

“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 yapıp yapamayacağı hususu üzerinde durulmalıdır. Bunun için öncelikle, yasama yetkisinin devri yasağına Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı göz önüne alınmalıdır. Anayasa'nın 7. maddesi, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.

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

AYM, bir başka kararında ise, yasama yetkisinin 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).

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 engellemektedir.

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

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

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

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

Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasında öngörülen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, normlar hiyerarşisinde yasaya eşdeğer işlemler değildir. Anayasanın bu tür kararnamelerin salt “yürütme yetkisine ilişkin konular”la sınırlı olarak çıkarılacağını öngörmesi, bunların yasaya eşdeğer, yasayla aynı düzeyde kurallar olamayacağını gösterir. Çünkü yürütme yetkisi, kanunların uygulanmasına yönelik, kanunlara uygun kullanılması gereken bir yetkidir. Ayrıca aynı 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 olmadığının 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 sınırları

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

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

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

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

Ancak bu yasak karşısında yanıtlanması gereken soru, sosyal ve ekonomik haklar ve özgürlüklerin tamamının CBK ile düzenlenip düzenlenemeyeceğidir. Sadece yukarıdaki ifadeden yola çıkarak yapılan bir değerlendirme bu soruya olumlu cevap vermeyi gerektirir. Ancak bu 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.

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

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

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

2017 Anayasa kurgusu ürünü olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, dört yılda yasaların önüne geçti: Çıkarılan toplam 106 CBK'nin madde sayısı, 2696'dır. Bunların 55 torba tarzında olup, madde sayısı 808'dir. CBK'ler, hiçbir gerekçe içermemektedir.

6771 sayılı kanunla gerçekleşen Anayasa değişikliği ile 104. maddede sınırları belirlendiği şekliyle anayasal düzenimize giren Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine ilişkin bir

AYM içtihadı tam anlamıyla oluşturulabilmiş değildir. Temmuz 2022 itibariyle çıkarılan ve yürürlüğe konulan 106 Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 77'ine ilişkin iptal talebinde bulunulmuştur. Açılan iptal davalarında, sistematik şekilde, söz konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin konu bakımından yetki yönünden Anayasa m.104/17'ye aykırı olduğu ve yürütmenin yasamanın yetki alanına tecavüz ettiği ortaya koyulmuştur. AYM, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine ilişkin 16 karar vermiştir. Bu kararların 8'inde tümünden veya kısmen iptal veya iptal edilen ögeler bulunmakla birlikte diğer 8'i ret edilmiştir. AYM, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri üzerine ortalama 17 ayda karar verebilmiştir. Yapılan başvuru ve verilen karar oranlandığında ise, tam olarak başvuruların yaklaşık 1/5'i karara bağlanmıştır. CBK yoluyla kural koyma alanına ilişkin ivedi ve esaslı bir içtihat oluşturulamamış olması, çok sayıda ve torba tarzda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılmasına neden olmaktadır. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin gerekçesiz olması olgusu, sürekli şekilde erkler ayrılığını ihlal eden bir kapsamda ihdas edilen bu norm kategorisinin temel kusurlarından birisi olarak göze çarpmaktadır.

• GEREKÇE, HUKUK DEVLETİ GEREĞİDİR

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

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

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

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

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

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

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

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

Diğer bir ifadeyle KHK'lerin de aslında gerekçeleri bulunmaktaydı.

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

Kanunlar, KHK'ler, CBK'ler gibi genel kural koyucu üst hukuk kurallarının gerekçelerinin “bulunması”, hukuk devleti açısından mutlaka zorunludur. Çünkü gerek bu hukuk normlarının uygulayıcılar tarafından nasıl yorumlanacağının 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 oluşturmaktadır.

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

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

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

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

“Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi 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, Cumhurbaşkanı'na ancak fıkra da belirtilen sınırlar içinde CBK çıkarma yetkisi verilmiştir. Bu sınırların aşılması, CBK'yi Anayasa'ya aykırı hale getirir. Böylece, CBK'nin, örneğin kanunun açıkça düzenlediği bir hususu içermesi onun Anayasa'ya aykırı olması sonucunu doğurur: "Dava konusu kural 5018 sayılı Kanun'a ekli (1) Sayılı Cetvel'e bazı eklemeler yapmak suretiyle kanun metninde değişiklik yapılmasını öngörmektedir. Kanunları değiştirmenin TBMM'nin görev ve yetkileri kapsamında bulunduğu ve 6771 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişikliğiyle bu hususta farklı bir düzenleme öngörülmediği gözetildiğinde kuralın yürütme yetkisine değil yasama yetkisine ilişkin olduğu açıktır. Dolayısıyla kural, Anayasa'nın 104. Maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesiyle bağdaşmamaktadır" (AYM, E.S.: 2018/55; K.S.: 2020/27; K. T.:11/6/2020; R.G.: 20 Temmuz 2020-31194).

Bu açıdan CBK'lerin denetimi yasaların denetiminden farklıdır. Yasaların esas denetiminde sadece yasanın maddi bakımından 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 yapmaktan ya da tetikleyebileceği dolaylı ayrımcı sonuçlardan da sorumlu olacağını vurgulamak gerekir. Bu çerçevede hangi kuralın hak ve hürriyetleri kısıtlayıcı, hangi kuralın sadece düzenleyici nitelikte olduğunun tespiti oldukça zor olacaktır.

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

c) Esas yönünden

Bu konuda gösterilmesi gereken hassasiyet ve titizlik; Anayasa Mahkemesi’nin cumhurbaşkanlığı kararnamelerini yetki açısından denetlemesinin, denetimine tabi tutulan diğer normatif düzenlemelerin Anayasa’ya uygunluk denetiminden farklı özellikler taşımasına dayanmaktadır. Anayasa, Başlangıç bölümünde, Devlet örgütlenmesinin erkler ayrılığı üzerine inşa edileceğini açık bir biçimde öngörmektedir. Cumhuriyet’in niteliklerini sıralayan ve somutlaştıran madde 2 ise, Türkiye Cumhuriyeti’nin “başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayan”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. 108 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin bütünü, şekil yönünden Anayasa’ya aykırıdır

108 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin bütünü, şekil yönünden Anayasa’ya aykırıdır. Aşağıda, söz konusu Anayasa’ya aykırılığın sebepleri gösterilmiştir.

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

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

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

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

2. Süre Yönünden

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

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

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

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

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

3. 108 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin Gereksiz Çıkarılmasının Şekil Bakımından Hukuk Devleti İlkesi Aykırılığı

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. 108 SAYILI CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ’NİN BAZI HÜKÜMLERİNİN ANAYASA AYKIRILIĞI

108 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 1. maddesiyle 3 sayılı CBK’nin 9. maddesinin 3. fıkrasına eklenen cümlelerin Anayasaya Aykırılığı

108 sayılı CBK’nin 1. maddesi ile 3 sayılı CBK’nin 9. Maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen cümle ile Genel Kurmay Başkanının görev süresinin birer yıllık sürelerle Cumhurbaşkanınca Genel Kurmay Başkanının emeklilik yaş haddine kadar uzatılabileceği düzenlenmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki Genelkurmay Başkanlarının yaş haddi, 926 sayılı Kanun’un 49’uncu maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde düzenlenmiş; görev süresi, 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin (CBK) 9’uncu maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. 3 sayılı CBK’nin 9’uncu maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesine göre Genelkurmay Başkanının görev süresi 4 yıldır. Ancak 04.08.2022 tarihli ve 108 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde Değişiklik Yapılması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 1’inci maddesiyle 3 sayılı CBK’nin 9’uncu maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinden sonra gelmek üzere cümle eklenmiştir. Söz konusu eklenen cümleye göre Genelkurmay Başkanının görev süresi, birer yıllık sürelerle Cumhurbaşkanınca yaş haddine kadar uzatılabilecektir. Belirtmek gerekir ki 108 sayılı CBK, 04.08.2022 tarihlidir ve 04.08.2022 tarihli ve 31913 sayılı (Mükerrer) Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. 04.08.2022 tarihi ise; Yüksek Askerî Şûra’nın (YAŞ) toplantı tarihine tekabül etmektedir. Söz konusu toplantı akabinde 05.08.2022 tarihli ve 31914 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 04.08.2022 tarihli ve 2022/350 sayılı atama kararı ile Genelkurmay Başkanı Yaşar Güler’in yaş haddi ve görev süresi, 30 Ağustos 2022 tarihinden geçerli olmak üzere bir yıl uzatılmıştır. (10.07.2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 09.07.2018 tarihli ve 2018/2 sayılı atama kararı ile Kara Kuvvetleri Komutanı Orgeneral Yaşar Güler, Genelkurmay Başkanlığı’na atanmış idi. İptali talep edilen düzenlemelerden önce 1954 doğumlu olan Genelkurmay Başkanı Yaşar Güler, 04.08.2022 tarihli YAŞ toplantısında yaş haddinden resen emekliye ayrılacak idi.)

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

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

a) Anayasanın 104. Maddesinin 17. Fıkrasının birinci cümlesinde “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.” kuralı bulunmaktadır. Bu norm, Cumhurbaşkanının cumhurbaşkanı kararnamesi ile düzenleme yapacağı alanı belirleyen temel normdur ve bu çerçevede yürütmeye ilişkin konularda CBK ile düzenleme yapılabileceği düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi, “yürütme yetkisine ilişkin konular” hususunu şu şekilde açıklamıştır:

“5. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabileceği hüküm altına alınmıştır. Düzenlemeyle yürütme yetkisine ilişkin olmak kaydıyla CBK çıkarma konusunda Cumhurbaşkanı'na genel bir yetki verilmiştir. Maddenin gerekçesinde, yeni hükümet sistemi gözetilerek Cumhurbaşkanı'nın genel siyasetin yürütülmesinde yürütme yetkisi ile ilgili olarak ihtiyaç duyduğu konularda CBK çıkarabilmesine imkân tanımak amacıyla ilk elden düzenleme yapma yetkisinin tanındığı ifade edilmiştir.

6. Cumhurbaşkanı'na yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisinin genel olarak verilmesinin yanı sıra Anayasa'nın diğer bazı maddelerinde belirtilen kimi konuların da CBK ile düzenleneceği ayrıca ifade edilmiştir. Bu kapsamda Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların; 106. maddesinin on birinci fıkrasında bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının; 108. maddesinin dördüncü fıkrasında Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin; 118. maddesinin altıncı fıkrasında Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK'larla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında ise kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile kurulacağı belirtilmiştir.” (AYM, E.S. :2018/119, K.S.:2020/25, K.T.:11/6/2020)

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, yürütme yetkisine ilişkin genel ve özel yetkilerin neler olduğunu tanımlamıştır. Cumhurbaşkanı, Anayasanın 104. Maddesinin dokuzuncu fıkrası çerçevesinde üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisine sahiptir. Yine, Anayasanın 117. Maddesi gereğince de özel olarak Genelkurmay Başkanını “atama” yetkisine haizdir. Ancak bu genel ve özel yetki, atanmış bir Genelkurmay Başkanının görev süresinin uzatılmasına ilişkin bir yetkiyi kapsamamaktadır.

Anayasa'nın 117'nci maddesinin ilgili üçüncü fıkrası: “Cumhurbaşkanınca atanan Genelkurmay Başkanı; Silahlı Kuvvetlerin komutanı olup, savaşta Başkomutanlık görevlerini Cumhurbaşkanlığı namına yerine getirir.” şeklindedir. Genelkurmay Başkanının Cumhurbaşkanı tarafından atanmasının Anayasal sebeplerinden biri; Başkomutanlığın Cumhurbaşkanı tarafından temsil olunması ve Genelkurmay Başkanının Başkomutanlık görevini, Cumhurbaşkanlığı namına yerine getirmesidir. Ancak Genelkurmay Başkanının atanmasına ilişkin Anayasal kurgunun bu biçimde inşa edilmesinin özünde, tarafsız olan Cumhurbaşkanının yine tarafsız olan Genelkurmay Başkanını ataması bulunmaktadır. Zira

Cumhurbaşkanı, Devletin başı sıfatı; Genelkurmay Başkanı, Silahlı Kuvvetlerin komutanı sıfatına sahip olmakla; tarafsızdır. Bu nedenle Anayasa'nın 117'nci maddesinde yer alan "Cumhurbaşkanınca atanan Genelkurmay Başkanı" ibaresinde geçen ve bireysel idari işlem olan atama, bir kez uygulanmakla tükenen bir hukuki işlem türüdür. Başka bir anlatımla Genelkurmay Başkanı, Cumhurbaşkanı tarafından bir kez atanır ve ondan sonra artık Cumhurbaşkanı, Anayasal düzlemde Anayasal inisiyatif kullanamaz. Aksi bir Anayasal yorum (aynı kimsenin Genelkurmay Başkanlığı makamına pek çok kez atanabilmesi), Anayasal amaca (tarafsız Genelkurmay Başkanının tarafsız Cumhurbaşkanınca atanması) ters düşecektir. Zira bilhassa 2017 Anayasa değişikliklerinden sonra Cumhurbaşkanının siyasi parti ile ilişkisinin kesilmemesi ve uygulamada siyasi çekişmelere taraf bir parti genel başkanına dönüşmesi göz önünde bulundurulduğunda; aynı kimsenin pek çok kez Genelkurmay Başkanı olarak atanması; Genelkurmay Başkanlığı'nı sembolik bir konuma dönüştürmeyi aşan, adeta Anayasal statüye sahip anılan Başkanlığı lağvetme ve Genelkurmay Başkanını Cumhurbaşkanlığı'nda görevli herhangi bir kimse konumuna indirgeme sonucunu doğuracaktır. Nitekim milli savunma ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişiyle ilgili teknik bilgiye sahip olan Genelkurmay Başkanının, tekrar atanma kaygısıyla; Anayasal görevini gereği gibi ifa edememe tehlikesiyle karşı karşıya kalması, pek muhtemeldir. Bir başka deyişle, ihtilaflı kural, ülkenin en hassas makamlarından birisini, soyut statü hukukundan kişisel ve keyfi taleplerin yerine getirileceği bir kişisel ikbal koltuğuna dönüşmeye yöneltilmektedir. Bu durum ise; Türk Silahlı Kuvvetleri'nin siyasallaşmasına, askeri hiyerarşinin (hiyerarşik yapı içindeki emir-komuta zincirinin işleyişinin) bozulmasına, Genelkurmay Başkanlığı özelinde amirlik makamının gereklerinin yerine getirilememesine, disiplin zafiyeti yaşanmasına (astların üste karşı sorumluluğu ve bağlılığı yönünden askeri disipline zarar verilmesine), genel idare usulündekinden daha sıkı olan askeri otoriteye ve Genelkurmay Başkanlığı makamının itibarına hâlel gelmesine neden olabilecektir. Diğer bir deyişle askeri örgütü belirleyen özellik hiyerarşik yapı olup, bunun zedelenmesi, Silahlı Kuvvetleri ve yurt savunmasını- egemenliği zaafa uğratabilecektir. O halde aynı kimsenin pek çok kez Genelkurmay Başkanlığı makamına atanabilmesine olanak veren, Genelkurmay Başkanının görev süresinin birer yıllık süre ile 72 yaşına kadar Cumhurbaşkanınca uzatılabilmesine ilişkin iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın 117'nci maddesine aykırıdır.

Anayasa'nın 104'üncü maddesinde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sayılmıştır. Bu görev ve yetkiler arasında "Genelkurmay Başkanının görev süresinin birer yıllık süre ile 72 yaşına kadar uzatılabilmesi" görev ve yetkisi sayılmadığı gibi; iptali talep edilen cümlede yer alan düzenlemeyi yapmayı dayandırabileceği (Anayasa'nın 104'üncü maddesinde) genel ve kapsayıcı mahiyette bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu nedenle iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın 104'üncü maddesine aykırıdır.

b) Anayasanın 104/17. maddesinde, "Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz." kuralı bulunmaktadır.

Anayasanın 104/17. maddede geçen "münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular" ibaresinin Anayasada "kanunla düzenlenir veya kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır" vb. ifadelerle yasal düzenlemeye yollama yapan maddelere bakarak belirlenmesi gerekir. Anayasa'nın bu şekilde ortaya çıkan açık sözü, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisinin konu bakımından sınırını oluşturur. 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.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa’da salt bir kanunla düzenleme kaydının bulunmasının, söz konusu konuyu Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konu bakımından yetki alanı dışına çıkarmak açısından yeterli olduğunu saptamıştır:

“... Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Anayasa’da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir (AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 57; E.2016/180, K.2018/4, 18/1/2018, § 17; E.2017/51, K.2017/163, 29/11/2017, § 13; E.2016/139, K.2016/188, 14/12/2016, § 9; E.2013/47, K.2013/72, 6/6/2013). Buna göre Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı’nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır”. (AYM, E.S. :2018/125, K.S.:2020/4, K.T.:22/1/2020, R.G. Tarih – Sayı: 13/5/2020 – 31126, §11). Yine Anayasa Mahkemesi’ne göre: “Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesinde Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağı hükmüne yer verilmiştir. Anayasa koyucunun bir konunun kanunla düzenlenmesini özel olarak öngörmesi bu alanın münhasıran kanunla düzenlenmesini istediği anlamına gelir. Bu kapsamda Anayasa bir konunun kanunla düzenleneceğini öngörmüşse bu konuda CBK çıkarılamaz” (AYM, Esas Sayısı: 2020/71, K.S.: 2021/33, K.T.: 29/4/2021, R.G.: 16/6/2021-31513, §17).

İhtilaflı kural, kamu görevlilerinin özlük hakları bağlamında kanunilik ilkesine aykırılık taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin ifade ettiği üzere; Anayasa’nın 128’inci maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerekir (Anayasa Mahkemesi’nin 22.11.2012 tarihli ve 2011/107 E.; 2012/184 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi’nin sıkça vurguladığı gibi kanunilik ölçütünün sağlandığından söz edilebilmesi için kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kurallar keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olmalıdır. Esasen kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa’nın 2’nci maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa’nın 128’inci maddesinde yer verilen kanunilik ölçütü, Anayasa’nın 2’nci maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır (aynı yöndeki değerlendirme için bkz. AYM, E.2018/88, K.2020/24, 11/6/2020 §§ 13, 14) (Anayasa Mahkemesi’nin, 22.10.2020 tarihli ve 2020/1 E.; 2020/563 K. sayılı Kararı, § 41).

Ancak Genelkurmay Başkanının özlük hakları kapsamında kalan görev süresinin uzatılmasına ilişkin iptali talep edilen cümle, birer yıllık süre ile 72 yaşına uzatılmasını (tüm idari teşkilatın makamına bağlı bulunduğu ve yürütme ve devleti temsil yetkilerinin bir kişide birleştiği monist yapılı yürütme organının başı konumunda bulunan) Cumhurbaşkanının takdirine, idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine bıraktığından hem şekli anlam da hem de maddi anlamda bir kanun niteliğini haiz değildir. Oysa bir kamu görevlisi olan Genelkurmay Başkanının görev süresinin uzatılması özelindeki özlük hakkının şekli ve maddi anlamda kanun düzeyinde belirlenmesi ve Cumhurbaşkanının öznel ve keyfiliğe açık takdirine bağlı işlem ve eylemlerine terk edilmemesi gerekirdi. İptal istenen cümle, kanunilik ilkesinin gereklerini sağlamaması hasebiyle Anayasa’nın 128’inci maddesine aykırıdır.

Diğer yandan; kanunilik ilkesini ihlal eden iptali talep edilen cümle, hukuk devleti ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan,

Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı).

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

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

Bu nedenle Genelkurmay Başkanının görev süresinin uzatılmasına ilişkin hususun; Anayasa'nın 128'inci maddesinde hüküm altına alınan ve hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılaması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle kanun koyucu, –Anayasal ilkelerin aksine- Cumhurbaşkanının hangi nesnel ölçüte istinaden Genelkurmay Başkanının görev süresini uzatacağı hakkında tamamen sessiz kalmış, bu konuyu tamamen idarenin (Cumhurbaşkanının) uhdesine bırakmıştır. Başka bir anlatımla Cumhurbaşkanı, 67 yaşındaki bir Genelkurmay Başkanının görev süresini (üst sınır 72 olduğundan) beş kez uzatabilecektir; ancak her defasında niçin uzattığını dayandırabileceği ve söz konusu idari işlemin konu – sebep ve amaç bakımından hukuka uygun kılınmasını sağlayacak kanun düzeyinde nesnel ölçüt bulunmamaktadır. Söz gelimi atayan ile atanan aynı dünya görüşüne veya yaşam tarzına sahip olduğunda mı görev süresi uzatılacaktır? Bu durum, ordunun siyasallaşmasına neden olacaktır. Kaldı ki görev süresinin uzatılması için söz gelimi Milli Güvenlik Kurulu'ndan (istişari nitelikte olsa da) görüş alınması dahi CBK düzeyinde öngörülmemiştir. Yine Cumhurbaşkanının görev süresi uzatma hususunda kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir kıstaslarla kayıtlanmaması, keyfi olduğu kadar eşitsiz de olan uygulamaların önünü açacaktır. Her ne kadar, görev süresinin uzatılabileceği sınır, 72 olarak tayin edilse de; 72 yaşın hangi ölçüte istinaden belirlendiği, iptali talep edilen cümlelerin gerekçesinde temellendirilmemiştir.

Cumhurbaşkanı, görev süresinin uzatılması hususunu Cumhurbaşkanının düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerinin düzenleme alanının konusu yapmış; emeklilik rejimine ilişkin görev süresini kanuni dayanaktan yoksun bırakmıştır. Kanun düzeyinde belirlenmesi gereken görev süresinin uzatılmasına ilişkin objektif ölçütlerin içeriği hususunu Cumhurbaşkanının düzenleyici (ve dahi birel) düzenleyici işlemlerine tevdi eden ve yukarıda tanımlandığı anlamda maddi anlamda kanunilik ilkesinin gereklerini yerine getirmeyen ihtilaflı cümle, Anayasa'nın 2 ve 123'üncü maddelerine de aykırıdır.

Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, "Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında konuyla ilgili olarak, "Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünün bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütününü kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur." denilmektedir (AYM E. 1965/32, K. 1966/3, 4/2/1966)" (Anayasa Mahkemesi'nin 11.06.2020 tarihli ve 2018/119 E.; 2020/25 K. sayılı Kararı, § 18). Ancak iptali talep edilen cümle hükmünde; kadro ihdası gibi özlük işleri kapsamında değerlendirilen görev süresinin uzatılması hususunun genel çerçevesi; hukuki işlem olarak kanun ile açıkça ortaya konulmamıştır.

Öte yandan, normlar arasında hukuka uygun kademelenmenin sağlanabilmesi, diğer bir deyişle normlar hiyerarşisinde görev süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhurbaşkanının düzenleyici (ve dahi birel) işleminin hukukilik ölçütü, bu işlemin bir kanun yoluyla temel ilkelerin ortaya konulmasıyla mümkündür. Aksi takdirde, Kanun'un genel çerçeveyi çizmemesi, Cumhurbaşkanının düzenleyici (ve dahi birel) işleminin hukuka uygunluk denetiminde gözetilecek ölçü normun (926 sayılı Kanun'un) şekli ve maddi anlamda kanunun asgari öğelerini karşılamaması durumunda, Cumhurbaşkanının düzenleyici (ve dahi birel) işlemini hukuki dayanaktan yoksun kılınacaktır. Yine Cumhurbaşkanının yapacağı düzenlemeleri, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; Genelkurmay Başkanlarının emeklilikleri ve görev süreleri bakımından hukuki öngörülebilirlik ilkesini zedelemektedir. Cumhurbaşkanının uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda CBK aracılığıyla, Cumhurbaşkanının (düzenleyici ve dahi birel) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın 2, 123 ve 128'inci maddelerine aykırıdır.

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

108 sayılı CBK'nin 1. maddesiyle değiştirilen 3 sayılı CBK'nin 9. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen cümle ile Genelkurmay Başkanının görev süresi birer yıllık sürelerle yaş haddine (72 yaş) kadar Cumhurbaşkanınca uzatılabilmesine ilişkin yetki verilmektedir. Öncelikle, yukarıda da belirtildiği üzere görev süresi, bir kamu görevlisinin özlük hakları ile sosyal güvenlik hakları ile doğrudan bağlantılı olan bir kavramdır. Kamu gücünü kullanan ve kamu hizmetlerinde görev yapan askeri personel olarak tanımlanan memurların ve diğer kamu görevlilerinin özlük haklarının, görev ve yükümlülükleri özel bir kanun ile düzenlenmiştir.

Bu konularda düzenleme yapılan esas kanun, 27/7/1967 tarih ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'dur. Kanun'un amaç başlıklı 2. maddesinde "Bu kanun subayların ve astsubayların yetiştirilmelerini, sınıflandırılmalarını, görev ve yükümlülüklerini, terfi ve taltifleri ile her türlü özlük haklarını düzenler." şeklindeki norm Genelkurmay Başkanı da dahil olmak üzere subay ve astsubayların özlük haklarının görevlerinin ve görev sürelerinin de bu kanun kapsamında düzenlenen bir konu olduğunu belirtmektedir. Genelkurmay başkanlığı esas

olarak subay olarak nasıp edilmiş olan ve orgeneraller veya oramirallerin yaptığı bir görevdir. Dolayısıyla genelkurmay başkanının görev süresi ve görev süresinin uzatılması da görev ve özlük hakları kapsamında olması nedeniyle bu kanun ile düzenlenmiş konulardandır.

Nitekim, Kanunun 49. maddesi ile generallerin ve amirallerin görev süreleri, rütbelerde bekleme süreleri, görev sürelerinin uzatılması gibi konular tanımlanmış olup, özellikle general ve amirallerin görev sürelerinin uzatılması, re'sen emekliliğe sevkleri hususunda Yüksek Askerî Şûra yetkilendirilmiştir. Dolayısıyla, Genelkurmay Başkanı'nın özlük hakları da bir orgeneral olduğundan 926 sayılı Kanunun 49. maddesi ile yapılan düzenleme çerçevesinde ele alınması gereken bir konudur. Kaldı ki söz konusu madde ile Genelkurmay Başkanının görev süresinin uzatılmasına ilişkin bir düzenleme yapılmadığı gibi bu hususta madde ile Cumhurbaşkanına bir yetki devri de yapılmamıştır. Genelkurmay Başkanının özlük haklarına ilişkin yapılan düzenlemede Cumhurbaşkanına verilen yetki re'sen emeklilik yaşını uzatmadır. Oysa Cumhurbaşkanı'na yönelik olarak Genelkurmay Başkanının görev süresine ilişkin bir uzatma yetkisi tanımlanmamıştır. Dolayısıyla, aşağıda aktarılan 926 sayılı Kanunun 49. maddesine göre genelkurmay başkanının görev süresinin uzatılması mümkün değildir.

“III – General ve amiral miktarları:

Madde 49 – (Değişik: 28/6/1978 - 2159/2 md.)

General ve Amiral miktarları aşağıdaki esaslara göre saptanır.

a) (Değişik: 2/1/2017-KHK- 681/21 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7073/21 md.) Türk Silahlı Kuvvetlerinde general-amiral kadroları (b) bendinde gösterilen rütbe miktarlarına ait kontenjanları aşmamak, görev ve hizmet ile kadro ve teşkilat ihtiyaçları da dikkate alınmak suretiyle Genelkurmay Başkanlığının görüşü alınarak Milli Savunma Bakanlığınca belirlenir.

b) (Değişik: 29/7/1983 - 2870/3 md.) Barışta Silahlı Kuvvetlerdeki general ve amiral miktarlarına ait rütbe kontenjanları aşağıdaki cetvelde gösterilmiştir.

Rütbeler K.K.K. Dz. K.K. (1) Hv.K.K. J.Gn.K. (2)

Orgeneral - Oramiral 9 (J. Dahil) 2 2 –

Korgeneral - Koramiral 20 5 8 3

Tümgeneral - Tümamiral 44 12 16 6

Tuğgeneral - Tuğamiral 96 28 32 18

T O P L A M: 169 47 58 27

(Değişik son cümle : 19/4/2000 - 4564/2md.) Amiral kontenjanlarından ikisi 2692 sayılı Kanunla eklenen kontenjan miktarıdır.

c) (Değişik: 2/1/2017-KHK- 681/21 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7073/21 md.) (b) bendindeki cetvelde gösterilen rütbe miktarlarında her rütbenin yıllık kontenjanlarının eşit olması esastır. Ancak lağv, tensik, teşkilatta vaki olabilecek değişiklik veya hizmet gerekleri nedeniyle Genelkurmay Başkanlığının görüşü alınarak Milli Savunma Bakanının teklifi ve

Yüksek Askerî Şûranın kararı ile yukarıdaki cetvelde gösterilen rütbe miktarlarındaki genel toplam sayısı aynı kalmak kaydı ile tuğgeneral-tuğamiral, tümgeneral-tümamiral ve korgeneral-koramiral rütbelerinde değişiklik yapılabilir.

Değişiklik yapılan tuğgeneral-tuğamiral, tümgeneral-tümamiral ve korgeneral-koramiral rütbelerine ait yıl kontenjan miktarları buna göre yeniden düzenlenir. Ayrıca her terfi yılı için yıllık kontenjan verilmesi mümkün olmayan orgeneral-oramirallerin yıllık kontenjanlarının hangi yıllarda kullanılacağı kadro ve hizmet gerekleri esas alınarak Yüksek Askerî Şûraca saptanır.

Her yıl terfi sırasına girenlere, terfi edecekleri rütbenin birinci yılına ait kontenjanlar verilmek suretiyle, bir üst rütbeye terfileri sağlanır. Bu şekilde yapılan terfilerde o rütbeye ait general-amiral miktarlarının tamamlanamadığı hallerde birinci yıl kontenjanı artırılabilir. Şu kadar ki yıl kontenjanı artırılarak terfi ettirilen general-amiraller en geç üçüncü yılın sonunda rütbe bekleme süresinin sonuna kadar (b) bendinde gösterilen miktarlar dışına çıkarılırlar ve rütbe bekleme süresi sonunda, 47 nci maddenin (f) bendi hükmü saklı kalmak şartıyla 54 üncü madde esaslarına göre değerlendirmeye tabi tutulurlar.

Düzenlenen bu miktarlara göre terfi sırasına giren albaylardan tuğgeneral-tuğamiral olacakların yıl kontenjanının kara, deniz ve hava kuvvetlerindeki sınıflara dağılımı, kadro ve hizmet gerekleri gözetilerek ve Genelkurmay Başkanlığının görüşü alınarak Milli Savunma Bakanının teklifi üzerine Yüksek Askerî Şûraca tespit edilir.

d) (Değişik: 2/1/2017-KHK- 681/21 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7073/21 md.) Hizmet ve görev ihtiyacı sebebiyle bulundukları rütbede hizmete devam etmelerinde zaruret görülen muharip ve yardımcı sınıf general ve amirallerden her yıl en fazla 36 general ve amiral, terfi için yapılan yeterlik sıralamasında yıllık kontenjana göre yeterlik notu bir üst rütbeye yükseltilenlerden sonra gelmek şartıyla, Genelkurmay Başkanlığının görüşü alınarak Milli Savunma Bakanının teklifi üzerine Yüksek Askerî Şûranın üçte iki çoğunluğunun kararı ile bir yıl daha aynı rütbede hizmete devam edebilirler.

Bir üst rütbede yıllık kontenjanı olmayan gruplardaki general-amirallerin aynı rütbede bir yıl daha hizmete devam edebilmeleri diğer kuvvetlerden yıllık kontenjanı olan gruplardaki emsalinin terfi veya hizmete devam ederken aldığı yeterlik notu kadar veya daha fazla not alması şartıyla, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre olur. Görev süreleri uzatılanlar 47 nci maddenin (f) bendi hükümleri saklı kalmak kaydıyla müteakip yıl 54 üncü madde esaslarına göre yeniden değerlendirmeye tabi tutulur.

Normal rütbe bekleme süresi sonunda bu bendin birinci ve ikinci fıkralarındaki esaslara göre, görev süresi uzatılarak bir yıl daha hizmete devam edenler, aynı esaslara göre her yıl yeniden değerlendirilmek ve rütbeye mahsus yaş haddini geçmemek şartıyla üç yıl daha bulundukları rütbede hizmete devam ettirilebilirler. Ayrıca bu bentteki hükümlere göre görev süresi uzatılarak hizmete devam ettirilen tabip, yüksek mühendis, mühendis, askeri hakim ve öğretmen sınıflarından olan tümgeneral-tümamiral, tuğgeneral-tuğamirallerden ihtiyaç duyulanlar her yıl yeniden değerlendirilmek kaydıyla Genelkurmay Başkanlığının görüşü alınarak Milli Savunma Bakanının teklifi üzerine Yüksek Askerî Şûranın üçte iki çoğunluğunun kararı ile rütbesinin yaş haddine kadar hizmete devam ettirilebilirler.

Zaruri hallerde hizmetin gereklerine göre Genelkurmay Başkanlığının görüşü alınarak Milli Savunma Bakanının teklifi üzerine Yüksek Askerî Şûranın kararı ile bu bendin birinci,

ikinci ve üçüncü fıkraları uyarınca hizmete devam ettirilen general ve amiral miktarı 47'ye kadar artırılabilir.

Yukarıdaki fıkralara göre hizmete devamına karar verilen general-amiraller (b) bendinde gösterilen miktarlar dışına çıkarılırlar.

e) Askerî Yargıtay ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesinde görevli general-amiraller ile, Gülhane Askerî Tıp Akademisinde görevli öğretim üyesi general - amiraller ve Üniversiteler Kanununa göre Doçent ve Profesör unvanını kazanmış olup, Türk Silahlı Kuvvetlerinin diğer öğrenim kurumlarında görevli general- amiraller (b) bendinde gösterilen miktarlar dışına çıkarılarak özel kanunlarına göre hizmete devam ederler.

f) (Değişik: 9/8/1993 - KHK - 499/9 md.) Bekleme süreleri sonunda terfi ettirilemeyen general ve amiraller emekliye sevk edilirler.

Bunlardan:

I – Bekleme ve görev süresi sonununda emekliye sevk edilen veya bu süreler içerisinde kendi isteği üzerine emekliye ayrılan orgeneral-oramiraller,

II – Bekleme süresi sonunda, kadrosuzluk sebebiyle terfi ettirilemeyerek emekliye sevk edilen general ve amiraller,

III – Bu maddenin (d) bendi gereğince aynı rütbede hizmete devam ettirilerek kadrosuzluk nedeniyle, bir üst rütbeye terfi ettirilmeyip emekliye sevk edilen general ve amiraller,

IV – 47 nci maddenin (f) bendine göre korgeneral-koramiralliğe yükselmemeyen ve bekleme süresi sonunda emekliye sevk edilen tümgeneral-tümamiraller,

V – Yaş haddinden emekliye ayrılan general-amiral ve albaylar ile,

VI – Kadrosuzluk nedeniyle yaş haddinden önce emekliye sevk edilen albay, yarbay, binbaşı ve yüzbaşılara,

emekliye sevk edildikleri tarihi takip eden aybaşından itibaren, orgeneral aylığının (ek gösterge dahil); yüzbaşılara % 30'u, binbaşılara % 50'si, yarbaylara % 55'i, albaylara % 70'i, tuğgeneral-tuğamirallere % 75'i, tümgeneral-tümamirallere % 80'i, korgeneral-koramirallere % 90'ı, orgeneral-oramirallere % 100'ü oranında kadrosuzluk tazminatı rütbelerinin ve makamının yaş haddinden az olmamak üzere 65 yaşına kadar olan sürede Emekli Sandığına ödenir. Ancak bu suretle verilecek emekli aylığı ve kadrosuzluk tazminatının toplamı, Silahlı Kuvvetlerde görevli aynı rütbedeki bütün emsalinden en az istihkak, tazminat ve aylık alanın eline geçenden fazla olamaz. (1)

Emekli Sandığı, 3 aylık devreler halinde bu meblağı faturası karşılığında Hazine'den tahsil eder.

Bu tazminatlar vergiye tabi değildir ve yaş haddinden önce ölenlerin varislerine intikal etmez.

g) Kazai kararlarla bir üst rütbeye yükselen albay ve general - amirallerden ancak kadrosuzluk nedeniyle (Bekleme süresini doldurmadan) emekliye sevk edilenlere de yeni rütbesi üzerinden (f) bendindeki esas ve usullere göre kadrosuzluk tazminatı verilir.

h) (Değişik: 2/7/2018 – KHK/703/127 md.) Genelkurmay Başkanlığına atanan orgeneral-oramirallerin yaş haddi 67'dir. (Ek cümle:30/6/2022-7415/3 md.) Genelkurmay Başkanının yaş haddi birer yıllık süre ile 72 yaşına kadar Cumhurbaşkanınca uzatılabilir. Genelkurmay Başkanlığına atanan orgeneral-oramiraller (b) bendinde gösterilen miktarların dışında tutulur. Genelkurmay Başkanlığına atanan orgeneral-oramiraller (b) bendinde gösterilen miktarların dışında tutulur.

i) (Mülga birinci paragraf: 2/7/2018 - KHK/703/127 md.)

(Mülga ikinci paragraf: 2/7/2018 - KHK/703/127 md.)

Kuvvet Komutanlığı esnasında rütbe bekleme süresi dolan orgeneral-oramiraller (b) bendinde belirtilen miktarlar dışına çıkarılırlar.

j) (Ek: 24/5/1983-2825/1 md.; Değişik: 2/1/2017-KHK-681/21 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7073/21 md.; Mülga birinci paragraf: 2/7/2018 - KHK/703/127 md.)

(Mülga ikinci paragraf: 2/7/2018 - KHK/703/127 md.)

Bu şekilde hizmete devam ettirilen orgeneral-oramiraller (b) bendinde gösterilen miktarlar dışına çıkarılır.”

Buna ilave olarak 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nda komuta kademesinin terfi usul ve esasları hüküm altına alınmıştır. Anılan terfi usul ve esaslar, “görevin gerektirdiği nitelikler” nazara alınarak düzenlenmiştir: söz gelimi general ve amirallerin üst rütbeye terfi ettirilmesi için aranan şartlar 926 sayılı Kanun'un 47'nci maddesinde (bu Kanun'un 54'üncü maddesinde belirtilen durumlar haricinde rütbeye mahsus bekleme süresini tamamlamış olmak, rütbeye mahsus en az bir yıllık sicili bulunmak, üst rütbe kadrosunda 49'uncu maddedeki oranlar içinde açık bulunmak, Yüksek Askeri Şuraca 54'üncü madde esaslarına göre seçilmiş olmak, Subay Sicil Yönetmeliği'nde belirtilen kıt'a hizmetini yapmış olmak, korgeneral ve koramiralliğe yükselebilmek için harp akademileri öğrenimini başarı ile bitirmiş bulunmak ve aynı zamanda Kara Kuvvetlerinde muharip sınıfı general, Deniz Kuvvetlerinde güverte veya deniz sınıfı amiral ve Hava Kuvvetlerinde pilot sınıfı generali olmak) sıralanmıştır. Ancak iptali talep edilen düzenleme, söz konusu terfi silsilesini bozacaktır. Zira hiyerarşik yapıda, kuvvet komutanlığına terfi ve oradan Genelkurmay Başkanlığı'na terfi sırasını bekleyen komutanlar, “görevin gerektirdiği nitelikler”e sahip olmadıkları için değil; komuta kademesinin zirvesinde görev yapan kişinin, her yıl ve birel bir işlemle, üstelik hiçbir gerekçe gereği de öngörülmezsizin görevinin beş kez uzatılmasından dolayı bir üst rütbeye atanamayacaktır. Bu itibarla, her yıl, komuta kademesindeki birçok generalin terfi hakkı ihlal edilecek veya ortadan kaldırılacaktır. Başka bir anlatımla komutanların terfiinde belirleyici olan “görevin gerektirdiği nitelikler”, TSK Personel Kanunu'nda belirlenmiş olmakla, Cumhurbaşkanının öznel takdirine bırakılan uzatma işlemi, TSK mevzuatı açısından da sorunludur. Bu itibarla, görevdeki Genelkurmay Başkanının görev süresinin birel bir işlemle beş yıla varan şekilde uzatılmasına olanak tanıyan düzenleme, görev süresi uzatılan Genelkurmay Başkanı açısından olduğu kadar daha güçlü nedenle, üst rütbeye terfi hakları engellenen komutanlar bakımından, “görevi gerektirdiği nitelikler” kuralını ihlal

etmesinin yanı sıra, “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir” kuralına da aykırı olması nedeniyle, Anayasa’nın 70 ve 128’inci maddelerini ihlal etmektedir.

108 sayılı CBK’nın 1. maddesi ile 3 sayılı CBK’nın 9. Maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen cümle, 926 sayılı yasanın yukarıda belirtilen maddelerinde açıkça düzenlenmiş bir konuda düzenleme yapmaktadır. Üstelik söz konusu maddelere de aykırı olan CBK düzenlemesi, kanun ile düzenlenmiş konularda düzenleme yapması nedeniyle de, Anayasanın 104. maddesine aykırılık taşımaktadır, bu nedenle iptali gerekir.

ç) Anayasanın 104/17. 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” kuralı da bulunmaktadır.

İptali istenen cümle açısından Genel Kurmay Başkanının görev süresinin uzatılmasına ilişkin düzenleme her şeyden önce Anayasanın 70. Maddesinde düzenlenen kamu hizmetine girme hakkı kapsamında olduğundan temel haklara ilişkin bir düzenlemedir. Zira, kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen söz konusu 70. madde, Anayasa’nın “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı ikinci kısmının “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlıklı dördüncü bölümü içerisinde konumlanmıştır. Şu hâlde, bu hak, Anayasanın 104/17. Maddesine göre, Anayasada siyasi haklar ve ödevler başlığı altında düzenlendiğinden, CBK ile hakkında düzenleme yapılamayacak konular arasındadır.

Nitekim AYM, bir kararında bu hususların kanun ile düzenlenmesi gerektiğini ifade etmiştir: “Kamu hizmetine girişin ve hizmet içinde yükselmenin koşulları, statü hukukunun gereği olarak kanunlarla belirlenmektedir. Bu durum Anayasa’nın kamu hizmetine girme hakkının düzenlendiği 70. maddesi ile kamu hizmeti görevlileriyle ilgili genel ilkelerin düzenlendiği 128. maddesinden kaynaklanan bir zorunluluktur. Kanun koyucu, statü hukuku çerçevesinde yürütülen memuriyet hizmetine girmeye, yükselmeye, memuriyetin sona ermesine vb. hususlara ilişkin koşulları anayasal ilkelere uygun olarak belirleme yetkisine sahiptir. Kişilerin ise kanunlarla öngörülen bu statüye girip girmemek konusunda tercihte bulunma hakları vardır.” (AYMK, 10.9.2015 tarih, E.2015/5, K.2015/82). Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini hukuk düzenine dahil eden 2017 Anayasa değişikliği, AYM’nin bu içtihadının geçerliliğini etkilememektedir. Esasen 2017 Anayasa değişikliği sonrasında verdiği bir kararda, Anayasa Mahkemesi, kamu görevlilerine ilişkin statü hukukunun normatif eksenini kanunun oluşturduğunu tekrar etmektedir: “Kamu görevlilerinin devlet ile olan ilişkileri statü hukuku içinde yürütülmektedir. Devlet, statüleri kanunlarla belirlenen ve bu statü kurallarına göre mesleğe alınan kamu görevlilerine atama, yükselme, aylık, ödül, nakil ve sınav gibi hak veya yükümlülükler getirebilir” (AYM, E.S.: 2018/73, K.S.: 2019/65, K.T.: 24/7/2019, § 195).

Anayasa’nın 70’inci maddesi ele alındığında görüleceği üzere; kamu hizmetine girme hakkının temel bir hak olarak etkililiği, kamu hizmeti öncesinde olduğu kadar kamu hizmetinde bulunan devre açısından da etki doğurmak gereken maddenin “Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez” şeklindeki ikinci fıkrasında yer alan “görevin” ibaresinin; kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevin (ve görev süresini etkileyecek görev süresinin uzatılmasına ilişkin objektif kriterlerin), (Genelkurmay Başkanının milli savunma özelindeki kamu hizmetini liyakat esasına göre yürütebilmesi amacıyla) kanun düzeyinde açıklanmasını gerektirir. Aksi bir tutum, bir başka deyişle milli savunma özelindeki

kamu hizmeti görececek Genelkurmay Başkanının yaş haddinin uzatılmasına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisini Cumhurbaşkanının keyfi uygulamalarına, kayırmacılığa neden olabilecek takdir yetkisine bırakmak; Anayasal amacın (Türk vatani, milleti ve Devletin bölünmez bütünlüğünün korunmasını teminen; Türk Silahlı Kuvvetleri marifetiyle yürütülen; milli savunma özelindeki kamu hizmetini yerine getirecek Genelkurmay Başkanının atanmasının liyakate dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesi) bertaraf edilmesine neden olacak, anılan hakkın her bir Genelkurmay Başkanı (ve Genelkurmay Başkanı olmaya namzet komutanlar: Genelkurmay Başkanının hiyerarşik astı durumunda olan komutanlar) bakımından eşit düzeyde güvence altına alınmasına engel oluşturacaktır. Diğer bir deyişle, görev süresinin uzatılması özelinde özlük işlerinin liyakat esasının gereklerini karşılayacak açıklıkta olması ve vatandaşların eşit şekilde kamu hizmetine girmesinin akabinde görev süresinin belirlenmesinin, Cumhurbaşkanının öznel ve keyfi işlemler tesis etme ihtimaline karşı kanun seviyesinde korunması gerekmektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere söz konusu düzenleme açık bir biçimde, temel hak ve özgürlükler ile siyasi haklarla ilgilidir. İptali istenen kural, bu itibarla, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrası anlamında CBK ile düzenlenemeyecek olan temel hak ve özgürlükler ile siyasi haklara ilişkin bir düzenleme oluşturmaktadır ve söz konusu maddeye aykırıdır.

Dolayısıyla, yukarıda belirtildiği üzere ihtilaflı düzenleme, Anayasa'nın 104/17. maddesinde belirlenen sınırları aşarak Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler alanında düzenleme yapması nedeniyle; konu bakımından yetkisizlikle maluldür ve Anayasa'nın 104/17. fıkrasına aykırıdır. Bu cihetle, ihtilaflı kuralın iptali gerekir.

2- Anayasa'nın 123. ve 128. maddelerine aykırılık

İptali talep edilen düzenleme, Anayasa'nın 123. maddesinde ifade edildiği üzere idarenin bütünlüğü içerisinde yer alan Genelkurmay Başkanlığında görevli olan genel kurmay başkanının görev süresinin uzatılması ve bu hususta Cumhurbaşkanına verilen yetkinin iptaline ilişkindir.

İhtilaflı kural, kamu görevlilerinin özlük hakları bağlamında kanunilik ilkesine aykırılık taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; Anayasa'nın 128'inci maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerekir (Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2012 tarihli ve 2011/107 E.; 2012/184 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi'nin sıkça vurguladığı gibi kanunilik ölçütünün sağlandığından söz edilebilmesi için kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kurallar keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olmalıdır. Esasen kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2'nci maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa'nın 128'inci maddesinde yer verilen kanunilik ölçütü, Anayasa'nın 2'nci maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır (aynı yöndeki değerlendirme için bkz. AYM, E.2018/88, K.2020/24, 11/6/2020 §§ 13, 14) (Anayasa Mahkemesi'nin, 22.10.2020 tarihli ve 2020/1 E.; 2020/563 K. sayılı Kararı, § 41).

Ancak Genelkurmay Başkanının özlük hakları kapsamında kalan görev süresinin uzatılmasına ilişkin iptali talep edilen cümle, birer yıllık süre ile 72 yaşına uzatılmasını (tüm idari teşkilatın makamına bağlı bulunduğu ve yürütme ve devleti temsil yetkilerinin bir kişide birleştiği monist yapıyı yürütme organının başı konumunda bulunan) Cumhurbaşkanının

takdirine, idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine bıraktığından hem şekli anlam da hem de maddi anlamda bir kanun niteliğini haiz değildir. Oysa bir kamu görevlisi olan Genelkurmay Başkanının görev süresinin uzatılması özelindeki özlük hakkının şekli ve maddi anlamda kanun düzeyinde belirlenmesi ve Cumhurbaşkanının özel takdirine bağlı işlem ve eylemlerine terk edilmemesi gerekirdi. İptali istenen cümle, kanunilik ilkesinin gereklerini sağlamaması hasebiyle Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırıdır.

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

Bu nedenle Genelkurmay Başkanının görev süresinin uzatılmasına ilişkin hususun; Anayasa'nın 128'inci maddesinde hüküm altına alınan ve hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılaması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle kanun koyucu, –Anayasal ilkelerin aksine- Cumhurbaşkanının hangi nesnel ölçüte istinaden Genelkurmay Başkanının görev süresini uzatacağı hakkında tamamen sessiz kalmış, bu konuyu tamamen idarenin (Cumhurbaşkanının) uhdesine bırakmıştır. Başka bir anlatımla Cumhurbaşkanı, 67 yaşındaki bir Genelkurmay Başkanının görev süresini (üst sınır 72 olduğundan) beş kez uzatabilecektir; ancak her defasında niçin uzattığını dayandırabileceği ve söz konusu idari işlemin konu – sebep ve amaç bakımından hukuka uygun kılınmasını sağlayacak kanun düzeyinde nesnel ölçüt bulunmamaktadır. Söz gelimi atayan ile atanan aynı dünya görüşüne veya yaşam tarzına sahip olduğunda mı görev süresi uzatılacaktır? Bu durum, ordunun siyasallaşmasına neden olacaktır. Kaldı ki görev süresinin uzatılması için söz gelimi Milli Güvenlik Kurulu'ndan (istişari nitelikte olsa da) görüş alınması dahi CBK düzeyinde öngörülmemiştir. Yine Cumhurbaşkanının görev süresi uzatma hususunda kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir kıstaslarla kayıtlanmaması, keyfi olduğu kadar eşitsiz de olan uygulamaların önünü açacaktır. Her ne kadar, görev süresinin uzatılabileceği sınır, 72 olarak tayin edilse de; 72 yaşın hangi ölçüte istinaden belirlendiği, iptali talep edilen cümlelerin gerekçesinde temellendirilmemiştir.

Cumhurbaşkanı, görev süresinin uzatılması hususunu Cumhurbaşkanının düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerinin düzenleme alanının konusu yapmış; emeklilik rejimine ilişkin görev süresini kanuni dayanaktan yoksun bırakmıştır. Kanun düzeyinde belirlenmesi gereken görev süresinin uzatılmasına ilişkin objektif ölçütlerin içeriğini hususunu Cumhurbaşkanının düzenleyici (ve dahi birel) düzenleyici işlemlerine tevdi eden ve yukarıda tanımlandığı anlamda maddi anlamda kanunilik ilkesinin gereklerini yerine getirmeyen ihtilaflı cümle, Anayasa'nın 2 ve 123'üncü maddelerine de aykırıdır.

Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, “Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında konuyla ilgili olarak, “Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünün bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütününü kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur.” denilmektedir (AYM E. 1965/32, K. 1966/3,

4/2/1966)’’ (Anayasa Mahkemesi’nin 11.06.2020 tarihli ve 2018/119 E.; 2020/25 K. sayılı Kararı, § 18). Ancak iptali talep edilen cümle hükmünde; kadro ihdası gibi özlük işleri kapsamında değerlendirilen görev süresinin uzatılması hususunun genel çerçevesi; hukuki işlem olarak kanun ile açıkça ortaya konulmamıştır.

Yine Cumhurbaşkanının yapacağı düzenlemeleri, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; Genelkurmay Başkanlarının emeklilikleri ve görev süreleri bakımından hukuki öngörülebilirlik ilkesini zedelemektedir. Cumhurbaşkanının uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda CBK aracılığıyla, Cumhurbaşkanının (düzenleyici ve dahi birel) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen cümle, Anayasa’nın 123. ve 128’inci maddelerine aykırıdır.

3- Anayasa’nın 13. ve 70. Maddelerine Aykırılık

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

Buna ilave olarak Anayasa’nın 2’nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin bir görünümü olan ölçülülük ilkesi, Anayasa’nın 13’üncü maddesinde açıkça hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, Genel Kurmay Başkanının görev süresinin uzatılmasına ilişkin düzenleme her şeyden önce Anayasanın 70. Maddesinde düzenlenen kamu hizmetine girme hakkı kapsamında olduğundan temel haklara ilişkin bir düzenlemedir. Zira, kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen söz konusu 70. madde, Anayasa’nın “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı ikinci kısmının “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlıklı dördüncü bölümü içerisinde konumlanmıştır. Şu hâlde, bu hak, Anayasanın 104/17. maddesine göre, Anayasada siyasi haklar ve ödevler başlığı altında düzenlendiğinden, CBK ile hakkında düzenleme yapılamayacak konular arasındadır.

Nitekim AYM, bir kararında bu hususların kanun ile düzenlenmesi gerektiğini ifade etmiştir: “Kamu hizmetine girişin ve hizmet içinde yükselmenin koşulları, statü hukukunun gereği olarak kanunlarla belirlenmektedir. Bu durum Anayasa’nın kamu hizmetine girme hakkının düzenlendiği 70. maddesi ile kamu hizmeti görevlileriyle ilgili genel ilkelerin düzenlendiği 128. maddesinden kaynaklanan bir zorunluluktur. Kanun koyucu, statü hukuku

çerçevesinde yürütülen memuriyet hizmetine girmeye, yükselmeye, memuriyetin sona ermesine vb. hususlara ilişkin koşulları anayasal ilkelere uygun olarak belirleme yetkisine sahiptir. Kişilerin ise kanunlarla öngörülen bu statüye girip girmemek konusunda tercihte bulunma hakları vardır.” (AYMK, 10.9.2015 tarih, E.2015/5, K.2015/82). Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini hukuk düzenine dahil eden 2017 Anayasa değişikliği, AYM’nin bu içtihadının geçerliliğini etkilememektedir. Esasen 2017 Anayasa değişikliği sonrasında verdiği bir kararda, Anayasa Mahkemesi, kamu görevlilerine ilişkin statü hukukunun normatif eksenini kanunun oluşturduğunu tekrar etmektedir: “Kamu görevlilerinin devlet ile olan ilişkileri statü hukuku içinde yürütülmektedir. Devlet, statüleri kanunlarla belirlenen ve bu statü kurallarına göre mesleğe alınan kamu görevlilerine atama, yükselme, aylık, ödül, nakil ve sınav gibi hak veya yükümlülükler getirebilir” (AYM, E.S.: 2018/73, K.S.: 2019/65, K.T.: 24/7/2019, § 195).

Anayasa’nın 70’inci maddesi ele alındığında görüleceği üzere; kamu hizmetine girme hakkının temel bir hak olarak etkililiği, kamu hizmeti öncesinde olduğu kadar kamu hizmetinde bulunulan devre açısından da etki doğurmak gereken maddenin “Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez” şeklindeki ikinci fıkrasında yer alan “görevin” ibaresinin; kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevin (ve görev süresini etkileyecek görev süresinin uzatılmasına ilişkin objektif kriterlerin), (Genelkurmay Başkanının milli savunma özelindeki kamu hizmetini liyakat esasına göre yürütebilmesi amacıyla) kanun düzeyinde açıklanmasını gerektirir. Aksi bir tutum, bir başka deyişle milli savunma özelindeki kamu hizmeti görececek Genelkurmay Başkanının yaş haddinin uzatılmasına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisini Cumhurbaşkanının keyfi uygulamalarına, kayırmacılığa neden olabilecek takdir yetkisine bırakmak; Anayasal amacın (Türk vatani, milleti ve Devletin bölünmez bütünlüğünün korunmasını teminen; Türk Silahlı Kuvvetleri marifetiyle yürütülen; milli savunma özelindeki kamu hizmetini yerine getirecek Genelkurmay Başkanının atanmasının liyakate dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesi) bertaraf edilmesine neden olacak, anılan hakkın her bir Genelkurmay Başkanı (ve Genelkurmay Başkanı olmaya namzet komutanlar: Genelkurmay Başkanının hiyerarşik astı durumunda olan komutanlar) bakımından eşit düzeyde güvence altına alınmasına engel oluşturacaktır. Diğer bir deyişle, görev süresinin uzatılması özelinde özlük işlerinin liyakat esasının gereklerini karşılayacak açıklıkta olması ve vatandaşların eşit şekilde kamu hizmetine girmesinin akabinde görev süresinin belirlenmesinin, Cumhurbaşkanının öznel ve keyfi işlemler tesis etme ihtimaline karşı kanun seviyesinde korunması gerekmektedir.

Yine görev süresinin 5 yıl uzatılabilmesi, ölçülülük ilkesinin gereğine aykırıdır. Zira bir Genelkurmay Başkanının olağan görev süresi (3 sayılı CBK’nin 9’uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca), 4 yıldır. Söz konusu 5 yıllık uzatım, olağan görev süresini ölçsüz biçimde aşmaktadır. Halbuki bir kamu görevinde, süre sınırının getirilmesindeki amaç; çağdaş demokratik hukuk devletinin asgari gerekleri ile kariyer ve liyakat ilkelerine uygun olarak; o görevi ifa eden kimsenin otoriterleşmesinin (o kimsenin kullandığı kamu erkinin kişiselleşmesinin) engellenmesi, görev + yetki + sorumluluk zinciri doğrultusunda etkin, dinamik ve verimli şekilde iş, işlem ve eylemlerde bulunması, hesap verebilmesidir. Bu sayede kişi, kamu hizmetinin yürütülmesini aksatıyorsa veya hizmetin yürütülmesinde başarısız ise; görevine son verilecektir. Ancak iptali talep edilen cümle, hiçbir nesnel ölçüt olmaksızın görev başında bulunan bir kişinin görev süresinin uzatılması (bir kimsenin en az 9 yıl Genelkurmay Başkanlığı yapması) sonucunu doğurduğundan; görev süresi sınırının belirlenmesine ilişkin söz konusu amaç, gerçekleştirilemeyecektir.

Yukarıda belirtildiği üzere söz konusu ihtilafli düzenlemenin temel bir hakkın uygulanma alanında keyfiliği olanaklı kılması, onun Anayasa’ya aykırılığını tespit bakımından

yeterlidir. Bu nedenle anılan gereklilikleri karşılamayan ihtilaflı cümle, bu itibarla, Anayasa'nın 70. ve 13. maddelerine aykırıdır.

4- Anayasa'nın 10. Maddesinde Belirlenen Eşitlik İlkesine Aykırılık

Ayrıca iptali talep edilen cümleyle genelkurmay başkanının görev süresinin uzatılması ve bu hususta Cumhurbaşkanına yetki verilmesi özelinde mali özlük işlerine ilişkin kanun düzeyinde çerçeve çizilmemesi (esas alınacak objektif esas ve usullerin öngörülmemesi) dolayısıyla Cumhurbaşkanına verilen sınırsız takdir yetkisi, aynı nitelikteki Genelkurmay Başkanları arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan cümle, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır.

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

Ne var ki, iptali talep edilen cümlelerin Cumhurbaşkanına verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, idare tarafından aynı nitelikteki Genelkurmay Başkanlarının birinin görev süresinin uzatılmasına ve fakat diğerinin uzatılmamasına; birinin görev süresinin söz gelimi 1 yıl, diğerinin 4 yıl uzatılmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Başka bir anlatımla, emekliliğe ilişkin özlük işleri kapsamında kalan görev süresinin uzatılmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesinin idareye bırakılması, aynı nitelikteki milli savunma hizmeti sunan kişi kategorileri arasında haklı nedene dayanmayan ve keyfi muamele farklılıklarına yol açacaktır. İptali istenen kuralın aynı durumdaki Genelkurmay Başkanları arasında muamele farklılığına yol açabileceği hasebiyle kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğunun tespiti için, ihtilaflı kuralın haklı gerekçeye dayanmayan muamele farklılığını yalnızca olası kıldığının tespiti yeterli addedilmek gerekir. Bu nedenle anılan cümle, Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırıdır.

5- Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104'üncü maddelerine aykırılık

Anayasa'nın 104'üncü maddesinde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sayılmıştır. Bu görev ve yetkiler arasında "Genelkurmay Başkanının görev süresinin birer yıllık süre ile 72 yaşına kadar uzatılabilmesi" görev ve yetkisi sayılmadığı gibi; iptali talep edilen cümlede yer alan düzenlemeyi yapmayı dayandırabileceği (Anayasa'nın 104'üncü maddesinde) genel ve kapsayıcı mahiyette bir hüküm de bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanı, görevi ve yetkisi dahilinde olmayan bir konuda kendisini yetkilendirmek suretiyle; Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini ve 6'ncı maddesinde öngörülen hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamamasına yönelik hükmü ve

104'üncü maddesini ihlal etmiştir. Bu nedenle iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104'üncü maddelerine aykırıdır.

6- Anayasa'nın 7. Maddesinde Belirlenen Yasama Yetkisinin Devredilemezliği İlkesine Aykırılık

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

108 sayılı CBK'nin 1. maddesiyle değiştirilen 3 sayılı CBK'nin 9. Maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen cümle ile genelkurmay başkanının görev süresinin uzatılması ve bu hususta cumhurbaşkanına uzatma yetkisi verilmesine ilişkin düzenleme yapılmaktadır.

Söz konusu CBK düzenlemesiyle, Anayasa'nın 128. ve 123. maddelerinde yasa ile düzenlenmesi öngörölmüş bir alanda ve 926 sayılı Kanunda düzenlenmiş konularda (kamu görevlilerinin özlük haklarında) düzenleme yapılmaktadır. Bu şekilde; yürütme, fonksiyon gaspı yapmak suretiyle, Anayasa tarafından kanun koyucunun konu bakımından yetki alanına inhisar ettirilen bir alanda düzenleme yapmıştır. Yürütme organı (ya da idare), Anayasada öngörölmüş durumlar dışında kanunların düzenlemediği bir alanda kendiliğinden kural koyamaz.

Dolayısıyla kamu görevlilerinin özlük haklarının değiştirilmesinin kanunla düzenlenmesi yolundaki Anayasa kuralına aykırı bir düzenleme yapılması ve 926 sayılı Kanunda düzenlenmiş konularda yürütmeye Anayasa'ya aykırı bir yetki tanımlanması, yasama yetkisinin devrine ilişkin sınırın aşıldığını ve yürütmenin yasamanın yetki alanına müdahale ettiğini göstermektedir. Bu nedenle, söz konusu madde, Anayasa'nın 7. maddesinde belirlenen yasama yetkisini devretme yasağına aykırıdır, iptali gerekir.

7- Anayasa'nın 2. Maddesine ve Başlangıç İlkelerine Aykırılık

Anayasa'nın Başlangıç bölümünde "Türk Vatanı ve Milletinin ebedi varlığı ve Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğü" vurgulanmış; değiştirilemez hükümlerinden olan 3'üncü maddesinde Türkiye Devletinin, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olduğu esası tesahup edilmiş; 5'inci maddesinde ise Devletin temel amaç ve görevleri arasında "Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak" sayılmıştır.

Milli savunma özelinde bu amacın gerçekleştirilmesini teminen; Anayasa koyucu, Anayasa'nın 117 ve 118'nci maddelerini ihdas etmiştir:

"İ. Milli Savunma

1. Başkomutanlık ve Genelkurmay Başkanlığı

Madde 117 – Başkomutanlık, Türkiye Büyük Millet Meclisinin manevi varlığından ayrılamaz ve Cumhurbaşkanı tarafından temsil olunur.

Milli güvenliğin sağlanmasından ve Silahlı Kuvvetlerin yurt savunmasına hazırlanmasından, Türkiye Büyük Millet Meclisine karşı, Cumhurbaşkanı sorumludur.

Cumhurbaşkanınca atanan Genelkurmay Başkanı; Silahlı Kuvvetlerin komutanı olup, savaşta Başkomutanlık görevlerini Cumhurbaşkanlığı namına yerine getirir.

(Mülga dördüncü fıkra: 21/1/2017-6771/16 md.)

(Mülga beşinci fıkra: 21/1/2017-6771/16 md.)

2. Milli Güvenlik Kurulu

Madde 118 – (Değişik birinci fıkra: 3/10/2001-4709/32 md.) Millî Güvenlik Kurulu; Cumhurbaşkanının başkanlığında, Cumhurbaşkanı yardımcıları, Adalet, Millî Savunma, İçişleri, Dışişleri Bakanları, Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava kuvvetleri komutanlarından kurulur.

Gündemin özelliğine göre Kurul toplantılarına ilgili bakan ve kişiler çağrılıp görüşleri alınabilir.

(Değişik birinci cümle: 3/10/2001-4709/32 md.) Millî Güvenlik Kurulu; Devletin millî güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili alınan tavsiye kararları ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusundaki görüşlerini Cumhurbaşkanına bildirir. Kurulun, Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar Cumhurbaşkanınca değerlendirilir.

Milli Güvenlik Kurulunun gündemi; Cumhurbaşkanı yardımcıları ve Genelkurmay Başkanının önerileri dikkate alınarak Cumhurbaşkanınca düzenlenir.

Cumhurbaşkanı katılamadığı zamanlar Milli Güvenlik Kurulu Cumhurbaşkanı yardımcısının başkanlığında toplanır.

Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”

Anılan maddelerin lafzından anlaşılacağı üzere milli savunma özelinde kamu hizmeti, Türk Silâhlı Kuvvetleri marifetiyle yerine getirilir. Türk Silahlı Kuvvetlerinin komutanı olan Genelkurmay Başkanı ise milli savunmaya ilişkin kamu hizmetini yürüten Anayasal statüye sahip üst düzey kamu görevlisidir.

Cumhuriyetimizin kurucusu ulu önder Mustafa Kemal Atatürk’ün Ankara Hipodromu’nda yapılan Cumhuriyet Bayramının on beşinci yıldönümü vesilesiyle (Ulus, 30.10.1938) geçit resminden önce Başbakan Celâl Bayar tarafından okunan Türkiye Cumhuriyeti ordularına mesajında da bu husus, vurgulanmıştır:

“Zaferleri ve geçmişi insanlık tarihi ile başlayan, her zaman zaferle beraber uygarlık nurlarını taşıyan kahraman Türk ordusu!

Memleketini en buhranlı ve zor anlarda eziyetten, felâketlerden, belâlardan ve düşman işgâlinde nasıl korumuş ve kurtarmış isen cumhuriyetin bugünkü verimli devrinde de askerlik tekniğinin bütün modern silâh ve araçları ile donatılmış olduğun halde görevini aynı bağlılıkla yapacağına hiç şüphem yoktur.

Bugün, cumhuriyetin on beşinci yılını devamlı artan büyük bir rahatlık ve kudret içinde kavrayan büyük Türk milletinin karşısında kahraman ordu, sana kalpten teşekkürlerimi sunar ve bildirirken büyük ulusumuzun övünme duygularını da dile getiriyorum.

Türk vatanının ve Türklük toplumunun şan ve şerefini, iç ve dış her türlü tehlikelere karşı korumaktan oluşan görevini her an yerine getirmeye hazır olduğuna benim ve büyük ulusumuzun tam bir inanç ve güvenimiz vardır. Büyük ulusumuzun orduya verdiği en son sistem fabrikalar ve silâhlar ile bir kat daha kuvvetlenerek büyük bir kendini fedâ etme ve yaşamayı değersiz görmekle her türlü görevi yerine getirmeye hazır olduğunuza eminim. Bu inançla kara, deniz, hava ordularımızın kahraman ve deneyimli komutanları ile subay ve erlerini selâmlar ve övgülerimi bütün ulus karşısında bildiririm.

Cumhuriyet Bayramı'nın on beşinci yıldönümü hakkınızda kutlu olsun.”¹

Buna ilave olarak belirtmek gerekir ki Devlette, devamlılık esastır. Cumhuriyetimizin kurucusu Ulu Önder Mustafa Kemal Atatürk "Benim naçiz vücudum elbet bir gün toprak olacaktır, ancak Türkiye Cumhuriyeti ilelebet payidar kalacaktır." şeklindeki sözüyle Devletin devamlılığı ilkesini vurgulamıştır.

Kaboğlu, Devlet iktidarının ayırt edici özellikleri arasında sayılan süreklilik ilkesini şu şekilde kaleme almıştır:

“Süreklilik: iktidarın kurumsallaşması

Elde edilmesi ve kullanılması öğelerine, iktidarın el değiştirmesi biçiminde süreklilik eklenmelidir. Siyasal iktidar, belli bir anda onu elinde tutan ve kullanan kişi ve gruplardan ayrı olarak “sürekli bir meşruiyete” sahip iktidardır. Burada bir kurumsallaşma sürecine tanık olunur.

Siyasal iktidarın bu özelliği, devletin bir kurum (müessese/örgüt) olarak algılanması ve açıklanması sonucunu doğurmuştur. Profesör Hauriou, devleti bir kurum olarak, “belli bir düzeni gerçekleştirmek amacıyla yapılaşmış olan toplumsal organizma” şeklinde tanımlar. Bu özgül örgütlenme, organlarından yarılır, onları aşar. Bu bakımdan devlet, yöneticilerin kişiliklerinden ayrılır. Yöneticiler devlet adına (demokratik devlet ise halk adına) hareket ederler; kendisi kalıcı, yöneticiler ise geçicidir. Aslında yöneticiler sadece belli bir işlevi yerine getirmekle görevlidir.

Böylece meşruluk öğesinin aşkın özelliği ortaya çıkmış olmaktadır. İktidarı elinde tutanlar gelip geçer; ancak süreklilik, onun kesintiye uğramasını dışlar. Vekalet, iktidarın el değiştirmesinde bir tür “ekleme” kurumudur. Cumhurbaşkanı kimin vekalet edeceğinin belli olması, istifa eden hükümetin yenisi kuruluncaya kadar işbaşında kalması, yasama seçimlerinin parlamento feshedilmeksizin yenilenmesi, önceki ile yenisi arasında “geçiş” yapmayı sağlar.”²

¹ <https://www.atam.gov.tr/ataturkun-soylev-ve-demecleri/turkiye-cumhuriyeti-ordularina-mesaj> (Erişim Tarihi: 24.08.2022).

² Kaboğlu, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Güncellenmiş ve Sadeleştirilmiş B. 15, İstanbul, Legal Yay., 2020, s. 84.

Milli savunma özelindeki kamu hizmeti için de devamlılık ilkesi geçerlidir. Zira Gözler'in de belirttiği üzere;

“Devamlılık ilkesi (principe de continuité)”, kamu hizmetlerinin kanunların öngördükleri dışında kesintisiz ve düzenli olarak yürütülmesini öngören bir ilkedir. “Devamlılık (continuité)”, “kesintisizlik (permanence)” demek değildir. Şüphesiz, ulusal savunma, güvenlik, itfaiye, telefon, elektrik, gaz, su gibi yılın 365 günü ve günün 24 saati kesintisiz şekilde yürütülmesi gereken hizmetler vardır. ... Kamu hizmetlerinin devamlılığı ilkesi, “devletin devamlılığı (continuité de l'Etat)” ilkesinin bir sonucudur.”³

Devletin (ve dolayısıyla kamu hizmetinin) devamlılığı ilkesi, o düzende var olan kurallar bütününe genel ve soyut olmasını, bir kişiye hasredilmemesini gerektirir. Başka bir anlatımla hukuk devletinde, kişiler değil kurumlar esastır. Bununla birlikte Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü vurgulayan 11'inci maddesinde yer alan “Kanunlar, Anayasa'ya aykırı olamaz.” şeklindeki hükümde ifade edilen kanunlar, hem şekli hem de maddi anlamda kanuna tekabül etmekte; dolayısıyla anılan 11'inci madde, kanunların genelliği ve soyutluğunu bir kez daha Anayasal düzlemde ortaya koymaktadır.

Başka bir anlatımla Lon L. Fuller, yasa koymanın iç ahlakını sekiz başlık altında toplamaktadır: kurallar, genel olmalıdır; yayınlanmış olmalıdır; geçmişe yürür olmamalıdır; açık olmalıdır; çelişik olmamalıdır; yapılması imkansız olanı gerektirmemelidir; zaman içinde tutarlı olmalıdır; yetkililerin eylemi ile yayınlanmış kurallar arasında uyum olmalıdır. Sayılı sekiz başlık altında yer alan genellik ilkesi şu şekilde açıklanmaktadır:

“Buradaki temel mesaj, belirli durumları amaçlayan çok detaylı kurallardan kaçınmamız gerektiğidir. Almanların Gesetzgebung für den Einzelfall olarak adlandırdığı şey, yani tek durum için kural koyma. Bu tür kural koyma, hukuku çok karmaşık ve kolayca tutarsız hale getirebilir. Genellik ilkesinden yapılabilecek ahlaki çıkarım, en azından, minimum bir adalet formudur; yani formel adalet, benzer durumlarda benzer davranmaktır. Daha da ötesi genellik ihtiyacı, ayrıca, keyfiliğe ve özel çıkarları kolaylaştırmak amacıyla hukukun siyasi manipülasyonuna karşı belirli bir güvence sağlar. Böylelikle genellik, önemsiz bir konu değildir; asgari adaleti garanti eder ve keyfiliğin önüne geçer.”⁴

Yine Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararlarında hem şekli hem de maddi anlamda kanun tanımına yer vermiştir. Söz gelimi 12.07.1965 tarihli ve 1965/19 E.; 1965/42 K. sayılı Kararında “...nitelikleri ne olursa olsun T. B. Millet Meclisince kanun adı altında yapılan bütün tasarrufların Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olacağı esası açıkça belirtilmiş bulunmaktadır. ...” şeklindeki temellendirmeyi kaleme almak suretiyle şekli anlamda kanun anlayışını; 24.09.1990 tarihli ve 1990/31 E.; 1990/24 K. sayılı Kararında “...Bilindiği gibi, yasalar ya da yasalarla eşdeğerdeki pozitif hukuk metinleri nesnel, soyut, genel ve sürekli nitelikteki hukuk kurallarını içeren, etkileri yönünden de objektif hukuk alanında yeni bir durum yaratan ya da var olan bir durumu düzenleyen veya ortadan kaldıran kural-işlemler bölümüne girerler. ...” şeklindeki temellendirmeyi kaleme almak suretiyle maddi anlamda kanun anlayışını ortaya koymuştur.

³ Gözler, Kemal, Kaplan, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Güncellenmiş ve Düzeltilmiş B. 19, Bursa, Ekin Kitabevi, 2017, s. 538.

⁴ Burg, Wibren van der Burg, Lon L. Fuller'den Yasa Koyucuya Dersler, Çev. E. İrem Akı, Hukuk Kuramı, C. 1, S. 3, Mayıs-Haziran 2014, s. 60, 61.

Eldeki dava konusu, söz konusu genel perspektiften ele alındığında şu sonuç ortaya çıkacaktır:

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

Ancak iptali talep edilen cümlelerin bahsi geçen 04.08.2022 tarihli YAŞ toplantısından hemen önce 108 sayılı CBK'nin söz konusu YAŞ toplantısının yapıldığı gün olan 04.08.2022 tarihli ve (Mükerrer) 31913 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girdiği nazara alındığında; bu hükümlerin, doğrudan hâlihazırda görev yapan Genelkurmay Başkanının görev süresinin uzatılması için hukuki norm haline getirildiği ortaya çıkacaktır. Elbette tecrübe, milli savunma özelindeki kamu hizmetinin etkin ve verimli biçimde yürütülmesi için azami önem taşımaktadır. Ancak Türk vatani, milleti ve Devletin bölünmez bütünlüğünün korunmasını teminen; Türk Silahlı Kuvvetleri marifetiyle yürütülen; milli savunma özelindeki kamu hizmetinin etkin ve verimli biçimde ifa edilmesi, tek bir kişinin tecrübesine hasredilemez. Zira Devlette (ve dolayısıyla kamu hizmetinde) devamlılık esas olduğundan; Genelkurmay Başkanlığı makamına atanmak için gerekli tecrübe ve donanımına sahip komutanlar, yetiştirilmektedir. Hukuk devleti ilkesinin bir tezahürü olan kanunların genelliği ve soyutluğu ilkesinin aksine bir kişiye özgü kanun çıkarılması, milli savunma özelindeki kamu hizmetinin etkin ve verimli biçimde yürütülememesine; Genel Kurmay Başkanının Anayasa'nın 117 ve 118'inci maddeleriyle kendisine tevdi edilen görev ve yetkileri, ifa edememesine neden olacaktır. Bu nedenlerle iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, maddesine aykırıdır.

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

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

Bu nedenle Genelkurmay Başkanının görev süresinin uzatılmasına ilişkin hususun; Anayasa'nın 128'inci maddesinde hüküm altına alınan ve hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılaması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle kanun koyucu, –Anayasal ilkelerin aksine- Cumhurbaşkanının hangi nesnel ölçüte istinaden Genelkurmay Başkanının yaş haddini uzatacağı hakkında tamamen sessiz kalmış, bu konuyu tamamen idarenin (Cumhurbaşkanının) uhdesine bırakmıştır. Başka bir anlatımla Cumhurbaşkanı, görev süresi dolmuş bir Genelkurmay Başkanının görev süresini (üst sınır 72 olduğundan) beş kez uzatabilecektir; ancak her defasında niçin uzattığını dayandırabileceği ve söz konusu idari işlemin konu –sebepe ve amaç bakımından hukuka uygun kılınmasını sağlayacak kanun düzeyinde nesnel ölçüt bulunmamaktadır. Söz gelimi atayan ile atanan aynı dünya görüşüne veya yaşam tarzına sahip olduğunda mı görev süresi uzatılacaktır? Bu durum, ordunun siyasallaşmasına neden olacaktır. Kaldı ki görev süresinin uzatılması için söz gelimi Milli Güvenlik Kurulu'ndan (istişari nitelikte olsa da) görüş alınması dahi kanun düzeyinde öngörülmemiştir. Yine Cumhurbaşkanının genelkurmay başkanının görev süresini uzatma hususunda kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir kıstaslarla kayıtlanmaması, bir CBK ile cumhurbaşkanı kararı ile düzenlenebilmesine ilişkin yetki verilmesi keyfi olduğu kadar eşitsiz de olan uygulamaların önünü açacaktır.

İptali talep edilen cümle, görev süresinin uzatılması hususunu Cumhurbaşkanının düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerinin düzenleme alanının konusu yapmış; emeklilik rejimine ilişkin bir düzenlemeyi kanuni dayanaktan yoksun bırakmıştır. Kanun düzeyinde belirlenmesi gereken görev süresinin uzatılmasına ilişkin objektif ölçütlerin içeriği hususunu Cumhurbaşkanının düzenleyici (ve dahi birel) düzenleyici işlemlerine tevdi eden ve yukarıda tanımlandığı anlamda maddi anlamda kanunilik ilkesinin gereklerini yerine getirmeyen ihtilaflı cümle, Anayasa'nın 2 maddesine aykırıdır.

Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, “Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında konuyla ilgili olarak, “Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünün bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütününü kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur.” denilmektedir (AYM E. 1965/32, K. 1966/3, 4/2/1966)” (Anayasa Mahkemesi'nin 11.06.2020 tarihli ve 2018/119 E.; 2020/25 K. sayılı Kararı, § 18). Ancak iptali talep edilen cümle hükmünde; kadro ihdası gibi özlük işleri kapsamında değerlendirilen görev süresinin uzatılması hususunun genel çerçevesi; hukuki işlem olarak kanun ile açıkça ortaya konulmamıştır.

Yine Cumhurbaşkanının yapacağı düzenlemeleri, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; Genelkurmay Başkanlarının emeklilikleri ve görev süreleri bakımından hukuki öngörülebilirlik ilkesini zedelemektedir. Cumhurbaşkanının uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, Cumhurbaşkanının (düzenleyici ve dahi birel) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın 2'nci maddesine aykırıdır.

8- Anayasa'nın 60. Maddesine Aykırılık

Türkiye Cumhuriyeti, Anayasa'nın 2. maddesinde sosyal devlet olarak nitelendirilmiş ve Anayasa'nın 5'inci maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri arasında “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak” sayılmıştır. Söz konusu Anayasal hükümlerin bir tezahürü, Anayasa'nın 60'ıncı maddesinde güvencelenen sosyal güvenlik hakkıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında:

“22. Anayasa'nın 60. maddesinde “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir./ Devlet, bu güvenliğı sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.” denilmektedir. Buna göre sosyal güvenlik herkes için bir hak ve bunu gerçekleştirmek devlet için bir görevdir.

23. Sosyal güvenlik, kişilerin istek ve iradeleri dışında oluşan sosyal risklerin, kendilerinin ve geçindirmekle yükümlü oldukları kişilerin üzerlerindeki gelir azaltıcı ve harcama artırıcı etkilerinin en aza indirilmesi, ayrıca sağlıklı ve asgari hayat standardının güvence altına alınmasıdır. Bu güvencenin gerçekleştirilebilmesi için sosyal güvenlik kuruluşları oluşturularak kişilerin yaşlılık, hastalık, malullük, kaza ve ölüm gibi sosyal risklere karşı asgari yaşam düzeylerinin korunması amaçlanmaktadır. Kişilere sağlanan bu anayasal güvencelerin yaşama geçirilebilmesi için devlet tüm çalışanlara sosyal güvenlik hakkını sağlamak ve bunun için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.” şeklinde sosyal güvenlik hakkını tanımlamıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 29.04.2021 tarihli ve 2021/1 E.; 2021/32 K. sayılı Kararı).

O halde Devletin, söz konusu pozitif yükümlülüğüne istinaden; Genelkurmay Başkanlarının da emeklilik özelinde sosyal güvenlik hakkını eşit düzeyde temin etmesi gerekmektedir. Ancak Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan sınırlandırmanın sınırlarının (bilhassa kanunilik ilkesinin) aksine iptali talep edilen cümleyle Genelkurmay Başkanlarının görev süresinin birer yıllık süre ile 72 yaşına kadar uzatılabilmesi, Cumhurbaşkanının düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerinin konusu yapıldığından; anılan hak, aynı konumda bulunan Genelkurmay Başkanları bakımından eşit düzeyde temin edilemeyecektir. Her biri bakımından emekliliğe konu işlemlerde, değişik görev süreleri ve dolayısıyla yaş hadleri esas alınmak suretiyle mali nitelikteki özlük hakları farklılaşacaktır. Bu nedenle iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın 2, 13 ve 60'ıncı maddelerine aykırıdır.

9- Anayasa'nın 49. Maddesine Aykırılık

Anayasa'nın 2 ve 5'inci maddeleriyle Devlet için öngörülen “sosyal devlet” niteliğinin bir görünümü, Anayasa'nın 49'uncu maddesiyle Devlete yüklenen çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğüdür. Anayasa Mahkemesi, “Anayasa'nın 49. maddesine göre, çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlete karşı ileri sürülecek bu hak, bireylere zorlama yetkisi ve yaptırımı vermemiştir. Devlet, olanakları ölçüsünde, yeterli örgütler kurarak iş bulmayı kolaylaştırıp sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Devletin herkese iş verme, herkesi işe yerleştirme zorunluluğı bulunmamaktadır. İşsizliğı önlemek amacıyla yapacağı çalışmalarla Devlet, öncelikle kamu sektöründe iş vermek yolunu izleyecek, bu nedenle de yasal düzenlemeler yapacaktır.” şeklinde hüküm kurmak suretiyle; Anayasa'nın 49'uncu maddesinin kapsama alanında özel sektörün yanı sıra kamu sektörünün de değerlendirileceğine işaret etmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 19.12.1989 tarihli ve 1989/14 ve 1989/49 sayılı Kararı). O halde Devlet, hem özel sektörde hem de kamu sektöründe çalışma

barışını sağlamalıdır. Ancak iptali talep edilen cümle; milli savunmanın bütüncül bir şekilde yerine getirildiği de göz önüne alındığında; Genelkurmay Başkanı adayları ve Genelkurmay Başkanları arasında eşitsiz muamelelere, farklı görev süreleri ve dolayısıyla yaş hadleri belirlenmesine yol açacağından, çalışma barışının da (“görevin gerektirdiği nitelik” ölçütü göz ardı edilerek) bozulmasına neden olacaktır. Çalışma barışının bozulması; emir-komuta zincirinin bozulmasına, askeri disiplin ve hiyerarşiye halel gelmesine, ordunu siyasallaşmasına, Milli savunma hizmetini yürütmekle görevli olan Genelkurmay Başkanlarının ilgilerini başka alanlara yöneltmesine; sorumluluklarını yeteri kadar yerine getirememelerine sebep olabilecektir. Bu nedenle iptali talep edilen cümle, Anayasa’nın 2, 5 ve 49’uncu maddelerine de aykırıdır.

Ayrıca herkese hak ve ödev olarak tanınan çalışma hakkı, Devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir. Devlet, herkes için uygun bir çalışma ortamı hazırlamalıdır. Bu yükümlülüğün, Genelkurmay Başkanlığı makamına atanmada görevin gerektirdiği nitelikler dışındaki diğer tüm keyfi tercih ölçütlerinin kullanılmasına mani olacak koşulların sağlanmasını öncelikle içerdiği izahtan varestedir. Ancak iptali talep edilen cümle, Devletin anılan yükümlülüğünü ifa etmesine engel olacaktır. Nitekim Cumhurbaşkanı tarafından objektif kriterlere dayanmadan Genelkurmay Başkanının görev süresinin uzatılması; Genelkurmay Başkanı olmaya namzet komutanların (Genelkurmay Başkanının hiyerarşik astı durumunda olan komutanların), Genelkurmay Başkanlığı makamına atanma özelindeki çalışma hakkını engelleyecektir; onların emekliye ayrılmalarının önü açılacaktır. Başka bir anlatımla Devlet tarafından onlar bakımından çalışma hakkının kullanılması için gerekli ortam ve fırsat eşitliği hazırlanamayacaktır. Kanun koyucu, söz konusu görev süresinin uzatılmasına ilişkin usul ve esasların düzenlenmesini Cumhurbaşkanının uhdesine bırakmak suretiyle; anılan hakka idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır. Bu nedenle anılan cümle, Anayasa’nın 2, 5, 13 ve 49’uncu maddelerine aykırıdır.

10- Anayasa’nın 8. Maddesine Aykırılık

Anayasa’nın 8. maddesine göre; “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir”. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yürütme yetkisi olarak, Anayasa ve kanunlar çerçevesinde kullanılmalıdır. Oysa, 108 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 1. Maddesi ile 3 sayılı CBK’nin 9. Maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen cümle ile genelkurmay başkanının görev süresi uzatılmakta ve bu hususta cumhurbaşkanına yetki verilmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere bir CBK ile kanunla düzenlenmesi öngörülen bir alanda düzenleme yapılması suretiyle kanun koyucunun alanına müdahale edilmesi, anayasal çerçeve dışında yetki kullanımını ortaya koymaktadır. Bu itibarla 108 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 1. maddesi 3 sayılı CBK’nin 9. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen cümle, Anayasa’nın 8. maddesine de aykırıdır, iptali gerekir.

11- Anayasa’nın 2. Maddesine ve Başlangıç İlkelerine Aykırılık

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

108 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 1. maddesi ile 3 sayılı CBK'nin 9. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen cümle, yukarıda açıklanan nedenlerle, "Anayasa ve kanunların üstünlüğü" ilkesini ihlal ettiğinden, Anayasa'nın 2. maddesine ve Başlangıç prg. 4'e de aykırılık oluşturmaktadır.

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

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

Yukarıda belirtilen nedenlerle 108 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 1. maddesi ile değiştirilen 3 sayılı CBK'nin 9. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen cümle, Anayasanın Başlangıç ilkelerine, 2., 5., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 49., 60., 70., 104/2, 104/17., 117., 118., 123. ve 128. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptali talep edilmektedir.

I. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

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

Göreve başlamasının hemen ardından Cumhurbaşkanınca oldukça kapsamlı pek çok CBK çıkarıldığı görülmektedir. Bu CBK'lerin pek çoğunda da çerçevesini Anayasa'nın açıkça çizdiği yetki sınırlarının aşıldığı, Anayasanın CBK ile düzenlenmesini yasakladığı alanlarda düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Yukarıda iptali istenen kural da Anayasanın cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesini yasakladığı alanlara ilişkin bir düzenleme oluşturmaktadır. Bu nedenle ultra vires geçersizlikle maluldür. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesince ivedilikle incelenerek yetki dışı düzenlemelerin iptal edilmesi ve hukuk sisteminden ayıklanması, normlar hiyerarşisine dayanan hukuk düzeninin devamlılığı

bakımından hayati önem taşımaktadır. Bu durum, örneğin, Anayasa'nın 128. maddesinin 2. fıkrası gibi devletin yapılanmasını doğrudan ilgilendiren bir düzenleme açısından özellikle böyledir.

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

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

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

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

IV. SONUÇ VE İSTEM

4/08/2022 tarihli ve 108 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin;

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

B. 1. maddesi ile değiştirilen 3 sayılı CBK'nin 9. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen cümle, Anayasanın Başlangıç ilkelerine, 2., 5., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 49., 60., 70., 104/2, 104/17., 117., 118., 123. ve 128. maddelerine,

Esas Sayısı : 2022/121

Karar Sayısı : 2025/190

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