki münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda yasaklanmış olmasıdır. Öte yandan, Anayasanın 13. maddesindeki temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği kuralı dikkate alındığında, CK'ye konu olabilecek sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerle ilgili cumhurbaşkanının sınırlama değil sadece bir düzenleme yetkisinden bahsedilebilir. Özgürlükler hukukundaki düzenleme ve sınırlama ayrımı dikkate alındığında CK ile sosyal ve ekonomik haklar ve ödevlerin gerçekleşmesi için, madde 57 örneğinde olduğu gibi, 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.

3) Üçüncü sınır, "Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz." hükmüdür. AYM tarafından yasama yetkisinin devir yasağı çerçevesinde yürütmenin düzenleme yetkisi izah edilirken kullanılan "münhasıran" kanunla düzenlenmesi gereken konular ibaresi, Anayasa kuralı haline getirilmiştir (Bkz., Anayasa Mahkemesi Kararı 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.”. AYM’nin bu kararı, 6771 sayılı Kanun’da öngörülen kurallar çerçevesinde, “münhasır kanun” ve “açıkça kanunla düzeme” kavramı ışığında okunmalı; yetki kanunu ilga edildiği için, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülen yetki kategorileri, “yasalara özgülenmiş alan” ve “Anayasa’ya saygı” kaydı altında anlaşılmalıdır.

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 düzenlenmesini istemesi 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 alakalı 73. Maddede (Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır.) ve kamu hizmeti görevlileriyle alakalı 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 uygulanmak 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, CK ile yasanın konu itibarıyla iç içe geçme riskini içerir, karmaşaya yol açma ihtimalini barındırır. Çünkü Anayasanın 104/9. maddesi, cumhurbaşkanı CK 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.

Dolayısıyla 104/17. maddede geçen “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” ibaresinin Anayasada “kanunla düzenlenir veya kanunla konular, 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. Zira, md.104/17 düzenlemesi ile yasa kaydı, "pekiştirilmiş bir anlam kazanmış bulunuyor"...

4) Bir diğer sınır ise, "Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz" kuralıdır. Bir konu yasa ile açıkça düzenlenmişse, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Elbette, CK'lerin çıkarılması için KHK'lerde olduğu gibi yasa ile yetkilendirme gerekmez. Ancak KHK'ler yasaları değiştirebilirken CK'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.

Bu açıklamalar ışığında Anayasa'nın Cumhurbaşkanı kararnamesiyle doğrudan düzenleme yetkisi verdiği konularda dahi CK 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 mevcut yasalarda CK ile değişiklik yapılabileceği anlamına gelmemektedir. Sonuç olarak Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının mevcut hükümleri karşısında hangi konuda olursa olsun CK ile bir yasayı 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.

2. CK'lerle ilgili Olarak Anayasa Mahkemesi Denetiminin Kapsamı

Anayasa Mahkemesinin denetim kapsamına giren işlemlerden biri de cumhurbaşkanlığı kararnamesidir. Anayasanın 148., 150., 151., 152. ve 153. maddelerinde daha önce mevcut olan kanun hükmünde kararname yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ibaresi konulmuştur.

Anayasanın 148. maddesi bu konuda gayet açıktır: "Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İttüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. ... Ancak, olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz."

Bu maddede yapılan değişiklikle Anayasanın 2017 öncesi halinde 91. maddede düzenlenen ve 6771 sayılı Kanun ile kaldırılan kanun hükmünde kararname ifadesi yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ibaresi konulmuştur. Ayrıca olağanüstü KHK'lerde olduğu gibi olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan CK'lerin de anayasallık denetiminin yapılamayacağı ifade edilmiştir.

150. maddede ise, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin iptali için dava açma hakkının kimlere tanındığı belirtilir: Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, “Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir.” Anayasa, ayrıca, itiraz dava yolunda, yani Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesinde, “Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.” demektedir (madde 152). Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bir davaya uygulanacak kural olduğunda söz konusu CK hükmü somut norm denetimi yoluyla AYM önüne götürülebilecektir.

153. maddede ise, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hakkında verilen iptal kararının, kararın Resmî Gazetede yayımlanması ile hukuki sonucunu doğuracağı ifade edilmiş, AYM’ye iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırılabilme imkanı da tanınmıştır.

Anayasa Mahkemesi, bu denetimi nasıl ve hangi çerçevede yapmalıdır? Yargısal denetimde AYM öncelikle bir CK’nın Anayasada CK ile düzenlenmesi öngörülen hususlarda düzenleme içerip içermediği, yani yetki yönünden denetleyecektir. Dolayısıyla CK yetki kapsamı dışında bir konuyu düzenlemişse, doğrudan yetkisizlik dolayısıyla iptal edilmelidir. CK’nın yetki kapsamı içinde olduğu sonucuna varırsa AYM bu kez düzenlemenin esas bakımından Anayasa’nın ilgili maddelerine uygunluğunu inceleyecektir. Her ne kadar Anayasanın 148. maddesinde CK’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, Cumhurbaşkanına ancak fıkroda belirtilen sınırlar içinde CK çıkarma yetkisi verilmiştir. Bu sınırların aşılması, CK’yi Anayasa’ya aykırı hale getirir. Böylece, CK’nın örneğin kanunun açıkça düzenlediği bir hususu içermesi onun Anayasa’ya aykırı olması sonucunu doğurur.

Bu açıdan CK’lerin denetimi yasaların denetiminden farklıdır. Yasaların esas denetiminde sadece yasanın maddi bakımdan anayasaya uygunluğu inceleme konusu olurken, CK’lerin önce yetki yönünden incelenerek, Anayasanın 104/17. maddedeki sınırlara uyulup uyulmadığı denetlenmelidir. Bu çerçevede CK’nın bir temel hakkı düzenleyip düzenlemediği, Anayasada yasa kaydı olan ya da bir kanun tarafından düzenlenmiş bulunan bir konuda düzenlemeye yer verilip verilmediği öncelikle ele alınmalıdır. Bu bağlamda AYM, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çerçevesini, “yasa kaydı” bakımından belirlemelidir.

Aynı bağlamda, sosyal ve ekonomik haklar konusunda CK’lerin hak ve özgürlükler üzerindeki somut etkisi, incelemede dikkate alınmalıdır. Bu yönden, bir CK hak ve hürriyetleri sınırlayıcı nitelikte ise, konu yasama yetkisinin alanına kayacak ve CK Anayasaya aykırı hale gelebilecektir. Bu nedenle sosyal ve ekonomik haklara ilişkin olarak CK’lerde yer alan her bir hükmün somut etkileri dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu çerçevede hangi kuralın hak ve hürriyetleri kısıtlayıcı, hangi kuralın sadece düzenleyici nitelikte olduğunun tespiti oldukça zor olacaktır.

B. 39 SAYILI CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN BAZI HÜKÜMLERİNİN ANAYASA AYKIRILIĞI

1. 39 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3. maddesi ile 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 256. maddesine eklenen (4) sayılı fıkranın Anayasaya Aykırılığı

39 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3. maddesi ile 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 256. maddesine (4) sayılı fıkra eklenmektedir. Yapılan değişiklik ile Mesleki Yeterlilik Kurumu'ndaki personelin atanma şartları ve statüsünü düzenleyen maddeye bir fıkra eklenmiş ve bu fıkra ile Kurum nezdinde belirli bir uzmanlık gerektiren nitelikteki iş ve hizmetlerin 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 31. maddesine göre bir takvim yılı içerisinde bir kişi için altmış günü geçmemek üzere istisna sözleşmesi çerçevesinde gördürülebileceği düzenlenmiştir.

Anayasanın 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.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesi Anayasa'nın 128. maddesinde zikredilen memurlar ve diğer kamu görevlilerinin kimler olduğunu tanımlamış ve devletin asli işlerinin maddenin (A) bendinde tanımlanan devlet memurları eliyle görüleceğini belirtmiştir. Kanunun 4. maddesinin (B) bendi ile de memurlar haricinde uzmanlık gerektiren bazı işlerde memurlar dışında belirli süreli olarak bir hizmet akdine dayalı olarak çalıştırılacak diğer kamu görevlilerinin nitelikleri ve statüsü tanımlanmıştır. Bunların dışında 4. maddenin (D) fıkrası ile de kamuda iş sözleşmesi ile çalıştırılacak işçilerin statüsü tanımlanmıştır. Maddenin (C) fıkrası ise geçici personel tanımlaması yapılmış ve yukarıda belirtilen (A), (B) ve (D) fıkralarının haricinde farklı sözleşme türleri ile çalıştırılacak personelin statüsü tanımlanmıştır. Ancak, söz konusu (C) fıkrası 20/11/2017 tarih ve 696 sayılı KHK'nın 17. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve TBMM tarafından kabul edilen 1/2/ 2018 tarih ve 7079 sayılı Kanunun 17. maddesi ile de söz konusu yürürlükten kaldırma kararı kanunlaşmıştır. Dolayısıyla, genel anlamdaki yasa olan 657 sayılı Yasa ile kamuda çalıştırılacak personelin statüleri ve hizmet akdi türleri de tanımlanmıştır. Buna göre belirsiz veya belirli süreli iş akitleri veya hizmet sözleşmeleri dışında farklı akit türleri ile kamuda personel istihdamı sağlanamayacağı söylenebilir.

Genel personel Kanunu dışında özel bir kanun olan 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ise kamu kurum ve kuruluşlarında çalıştırılacak personellere ilişkin özel düzenlemelere yer vermiştir. Yukarıda belirtilen statüler haricinde idari hizmet sözleşmesi veya başka akit türleriyle çalıştırılacak personellerin tanımlandığı bu kanun hükmünde kararnameye 703 sayılı KHK'nın 178. maddesi ile bir dizi ek madde eklenmiştir.

375 sayılı kanun hükmünde kararnamede “Vekâlet ve İstisna Sözleşmesi İle İstihdam” başlıklı ek 31. maddesinde;

“Bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilatlanmasına ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde öngörülmesi kaydıyla, özel bilgi ve uzmanlık gerektiren

geçici mahiyetteki işlerde; vekâlet veya istisna sözleşmesi ile yabancı danışman ve uzmanlar, istisna sözleşmesi ile de yerli danışman ve uzmanlar çalıştırılabilir.

Bunlara ödenecek ücretin tutarı, 657 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin (B) bendine göre çalıştırılanlar için uygulanmakta olan sözleşme ücreti tavanının üç katını aşmamak üzere ilgisine göre Cumhurbaşkanı yardımcısı ya da bakan tarafından tespit edilir.

Bunların istihdamına ilişkin ihtilaflar iş mahkemelerinde görülür.

Bu statüde çalıştırılma, sözleşme bitiminde kamu kurum ve kuruluşlarında herhangi bir pozisyon, kadro veya statüde çalışma açısından kazanılmış hak teşkil etmez.

Bu madde kapsamında çalıştırılacakların nitelikleri, işe alınmaları ve çalışma usul ve esasları ile istihdamlarına dair diğer hususlar Devlet Personel Başkanlığının görüşü alınarak kurumca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.” denilmiştir.

Öncelikle usul açısından 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükümlerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname'nin 178. maddesinin iptali ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi 6/9/2018 tarihli ve Mahkemenizin 8965 sırasına kaydedilen dilekçemiz ile 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. maddeye 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'ya eklenen ek 31 inci maddenin iptaline rağmen, 39 sayılı CK'nın 3. maddesi ile 4 sayılı CK'nın 256. maddesine eklenen 4. fıkra hükümleri hukuki olarak yasal dayanaktan yoksun olmasına karşın yürürlükte kalmaya devam edecektir.

Bu nedenle, 703 sayılı KHK'nın 178. maddesi ile 375 sayılı KHK'ya eklenen ek ek 31. maddenin yetki yasasının kapsamında olmaması nedeniyle yok hükmündedir. Bu maddenin iptaline ilişkin taleplerimizle bağlı olarak, 39 sayılı CK'nın 3. maddesi ile 4 sayılı CK'nın 256. maddesine eklenen 4. fıkranın Anayasanın 104/17. ve 128. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptali talep edilmektedir.

Yüce mahkeme, yok hükmünde olan bir maddeye dayalı olarak yapılan bir düzenlemeyi bu maddenin Anayasa'ya uygun olduğu kanaatine ulaşarak incelediği takdirde de esasa ilişkin Anayasa'ya aykırılıklar olduğunu görecektir.

Mesleki Yeterlilik Kurumu nezdinde belirli bir uzmanlık gerektiren nitelikteki iş ve hizmetlerin 375 sayılı Kanun Hükümünde Kararnamenin ek 31. maddesine göre bir takvim yılı içerisinde bir kişi için altmış günü geçmemek üzere istisna sözleşmesi çerçevesinde gördürülebileceğine ilişkin bu hüküm açıkça hukukun genel ilkelerine, Anayasa'ya birçok açıdan aykırıdır. Aşağıda bu aykırılıklar detaylı bir biçimde ele alınacaktır.

a) Anayasa'nın 104. maddesine Aykırılık

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında "...Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. ..." hükmüne yer verilmiştir.

39 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 3. maddesi ile 4 sayılı CK'nın 256. Maddesine eklenen 4 sayılı fıkra ile düzenlenen ve Mesleki Yeterlilik Kurumu'nda belirli bir uzmanlık gerektiren nitelikteki iş ve hizmetlerin 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 31. maddesine göre bir takvim yılı içerisinde bir kişi için altmış günü geçmemek üzere istisna sözleşmesi çerçevesinde gördürülebileceğine ilişkin hüküm özünde hizmet veya iş sözleşmesi ile belirli süreli veya belirsiz süreli olarak yapılan akit türlerinin dışında olan ve istisnai nitelikte olan "eser sözleşmeleri"ni konu edinmektedir. Bu tür istisnai sözleşmelerinin süre sınırını düzenlemektedir.

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.

375 sayılı KHK'nın ek 31. maddesinde tanımlanan istisnai sözleşme ile çalıştırılacak personelin diğer kamu görevlileri içerisinde yer alacağı aşikârdır. Aksi halde 657 sayılı Kanunun 4. maddesinde tanımlanmamış bir sözleşme türü ile kamuda geçici süre ile çalıştırılabilecek bir gruptan söz etmek gerekir. Kanunda öngörülmeleyen bir statüde istihdam sağlama hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu gibi Anayasa'nın 128. maddesine de açık aykırılık teşkil eder.

Anayasa'nın 128. maddesinde diğer kamu görevlileri arasında tanımlanmış olan ve istisna sözleşmeyle çalıştırılan personelin özlük haklarının, sözleşmelerinin sürelerinin de diğer kamu görevlileri gibi kanun ile düzenlenmesi gerekir.

Bu nedenle istisna sözleşmeleriyle istihdam edilecek olan kamu görevlilerinin akit sürelerinin veya verilecek olan mali hakların, ya kanunla ya da kanunun belirlediği usul çerçevesinde belirlenmesi gerekmekte olup bunun dışında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile bu konularda belirleme yapılması mümkün değildir. Belirtilen nedenlerle itiraz konusu düzenleme Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen kanunla düzenleme yapılması öngörülen konulardan sayıldığı için Anayasa'nın 104. maddesine aykırıdır.

Yine Anayasa'nın 104. maddesi kanun ile düzenlenmiş konularda Cumhurbaşkanlığı kararnameleri çıkarılamayacağını belirtmektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesi Anayasa'nın 128. maddesinde zikredilen memurlar ve diğer kamu görevlilerinin kimler olduğunu tanımlamış ve devletin asli işlerinin maddenin (A) bendinde tanımlanan devlet memurları eliyle görüleceğini belirtmiştir. Kanunun 4. maddesinin (B) bendi ile de memurlar haricinde uzmanlık gerektiren bazı işlerde memurlar dışında belirli süreli olarak bir hizmet akdine dayalı olarak çalıştırılabilecek diğer kamu görevlilerinin nitelikleri ve statüsü tanımlanmıştır. Bunların dışında 4. maddenin (D) fıkrası ile de kamuda iş sözleşmesi ile çalıştırılacak işçilerin statüsü tanımlanmıştır. Maddenin (C) fıkrası ise geçici personel tanımlaması yapılmış ve yukarıda belirtilen (A), (B) ve (D) fıkralarının haricinde farklı sözleşme türleri ile çalıştırılabilecek personelin statüsü tanımlanmıştır. Ancak, söz konusu (C) fıkrası 20/11/2017 tarih ve 696 sayılı KHK'nın 17. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve

TBMM tarafından kabul edilen 1/2/ 2018 tarih ve 7079 sayılı Kanununun 17. maddesi ile de söz konusu yürürlükten kaldırma kararı kanunlaşmıştır. Dolayısıyla, genel anlamdaki yasa olan 657 sayılı Yasa ile kamuda çalıştırılacak personelin statüleri ve hizmet akdi türleri de tanımlanmıştır. Buna göre belirsiz veya belirli süreli iş akitleri veya hizmet sözleşmeleri dışında farklı akit türleri ile kamuda personel istihdamı sağlanamayacağı söylenebilir.

Genel personel Kanunu dışında özel bir kanun olan 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ise kamu kurum ve kuruluşlarında çalıştırılacak personellere ilişkin özel düzenlemelere yer vermiştir. Yukarıda belirtilen statüler haricinde idari hizmet sözleşmesi veya başka akit türleriyle çalıştırılabilecek personellerin tanımlandığı bu kanun hükmünde kararnameye 703 sayılı KHK'nın 178. maddesi ile bir dizi ek madde eklenmiştir.

375 sayılı kanun hükmünde kararnamede "Vekalet ve İstisna Sözleşmesi İle İstihdam" başlıklı ek 31. maddesinde;

"Bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilatlanmasına ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde öngörülmesi kaydıyla, özel bilgi ve uzmanlık gerektiren geçici mahiyetteki işlerde; vekâlet veya istisna sözleşmesi ile yabancı danışman ve uzmanlar, istisna sözleşmesi ile de yerli danışman ve uzmanlar çalıştırılabilir.

Bunlara ödenecek ücretin tutarı, 657 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinin (B) bendine göre çalıştırılanlar için uygulanmakta olan sözleşme ücreti tavanının üç katını aşmamak üzere ilgisine göre Cumhurbaşkanı yardımcısı ya da bakan tarafından tespit edilir.

Bunların istihdamına ilişkin ihtilaflar iş mahkemelerinde görülür.

Bu statüde çalıştırılma, sözleşme bitiminde kamu kurum ve kuruluşlarında herhangi bir pozisyon, kadro veya statüde çalışma açısından kazanılmış hak teşkil etmez.

Bu madde kapsamında çalıştırılacakların nitelikleri, işe alınmaları ve çalışma usul ve esasları ile istihdamlarına dair diğer hususlar Devlet Personel Başkanlığının görüşü alınarak kurumca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir." denilmiştir.

Görüldüğü üzere 657 sayılı Kanun ile 375 sayılı KHK'da düzenlenmiş bir konu olan istisnai sözleşme ile personel çalıştırma hususu kanun ile düzenlenmiş bir alan olarak tanımlanmalıdır. Bu nedenle 39 sayılı CK'nın 3. maddesi kanun ile düzenlenmiş bir konuda düzenleme yaptığından Anayasa'nın 104. maddesinde belirlenen sınırları aşarak Anayasa'ya aykırı bir nitelik kazanmaktadır, bu nedenle iptali gerekir.

Diğer yandan Anayasa'nın 104. maddesi aynı zamanda CK'ların kanunlara aykırı olamayacağını da belirtmektedir. 375 sayılı KHK, bu sözleşme türü ile çalıştırılacak personele ilişkin nitelikleri, işe alınma ve çalışma usul ve esasları ile istihdamlarına dair diğer hususların kurumlarca Devlet Personel Başkanlığı'nın uygun görüşü alınarak çıkarılacak bir yönetmelikle düzenleneceğini öngörmüştür. Ancak 39 sayılı CK'nın 3. maddesi ile değiştirilen 4 sayılı CK'nın 256. maddesine eklenen 4 sayılı fıkra, 375 sayılı KHK'ya aykırı bir biçimde yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmüş bir konuda doğrudan hüküm getirmekte ve istisnai sözleşme kapsamında çalıştırılacak personelin çalıştırılma süresini saptamaktadır. Bu nedenle kanunla çelişmekte hatta kanuna aykırı bir düzenleme haline gelmektedir. Bu nedenle de Anayasa'nın 104. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

b) 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.

375 sayılı KHK'nın ek 31. maddesinde tanımlanan istisnai sözleşme ile çalıştırılacak personelin diğer kamu görevlileri içerisinde yer alacağı aşikârdır. Aksi halde 657 sayılı kanunun 4. maddesinde tanımlanmamış bir sözleşme türü ile kamuda geçici süre ile çalıştırılabilecek bir gruptan söz etmek gerekir. Kanunda öngörülmeleyen bir statüde istihdam sağlama hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu gibi 128. Maddeye de açık aykırılık teşkil eder.

Anayasa'nın 128. maddesinde diğer kamu görevlileri arasında tanımlanmış olan ve istisna sözleşmeyle çalıştırılan personelin özlük haklarının, sözleşmelerinin sürelerinin de diğer kamu görevlileri gibi kanun ile düzenlenmesi gerekir.

Bu nedenle istisna sözleşmeleriyle istihdam edilecek olan kamu görevlilerinin akit sürelerinin veya verilecek olan mali hakların, ya kanunla ya da kanunun belirlediği usul çerçevesinde belirlenmesi gerekmekte olup bunun dışında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile bu konularda belirleme yapılması mümkün değildir. Belirtilen nedenlerle itiraz konusu düzenleme Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

c) Anayasa'nın 2. maddesine Aykırılık

Anayasanın 2. maddesi; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir, hükmünü içermektedir.

Hukuk devleti ilkesinin genel olarak anlam ve içeriği ile bir hukuk devletinin temel amaç ve işlevleri Anayasa Mahkemesinin bir kararında şu şekilde belirtilmiştir; "Anayasa'nın 2. maddesinde, Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasa koyucu, yasaların yalnız Anayasa'ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür". Mahkemenin bir kararında yer alan; "hukuk devletinin, Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir", şeklindeki gerekçeyle de hukuk devleti ilkesinin Anayasayı da aşan yönü vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi hukuk devletinin belirtilen genel ilkelerini, incelenen konunun özelliğine göre somutlaştırmakta ve bu bağlamda çoğu zaman birbirleriyle iç içe geçmiş çeşitli alt ilkeler ortaya koyarak sonuca ulaşmaktadır. Bu ilkelerden birisi de "Hukuki Güvenlik İlkesi"dir.

Hukuki güvenlik ilkesi, kanunların geçmişe yürümesini engellemesinin yanında genel olarak yürürlükteki kanunlara güvenin korunmasına da dayanak teşkil eden önemli bir ilke durumundadır. Hukuki güvenlik, kişilerin gelecekle ilgili plan, düşünce ve kararlarında mevcut hukuk kurallarına güvenerek hareket etmelerinin hukuken korunması gereğini ifade eder. Devletin, vatandaşların mevcut kanunlara olan güvenine saygılı davranması, bu güvenlerini boşa çıkaracak uygulamalardan kaçınması gerekir. Bu durum hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğu kadar Anayasanın 5. maddesiyle devlete yüklenen, vatandaşların refah, huzur ve mutluluk içinde yaşamalarını sağlama, maddi ve manevi varlıklarını geliştirmek için gerekli ortamı hazırlama ödevinin de bir sonucudur. Anayasa Mahkemesinin bir kararında bu ilke devlete güvenle özdeşleştirilerek şöyle ifade edilmiştir; “Devlete güven ilkesi vazgeçilmez temel öğelerdendir. Devlete güven hukuk devletinin sağlamak istediği huzurlu ve istikrarlı bir ortamın sonucu olarak ortaya çıkar. Yasaların Anayasaya uygunluğu karinesi asıldır. Yasalara gösterilen güven ve saygıdan kaynaklanan oluşumların sonuçlarını korumak gerekir”.

Anayasa Mahkemesi bir kararında, hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi için kuralların belirli ve öngörülebilir düzenlemeler içermesi gerektiğini belirterek, hukuk güvenliği ilkesini kanunilik ilkesine uygun bir düzenleme için de gerekli görmüştür.

Hukuk devletinin bir ilkesi de, “yasama genelliği ilkesi”dir. Yasama yetkisinin genelliği, yasama organının istediği her konuda kanun çıkarabilmesini ve çıkardığı kanunu istediği şekilde ve ayrıntıda düzenleyebilmesini anlatır. Bu ilke, yasama organının araya herhangi bir işlem girmeden bir konuda doğrudan doğruya kanun çıkarabilmesini ifade eden yasama yetkisinin aslilığı ilkesiyle bütünleşen bir nitelik taşır.

Anayasada açıkça yazmayan bu ilkeye Anayasa Mahkemesi kararlarıyla içerik ve anlam kazandırılmıştır. Bu ilkenin tek sınırını Anayasada bir konuyla ilgili olarak emredici ya da yasaklayıcı nitelikte kuralların yer alması oluşturmaktadır.

Yasama yetkisinin genelliği ilkesi Anayasa Mahkemesi kararlarında şu şekilde açıklanmıştır:

“Anayasada engelleyici bir hüküm bulunmaması durumunda yasa koyucunun genel düzenleme yapma yetkisine dayanarak kural koyması kaynağını Anayasadan almayan bir yetkinin kullanılması anlamına gelmez”.

“Yasama organı bir yasa yaparken bütün olasılıkları göz önünde bulundurarak ayrıntılara ait kuralları da saptamaya yetkilidir” .

“Anayasada hangi konularda bir yasa çıkarılamayacağı hakkında sınırlayıcı bir kural yoktur. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin zorunlu gereklerine uymak koşuluyla yasama organı her alanda düzenleme yapabilir. Nitekim bir kimseye aylık bağlanması gibi öznel işlemler yürütülecek türden işler için bile yasa çıkarabilmektedir”.

“Yasama yetkisinin genelliği ilkesi”yle ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin temel yaklaşımı; “Anayasada herhangi bir konuda emredici ya da yasaklayıcı bir kural bulunmaması, bu konunun düzenlenmesi anayasal ilkeler içinde yasa koyucunun takdirine bırakılmış demektir”, şeklindedir.

Burada sözü edilen anayasal ilkeler eşitlik, hukuk devleti, kanunla düzenlenme gibi ilkeleri ifade etmektedir. Anayasada emredici veya yasaklayıcı hüküm bulunmayan bir konuda

kanun çıkarıp çıkarmamak yasama organının takdirinde olmakla birlikte çıkarılması öngörülen bir kanunun eşitlik, kazanılmış haklara saygı gibi anayasal ilkelere uygun olması zorunludur.

1982 Anayasasının 8. maddesinde; “yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir, kuralına yer verilerek yürütme gücü (erki) için görevin yanında yetki ifadesi de kullanılmıştır.

Bu farklılığın yürütmenin düzenleme yetkisi bakımından ortaya çıkardığı durum bir Anayasa Mahkemesi kararında şu şekilde belirtilmiştir; “1982 Anayasasına göre yetki ve görev olarak nitelenen yürütme, düzenleme yetkisi bakımından ele alındığında da farklı bir sonuca varmak mümkün değildir. 1982 Anayasasının, 8. maddesinde yürütme sadece görev olmaktan öteye bir yetki olma gücüne de kavuşturulmuştur. Sözü edilen maddeye ilişkin gerekçede “...yürütme yasamaya tabi bir organ olmaktan çıkarılmış, her iki kuvvetin devlet faaliyetlerinin düzenlenmesinde eşitlik ve denklik içinde işbirliği yapmalarını öngören parlamenter hükümet sistemi bütün gerekleriyle uygulanmaya konmuştur. Bu nedenle, yürütme 1961 Anayasasında olduğu gibi bir görev olmaktan çıkartılmış, yürütme gerekli yetkilere sahip ve kanunların kendine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olarak düzenlenmiştir” denilerek, idarenin gerekli bazı yetkilere sahip kılındığı vurgulanmıştır.

Söz konusu kararlardan çıkan sonuca göre, yasama yetkisinin genelliğinin aksine yürütmenin düzenleme yetkisi sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı (türevsel) bir nitelik taşımaktadır. Yürütme organı (ya da idare), Anayasada öngörülmüş durumlar dışında kanunların düzenlediği bir alanda kendiliğinden kural koyamaz ya da kanun ile düzenlenmiş bir alanda kanuna aykırı olarak bir düzenleme yapamaz.

39 sayılı CK ile getirilen ve iptali talep edilen düzenleme ile Mesleki Yeterlilik Kurumu için belirli bir uzmanlık gerektiren nitelikteki iş ve hizmetlerin 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 31. maddesine göre bir takvim yılı içerisinde bir kişi için altmış günü geçmemek üzere istisna sözleşmesi çerçevesinde gördürülebileceği düzenlenmiştir.

Oysa 375 sayılı KHK'nın ek 31. maddesinde Cumhurbaşkanıya böyle bir yetki tanınmamış, aksine bu sözleşme türü ile çalıştırılacak personele ilişkin nitelikleri, işe alınma ve çalışma usul ve esasları ile istihdamlarına dair diğer hususların kurumlarca Devlet Personel Başkanlığı'nın uygun görüşü alınarak çıkarılacak bir yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür. Ancak 39 sayılı CK'nın 3. maddesi ile değiştirilen 4 sayılı CK'nın 256. Maddesine eklenen 4 sayılı fıkra, 375 sayılı KHK'ya aykırı bir biçimde yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmüş bir konuda yetki gaspı yaparak yönetmelik ile düzenlenmesi öngörülen konuda özel bir düzenleme yaparak bu tür sözleşmelerin sürelerini sınırlandırmaktadır. Bu nedenle kanun hükmünde kararname ile çelişmekte hatta KHK'ya aykırı bir düzenleme haline gelmektedir.

Kanuni dayanağı olmayan hatta kanuna açık bir biçimde aykırı olan, idarenin yasama yetkisi ile donatılması anlamına gelecek olan bu düzenleme hukuk güvenliği ilkesini açık bir biçimde zedeleyecektir. Yürütme organı (ya da idare), Anayasada öngörülmüş durumlar dışında kanunların düzenlemediği bir alanda kendiliğinden kural koyamaz. Bu durum yetki gaspı olarak nitelendirilir ve Anayasaya aykırılık oluşturur. Hukuk güvenliğini ortadan kaldıran ve yetki gaspı olarak nitelendirilebilecek bu düzenlemenin Anayasa'nın 2 nci Maddesinde belirtilen “hukuk devleti ilkesi”yle bağdaşmayacağı gibi, “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz” şeklindeki yasaklayıcı Anayasa normuna (md.6/son) aykırılığı açıktır. Bu nedenle iptali gerekir.

ç) Anayasa'nın 6. ve 8. maddelerine Aykırılık

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

39 sayılı CK'nın 3. maddesi ile 4 sayılı CK'nın 256. maddesine eklenen 4 sayılı fıkra ile getirilen düzenleme açıkça 375 sayılı KHK'nın ek 31. maddesinde belirtilen hükümlerle çelişmektedir. 39 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 3. maddesi ile getirilen bu düzenleme adeta yeni bir yasal düzenleme niteliğindedir. Ne Anayasa'da ne de Kanunlarda Cumhurbaşkanı'nın, herhangi bir kural ile bağlı olmaksızın doğrudan belirleme ve düzenleme yapma yetkisi bulunmamaktadır. Oysa itiraz konusu kural ile Cumhurbaşkanlığı tarafından söz konusu istisna sözleşmesi ile çalışacak personelin sözleşme sürelerinin üst sınırının belirlenmesi yönünde bir düzenleme yapılmıştır. Bu nedenle söz konusu düzenleme Anayasa'nın 8. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Öte yandan, 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 yetkisi alanına müdahale etmektedir. Haliyle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 8. maddesine olduğu kadar 6. maddesine de aykırıdır.

Bu nedenle, 703 sayılı KHK'nın 178. Maddesi ile 375 sayılı KHK'ya eklenen ek madde 31'e ilişkin iptal taleplerimizle bağlı olarak, 39 sayılı CK'nın 3. maddesi ile 4 sayılı CK'nın 256. Maddesine eklenen 4 sayılı fıkra, Anayasanın 2., 6., 8., 104/17. ve 128. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

2. 39 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 4. maddesi ile 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 334. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (i) bendinin Anayasa'ya Aykırılığı

39 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 4. Maddesi ile 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 334 üncü maddesinin birinci fıkrasına eklenen (i) bendi ile Orman Genel Müdürlüğü'nün görevleri arasına ormancılık faaliyetlerinin geniş kitlelere yayılmasını sağlamak ve orman yangınlarının önlenmesi ile ilgili kamuoyunun bilinçlendirilmesi amacıyla orman gençlik ve spor kulüplerine, ait olduğu yılı başındaki döner sermaye bütçesinin binde ikisini geçmemek üzere transfer niteliğinde yardım sağlama görevi eklenmiştir. Söz konusu düzenleme, aşağıda belirtildiği üzere Anayasa'nın birden çok maddesine aykırılık taşımaktadır.

a) Anayasa'nın 104. maddesine Aykırılık

6771 sayılı Kanun ile getirilen yeni tip Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin temel ilke ve koşulları Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında ortaya konulmuştur. Anayasanın 104/17. maddesiyle getirilen CK ile yürütmeye tanınan düzenleme alanı oldukça dar ve sınırlıdır. Anayasa CK'lar için ikili bir sınır çizmiştir. Birinci sınır olarak Anayasa'da kanun ile düzenlenmesi öngörülen konular belirtilebilir. İkinci sınır ise kanun ile düzenlenmiş konulardır.

Anayasanın 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 Anayasa’nın bir maddesinde bir konunun yasayla düzenlenmesi öngörülmüşse o konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi Anayasa’nın 7. ve 104/17. maddelerine aykırılık oluşturacaktır.

Yine Anayasanın 104/17. maddesinde, “Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” kuralı bulunmaktadır. Bir konu yasa ile açıkça düzenlenmişse Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkartılamaz. Elbette CK’lerin çıkarılması için kanun hükmünde kararnamelerde olduğu gibi yasa ile yetkilendirme gerekmez. Ancak kanun hükmünde kararnameler yasaları değiştirebilirken CK’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. Sonuç olarak Anayasa’nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının açık ve bağlayıcı hükümleri karşısında hangi konuda olursa olsun CK ile bir yasayı değiştirmek veya yürürlükten kaldırmak mümkün değildir.

Bu çerçevede 39 sayılı CK’nın 4. Maddesi ile 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 334. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (i) bendi, yukarıda belirtilen anayasal sınırları aşan bir düzenlemedir.

Öncelikle, söz konusu düzenleme ile Orman Genel Müdürlüğü’nün görevleri arasına ormancılık faaliyetlerinin geniş kitlelere yayılmasını sağlamak ve orman yangınlarının önlenmesi ile ilgili kamuoyunun bilinçlendirilmesi amacıyla orman gençlik ve spor kulüplerine, ait olduğu yılı başındaki döner sermaye bütçesinin binde ikisini geçmemek üzere transfer niteliğinde yardım sağlama görevi eklenmiştir.

Anayasamızın 104. maddesinde açıkça kanunla düzenlenmesi gereken alanlarda CK ile düzenleme yapılamayacağı da belirtilmektedir.

Orman gençlik ve spor kulüplerine transfer niteliğinde yardım verilmesi bir sosyal harcama türüdür. Bir diğer deyişle bir kamu harcamasıdır. Kamu harcamaları, kamu hukuku kuralları uyarınca tek taraflı olarak tesis edilen ve re’sen uygulanabilir idare tasarrufu olarak tanımlanan idari işlemlerdendir. Yürütme faaliyetinin, hukuk devleti ilkelerine uygun bir şekilde yürütülmesini sağlayan idare hukuku esaslı, idarî işlemin yargısal usullere benzeyen usullere tâbi tutulmasını sağlamaktadır. “Bütçe; belirli bir dönemdeki gelir ve gider tahminleri ile bunların uygulanmasına ilişkin hususları gösteren ve usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan belgeyi” ifade eder. Bütçe ile devletin nerelere ne ölçüde para harcaması gerekeceğine, millet adına karar verme yetkisinin yetkili temsili meclislerde bulunmasına da bütçe hakkı denmektedir. Öncelikli olarak bir kamu harcamasının yapılabilmesi için seçilmişlerin meydana getirmiş olduğu yasama organınca yürütme organına, belirlediği bütçe ödenekleri ile sınırlı olmak üzere harcama yetkisinin verilmiş olması gerekir. Ayrıca bu harcamaların, bütçelerin hazırlık aşamasında belirlenen öncelikli hedeflere ve kaynak kullanımını düzenleyen mali mevzuat hükümlerine bağlı kalarak gerçekleştirilmesi gerekir. Bütçe hakkı çerçevesinde kamu kurum ve kuruluşlarının harcamalarının nasıl yapılacağı, bütçelerinin hazırlanması, mali yönden işleyişinin esasları ve denetimlerinin düzenlenmesi de kanun ile düzenlenmesi gereken

alanlardandır. Anayasamızın 161. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında “Kamu idarelerinin ve kamu iktisadî teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamaları yıllık bütçelerle yapılır. Malî yıl başlangıcı ile merkezi yönetim bütçesinin hazırlanması, uygulanması ve kontrolü ile yatırımlar veya bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler için özel süre ve usuller kanunla düzenlenir. Bütçe kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz.” düzenlemesi bulunmaktadır. Anayasamız, harcamaların bütçe ile yapılmasını, bütçenin hazırlanması, uygulanması ve kontrolünün kanunla düzenleneceğini öngörmüştür.

Dolayısıyla kamu kurumlarının harcamalarının bütçelendirilmesi, bütçe hazırlanması, uygulanması, mali yönetimi ve denetimine ilişkin usul ve esasların düzenlenmesi hususu açıkça münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir alan olarak tanımlanmıştır. Bu hükme göre Cumhurbaşkanının bir kamu kurumuna Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle harcama yetkisi vermesi ve bu harcamanın bütçe tertiplerinden karşılanmasını düzenlemesi mümkün değildir. Bu nedenle Cumhurbaşkanının 104. maddeye göre bu alanda kararname çıkarma yetkisi bulunmamaktadır. Bu çerçevede 39 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 4. Maddesi ile 4 sayılı CK'nın 334. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (i) bendi yukarıda belirtilen nedenlerle Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasına aykırıdır.

Yine Anayasanın 104/17. Maddesinde, “Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” kuralı bulunmaktadır. Bir konu yasa ile açıkça düzenlenmişse Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkartılamaz. Elbette CK'lerin çıkarılması için kanun hükmünde kararnamelerde olduğu gibi yasa ile yetkilendirme gerekmez. Ancak kanun hükmünde kararnamelerle yasaları değiştirebilirken CK'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. Sonuç olarak, Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının herhangi bir tartışmaya açık olmayan belirgin hükümleri karşısında hangi konuda olursa olsun CK ile bir yasaı değiştirmek veya yürürlükten kaldırmak mümkün değildir.

İptal davasına konu olan 39 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 4. maddesi ile 4 sayılı CK'nın 334. Maddesinin birinci fıkrasına eklenen (i) bendi ile düzenlenen ve Orman Genel Müdürlüğü'nün görevleri arasına eklenen ormancılık faaliyetlerinin geniş kitlelere yayılmasını sağlamak ve orman yangınlarının önlenmesi ile ilgili kamuoyunun bilinçlendirilmesi amacıyla orman gençlik ve spor kulüplerine, ait olduğu yılı başındaki döner sermaye bütçesinin binde ikisini geçmemek üzere transfer niteliğinde yardım sağlama görevine ilişkin hüküm, bu alandaki temel kanuna aykırılık taşımaktadır.

Anayasa'nın 161. maddesi hükmünün uygulamasına yönelik düzenlenen ve temel kanun olan 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda Anayasa'nın 161. maddesinde belirlenmiş bütçe hakkı doğrultusunda ilkeleri ve mali esaslar düzenlenmiştir. Bu kanunun “Gelir ve giderleri etkileyecek kanun teklifleri” başlıklı 14. maddesi, “Kamu gelirlerinin azalmasına veya kamu giderlerinin artmasına neden olacak ve kamu idarelerini yükümlülük altına sokacak kanun tekliflerinin getireceği malî yük, orta vadeli program ve malî plan çerçevesinde, en az üç yıllık dönem için hesaplanır ve tekliflere eklenir. Sosyal güvenliğe yönelik kanun tekliflerinde ise en az yirmi yıllık aktüeryal hesaplara yer verilir.” hükmüne yer vermiş ve kamu giderlerini arttırıcı etkide bulunacak düzenleme türünü Anayasa'nın 161. maddesindeki hükme uygun bir biçimde düzenlemiştir. 5018 sayılı Kanunun 14. maddesi açık

bir biçimde gelir azaltıcı veya gider artırıcı düzenlemelerin şeklini belirlemiştir. Bu da kanuni düzenleme biçimidir. Devletin giderlerinin yapılmasının dayanağı mutlaka kanuna dayanması gerekir. Bunun gerekçesi de bütçe hakkıdır. Bütçe hakkı, aynı zamanda kanunilik ilkesine dayanır. Devletin gelirleri ve yapacağı harcamaların tutarlarının ne olacağını belirleyen bütçeye, idare tarafından bütçede öngörülmemiş bir gider kalemi koymak, hatta gideri eklemek, bütçe hakkını ihlal edici bir nitelik taşımaktadır.

Bir CK ile Anayasa'nın 161. maddesinin kapsamı içerisinde kanun ile düzenlenmesi öngörülmüş ve kanunlarla düzenlenmiş bir alanda hiçbir kanuna tabi olmayan adeta bir kanun niteliği taşıyan bu düzenleme, Anayasa'nın 104. maddesinin ihlal edildiğini göstermektedir.

Bu nedenle Cumhurbaşkanının 104. maddeye göre bu alanda kararname çıkarma yetkisi bulunmamaktadır. Bu çerçevede 39 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 4. maddesi ile 4 sayılı CK'nın 334. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (i) bendi yukarıda belirtilen nedenlerle Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasına aykırıdır ve iptali talep edilmektedir.

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

Anayasanın 7. maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez"; 8. maddesinde ise, "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir." kurallarına yer verilmiştir.

Yasama yetkisi, genel ve asli bir yetkidir. Bu yetki, yasama organının yerinde ve gerekli gördüğü her konuda kanun çıkarabilmesini ve çıkardığı kanunu istediği şekilde ve ayrıntıda düzenleyebilmesini anlatır. Bu genellik ilkesi, yasama organının araya herhangi bir işlem girmeden bir konuda doğrudan doğruya kanun çıkarabilmesini ifade eden yasama yetkisinin asliliği ilkesiyle bütünleşen bir nitelik taşır.

Anayasada emredici veya yasaklayıcı hüküm bulunmayan bir konuda kanun çıkarıp çıkarmamak, yasama organının takdirinde olmakla birlikte çıkarılması öngörülen bir kanunun eşitlik, kazanılmış haklara saygı gibi anayasal ilkelere olduğu hukukun genel ilkelerine ve Türkiye'nin taraf olduğu insan haklarına ilişkin uluslararası kurallara uygun olması zorunludur.

Varlık nedeni ve asli görevi, yasamanın koyduğu kurallar çerçevesinde icraat yapmak olan Yürütmeye bir yetki olma gücü veren esaslar, Anayasanın muhtelif maddelerine serpiştirilmiş durumdadır. Anayasa'da çeşitli maddelerinde yürütmenin yetkisi ve sınırları belirtilmiştir.

Yürütmenin, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi veya yönetmelik çıkartmak gibi klasik düzenleme yetkisi, idarenin kanuniliği ilkesi içerisinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Bu bakımdan, Anayasada ifadesini bulan yukarıdaki ayırık haller dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin sübjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Yasa ile yetkili kılınmış olması da bu sonuca etkili değildir.

Sonuç olarak, yasama yetkisinin yürütmeye devrinde yürütmenin düzenleme yetkisi sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı (türevsel) bir nitelik taşımaktadır. Yürütme organı (ya da idare), Anayasada öngörülmüş durumlar dışında kanunların düzenlemediği bir alanda kendiliğinden

kural koyamaz. Bir kanunla yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi Anayasaya aykırılık oluşturur.

39 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 4. maddesi ile 4 sayılı CK'nın 334. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (i) bendi ile düzenlenen ve Orman Genel Müdürlüğü'nün görevleri arasına eklenen ormancılık faaliyetlerinin geniş kitlelere yayılmasını sağlamak ve orman yangınlarının önlenmesi ile ilgili kamuoyunun bilinçlendirilmesi amacıyla orman gençlik ve spor kulüplerine, ait olduğu yılı başındaki döner sermaye bütçesinin binde ikisini geçmemek üzere transfer niteliğinde yardım sağlama görevine ilişkin hüküm ile Orman Genel Müdürlüğü'ne yasal olarak tanımlanmış, sınırları yasa ile çizilmiş bir alanda yasanın ötesine geçerek adeta yeni bir yasa düzenlemesi yapılarak yetki verilmektedir. Şöyle ki, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim Kanunu'nun 14. maddesi ile kanun ile düzenleme zorunluluğu bulunan ve yetki devrinin kısıtlandığı bir alanda düzenleme yapılmış, bütçe kanununda yer almayan bir gider türü, kanuni bir dayanağı olmadan Anayasa'nın 161. maddesine aykırı olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmiş ve yasanın çizdiği sınırların dışına çıkmış, adeta yeni bir yasal düzenleme yapılmıştır. Bu gerekçe ile yasa ile verilen yetki sınırları ve kapsamı değiştirilmiş, idarenin subjektif karar almasına neden olabilecek tarzda belirsiz, her zaman değiştirilme olasılığı olan ve yasama yetkisinin devrinin sınırlarını aşan bir düzenleme yapılmıştır. Yürütme organı (ya da idare), Anayasada öngörülmüş durumlar dışında kanunların düzenlemediği bir alanda kendiliğinden kural koyamaz. Bir CK ile yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi Anayasaya aykırılık oluşturur.

Dolayısıyla söz konusu düzenleme ile yürütmeye 5018 sayılı Kanunun ve Anayasanın 161. maddesinde tanımlanan sınırlamalara aykırı bir yetki tanımlanması, yasama yetkisinin devrine ilişkin sınırın aşıldığını ve yürütmenin yasamanın yetki alanına müdahale ettiğini göstermektedir. Bu nedenle, söz konusu fıkra Anayasa'nın 7. maddesinde belirlenen yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine aykırıdır, iptali gerekir.

c) Anayasa'nın 161. maddesine Aykırılık

39 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 4. maddesi ile 4 sayılı CK'nın 334. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (i) bendi ile Orman Genel Müdürlüğü'nün görevleri arasına ormancılık faaliyetlerinin geniş kitlelere yayılmasını sağlamak ve orman yangınlarının önlenmesi ile ilgili kamuoyunun bilinçlendirilmesi amacıyla orman gençlik ve spor kulüplerine, ait olduğu yılı başındaki döner sermaye bütçesinin binde ikisini geçmemek üzere transfer niteliğinde yardım sağlama görevi eklenmektedir.

Anayasamızın 161. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında "Kamu idarelerinin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamaları yıllık bütçelerle yapılır. Malî yıl başlangıcı ile merkezi yönetim bütçesinin hazırlanması, uygulanması ve kontrolü ile yatırımlar veya bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler için özel süre ve usuller kanunla düzenlenir. Bütçe kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz." düzenlemesi bulunmaktadır. Anayasamız, harcamaların bütçe ile yapılmasını, bütçenin hazırlanması, uygulanması ve kontrolünün kanunla düzenleneceğini öngörmüştür. Dolayısıyla kamu kurumlarının harcamalarının bütçelendirilmesi, bütçe hazırlanması, uygulanması, mali yönetimi ve denetimine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi kanunla düzenlenmesi gereken bir alan olarak tanımlanmıştır.

Hal böyle iken 39 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 4. maddesi ile 4 sayılı CK'nın 334. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (i) bendi ile Orman Genel Müdürlüğü'ne

verilen ve ilgili yıl bütçesiyle ilişkilendirilen bu düzenleme 5018 sayılı Kanuna tabi olmadığı gibi, bütçe uygulamasının kanuniliği ilkesini zedelemektedir. Bu nedenle de Anayasa'nın 161. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

ç) Anayasa'nın 8. maddesine Aykırılık

Anayasa madde 8'e 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 39 sayılı CK'nin 4. maddesi ile 4 sayılı CK'nin 334. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (i) bendi ile anayasal ve yasal çerçeve dışında düzenleme yapıldığı yukarıdaki açıklamalarla ortaya konmuştur. Bu itibarla söz konusu düzenleme, 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).

39 sayılı CK'nin 4. maddesi ile 4 sayılı CK'nin 334. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (i) 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. Dahası, CB'nin, "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.

Özetle; 39 sayılı CK'nin 4. maddesi ile 4 sayılı CK'nin 334. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (i) bendi Cumhurbaşkanı'nın görev ve yükümlülükleri bağlamında, "bağlayıcı kurallar bloku" na aykırılık teşkil etmektedir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle 39 sayılı CK'nin 4. maddesi ile 4 sayılı CK'nin 334. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (i) bendi, Anayasa'nın, Başlangıç ilkelerine, 2., 6., 7., 8.,11., 104/2, 104/17. ve 161. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptali talep edilmektedir.

3. 39 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 11. Maddesi ile 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 579. Maddesine eklenen (1) sayılı fıkranın Anayasa'ya Aykırılığı

39 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 11. maddesi ile 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 579. maddesine eklenen (1) sayılı fıkra ile Türkiye Bilimler Akademisinin gelirleri düzenlenmiştir.

Kamu gelirleri, devletin ve diğer kamu kuruluşlarının, kamu hizmetlerini karşılamak amacıyla kanuna dayanarak çeşitli kaynaklardan elde ettikleri gelirlerdir. Bu gelirler ile devlet, mal ve hizmetleri satın alır ve bunlarla kamusal hizmeti gerçekleştirir. 5018 sayılı Kamu Yönetimi Temel Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (i) bendinde kamu geliri “Kanunlarına dayanılarak toplanan vergi, resim, harç, fon kesintisi, pay veya benzeri gelirler, faiz, zam ve ceza gelirleri, taşınır ve taşınmazlardan elde edilen her türlü gelirler ile hizmet karşılığı elde edilen gelirler, borçlanma araçlarının primli satışı suretiyle elde edilen gelirler, sosyal güvenlik primi kesintileri, alınan bağış ve yardımlar ile diğer gelirleri” ifade edeceği belirtilmiştir. Yine aynı kanunun “Gelirlerin Dayanakları” başlıklı 37. maddesinde de “ Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır. Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin gelirlerinin kanuni dayanakları bütçelerinde gösterilir. Bütçelerde yer alan gelirler, ilgili kanunlarında belirtilen usullere göre tarh, tahakkuk ve tahsil edilir. Genel bütçe gelirlerinin tarh, tahakkuk ve tahsili Maliye Bakanlığı veya tarh ve tahakkuka ilgili mevzuatına göre yetkili idareler tarafından yapılır.” Şeklindeki ibareyle idarelerin gelirlerinin kanun ile düzenlenmesi gerektiğini belirlemiştir.

Yukarıda belirtilen kanuni düzenlemelerin kaynağını hiç kuşkusuz Anayasanın ilgili maddesi olan 73. maddesi oluşturmaktadır. Anayasa'nın “Temel Hak ve Ödevler” başlıklı ikinci kısmının “Siyasi Hak ve Ödevler” başlıklı dördüncü bölümünde düzenlenmiş bulunan “Vergi Ödevi” başlıklı 73. maddesinin üçüncü fıkrasında; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulup, değiştirileceği veya kaldırılacağı, dördüncü fıkrasında ise; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflik, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisinin Cumhurbaşkanına verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 104. maddesinde “... Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda yer verilen Anayasa hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile vergi, resim ve harç benzeri mali yükümlülüklerin konulamayacağı, değiştirilemeyeceği ve kaldırılamayacağı, bu yükümlülüklerin ancak ve ancak kanunla konulup, değiştirileceği veya kaldırılacağı anlaşılmaktadır. Bu durum aynı zamanda verginin kanuniliğini de ifade etmektedir.

Vergilendirme yetkisinin sınırlandırılması, anayasal demokrasinin gelişimiyle paralellik arz eder. Vergilendirme yetkisinin sınırlandırılmasının en temel araçlarından birisi olan verginin kanuniliği ilkesi, tarihi süreç içerisinde demokratik mücadelenin bir sonucu olarak bugünkü anayasal konumunu kazanmıştır. Vergilendirmeye ilişkin düzenlemelerin halkoyu ile seçilen parlamento tarafından kanunla yapılması ile vergilemede keyfiliğin yerini temsil, hukukun üstünlüğü ve hukuki güvenlik almıştır. Başka bir deyişle, verginin yasallığı ilkesi,

keyfi ve takdiri uygulamaları önleyecek ilkelerin kanunda yer alması zorunluluğunu getirerek bireyin temel hak ve hürriyetlerini devlete karşı korur. Bu kapsamda; vergide yasallık ilkesi, vergiyi doğuran olayın, verginin konusunun, matrahının ve oranının kanun ile belirlenmesini gerektirmektedir.

Öte yandan; verginin yasallığı ilkesi kamu gücüne dayalı olarak getirilen bütün mali yükümlülükleri kapsar. Bir başka deyişle, verginin yanında, resim, harç ve benzeri yükümlülükler de bu ilkenin kapsamındadır.

İptali istenen kural ile Türkiye Bilimler Akademisinin gelirleri tanımlanmıştır. Bu gelirler arasında bütçe gelirlerinden aktarılacak tutarlar olduğu gibi resim, harç ve benzeri yükümlülükler de tanımlanmıştır.

Gelirler konusunda Cumhurbaşkanınca sadece, yasama organı tarafından Anayasanın 73. maddesinin 4. fıkrasında açıklandığı şekilde 'Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi verilmiş olması halinde belirleme yapılabilir. Bunun dışında Cumhurbaşkanının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kamu kurum ve kuruluşlarının gelirlerini tanımlaması, vergi, resim ve harç benzeri mali yükümlülük getirebilmesi Anayasa'ya göre mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi bu kurala ilişkin olarak "Verginin kanuniliği ilkesi ... takdire dayalı keyfi uygulamaları önleyecek sınırlamaların kanunda yer almasını gerektirmekte ve vergi yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin konulması, değiştirilmesi veya kaldırılmasının kanun ile yapılmasını zorunlu kılmaktadır." (Anayasa Mahkemesi Kararı E.2014/183 K.2015/122, 30.12.2015) diyerek kuralın çerçevesini çizmiştir. Bir başka kararında ise bir prim ödemesinin "kamu gücüne dayalı olarak tek taraflı bir iradeyle ve zorla alınması nedenleriyle Anayasa'nın 73. maddesinde belirtilen "benzeri malî yükümlülük" kapsamında ödenen bir kamu geliri niteliğinde" olduğuna karar vermiştir (Anayasa Mahkemesi Kararı E.2017/117 K.2018/28, 28.2.2018).

Diğer taraftan Anayasa'nın "Temel Hak ve Ödevler" başlıklı ikinci kısmının "Siyasi Hak ve Ödevler" başlıklı dördüncü bölümünde düzenlenmiş bulunan "Vergi Ödevi" başlıklı 73. maddesi kapsamında, vergi, resim, harç benzeri bir mali yükümlülüğün Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile konulmuş olması Anayasa'nın 104. maddesinin "Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez" hükmüne de aykırı bulunmaktadır.

Belirtilen nedenlerle, vergi, resim ve harç benzeri mali yükümlülük getirilmesine ilişkin itiraz konusu kural Anayasa'nın 73. ve 104. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Yine Anayasanın 104/17. maddede geçen "münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular"ın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi, Anayasa'nın 7. ve 104/17. maddelerine aykırılık oluşturur. Nitekim 39 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 11. maddesi ile 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 579. maddesine eklenen (1) sayılı fıkra ile Türkiye Bilimler Akademisinin gelirleri düzenleyen hüküm, Anayasa'nın 73. maddesinde kanun ile düzenlenmesi gereken konulardan sayıldığından bu nedenle de Cumhurbaşkanı Kararnamesi ile düzenleme yapılması Anayasa'ya aykırılık teşkil

edecektir. Bu nedenle söz konusu düzenleme Anayasa'nın 7. ve 104/17. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

Yine Anayasanın 104/17. Maddesinde, "Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz" kuralı bulunmaktadır. Bir konu yasa ile açıkça düzenlenmişse Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkartılamaz. 39 sayılı CK'nın 11. maddesi ile 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 579. maddesine eklenen (1) sayılı fıkra, yukarıda belirtildiği üzere 5018 sayılı Kanunun 37. maddesi ile düzenlenmiş bir konuda düzenleme yapmaktadır. Kamu kurum ve kuruluşlarının gelirlerinin kanun ile düzenlenmesine ilişkin 37. maddeye aykırı olan Türkiye Bilimler Akademisinin gelirleri düzenleyen CK düzenlemesi bu açıdan da Anayasa'nın 104/17. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Sonuç olarak, 39 sayılı CK'nın 11. maddesi ile 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 579. maddesine eklenen (1) sayılı fıkra, Anayasanın 7., 73. ve 104/17. maddelerine aykırıdır iptali gerekir.

4) 39 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 12. maddesi ile 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 580. maddesinin birinci fıkrasında "(9000)" şeklinde değiştirilen ibarenin Anayasaya Aykırılığı

39 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 12. maddesi ile 4 sayılı CK'nın 580. maddesinin birinci fıkrasında yapılan düzenleme ile Türkiye Bilimler Akademisinin Başkan ve Konsey üyelerine toplantılarına katılmaları nedeniyle ayda bir defayı geçmemek üzere her bir toplantı için (9000) ek gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucunda bulunacak miktarda huzur hakkı ödenmesi düzenlenmiştir. Bir diğer ifadeyle Türkiye Bilimler Akademisi Başkan ve konsey üyelerine aylık olarak 1,175,5 TL. huzur hakkı ödenmesi öngörülmektedir.

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.

375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin, "Huzur Hakkı" başlıklı ek 29. maddesinde ise "Bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilatlanmasına ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde öngörülmesi ve gösterge rakamı belirlenmesi kaydıyla, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu, danışma kurulu üyelikleri ve komisyon, heyet, komite ile benzeri organlarda görev alanlara, ayda dörtten fazla olmamak üzere her bir toplantı için (1000) ila (3000) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucunda bulunacak miktarda, damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tâbi tutulmaksızın huzur hakkı ödenir. Gösterge rakamları Cumhurbaşkanınca üç katına kadar artırılabilir." denilmiştir.

Bu hükümler ışığında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile öngörülen kurumlarda yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu, danışma kurulu üyelikleri ve komisyon, heyet, komite ile benzeri organlarda görev alanların mali haklarının ya kanunla ya da kanunun belirlediği usul çerçevesinde belirlenmesi gerekmekte olup bunun dışında cumhurbaşkanlığı

kararnameleri ile bu konularda belirleme yapılması mümkün değildir. Belirtilen nedenlerle itiraz konusu düzenleme, Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında "...Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. ..." hükmüne yer verilmiştir.

39 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 12. maddesi ile 4 sayılı CK'nın 580. maddesinin birinci fıkrasında yapılan düzenleme ile Türkiye Bilimler Akademisinin Başkan ve Konsey üyelerinin mali haklarına ilişkin bulunan konular, Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca sadece Kanunla düzenlenebilecek hususlardan olup, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile bu konularda belirleme yapılması, ancak 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 29. maddesiyle belirlenmiş bulunan usule bağlı kalınması halinde mümkündür.

375 sayılı KHK'nın ek 29. maddesi ise 703 sayılı KHK'nın 178. maddesi ile 375 sayılı KHK'ya eklenmiştir.

703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükümlerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 178. maddesinin iptali ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi 6/9/2018 tarihli ve Mahkemenizin 8965 sırasına kaydedilen dilekçemiz ile 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. maddeye 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'ya eklenen ek madde 29'un iptaline rağmen, 39 sayılı CK'nın 12. maddesi ile değiştirilen 4 sayılı CK'nın 580. maddesinin birinci fıkrası hükümleri hukuki olarak yasal dayanaktan yoksun olmasına karşın yürürlükte kalmaya devam edecektir.

Bu nedenle, 703 sayılı KHK'nın 178. maddesi ile 375 sayılı KHK'ya eklenen ek madde 29'a ilişkin iptal taleplerimizle bağlı olarak, 39 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 12. maddesi ile 4 sayılı CK'nın 580. maddesinin birinci fıkrasında yapılan düzenlemenin Anayasa'nın 104/17. ve 128. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptali talep edilmektedir.

III. 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 taşıması, Anayasa'nın başta 6. ve 7. 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 anayasada kendisine tanınan sınırlı alanı aşarak her

konuda düzenlemeler yapması, Anayasa 2. maddesinde güvence altına alınan demokratik hukuk devletinin özünü oluşturan denge ve denetleme mekanizmalarını işlevsiz hale getirecek, sistemi yürütmenin keyfi yönetimine dönüştürecektir. Unutulmamalıdır ki, uzun bir tarihsel evrimin sonucunda şekillenen ve Anayasamızda değiştirilemez madde olarak düzenlenen hukuk devleti, öncelikle, devlet örgütlenmesi olarak erkler ayrılığına ve hukuki yapılanma olarak normlar hiyerarşisine dayanır. İçerik olarak da, normatif altyapısını insan haklarının oluşturduğu demokratik rejim ve yönetim makamında bulunanlar ile bireylerin hukukça eşitlendiği bir devlet anlayışına dayanır.

Göreve başlamasının hemen ardından Cumhurbaşkanınca oldukça kapsamlı pek çok CK çıkarıldığı görülmektedir. Bu CK'ların pek çoğunda da anayasal yetki sınırlarının aşıldığı, Anayasanın CK ile düzenlenmesini yasakladığı alanlarda düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. İptali istenen kuralların tamamı Anayasanın cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesini yasakladığı alanlara ilişkin düzenlemelerden oluşmaktadır. 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.

Anayasanın tanıdığı yetki çerçevesinin dışında yapılan işlemler, ultra vires geçersizlikle maluldür. Hukuki geçerliliği bulunmayan düzenlemelere dayanarak işlemler tesis edilmesi, birey özgürlük ve 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, bir anayasal norm olarak hukuk devleti tanımının, gerek mekanizma olarak gerekse içerik olarak onu somutlaştıran öğelerin bir 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 açacağında duraksama bulunmamaktadır. Aksi halde, anayasal düzenin, onarımı mümkün olmayacak derecede zedeleneceği aşikârdır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan söz konusu maddelerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

19/06/2019 tarihli ve 39 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin;

a) 3. maddesi ile 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 256. maddesine eklenen (4) sayılı fıkranın, Anayasanın 2., 6., 8., 104/17. ve 128. maddelerine,

Esas Sayısı : 2019/90
Karar Sayısı : 2023/51

b) 4. maddesi ile 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 334. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (i) bendinin, Anayasanın, Başlangıç ilkelerine, 2., 6., 7., 8.,11., 104/2, 104/17. ve 161. maddelerine,

c) 11. maddesi ile 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 579. maddesine eklenen (1) sayılı fıkranın, Anayasanın 7., 73. ve 104/17. maddelerine,

d) 12. maddesi ile 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 580. maddesinin birinci fıkrasında “(9000)” şeklinde değiştirilen ibarenin, Anayasanın 104/17. ve 128. maddelerine,

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