

I. “GEREKÇELER

A. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN (CBK) 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 Anayasasının sadece 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 düzenleneceği belirtiliyordu. Bu iki tür düzenleme, ad benzerliği dışında kapsam ve sınırları açısından birbirinden farklıdır.

6771 sayılı Kanun ile getirilen Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin temel ilke ve koşulları, 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 2017 Anayasa kurgusu ile, kanun ile cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasındaki hukuki ilişki belirginleştirilmiş ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin kanunlara aykırı olamayacağı açıkça belirtilmiştir.

1- Yasama Yetkisinin Devri Yasağı Karşısında Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

6771 sayılı Kanun ile Anayasa’dan kaynaklanan doğrudan düzenleme yetkisiyle yürütme fonksiyonu daha da güçlendirilmiştir. Bu bağlamda, Türk anayasa hukukunda tartışılan konulardan biri olan idarenin, kanunla düzenlenmeyen bir alanda düzenleme yapip yapamayacağı hususu üzerinde durulmalıdır. Bunun için öncelikle, yasama yetkisinin devri

yaşadığı Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı göz önüne alınmalıdır. Anayasa'nın 7. maddesi, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." kuralının öngörmektedir. Bu kral ışığında Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Anayasa'da kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Ancak yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamayacağı gibi yürütme organının yasama organı tarafından çerçevesi çizilmiş alanda genel nitelikte hukuksal tasarruflarda bulunması, hukuk devletinin belirlilik ilkesine de aykırı düşmez." (Anayasa Mahkemesi Kararı, E.2013/114 K.2014/184, 4.12.2014).

AYM, bir başka kararında ise, yasama yetkisinin 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 ayrık 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).

Sonuçta yalnızca yakın dönem AYM kararları dikkate alındığında, ilkesel olarak kanun koyucunun "genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesi yeterli"dir, denilebilir. Ancak Mahkemenin, Anayasa'da farklı kavramlarla ifade ettiği kanunla düzenleme kaydı içeren konularda ise, "Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda", "münhasıran kanunla

düzenlenmesi öngörülen konularda”, “Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda” genel ifadelerle yetkilendirme yapılması kabul edilemez.

2- İdarenin Yasallığı Kuralı Karşısında Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

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

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

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

Bu son saptamayı biraz daha ayrıntılı olarak ele almakta fayda vardır. 6771 sayılı Kanun ile Anayasa’nın 7. maddesindeki yasama yetkisinin devri yasağı ve 123. maddedeki idarenin yasallığı ilkesi muhafaza edilmiş, ancak belirli idari konuların Anayasa’da açıkça Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği öngörülmüştür. “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.” (madde 106/son). Ayrıca 123. maddenin son fıkrasında kamu tüzel kişiliğinin Kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulacağı

kuralına yer verilmiştir. Anayasa hükümleri arasında hiyerarşi söz konusu olmadığından, bir çelişki kabul edilmediğinden, bu iki hükmün bir arada, Anayasanın bütünlüğü ve sistematigi içinde bağdaştırılarak yorumlanması gerekir. Gerçekte Anayasa koyucu 123/1. maddede genel kuralı, idarenin yasallığı ilkesini koymuş; bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri ile kamu tüzel kişiliği kurulması yönünden bu genel kurala bir istisna getirmiştir. Bu cihetle; her ne kadar, Anayasa, idarenin yasallığı ilkesinin 106/son ve 123/son maddelerde belirtilen hususlar açısından geçerli olmamasına olanak tanısa da; bu alanların cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenip düzenlenmeyeceği konusunda son sözü TBMM'ye bırakmaktadır. Yukarıda değinildiği üzere, "Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir." hükmü; (madde 104/17), Anayasa m.106/son ve m.123/son açısından da geçerlidir. Gerçekten de, Anayasa koyucu eğer öyle öngörseydi, tıpkı Anayasa'nın bazı hükümlerinde söz konusu alanın ancak ve ancak kanunla düzenlenebileceğini amir ifadelerle belirttiği gibi, bazı alanların da yine ancak ve ancak cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebileceğini ve a contrario, kanunla düzenlenemeyeceğini yine açıkça ve amir ifadelerle ortaya koyardı. Özetle; Anayasa koyucu, bazı konuların kanunla düzenlenmesini zorunlu kılmış, doğrudan cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebileceğini belirttiği alanlarda da son sözü (o konuda kanun çıkarmak ya da çıkarmamak suretiyle) kanun koyucuya bırakmıştır.

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

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

Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasında öngörülen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, normlar hiyerarşisinde yasaya eşdeğer işlemler değildir. Anayasanın bu tür kararnamelerin salt "yürütme yetkisine ilişkin konular"la sınırlı olarak çıkarılacağını öngörmesi, bunların yasaya eşdeğer, yasayla aynı düzeyde kurallar olamayacağını gösterir. Çünkü yürütme yetkisi, kanunların uygulanmasına yönelik, kanunlara uygun kullanılması gereken bir yetkidir. Ayrıca aynı fıkra da 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 olmadığına bir başka açık göstergesidir. Bu düzenlemelerden CBK ile düzenleneceği belirtilen konuların yasayla düzenlenmesi, Anayasa'nın yasama organına açıkça tanıdığı bir yetkidir.

Kanunsuz emre dair Anayasanın 137. maddesinde yapılan değişiklik ise, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, Anayasanın konuya ilişkin diğer düzenlemeleri ile birlikte değerlendirildiğinde, normlar hiyerarşisindeki yeri açıkça anlaşılır: “Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir...”.

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

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

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

3. - Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmasının anayasal çerçevesi ve sınırları

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

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

konular dışında CBK ile düzenleme yapılması mümkün değildir”. (AYM, E. 2018/125, K. 2020/4, 22/1/2020, R.G. 13/5/2020 – 31126, §9. Aynı yönde bkz. AYM, E. 2018/55; K. 2020/27, 11/6/2020, R.G. 20/7/2020-31194).

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

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

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

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

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

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

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

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

Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular kavramı, bu nedenle yasa kaydı olarak anlaşılmak 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, CBK ile yasanın konu itibarıyla iç içe geçme riskini içerir, karmaşaya yol açma ihtimalini barındırır. Çünkü Anayasanın 104/9. maddesi, cumhurbaşkanı CBK ile “üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları ... düzenler” hükmünü içerirken, üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları 128. maddeye göre yasa ile özel olarak düzenlenmek zorundadır.

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

“... Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Anayasa’da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü

konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir (AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 57; E.2016/180, K.2018/4, 18/1/2018, § 17; E.2017/51, K.2017/163, 29/11/2017, § 13; E.2016/139, K.2016/188, 14/12/2016, § 9; E.2013/47, K.2013/72, 6/6/2013). Buna göre Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı’nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır”. (AYM, E. 2018/125, K. 2020/4, 22/1/2020, R.G. 13/5/2020 – 31126, §11).

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

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

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

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

4. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine İlişkin Anayasa Mahkemesi Denetiminin Kapsamı

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

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

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

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

a) Gerekçe, başlıca şekil denetimi ölçütlerindendir

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

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

6771 sayılı kanunla gerçekleşen Anayasa değişikliği ile 104. maddede sınırları belirlendiği şekliyle anayasal düzenimize giren Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine ilişkin bir AYM içtihadı tam anlamıyla oluşturulabilmiş değildir. Açılan iptal davalarında, sistematik şekilde, söz konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin konu bakımından yetki yönünden Anayasa m.104/17’ye aykırı olduğu ve yürütmenin yasamanın yetki alanına tecavüz ettiği ortaya koyulmuştur. CBK yoluyla kural koyma alanına ilişkin ivedi ve esaslı bir içtihat oluşturulamamış olması, çok sayıda ve torba tarzda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılmasına neden olmaktadır. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin gerekçesiz olması olgusu, sürekli şekilde erkler ayrılığını ihlal eden bir kapsamda ihdas edilen bu norm kategorisinin temel kusurlarından birisi olarak göze çarpmaktadır.

Oysa “gerekçe”, hukuk devletinin bir gereğidir.

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

Bu bir eksiklik değil; zira hukuk devleti, bütün resmi işlemlerin gerekçeli olmasını gerekli kılar. Nitekim, yasalar ve idari işlemler açısından, açık hüküm yokluğuna karşın gerekçe yükümlülüğü, Anayasa madde 2’den kaynaklanır. Anayasalarda gerekçe gerekliliği açıkça öngörülmüş olmasa da, birel veya düzenleyici işlemler bütünü için gerekçe gerekliliği, içerik

olarak hukuk devleti kavramına içkindir. CBK'lerin gerekçeli olma zorunluluğu da, bu genel ilke içinde yer alır.

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

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

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

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

Bu bağlamda emsal olabilecek bir uygulamaya da ayrıca dikkat çekmekte yarar vardır.

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

Diğer bir ifadeyle KHK'lerin de aslında gerekçeleri bulunmaktaydı.

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

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

Söz konusu gerekçenin en başta, yani normun yürürlüğe girdiği zamanda kamuya ilan edilip edilmemesi ise farklı bir olgudur. Aslında hukuka saygılı ve vatandaşların kamusal faaliyetler için bilgilendirilmesini ve saydamlığı önemseyen bir yönetim anlayışında işbu gerekçelerin en baştan da kamuya duyurulması daha doğru bir yaklaşımdır. Ancak burada

olduğu gibi anılan gerekçelerin en başta kamuya duyurulmasının zorunlu olduğuna dair açık yasal kurallar yoksa, gerekçenin baştan kamuya duyurulmamış olması açık bir hukuka aykırılık olarak görülmeyebilir.

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

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

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

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

Anayasa Mahkemesi’nin görev tanımı Anayasa’da belirtilmiştir: “Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler...” (md.148/1)

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Yetki yönünden şekil denetimi

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

Bu açıdan CBK'lerin denetimi yasaların denetiminden farklıdır. Yasaların esas denetiminde sadece yasanın maddi bakımdan anayasaya uygunluğu inceleme konusu olurken,

CBK'lerin, şekil denetiminden sonra esas yönünden denetime geçmeden önce yetki yönünden incelenerek, Anayasanın 104/17. maddedeki sınırlara uyulup uyulmadığı denetlenmelidir. Bu çerçevede CBK'nin bir özgürlük ve hakkı düzenleyip düzenlemediği, Anayasada yasa kaydı olan ya da bir kanun tarafından düzenlenmiş bulunan bir konuda düzenlemeye yer verilip verilmediği öncelikle ele alınmalıdır.

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

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

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

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

uyulmadığına ilişkin bir denetim olan cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yetki alanlarında kalıp kalmadıklarına ilişkin denetim; son tahlilde, egemenliğin Anayasa'ya uygun şekilde kullanılıp kullanılmadığını ve anayasal yetkilerin, "Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun" olarak kullanılıp kullanılmadığını denetlemek anlamına gelmektedir. Kısaca, AYM'nin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini denetimi vesilesiyle yapacağı gözlemler, belirleyeceği ilkeler ve sistemleştireceği ölçütler, Türkiye Cumhuriyeti'nin anayasal bir devlet olup olmayacağı konusunda belirleyici olacaktır.

c) Esas yönünden

Bu konuda gösterilmesi gereken hassasiyet ve titizlik; Anayasa Mahkemesi'nin cumhurbaşkanlığı kararnamelerini yetki açısından denetlemesinin, denetimine tabi tutulan diğer normatif düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluk denetiminden farklı özellikler taşımasına dayanmaktadır. Anayasa, Başlangıç bölümünde, Devlet örgütlenmesinin erkler ayrılığı üzerine inşa edileceğini açık bir biçimde öngörmektedir. Cumhuriyet'in niteliklerini sıralayan ve somutlaştıran madde 2 ise, Türkiye Cumhuriyeti'nin "başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayan"diğını öngörmekte olup, bunu hukuk devleti olarak tanımlamaktadır. Hukuk devleti, mekanizma olarak, devlet örgütünün erkler ayrılığı çerçevesinde örgütlendiği, hukuki yapılanmanın ise normlar hiyerarşisine dayandığı bir siyasal örgüt ve hukuki yapı olarak tanımlanır. Madde 2, madde 14 (değişik: 3/10/2001-4709/3 md.) ışığında okunduğunda hukuk devletinin içerik olarak da tanımlanmış olduğu görülür: "insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyet" ve aynı zamanda "sosyal devlet"; yani sosyal hukuk devleti. Bu arada; AYM'nin hukuk devleti kavramına ilişkin olarak kanunların Anayasa'ya uygunluğu denetimi bağlamında oluşturduğu içtihadının, cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetiminde de aynı şekilde referans oluşturacağı açıktır (bu yönde bkz.: AYM, E.S. :2018/125, K.S.:2020/4, K.T.:22/1/2020, R.G. Tarih – Sayı: 13/5/2020 – 31126, §26–28). AYM'ye göre: "*Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti; eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir*" (AYM, E.S. :2018/125, K.S.:2020/4, K.T.:22/1/2020, R.G. Tarih – Sayı: 13/5/2020 – 31126, §26). Oysa, cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin (ve özellikle de bunların konu bakımından yetkisizliğine dayalı) iptal başvurularının böylesine çok sayıda ve bu kadar uzun süreler karara bağlanmamış şekilde AYM önünde birikmiş olması, AYM'nin verdiği hukuk devleti tanımındaki her bir unsurun adeta dondurulması anlamına gelmekte; yürütmeyi, dolaylı olarak, yetkisi dışındaki alanları sistematik şekilde Anayasa'ya aykırı cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenleme refleksi konusunda cesaretlendirmektedir.

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

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

B. 162 SAYILI ÜST KADEME KAMU YÖNETİCİLERİ İLE KAMU KURUMVE KURULUŞLARINDA ATAMA USULLERİNE DAİR CUMHURBAŞKANLIĞI

KARARNAMESİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ'NİN BAZI MADDELERİNİN ANAYASA'YA AYKIRILIĞI

1) 162 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 1. maddesi ile değiştirilen 3 sayılı CBK'nın 2. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki “ve (II) sayılı” ibaresi ile ekli (II) sayılı Cetvelin Anayasaya Aykırılığı

162 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 1. maddesi ile 3 sayılı CBK'nın Cumhurbaşkanı tarafından yapılacak atamaları düzenleyen 2. maddesinde yapılan değişiklik ile CBK'nın ekli II sayılı Cetvelinde yer alan kamu görevlilerinin atamalarının Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmasına ilişkin düzenleme yerine II sayılı Cetvelde sayılan kamu görevlilerinin de Cumhurbaşkanı kararıyla atanmalarına ilişkin düzenleme yapılmıştır. İptal talebinin konusu Cumhurbaşkanına verilen bu yetki ve CBK'nın eki niteliğindeki II sayılı Cetvelde sıralanan kadro, pozisyon ve görevlerdir. Söz konusu düzenleme, aşağıdaki açılardan Anayasa'ya aykırıdır.

Söz konusu düzenleme, konu bakımından yetki yönünden Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin sınırlarını aşması nedeniyle Anayasa'nın 104. maddesine aykırıdır.

İptali talep edilen düzenleme genel anlamda kamu görevlilerinin özelde ise kamu görevlilerinin bir kesimini oluşturan üst düzey kamu yöneticilerinin atanması ile ilgilidir.

Kamu görevlilerinin atanma, görevden alınması, özlük ve mali haklarına ilişkin konularda Anayasamızda kanunilik ilkesi çerçevesinde düzenleme yapılması zorunluluğu bulunmaktadır.

Anayasa'nın 128. maddesinde, “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır” hükmü yer almaktadır.

Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen bu hüküm açıkça kamuda çalışmakta olan memurlar ve diğer kamu görevlilerinin, görev ve yetkileri, atanma, nitelikleri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve diğer özlük işleri ile görevlerinin sona erme işlemlerinin kanun ile düzenlenmesi şartını getirmektedir.

6771 Sayılı Kanun ile Anayasamızda yapılan değişiklikler çerçevesinde değiştirilen Anayasa'nın 104.maddesinin 9. fıkrasına “Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.” Hükmü eklenmiştir. Cumhurbaşkanına tanınan bu yetki yeni bir yetki türüdür.

Burada ilk ele alınması gereken unsur, cumhurbaşkanınca atanacak “üst kademe kamu yöneticileri” kavramıdır. 3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi öncesinde “Üst Kademe Kamu Yönetici”lerinin kimler olduğuna ilişkin herhangi bir mevzuat düzenlemesi bulunmamaktaydı. “Üst kademe kamu yöneticileri yeni bir kavram değildir. 1982 Anayasası'nın ilk şeklinde de bulunmaktaydı, ancak kimler olduğu belli değildi. Nitekim Anayasa'nın 128. maddesinin son fıkrasında da bu üst kademe yöneticilerin yetiştirme usul ve esaslarının özel bir kanun ile yapılması hususu düzenlenmişti. 10.01.1985 tarihinde 3149 Sayılı Üst Kademe Yöneticilerinin Yetiştirilmesi Hakkında Kanun kabul edilmiş ise de söz konusu Kanun Anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bu tarihten sonra da 3 Sayılı

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine kadar bu üst düzey kamu görevlilerinin kimler olduğuna ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. 3 Sayılı Kararnamenin 2. maddesi ile Kararnameye eklenen iki adet Cetvel ile de bu kadro ve görevler tanımlanmıştır. (I) Sayılı Cetvel’de bulunan üst düzey yöneticiler Cumhurbaşkanınca doğrudan atanırken, (II) Sayılı Cetvel’de sayılanların atama işlemi Cumhurbaşkanınca onanmaktaydı. Anayasa Mahkemesinin 2018/120 E., 2023/171 K., sayılı Kararıyla söz konusu CBK’nın 2. Maddesindeki (II) sayılı Cetvele ilişkin olarak Cumhurbaşkanına tanınan onama yetkisi iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararının ardından iptale konu olan 162 sayılı CBK’nın 1. maddesi ile (II) sayılı Cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlerde bulunan kamu görevlilerinin de Cumhurbaşkanı kararı ile atanabilmesine yönelik değişiklik düzenlemesi yapılmıştır.

Dolayısıyla yapılan değişiklikle CBK’nın eki niteliğindeki (II) sayılı Cetvelde yeralan Kadro, pozisyon ve görevler doğrudan üst kademe kamu yöneticisi olarak tanımlanmış olmaktadır ve Anayasa’nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasıyla cumhurbaşkanına verilen özel yetki olan üst düzey yöneticileri “atama yetkisi” kapsamına alınmıştır.

CBK ile yapılabilecek düzenlemelerin sınırlarının Anayasanın 104/17. fıkrasındaki belirlenen ölçütlere uyumuna göre belirlenmesi gerekmektedir. Anayasa’nın 104/17. maddesinin birinci cümlesindeki “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.” Kapsamında yürütmeye tanınan özel alan kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin belirlenmesi gerekir. Bir başka deyişle, iptali talep edilen düzenleme açısından sadece 104. maddenin dokuzuncu fıkrasında özel olarak düzenlenmiş yetki çerçevesinde değerlendirme yapılmaması gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 2018/120 E., 2023/171 K., sayılı Kararında bu konuya açıklık getirerek Cumhurbaşkanına tanınan özel yetkilerin sınırlarının saptanmasında da 104/17. fıkradaki sınırlamaların esas alınması gerektiğini ifade etmiştir.

“10. Anayasa’nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların CBK ile düzenleneceği ayrıca ve açıkça ifade edilmiştir. Başka bir ifadeyle, anılan konu Anayasa’nın özel olarak CBK ile düzenlenebileceğini öngördüğü konulardandır.

11. Anayasa’da olağan dönemde CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konuların Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK’lar için öngörülen sınırlamalara tabi olmayacağına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK’lar için getirilen sınırlamalar, Anayasa’da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular için de geçerlidir. Bununla birlikte söz konusu sınırlamalar Anayasa’nın CBK’lara ilişkin diğer hükümleri ile birlikte yorumlanmalıdır (AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020, § 25).”

Dolayısıyla, Cumhurbaşkanına tanınan üst düzey kamu yöneticilerini atama yetkisine ilişkin 3 sayılı CBK’da yapılan değişiklik ile (II) Sayılı Cetvel’de sayılan kadro, pozisyon ve görevlerin de üst düzey kamu yöneticisi haline getirilmesi ve bu kapsamda Cumhurbaşkanınca doğrudan atanmasına ilişkin düzenlemenin yürütme yetkisi kapsamında bir düzenleme olup olmadığının tespitinin yapılması gerekir.

İptali talep edilen ibare ve ekli (II) sayılı Cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevler açısından öncelikle yapılması gereken değerlendirme bunların genel anlamda Anayasanın 128.

Maddesi kapsamında kamu görevlisi olarak mı değerlendirilecekleri, yoksa özel olarak üst düzey kamu yöneticisi olarak mı tanımlanacaklarıdır.

Üst düzey yöneticilerin kimlerden oluştuğuna dair Anayasada herhangi bir hüküm yoktur. Hatta bu konuda yasalarda da açık bir düzenlemenin olduğu söylenemez. 14/7/1965 tarihli ve 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK) 68. maddesinin B/c bendinde “Başbakanlık ve bakanlıkların bağlı ve ilgili kuruluşlarının müsteşar ve müsteşar yardımcıları ile en üst yönetici konumundaki genel müdür ve başkan kadrolarına atanacaklar için tamamı” ifadesi geçmektedir. Söz konusu ifade de en üst yönetici konumu açısından müsteşar, genel müdür ve başkan kadro unvanlarının kullanıldığı söylenebilir ama bu ifade de tanımlayıcı olmaktan uzaktır.

Anayasa’nın 128. maddesi hükmüne dayanılarak çıkarılan 1985 Tarihli ve 3149 Sayılı Üst Kademe Yöneticilerinin Yetiştirilmesi Hakkındaki Kanun, Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir (AYM, E.1985/3, K.1985/8, 18/6/1985). Anayasa Mahkemesi iptal gerekçesinde kanun konusu olması gereken hususların kanunda yönetmelikle düzenleneceğine işaret eden hükmü iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, “kanun konusu olan bir hususu idarenin yönetmelikle düzenleme yetkisinin bulunmadığı ve yasama yetkisinin devredilmezliğinden hareketle” ve haklı olarak ilgili maddeyi iptal etmiştir. Bu madde iptal olunca kanunun uygulanabilirliği kalmadığı için yüksek mahkeme tümünün iptaline karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, üst düzey kamu yöneticisi kavramına ilişkin son kararında da mevzuatta bu kavrama ilişkin bir tanımlamanın bulunmadığını ve bu kavramının belli bir çerçeveye kavuşturulması zorunluluğunu dile getirmiştir.

“33. Üst kademe kamu yöneticileri kavramının neyi ifade ettiğine yönelik olarak Anayasa’da genel ve soyut bir tanımlama yapılmamış ya da herhangi bir ölçüte yer verilmemiştir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesince bu anayasal kavramın kendi bağlamı içinde özerk bir biçimde yorumlanması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanlığı hükûmet sisteminin yürürlüğe girmesinden önceki dönemde verdiği bir kararında üst kademe yönetici kavramını yorumlamıştır. Anayasa Mahkemesi 10/1/1985 tarihli ve 3149 sayılı Üst Kademe Yöneticilerinin Yetiştirilmesi Hakkında Kanun’un, üst kademe kamu yöneticilerini daire başkanını da içine alacak şekilde sayma yoluyla belirleyen kapsam maddesini de (2. madde) denetlediği kararında üst kademe kamu yöneticileri kavramının belirlenmesinde esas alınacak her durumda geçerli, değişmez ve mutlak ölçütler bulmanın zorluğuna dikkat çekmiştir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi anılan kararında kamu politikasının tayinine katılma, seçimle gelmemekle birlikte etkin bir otoriteye sahip olma ve kuruluşunun en üst düzeyinde bulunma gibi bazı ölçütlerin önerilmesine rağmen üst kademe yöneticilerinin kimler olduğunun doktrinde ve kanunlarda açıklığa kavuşturulmadığını, esasen bunun çok zor olduğunu ve bu zorluğu dikkate alan kanun koyucunun da bunları bir bir saymak yolunu tercih ettiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesine göre üst kademe kamu yöneticilerine dair bir tanım yapılsaydı dahi tam anlamıyla bir tanım olmayacak ve takdire yine de elverişli bulunacaktı (AYM, E.1985/3, K.1985/8, 18/6/1985).

34. Anayasa Mahkemesinin anılan kararında vurgulandığı üzere bu kavramın tanımlanmasında güçlükler bulunsun da özellikle Cumhurbaşkanlığı hükûmet sisteminin yürürlüğe girmesinden sonra anayasal bir kavrama da dönüşmüş olduğu gözetildiğinde bunun belli bir çerçeveye kavuşturulması bir zorunluluktur (AYM, E.2019/111, K.2023/63, 05/04/2023, § 80).” (AYM, 2018/120 E., 2023/171 K., 11/10/2023)

Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki kararında ayrıca üst kademe kamu yöneticisi kavramına yönelik bir tanımlama çabasına girerek “belirli bir sevk ve idare, başka bir deyişle yönetim yetkisine sahip olmakla birlikte kurumun görev ve yetkileri çerçevesindeki politikaların belirlenmesi sürecine katılma”yı bir kriter olarak tanımlamıştır.

“35. Genel anlamda bir tanımlama yapılacak olursa Anayasa’da yer verilen üst kademe kamu yöneticileri kavramının belirli bir kamu hizmetini yürüten kamu kuruluşunun hiyerarşik bakımdan üst düzeylerinde görev alan ve aynı zamanda o hizmet alanıyla ilgili kamu politikalarının belirlenmesinde ve uygulanmasında etkin bir otoriteye, yetki ve sorumluluğa sahip olan kişileri ifade ettiği söylenebilir (AYM, E.2019/111, K.2023/63, 05/04/2023, § 81).

36. Bu itibarla kurum içinde klasik anlamda belirli bir sevk ve idare, başka bir deyişle yönetim yetkisine sahip olmakla birlikte kurumun görev ve yetkileri çerçevesindeki politikaların belirlenmesi sürecine katılmayan, yönetim yetkisi bu politikaları uygulamakla sınırlı olan yöneticilerin ya da kurumun hizmet alanıyla ilgili kamu politikalarının tayininde sadece istişari nitelikte rol üstlenen kişilerin üst kademe kamu yöneticisi olarak kabulü mümkün değildir (AYM, E.2019/111, K.2023/63, 05/04/2023, § 82).”

3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’ninin eki niteliğindeki (II) sayılı cetvelde yer verilen “kadro, pozisyon ve görevleri” işgal eden kişilerin üst düzey yönetici olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Ancak bu cetvelde yer alan bazı kadro ve pozisyon üst düzeyi işaret etmekle birlikte yönetici olmayan çok sayıda memuru ve kamu görevlisini de içermektedir. Kurum ve kuruluşların başlarında bulunan ve onların yardımcısı olarak gösterilenler dışında yönetim kurulu üyeleri, koordinasyon kurulu üyeleri, vakıf mütevelli heyeti üyeleri gibi üyelerin yönetici olmadıkları açıktır. (II) sayılı cetvelde yer verilen kadro ve pozisyonların öncelikle üst düzey değil, orta düzey yöneticileri ifade ettiği söylenebilir. Kaymakamlar, Toplu Konut İdaresi Başkan Yardımcıları, Polis Akademisi Başkanı ve Genel Müdür Yardımcıları gibi kadrolar daha çok orta düzey yöneticileri ifade eder. Yine bu cetvelde yer alan bazı kadro ve görevlerin ise yönetici niteliğinde olmadığını söyleyebiliriz. Dışişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu Üyeleri, Mushafları İnceleme ve Kiraat Kurulu Üyeleri, Helal Akreditasyon Yönetim Kurulu Üyeleri ve Hukuk Müşavirleri gibi kadrolarda yer alan kişilerin orta düzey yönetici hatta yönetici kapsamına bile girmedikleri açıktır. Bu kişiler ilgili konuda uzmanlığa sahip olabilirler ama yaptıkları iş bir yöneticilik değildir. Benzer şekilde Sosyal Güvenlik Kurumu Yönetim Kurulu Üyeleri veya Bakanlıklardaki Kurul Üyeleri, hukuk müşavirleri yönetici işlevi olmayan daha çok danışmanlık ve uzmanlık görevlerini yerine getiren görev ve pozisyonlara işaret eder. Dolayısıyla (II) sayılı cetvelde de yönetici kadro ve pozisyonunda olmayan çok sayıda orta düzey memur vardır. Bu nedenle söz konusu (II) sayılı Cetvelde sayılanların üst kademe kamu yöneticisi olup olmadıklarının belirlenmesi gerekir. Bu belirleme neticesinde söz konusu kadro, pozisyon ve görevlerin üst kademe kamu yöneticisi olmadığının tespiti halinde (II) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevler Anayasa’nın 104/9. Maddesine aykırılık taşıyacaktır ve iptali gerekir.

Bu durumda da 3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin 2. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan II Sayılı Cetvelde sayılan pozisyon, görevler veya kadrolara atama usul ve esasları da 104.maddenin 17. fıkrası çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir Cumhurbaşkanlığı kararı haline gelir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi de 2018/120 E., 2023/171 K., kararında ilgili CBK’nın ekli (II) sayılı Cetvelindeki kadro, pozisyon ve görevlere ilişkin görüşünü dile getirmiştir.

“40. Bu bağlamda CBK’ya ekli (II) Sayılı Cetvel’de çeşitli kamu kurumlarının Başkan ve Yönetim Kurulu Üyeleri gibi ilgili kurumun hiyerarşik bakımdan üst düzeylerinde görev almaları ve aynı zamanda o hizmet alanıyla ilgili kamu politikalarının belirlenmesinde ve uygulanmasında etkin bir otoriteye, yetki ve sorumluluğa sahip olmaları nedeniyle Anayasa Mahkemesinin tespit ettiği ölçütler çerçevesinde üst kademe kamu yöneticisi olanların yanı sıra, müfettişler, hazine kontrolörleri, Sayıştay savcıları, daimi temsilci yardımcıları gibi üst kademe kamu yöneticisi olmayan kadro, pozisyon ve görevlere de yer verildiği anlaşılmıştır.

41. Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların CBK’yla düzenlenebileceğiyle ilgili olarak tereddüt bulunmamakla birlikte Anayasa’nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrası uyarınca atanma esaslarına ilişkin olarak yapılacak düzenlemenin üst kademe kamu yöneticilerine münhasır olması gerekir. Zira Anayasa koyucu sadece üst kademe kamu yöneticileriyle sınırlı olarak atanma esaslarının belirlenmesi yetkisini Cumhurbaşkanı’na bırakmıştır. Kendilerini atayan Cumhurbaşkanı ile göreve gelme esasına tabi olmayan diğer kamu görevlilerinin atanma esaslarının CBK ile belirlenmesi mümkün değildir. Diğer kamu görevlileri yönünden Anayasa’nın 128. maddesindeki atanma esaslarının kanunla düzenlenmesi güvencesi varlığını devam ettirmektedir. Dolayısıyla üst kademe kamu yöneticilerinin kimler olduğunun Anayasa Mahkemesince tespit edilen kriterler de dikkate alınmak suretiyle CBK’yla açık ve net bir biçimde belirlenmesi diğer kamu görevlilerine sağlanan anayasal güvencelerin zedelenip zedelenmediğinin denetimi bakımından oldukça önem taşımaktadır.

42. (3) numaralı CBK incelendiğinde üst kademe kamu yöneticilerinin kimler olduğunun açık bir biçimde düzenlenmediği görülmektedir. Üst kademe kamu yöneticilerinin açık bir biçimde belirtilmesi yerine CBK’ya ekli farklı cetvellerin oluşturulması ve bu cetvellerde yer alan kadro, pozisyon ve görevlerin farklı kurallara tabi tutulması yönteminin benimsendiği gözlemlenmektedir. Bu cetveller incelendiğinde ise Anayasa Mahkemesinin tespit ettiği ölçütlere göre üst kademe kamu yöneticisi olan ve olmayanlara birlikte yer verildiği anlaşılmaktadır. Örneğin yukarıda da belirtildiği üzere (II) Sayılı Cetvel’de yer alan kadro, pozisyon ve görevlerin bir kısmı üst kademe kamu yöneticilerine ilişkinken bir kısmı da bu nitelikte değildir. Bu durumda CBK’ya ekli (II) Sayılı Cetvel’in ve cetvelin tabi olduğu hükümlerin üst kademe kamu yöneticisi olmayan kamu görevlilerine özgü olarak mı düzenlendiği dahi tespit edilememektedir. Dava konusu kuralla ilgili olarak anayasallık denetimi yapılmasına imkân vermeyen bu durum Anayasa’nın 2. maddesi kapsamında belirlilik ilkesine aykırıdır.”

Bu nedenle 10.07.2018 tarih ve 3 Sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum Ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 2. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki “ ve (II) sayılı” ibaresi ile ekli II sayılı Cetvelde yeralan kadro, pozisyon ve görevlerin, tek tek ele alınıp, Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirttiği üst düzey kamu yöneticisi tanımı içerisine girip girmediğinin görev, pozisyon ve görevler açısından tek tek ele alınması zorunluluğu bulunmaktadır.

Bu çerçevede ilgi 3 sayılı CBK’nın 2. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki “ve (II) sayılı” ibaresi ile ekli II sayılı Cetvelde yeralan kadro, pozisyon ve görevlerin Anayasa’nın 104.maddesinin dokuzuncu fıkrası kapsamında olup olmadığının tespitinin ve bu fıkraaya aykırılığı ile Anayasa’nın 104/17. Maddesinin birinci cümlesinde belirlenen sınırlar içerisinde olup olmadığının tespitinin yapılması önem arz etmektedir. Bunu da yapacak olan Anayasa Mahkemesinin ilgi kararında da belirtildiği üzere yüce mahkemenizdir. “37. Anayasa Mahkemesi bir kuralın üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların

düzenlenmesine ilişkin olup olmadığını CBK koyucunun nitelemesinden bağımsız olarak, yukarıda tespit edilen ilkeler çerçevesinde her bir kural özelinde özerk şekilde ele alıp nihai olarak denetleme görevinin kendisine ait olduğunu belirtmiştir (AYM, E.2019/111, K.2023/63, 05/04/2023, § 83)."

Yukarıda da belirtildiği üzere 3 sayılı CBK'nın 2. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki "ve (II) sayılı" ibaresi ile ekli II sayılı Cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevler, üst düzey kamu yöneticisi olarak tanımlanamadığı takdirde yukarıda belirtildiği üzere bu kamu görevlilerinin atanma usul ve esasları genel anlamda kamu görevlilerinin atanmasına ilişkin usul ve esaslara tabi olacaktır. Dolayısıyla, bu kamu görevlilerinin atanmasının, Anayasa'nın 128. Maddesinin ikinci fıkrasında belirlenen usullere ve esaslara tabi olması anlamına gelecektir. Bu kamu görevlileri açısından Cumhurbaşkanına tanınan özel yetki olan atama yetkisi kullanılamaz hale gelecektir ve 3 sayılı CBK'nın konusu kapsamından çıkacaktır. Anayasa'nın 128. Maddesi kapsamında kamu görevlilerinin atanmasına yönelik kanunilik ilkesi kapsamında ele alınacak bir düzenleme niteliğinde olacak ve bu nedenle de Anayasanın 104/17. maddede geçen "münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular" olarak tanımlanan sınırı aşması nedeniyle CBK çıkarma yetkisi dışında bir düzenleme halini alacaktır. Buna göre Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı'nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır". (AYM, E.S. :2018/125, K.S.:2020/4, K.T.:22/1/2020, R.G. Tarih – Sayı: 13/5/2020 – 31126, §11). O halde Anayasa'nın bir maddesinde bir konunun yasayla düzenlenmesi öngörülmüşse o konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi, Anayasa'nın 7., 104/17. ve 128. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

3 sayılı CBK'nın eki (II) sayılı Cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevler kanımızca, Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen üst düzey kamu yöneticisi olmaya ilişkin kriterlerini karşılamamaktadır.

Bu çerçevede, iptali talep edilen ibare ve cetvel, özelde üst düzey kamu yöneticileri olmayan kamu görevlilerine ilişkin olması nedeniyle Anayasa'nın 7., 104/17. Ve 128. Maddelerine aykırılık taşımaktadır ve bu nedenle iptalleri talep edilmektedir.

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 ilkesi, Anayasadaki düzenlemesi itibarıyla kısa bir ifade olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi kararlarında en fazla atıf yapılan ve uygulama alanı bulan kurallar arasında yer almaktadır. İlk bakışta soyut bir ilke gibi görünen hukuk devleti ilkesi Anayasa Mahkemesinin kırk yılı aşan içtihatlarıyla içerik kazanmış, vatandaşların hak ve özgürlüklerinin üstün kamu gücü karşısında korunmasında önemli bir dayanak oluşturmuştur. Hukuk devleti ilkesinin uygulamasına bakıldığında bunun tek bir unsurdan oluşmadığı, insanların geleceğe güvenle bakabilmelerinin, her yönüyle huzurlu ve mutlu bir hayat sürebilmelerinin hemen tüm gereklerini içine alan torba bir nitelik taşıdığı görülmektedir. Bu haliyle hukuk devleti ilkesi içeriği sınırlı olmayan, insan haklarıyla ilgili olarak ulusal ve uluslararası alanda ortaya çıkacak yeni anlayış ve uygulamalara da açık olan bir ilke durumundadır.

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" (AYMK, 27.2.2001, E.1999/43, K.2001/46, RG: 20.3.2002-24701; AYMK, 27.3.1986, E.1985/31, K.1986/11, RG: 9.5.1986-19102.). 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 belirlilik İlkesi"dir. Bu ilkeye göre, kanun düzenlemelerinin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir tereddüde ve şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi de gereklidir (AYM, E.2013/67, K2013/164)

İptali talep edilen (II) sayılı Cetveldeki kadro, pozisyon ve görevlerin tanımlamasının yapılmaması, bunların hangi kriterlere göre belirlendiği de belli değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere bu kadro, pozisyon ve görevlerin büyük bir çoğunluğu danışman, yardımcı personel veya orta düzey kamu görevlileridir veya temsil görevi yerine getirmektedirler. Dolayısıyla, Bunların Anayasa'nın 104/9 kapsamında Cumhurbaşkanına tanınan mahfuz alan ile ilişkilendirilerek atanma yetkilerinin kanunilik ilkesi kapsamında çıkarılması Cumhurbaşkanına söz konusu cetvele her türlü kamu görevlisini ekleme veya çıkarma yetkisi verilmesi anlamına gelecek ve bu da hukuki belirlilik ilkesini zedeleyecektir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi de söz konusu düzenleme ile ilgili verdiği kararda da açıkça bu durumu belirtmiştir.

"40. Bu bağlamda CBK'ya ekli (II) Sayılı Cetvel'de çeşitli kamu kurumlarının Başkan ve Yönetim Kurulu Üyeleri gibi ilgili kurumun hiyerarşik bakımdan üst düzeylerinde görev almaları ve aynı zamanda o hizmet alanıyla ilgili kamu politikalarının belirlenmesinde ve uygulanmasında etkin bir otoriteye, yetki ve sorumluluğa sahip olmaları nedeniyle Anayasa Mahkemesinin tespit ettiği ölçütler çerçevesinde üst kademe kamu yöneticisi olanların yanı sıra, müfettişler, hazine kontrolörleri, Sayıştay savcıları, daimi temsilci yardımcıları gibi üst kademe kamu yöneticisi olmayan kadro, pozisyon ve görevlere de yer verildiği anlaşılmıştır.

41. Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların CBK'yla düzenlenebileceğiyle ilgili olarak tereddüt bulunmamakla birlikte Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrası uyarınca atanma esaslarına ilişkin olarak yapılacak düzenlemenin üst kademe kamu yöneticilerine münhasır olması gerekir. Zira Anayasa koyucu sadece üst kademe kamu yöneticileriyle sınırlı olarak atanma esaslarının belirlenmesi yetkisini Cumhurbaşkanı'na bırakmıştır. Kendilerini atayan Cumhurbaşkanı ile göreve gelme esasına tabi olmayan diğer kamu görevlilerinin atanma esaslarının CBK ile belirlenmesi mümkün değildir. Diğer kamu görevlileri yönünden Anayasa'nın 128. maddesindeki atanma esaslarının kanunla düzenlenmesi güvencesi varlığını devam ettirmektedir. Dolayısıyla üst kademe kamu

yöneticilerinin kimler olduğunun Anayasa Mahkemesince tespit edilen kriterler de dikkate alınmak suretiyle CBK'yla açık ve net bir biçimde belirlenmesi diğer kamu görevlilerine sağlanan anayasal güvencelerin zedelenip zedelenmediğinin denetimi bakımından oldukça önem taşımaktadır.

42. (3) numaralı CBK incelendiğinde üst kademe kamu yöneticilerinin kimler olduğunun açık bir biçimde düzenlenmediği görülmektedir. Üst kademe kamu yöneticilerinin açık bir biçimde belirtilmesi yerine CBK'ya ekli farklı cetvellerin oluşturulması ve bu cetvellerde yer alan kadro, pozisyon ve görevlerin farklı kurallara tabi tutulması yönteminin benimsendiği gözlemlenmektedir. Bu cetveller incelendiğinde ise Anayasa Mahkemesinin tespit ettiği ölçütlere göre üst kademe kamu yöneticisi olan ve olmayanlara birlikte yer verildiği anlaşılmaktadır. Örneğin yukarıda da belirtildiği üzere (II) Sayılı Cetvel'de yer alan kadro, pozisyon ve görevlerin bir kısmı üst kademe kamu yöneticilerine ilişkin bir kısmı da bu nitelikte değildir. Bu durumda CBK'ya ekli (II) Sayılı Cetvel'in ve cetvelin tabi olduğu hükümlerin üst kademe kamu yöneticisi olmayan kamu görevlilerine özgü olarak mı düzenlendiği dahi tespit edilememektedir. Dava konusu kuralla ilgili olarak anayasallık denetimi yapılmasına imkân vermeyen bu durum Anayasa'nın 2. maddesi kapsamında belirlilik ilkesine aykırıdır.” (AYM, 2018/120 E., 2023/171 K.)

Bu nedenle söz konusu düzenleme ve ekli (II) sayılı Cetvel Anayasa'nın 2. maddesine de aykırıdır, iptali gerekir.

İptali talep edilen ibare ve ekli (II) sayılı Cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlerin tek tek incelenerek Anayasa'nın 104. maddesinin 9. fıkrası kapsamında olup olmadığının tespiti ve Anayasa'nın 2., 7., 104/9., 104/17. ve 128. maddelerine aykırılığının tespiti ve iptali talep edilmektedir.

2. 162 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3. maddesindeki “yer alan “I. HUKUK MÜŞAVİRLERİ (BAKANLIK BAĞLI, İLGİLİ, İLİŞKİLİ KURULUŞLARI)” satırı “CUMHURBAŞKANLIĞINA VE BAKANLIKLARA BAĞLI VE İLGİLİ KURULUŞLARIN I. HUKUK MÜŞAVİRLERİ (KAMU İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİ HARİÇ) şeklinde değiştirilmiş ve aynı Cetvelde” ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

30/08/2024 tarih ve 162 sayılı CBK ile 10.07 2018 tarih ve 3 Sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum Ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin eki (II) sayılı cetvelde yer alan I. Hukuk Müşavirlerine ilişkin düzenlemede değişiklik yapılmış ve kamu iktisadi teşebbüslerinde çalıştırılan I. Hukuk Müşavirleri haricindeki Cumhurbaşkanlığına ve bakanlıklara bağlı ve ilgili kuruluşların I. hukuk müşavirlerinin Cumhurbaşkanınca atanmasına yönelik bir değişiklik yapılmıştır.

İptal talebine konu olan ibare, 3 sayılı CBK'nın eki II sayılı Cetvelde bir değişiklik yapmaktadır. Bu değişikliğe göre I. Hukuk Müşavirleri (Bakanlık bağlı, ilgili, ilişkili Kuruluşları) kadro, pozisyon veya görevinde bulunanlar daraltılmış ve Cumhurbaşkanlığına ve Bakanlıklara bağlı ve ilgili Kuruluşların I. hukuk müşavirleri (İktisadi Kamu Teşebbüsleri hariç) II sayılı Cetvel kapsamında atanmasının Cumhurbaşkanınca yapılması düzenlenmiştir.

Söz konusu değişikliğin nedeni Anayasa Mahkemesinin 2018/120 E., 2023/171 K., kararı ile ilgi 3 sayılı CBK'nın eki (II) sayılı Cetvelde yeralan “I. Hukuk Müşavirleri (Bakanlık bağlı, ilgili, ilişkili Kuruluşları)” ibaresinin iptal edilmiş olmasıdır.

“19. (4) numaralı CBK’da Bakanlık ilgili kuruluşlarına ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmemiş ve 3046 sayılı Kanun’un “Bakanlık ilgili kuruluşları” başlıklı 11. maddesi 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin (KHK) 41. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla birlikte, ilgili kuruluşların özel kanunlarla veya CBK’larla kurulan ya da geçmişte KHK’larla kurulmuş olan çoğunlukla bilimsel, teknik, kültürel ve iktisadi alanlarda faaliyet gösteren, özel bir hukuki, mali ve idari statüye tabi, belli bir özerkliğe sahip, tüzel kişiliği haiz, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları olarak tanımlanması mümkündür. Bu bağlamda sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan iktisadi devlet teşekkülleri ile sermayesinin tamamı devlete ait olup tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi kuruluşlarından oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri (KİT’ler) de bakanlık ilgili kuruluşları arasında yer almaktadır.

20. KİT’lerin kuruluş, yapılanma ve görevlerine ilişkin hususlar 8/6/1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında KHK ile düzenlenmiş, personel rejimi ise 22/1/1990 tarihli ve 399 sayılı KHK ile düzenlenmiştir.

21. 399 sayılı KHK’nın 5. maddesinin birinci fıkrasında aynı KHK’ya ekli 1 Sayılı Cetvel’de yer alan kadrolara yönetim kurulu kararı ile atama yapılacağı hükmü yer almaktadır. KİT’lerin I. Hukuk Müşavirleri de yönetim kurulunun atama yetkisine sahip olduğu 399 sayılı KHK’ya ekli 1 Sayılı Cetvel’de gösterilen kadrolar arasında yer almaktadır.

22. Bu itibarla dava konusu CBK kuralının olmaması durumunda (3) numaralı CBK’ya ekli (II) Sayılı Cetvel’de yer alan kadro, pozisyon ve görevler arasında yer alan KİT’lerin I. Hukuk Müşavirlerini atamaya yetkili merci ve atama usulü bakımından 399 sayılı KHK’nın 5. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen hükmün uygulanacağı açıktır. Dolayısıyla dava konusu kuralın KHK’nın açıkça düzenlediği bir konuya ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

23. Açıklanan nedenlerle kural, CBK’ya ekli (II) Sayılı Cetvel’de yer alan “Spor Müşavirleri” ve “I. Hukuk Müşavirleri (Bakanlık Bağlı, İlgili, İlişkili Kuruluşları)” satırları yönünden Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine aykırıdır. İptali gerekir.”

162 sayılı CBK’nın 3. Maddesi ile yapılan düzenleme ile AYM’nin kararına uygun bir düzenleme yapılmaya çalışılsa da söz konusu düzenleme de Anayasa’ya aykırıdır.

Söz konusu düzenleme, esas itibarıyla 3 sayılı CBK’nın 2. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde belirlenen (II) sayılı Cetvel içerisinde bir değişiklik yaptığından dolayı 162 sayılı CBK’nın 1. maddesiyle değiştirilen 3 sayılı CBK’nın 2. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki “ve (II) sayılı” ibaresi ile ekli (II) sayılı Cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevler açısından açıkladığımız iptal gerekçeleri bu düzenleme için de aynı şekilde geçerlidir. Bu çerçevede iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 2., 7., 104/9., 104/17. ve 128. Maddelerine aykırıdır, iptali talep edilmektedir.

Ayrıca, 104. maddenin 17. fıkrasında, cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin sınırları saptanmış ve Anayasanın 2. kısmının 1. ve 2. bölümlerinde yer alan anayasal hak ve özgürlüklere ilişkin genel ilkeler, kişi hakları ve ödevleriyle 4. bölümde yer alan siyasal haklar ve ödevler (m.104/17, c.2) hususlarında kararname düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular (m.104/17) ile kanunda

açıkça düzenlenen konular (m.104/17), yürütme yetkisine ilişkin olmayan konular (m. 104/17) hususunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yayımlanamayacağı da belirtilmiştir.

İptali istenen düzenleme olan 3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin eki (II) sayılı Cetveldeki I. Hukuk Müşavirleri, yukarıda belirtilen Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında belirlenen hususlara da birden fazla düzeyde aykırılık taşımaktadır.

Hukuk Müşavirliği kadrosu, pozisyonu veya görevi, tanım itibarıyla üst düzey kamu yöneticisi kavramı içerisinde tanımlanabilecek bir kadro tanımı değildir. Özetle, "Hukuk müşaviri, şirket veya kamu kurumuna, hükümet düzenlemeleri, sözleşmeler ve vergi gibi iş faaliyetleri ile ilgili yasal konularda tavsiyede bulunur. Bireysel veya kurumsal yasal faaliyetlerin denetimini sağlar. Dava sırasında müvekkillerini temsil eder."

Bu çerçevede I. hukuk müşaviri kadrosu, "36. Bu itibarla kurum içinde klasik anlamda belirli bir sevk ve idare, başka bir deyişle yönetim yetkisine sahip olmakla birlikte kurumun görev ve yetkileri çerçevesindeki politikaların belirlenmesi sürecine katılmayan, yönetim yetkisi bu politikaları uygulamakla sınırlı olan yöneticilerin ya da kurumun hizmet alanıyla ilgili kamu politikalarının tayininde sadece istişari nitelikte rol üstlenen kişilerin üst kademe kamu yöneticisi olarak kabulü mümkün değildir (AYM, E.2019/111, K.2023/63, 05/04/2023, § 82)." Şeklindeki Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan üst düzey kamu yöneticisi tanımındaki kriterlerin hiçbirini taşımamaktadır.

Bu nedenle söz konusu düzenleme, yasama organı tarafından düzenlenmesi gereken alan içerisinde tanımlanmalıdır. Çünkü Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleme yapılamayacağı belirtilmiştir. Anayasanın 128. maddesinde de belirtildiği üzere memurlar ve diğer kamu görevlilerinin "nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri" açık bir biçimde kanun ile düzenleneceği öngörülmüştür. Anayasa'nın bu hükmü de söz konusu hukuk müşavirlerini de kapsamaktadır. Dolayısıyla kanunla düzenlenmesi gereken alana müdahale biçimini alan bu düzenleme 104. maddenin 17. fıkrasına bu açıdan aykırılık taşımaktadır.

Son olarak Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasında kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamayacağı belirtilmektedir. Söz konusu düzenlemeye ilişkin genel kurallar, 18/3/2002 tarih ve 2002/3975 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yayımlanan Kamu Görevlerine İlk Defa Atanacaklar İçin Yapılacak Sınavlar Hakkında Genel Yönetmelik hükümlerinde ek 6. maddeye göre düzenlenmektedir. Söz konusu düzenleme şu şekildedir.

Ek Madde 6- (Ek: 10/9/2012-2012/3688 K.)

Kamu kurum ve kuruluşları, özel mevzuatlarında sınav, başvuru, komisyon teşkili ve sınava ilişkin diğer hususlarda düzenleme yapmak kaydıyla, hazine avukatı ve hukuk müşaviri kadroları ile avukat kadro ve pozisyonlarına, KPSS (B) grubu puan sırası dikkate alınarak, açıktan atama yapılacak kadro veya pozisyon sayısının beş katına kadar belirlenecek adaylar için yapacakları yazılı ve/veya sözlü sınavlardaki başarı sırasına göre atama yapabilirle^[15][1]

Söz konusu Yönetmelik 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu dayanak alınarak çıkarılmış ve halen bu mevzuat hükümleri de hukuk müşavirlerinin atanmalarında

yürürlüktedir. I. Hukuk Müşavirleri de söz konusu hukuk müşavirlerinden olduğundan bu mevzuata tabi olarak ilgili kamu kurumlarınca atanmaktadırlar.

Dolayısıyla kanunlarla düzenlenen alanda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile I. Hukuk Müşavirleri açısından bu yönde bir düzenleme yapılamayacağı açıktır.

Yukarıda belirtilen nedenlerle 3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 3. maddesindeki “yer alan “I. HUKUKU MÜŞAVİRLERİ (BAKANLIK BAĞLI, İLGİLİ, İLİŞKİLİ KURULUŞLARI)” satırı “CUMHURBAŞKANLIĞINA VE BAKANLIKLARA BAĞLI VE İLGİLİ KURULUŞLARIN I. HUKUK MÜŞAVİRLERİ (KAMU İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİ HARİÇ) şeklinde değiştirilmiş ve aynı Cetvelde” ibaresi, Anayasa’nın 2., 7., 104/9., 104/17. ve 128. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Anayasa’nın 104.maddesinin 9. fıkrasına dayanılarak 10/07/2018 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum Ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde değişiklik yapan 30/08/2024 tarih ve 162 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan bazı kamu yöneticilerinin atanmasının hukuki dayanağı olmuştur. 162 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin iptali talep edilen maddeleri, Anayasa’nın 2., 7., 104. ve 128. maddelerine açıkça aykırıdır. Bu Kararnamede belirlenen usul, esaslar çerçevesinde bazı atamalar da yapılmıştır. Bu düzenlemelerin doğurduğu sonuçlar açısından kişilere yönelik haklar ortaya çıkmaya başlamıştır. Oysa iptali talep edilen maddelerin ve ibarelerin hukuki dayanaktan yoksun olması veya Anayasaya aykırı olması nedeniyle mahkemeniz tarafından iptal edilmesi halinde yok hükmünde olacağından kişiler ve devlet açısından telafisi mümkün olmayan zararlar ortaya çıkabilecektir. Söz konusu üst kademe yöneticilerinin almış olduğu idari kararlar veya yapmış olduğu idari işlemlerin hukukiliği zedelenmiş olacaktır ve kamu zararı da ortaya çıkabilecektir.

Söz konusu Kararname çerçevesinde atama ve görevden alma yetkilerinin kullanımı neticesinde hukuk devleti ilkesi zedelenebilecektir.

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

Bu tür telafisi mümkün olmayan hak ve özgürlüklerin zedelenmesini engellemek ve bu nedenle zarar 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

30.08.2024 tarih ve 162 sayılı “Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum Ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”nin;

1. 1. maddesi ile değiştirilen 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 2. Maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki “ve (II) sayılı” ibaresi ile ekli II sayılı Cetvelin, Anayasa’nın 2., 7., 104/9., 104/17. ve 128. maddelerine

2. 3. maddesindeki “yer alan “I. HUKUKU MÜŞAVİRLERİ (BAKANLIK BAĞLI, İLGİLİ, İLİŞKİLİ KURULUŞLARI)” satırı “CUMHURBAŞKANLIĞINA VE BAKANLIKLARA BAĞLI VE İLGİLİ KURULUŞLARIN I. HUKUK MÜŞAVİRLERİ (KAMU İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİ HARİÇ) şeklinde değiştirilmiş ve aynı Cetvelde” ibaresinin, Anayasa’nın 2., 7., 104/9., 104/17. ve 128. maddelerine,

aykırılık teşkil ettiğinden iptaline ve dava sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına, karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz.”