

“... ”

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 Meclisindedir. Bu yetki devredilemez. " kuralının öngörmektedir. Bu kral ışığında Anayasa Mahkemesi'ne göre, “Anayasa'da kanun

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

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

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

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

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

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

2- İdarenin Yasallığı Kuralı Karşısında Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

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

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

6771 sayılı Kanunla getirilen Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle, her ne kadar ciddi kısıtlılıklarla çerçevelenmiş olsa da, yürütme organı yasaya dayanmaksızın ilk elden kural koyma yetkisine sahip olmuştur. Başka bir ifadeyle, yasama organı yanında yürütme organı da Anayasa’da kanun kaydı olan, kanunun açıkça düzenlediği konuları içermemek ve kanunlara aykırı olmamak şartıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle ilk elden düzenleme yapabilecektir. Bununla birlikte, Cumhurbaşkanlığı kararnamesine konu olan alan, yasama konusu olmaktan çıkmamaktadır. Çünkü Anayasa, Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin olarak özerk bir normatif alan öngörmemiştir. TBMM, CBK ile düzenlenen bir alanda her zaman yasa çıkarabilir; bu durumda CBK hükümsüz kalır: “Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.” (madde 104/17). O halde Anayasa’da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacak iken, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen ve düzenlenmiş olan konularda dahi TBMM yasa çıkarabilecektir. Şu halde, Anayasa’ya uygunluk kaydıyla asli düzenleme yetkisi, konu bakımından herhangi bir mutlak istisna bulunmadan, TBMM’ye ait bulunmaktadır. Başka bir anlatımla, Anayasa’nın CBK konusu olabilecek kimi alanları doğrudan belirlemiş olması, o alanlarda yasama yetkisinin kullanılmasını 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 sistematigi içinde bağdaştırılarak yorumlanması gerekir. Gerçekte Anayasa koyucu 123/1. maddede genel

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.- Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmasının anayasal çerçevesi ve sınırları

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

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

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

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

Ancak bu yasak karşısında yanıtlanması gereken soru, sosyal ve ekonomik haklar ve özgürlüklerin tamamının CBK ile düzenlenip düzenlenemeyeceğidir. Sadece yukarıdaki ifadeden yola çıkarak yapılan bir değerlendirme bu soruya olumlu cevap vermeyi gerektirir. Ancak bu cümlemin 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 sınırlandırılabilir”. Oysa vergilerle ilgili 73. maddede (Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.) ve kamu hizmeti görevlileriyle ilgili genel ilkeleri koyan 128. maddede (Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.) yasayla düzenleme öngörülmüş, hiçbir özel vurgu yapılmamıştır.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine İlişkin Anayasa Mahkemesi Denetiminin Kapsamı

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

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

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

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

a) Gerekçe, başlıca şekil denetimi ölçütlerindendir

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

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

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

Oysa “**gerekçe**”, hukuk devletinin bir gereğidir.

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

Bu bir eksiklik değil; zira hukuk devleti, bütün resmi işlemlerin gerekçeli olmasını gerekli kılar. Nitekim, yasalar ve idari işlemler açısından, açık hüküm yokluğuna karşın gerekçe yükümlülüğü, Anayasa madde 2'den kaynaklanır. Anayasalarda gerekçe gerekliliği açıkça

öngörülmüş olmasa da, birel veya düzenleyici işlemler bütünü için gerekçe gerekliliği, içerik olarak hukuk devleti kavramına içkindir. CBK'lerin gerekçeli olma zorunluluğu da, bu genel ilke içinde yer alır.

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

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

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

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

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

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

Diğer bir ifadeyle KHK'lerin de aslında gerekçeleri bulunmaktaydı.

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

Kanunlar, KHK'ler, CBK'ler gibi genel kural koyucu üst hukuk kurallarının gerekçelerinin “bulunması”, hukuk devleti açısından mutlaka zorunludur. Çünkü gerek bu hukuk normlarının uygulayıcılar tarafından nasıl yorumlanacağını anlaşılmaması 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 Mahkemesi’nin görev tanımı Anayasa’da belirtilmiştir: “Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler...” (md.148/1)

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

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

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

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

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

uygunluk kaygısı ile hazırlanmasını gerekli kılacağından, AYM denetimi de işlevsellik kazanacaktır.

• Öte yandan, 1982 Anayasası madde 148 ve 6216 sayılı Kanun ve AYM İçtüzüğü hükümlerinin, kanunlardan farklı olarak CBK'lerin şekil denetimine ilişkin bir düzenleme içermemeleri, CBK'lerin şekil denetiminin yapıl(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 başlamaktaysa, 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. 165 SAYILI BAKANLIKLARA BAĞLI, İLGİLİ, İLİŞKİLİ KURUM VE KURULUŞLARIN TEŞKİLATI HAKKINDA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ’NİN BAZI MADDELERİNİN ANAYASA’YA AYKIRILIĞI

1) 165 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 4. maddesi ile değiştirilen 4 sayılı CBK’nın 5. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlelerin Anayasaya Aykırılığı

165 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 4. maddesi ile değiştirilen 4 sayılı CBK’nın 5. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümleler ile Adli Tıp Kurumunun başkan yardımcılarının görev süreleri belirlenmiş ve bunların görev sürelerinin bitmesi halinde görevlerinin ne zamana kadar devam edeceğine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Söz konusu kamu görevlilerinin görev sürelerinin belirlenmesi ve görevlerinin devamına ilişkin düzenleme, aşağıdaki açılardan Anayasa’ya aykırıdır.

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

6771 sayılı Kanun ile getirilen Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin temel ilke ve koşulları Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasında ortaya konulmuştur. CBK’lar ile sadece yürütmeye ilişkin konularda düzenleme yapılabilir. Anayasanın 104/17. maddesiyle getirilen CBK ile yürütmeye tanınan düzenleme alanı oldukça dar ve sınırlıdır. Anayasa CBK’lar için konu bakımından açık şekilde üçlü bir sınır çizmiştir. Buna göre; birinci sınır olarak Anayasa’da münhasıran kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamaz. İkinci sınır kanun ile düzenlenmiş konularda CBK ile düzenleme yapılamaz iken, üçüncü sınır ise temel hak ve hürriyetlerle ilgili konularda CBK ile düzenleme yapılamayacağıdır.

Söz konusu düzenleme, konu bakımından yetki yönünden Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin sınırlarını aşması nedeniyle Anayasa’nın 104. maddesine aykırıdır. Anayasanın 104/17. maddede geçen “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” ibaresinin Anayasa’da “kanunla düzenlenir veya kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır” vb. ifadelerin bulunduğu maddelere bakarak belirlenmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa’da salt bir kanunla düzenleme kaydının bulunmasının, ilgili konuyu cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konu bakımından yetki alanından çıkarmak açısından yeterli olduğunu ifade etmiştir: “... Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Anayasa’da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir (AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 57; E.2016/180, K.2018/4, 18/1/2018, § 17; E.2017/51, K.2017/163, 29/11/2017, § 13; E.2016/139, K.2016/188, 14/12/2016, § 9; E.2013/47, K.2013/72, 6/6/2013). Buna göre Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı’nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır”. (AYM, E.S.:2018/125, K.S.:2020/4, K.T.:22/1/2020, R.G. Tarih – Sayı: 13/5/2020 – 31126, §11). O halde Anayasa’nın bir maddesinde bir konunun yasayla düzenlenmesi öngörülmüşse o konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi, Anayasa’nın 7. ve 104/17. maddelerine aykırılık oluşturacaktır.

İptali talep edilen düzenleme, Anayasa’nın 123. maddesinde ifade edildiği üzere idarenin bütünlüğü içerisinde yer alan Adli Tıp Kurumunda görev yapan başkan yardımcılarının

görev sürelerinin belirlenmesi ve görev süresi bitiminde görevin ne zamana kadar devam edeceğine ilişkin bir yetki düzenlemesidir.

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

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

Anayasa Mahkemesi, 24/8/2021 tarihli ve (83) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 4. maddesiyle 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin Altıncı Kısım'ın Sekizinci Bölümü'ne eklenen geçici 2. maddesine ilişkin 2021/115 E., 2023/133 K. sayılı kararında şu şekilde bu tür düzenlemelere ilişkin yaklaşımını şu şekilde ifade etmektedir:

“11. Anayasa'nın 128. maddesinde devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği ifade edilmiş; memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

12. Kamu hizmeti niteliği taşıyan görevlerin yerine getirilebilmesi bağlamında Hazine ve Maliye Bakanlığında muhasebat başkontrolörü, muhasebat kontrolörü ve muhasebe denetmeni kadrosunda istihdam edilen personelin genel idari esaslara göre yürütülen asli ve sürekli görevleri yerine getirdikleri, dolayısıyla Anayasa'nın 128. maddesi anlamında memur veya diğer kamu görevlisi sıfatına sahip bulundukları hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

13. Anayasa'nın 128. maddesine göre memurlar ve diğer kamu görevlilerinin atanmalarının kanunla düzenlenmesi gerekmekte olup kurallarla muhasebat başkontrolörü, muhasebat kontrolörü ve muhasebe denetmeni kadrolarına atanabilme şartlarına yönelik bir düzenleme öngörülmektedir.

14. Bu itibarla Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda düzenleme yapan kuralların Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olduğu anlaşılmıştır (benzer yöndeki karar için bkz. AYM, E.2021/90, K.2022/108, 28/09/2022, §§ 61-67).”

Yine, AYM, başka bir kararında da aynı yönde bir değerlendirme yapmaktadır. İlgili karar şu şekildedir:

“62. (79) numaralı CBK’nın geçici 2. maddesinin birinci cümlesinde bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte Bakanlıkta Avrupa Birliği Uzmanı, Avrupa Birliği Uzman Yardımcısı ile İhracatı Geliştirme Uzmanı kadrolarında bulunanların, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1 ay içinde talep etmeleri hâlinde durumlarına uygun Ticaret Uzmanı ve Ticaret Uzman Yardımcısı kadrolarına atanması hükmü altına alınmış olup anılan cümle dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

63. Anayasa’nın 128. maddesinde devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği ifade edilmiş; memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

64. Kamu hizmeti niteliği taşıyan görevlerin yerine getirilebilmesi bağlamında Bakanlıkta Ticaret Uzmanı ve Ticaret Uzman Yardımcısı kadrosunda istihdam edilen personelin genel idari esaslara göre yürütülen asli ve sürekli görevleri yerine getirdikleri, dolayısıyla Anayasa’nın 128. maddesi anlamında memur veya diğer kamu görevlisi sıfatına sahip bulundukları hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

65. Anayasa’nın 128. maddesine göre memurlar ve diğer kamu görevlilerinin atanmalarının kanunla düzenlenmesi gerekmekte olup kuralla Ticaret Uzmanı ve Ticaret Uzman Yardımcısı kadrolarına atanabilmeye ilişkin koşullara yönelik bir düzenleme öngörülmektedir.

66. Bu itibarla Anayasa’nın 128. maddesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda düzenleme yapan kuralın Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

67. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırıdır. İptali gerekir.” (AYM, E.2021/90, K.2022/108, 28/09/2022, §§ 61-67)

Yukarıda da belirtildiği üzere iptali talep edilen düzenleme kamu görevlilerinin görev süresinin belirlenmesi ve görev sona erdikten sonra görevin devamına ilişkin bir düzenleme olup kamu görevlilerinin görev ve yetkileriyle özlük haklarına ilişkin bir düzenlemedir ve Anayasa’nın 128. maddesinde belirtilen kanunilik ilkesine tabidir.

İptal talebine konu olan düzenlemenin öznesi olan Adli Tıp Kurumu başkan yardımcılarının kamu görevlileri olduğu aşikardır ve bunların kamu görevlisi olmaları nedeniyle bunların atanmaları, atanma şartlarının belirlenmesi, görev süreleri, görev ve yetkileriyle özlük haklarının da kanunla düzenlenmesi gerekmekte olup, bunun dışında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile bu konularda belirleme yapılması mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi, “... kamu görevlileriyle ilgili yeni haklar ve yükümlülükler öngören, bunların özlük haklarını etkileyen veya niteliği itibarıyla atama benzeri sonuçlar doğuran görevlendirme ve görevlendirme benzeri işlemlere ilişkin düzenlemelerin Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca münhasıran kanunla yapılması gerekir.” (AYM, 2019/113 E. ve 2023/198 K. Sayılı Karar) şeklindeki kararıyla kanunilik ilkesinin gereği olarak

görevlendirme, görev süresinin belirlenmesi, özlük haklarını etkileyen düzenlemelerin de kanunla yapılması gerektiğini belirtmiştir.

Yukarıda belirttiğimiz kanunilik ilkesinin tek istisnası, kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan üst düzey kamu görevlilerinin görev sürelerinin belirlenmesinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile de düzenlenebilmesine ilişkin Cumhurbaşkanına tanınan yetkidir.

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

Burada ilk ele alınması gereken unsur, cumhurbaşkanınca atanacak "üst kademe kamu yöneticileri" kavramıdır. 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi öncesinde "Üst Kademe Kamu Yöneticisi"lerinin kimler olduğuna ilişkin herhangi bir mevzuat düzenlemesi bulunmamaktaydı. "Üst kademe kamu yöneticileri yeni bir kavram değildir. 1982 Anayasası'nın ilk şeklinde de bulunmaktaydı, ancak kimler olduğu belli değildi. Nitekim Anayasa'nın 128. maddesinin son fıkrasında da bu üst kademe yöneticilerin yetiştirme usul ve esaslarının özel bir kanun ile yapılması hususu düzenlenmişti. 10.01.1985 tarihinde 3149 Sayılı Üst Kademe Yöneticilerinin Yetiştirilmesi Hakkında Kanun kabul edilmiş ise de söz konusu Kanun Anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bu tarihten sonra da 3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine kadar bu üst düzey kamu görevlilerinin kimler olduğuna ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. 3 sayılı Kararnamenin 2. maddesi ile Kararnameye eklenen iki adet Cetvel ile de bu kadro ve görevler tanımlanmıştır. (I)Sayılı Cetvel'de bulunan üst düzey yöneticiler Cumhurbaşkanınca doğrudan atanırken, (II)Sayılı Cetvel'de sayılanların atama işlemi Cumhurbaşkanınca onanmaktaydı. Anayasa Mahkemesinin 2018/120 E., 2023/171 K., sayılı Kararıyla söz konusu CBK'nın 2. Maddesinde belirlenen (II) sayılı Cetvele ilişkin olarak Cumhurbaşkanına tanınan onama yetkisi iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararının ardından 30.08.2024 tarih ve 162 sayılı "Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum Ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 1. maddesi ile (II) sayılı Cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlerde bulunan kamu görevlilerinin de Cumhurbaşkanı kararı ile atanabilmesine yönelik değişiklik düzenlemesi yapılmıştır. Söz konusu düzenlemenin iptaline ilişkin 26/09/2024 tarihinde iptal başvurusu yapılmış olup, dava halen derdest durumdadır.

Yapılan değişiklikle CBK'nın eki niteliğindeki (II) sayılı Cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevler doğrudan üst kademe kamu yöneticisi olarak tanımlanmış olmaktadır ve Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasıyla cumhurbaşkanına verilen özel yetki olan üst düzey yöneticileri "atama yetkisi" kapsamına alınmıştır.

İptali talep edilen düzenlemenin konusu olan Adli Tıp Kurumu Başkan Yardımcıları da 3 sayılı CBK'nın eki niteliğindeki (II) sayılı Cetvelde yer alan kamu görevlilerindendir. Dolayısıyla, ilk bakışta bunların görev sürelerinin belirlenmesi ve görev bitiminde yetkilerinin devam süresine ilişkin düzenleme, CBK ile düzenleme yapılabilecek Cumhurbaşkanına tanınan özel yetki alanında gibi görülebilir, ancak bu düzenleme yapılan düzenlemenin öznesini oluşturan kamu görevlilerinin üst düzey kamu yöneticisi olmamaları nedeniyle yetki açısından CBK ile yapılabilecek düzenlemelerin sınırına aşan ve münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir alanda yapılan bir düzenlemedir.

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

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

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

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

İptali talep edilen düzenlemenin öznesi olan kamu görevlileri açısından öncelikle yapılması gereken değerlendirme bunların genel anlamda Anayasanın 128. maddesi kapsamında kamu görevlisi olarak mı değerlendirilecekleri, yoksa özel olarak üst düzey kamu yöneticisi olarak mı tanımlanacaklarıdır.

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

Anayasa'nın 128. maddesine dayanılarak çıkarılan 1985 tarihli ve 3149 Sayılı Üst Kademe Yöneticilerinin Yetiştirilmesi Hakkındaki Kanun, Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir (AYM, E.1985/3, K.1985/8, 18/6/1985). Anayasa Mahkemesi iptal gerekçesinde kanun konusu olması gereken hususların kanunda yönetmelikle düzenleneceğine işaret eden hükmü iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, "kanun konusu olan bir hususu idarenin yönetmelikle düzenleme yetkisinin bulunmadığı ve yasama yetkisinin devredilmezliğinden

hareketle” ve haklı olarak ilgili maddeyi iptal etmiştir. Bu madde iptal olunca kanunun uygulanabilirliği kalmadığı için yüksek mahkeme tümünün iptaline karar vermiştir.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

kanunla düzenlenmesi güvencesi varlığını devam ettirmektedir. Dolayısıyla üst kademe kamu yöneticilerinin kimler olduğunun Anayasa Mahkemesince tespit edilen kriterler de dikkate alınmak suretiyle CBK'yla açık ve net bir biçimde belirlenmesi diğer kamu görevlilerine sağlanan anayasal güvencelerin zedelenip zedelenmediğinin denetimi bakımından oldukça önem taşımaktadır.

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

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

Bu çerçevede ilgi 3 sayılı CBK'nın 2. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki “ve (II) sayılı” ibaresi ile ekli II sayılı Cetvelde yeralan kadro, pozisyon ve görevlerin Anayasa'nın 104.maddesinin dokuzuncu fıkrası kapsamında olup olmadığının tespitinin ve bu fıkraaya aykırılığı ile Anayasa'nın 104/17. Maddesinin birinci cümlesinde belirlenen sınırlar içerisinde olup olmadığının tespitinin yapılması önem arz etmektedir. Bunu da yapacak olan Anayasa Mahkemesinin ilgi kararında da belirtildiği üzere yüce mahkemenizdir. Anayasa Mahkemesi bir kuralın üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların düzenlenmesine ilişkin olup olmadığını CBK koyucunun nitelemesinden bağımsız olarak, yukarıda tespit edilen ilkeler çerçevesinde her bir kural özelinde özerk şekilde ele alıp nihai olarak denetleme görevinin kendisine ait olduğunu belirtmiştir (AYM, E.2019/111, K.2023/63, 05/04/2023, § 83).

Yukarıda da belirtildiği üzere 3 sayılı CBK'nın 2. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki “ve (II) sayılı” ibaresi ile ekli II sayılı Cetvelde yeralan kadro, pozisyon ve görevler, üst düzey kamu yöneticisi olarak tanımlanamadığı takdirde yukarıda belirtildiği üzere bu kamu görevlilerinin atanma usul ve esasları genel anlamda kamu görevlilerinin atanmasına ilişkin usul ve esaslara tabi olacaktır. Dolayısıyla, bu kamu görevlilerinin atanmasının, Anayasa'nın 128. Maddesinin ikinci fıkrasında belirlenen usullere ve esaslara tabi olması anlamına gelecektir. Bu kamu görevlileri açısından Cumhurbaşkanına tanınan özel yetki olan atama yetkisi kullanılamaz hale gelecektir ve 3 sayılı CBK'nın konusu kapsamından çıkacaktır. Anayasa'nın 128. Maddesi kapsamında kamu görevlilerine yönelik kanunilik ilkesi kapsamında ele alınacak bir düzenleme niteliğinde olacak ve bu nedenle de Anayasanın 104/17. maddede

geçen “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” olarak tanımlanan sınırı aşması nedeniyle CBK çıkarma yetkisi dışında bir düzenleme halini alacaktır.

Ancak, 3 sayılı CBK’nın 2. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki “ve (II) sayılı” ibaresi ile ekli II sayılı Cetvelde yeralan kadro, pozisyon ve görevlerden biri olan Adli Tıp Kurumu Başkan yardımcılarının özlük haklarından olan görev süreleri ile görev bitimine ilişkin yetkinin süresine yönelik düzenleme, ne yazık ki, 165 sayılı CBK’nın 4. Maddesi ile 4 sayılı CBK’nın 5. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümleler nedeniyle yürürlükte olmaya devam edecektir.

Bu çerçevede, yüce mahkemenizde halen derdest halde olan 162 sayılı CBK’ya ilişkin iptal talebimizle bağlantılı olarak Adli Tıp Kurumu Başkan Yardımcıları açısından da konunun özel olarak irdelenmesi gerekmektedir.

İptal talebine konu olan düzenleme ile Adli Tıp Kurumu Başkan Yardımcısı olarak görev yapan kamu görevlilerinin görev sürelerinin CBK ile saptanmasına yönelik düzenleme, bu bağlamda Adli Tıp Kurumu Başkan yardımcılarının üst kademe kamu yöneticileri için yukarıda belirlenen kriterleri taşımaması nedeniyle üst düzey kamu yöneticisi olarak tanımlanamayacaklarından Anayasanın 104/9. Maddesindeki özel yetki alanında olmayıp Anayasanın 104/17. Maddesindeki sınırları aşan bir düzenleme niteliği taşımaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere kamu görevlilerinin atanması, görev, yetki ve özlük haklarının kanunla düzenlenmesine yönelik Anayasa’nın 128. Maddesinde belirlenen kanunilik ilkesine tabi olması gereken bir düzenleme niteliği taşımaktadır.

Dolayısıyla Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı’nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır”. (AYM, E.S. :2018/125, K.S.:2020/4, K.T.:22/1/2020, R.G. Tarih – Sayı: 13/5/2020 – 31126, §11). O halde Anayasa’nın bir maddesinde bir konunun yasayla düzenlenmesi öngörülmüşse o konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi, Anayasa’nın 7., 104/17. ve 128. maddelerine aykırılık oluşturacaktır. Bu nedenle söz konusu düzenleme, Anayasanın 128. maddesine de ayrıca aykırıdır ve iptali gerekir.

Bu itibarla; Anayasa’nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gereken bir konuyu düzenleyen ihtilaflı CBK düzenlemesi, konu bakımından yetkisizlikle maluldür ve Anayasa’nın 104/17. Maddesinde belirlenen sınırları aşmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu düzenleme, Anayasa’nın 104/17. maddesinde belirlenen sınırları aşarak kanun ile düzenlenmesi öngörülen alanda düzenleme yapması nedeniyle Anayasa’nın 104/17. fıkrasına aykırıdır, iptali gerekir.

b) Anayasa’nın 7. Maddesinde Belirlenen Yasama Yetkisinin Devredilemezliği İlkesine Aykırılık

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

165 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 4. maddesi ile değiştirilen 4 sayılı CBK’nın 5. maddesinin birinci fıkrasına eklenen ve iptali istenen cümleler ile Adli Tıp Kurumu Başkan yardımcılarının özlük haklarından olan görev süreleri ile görev bitimine ilişkin yetkinin süresine yönelik düzenleme yapılmaktadır.

Söz konusu düzenleme ile kamu görevlilerinin özlük hakları, görev ve yetkileriyle ilgili bir düzenleme olması nedeniyle kanunilik ilkesine tabi olması zorunluluğundan dolayı kanunla düzenlenmesi gereken bir alandır. Anayasa'nın 128. maddesinde yasa ile düzenlenmesi öngörülmüş bir alanda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile 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 öngörülmüş durumlar dışında kanunların düzenlemediği bir alanda kendiliğinden kural koyamaz.

Dolayısıyla kanunla düzenlenmesi yolundaki Anayasa kuralına aykırı bir düzenleme yapılması, 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.

c) Anayasa'nın 8. Maddesine Aykırılık

Anayasa'nın 8. maddesine göre; "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir". Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yürütme yetkisi olarak, Anayasa ve kanunlar çerçevesinde kullanılmalıdır. Oysa, 165 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 4. maddesi ile değiştirilen 4 sayılı CBK'nın 5. maddesinin birinci fıkrasına eklenen ve iptali istenen cümleler ile Adli Tıp Kurumu Başkan yardımcılarının özlük haklarından olan görev süreleri ile görev bitimine ilişkin yetkinin süresine yönelik düzenleme yapılmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere bir CBK ile kanunla düzenlenmesi öngörülen bir alanda CBK ile düzenleme yapılması suretiyle kanun koyucunun alanına müdahale edilmesi, anayasal çerçeve dışında yetki kullanımını ortaya koymaktadır. Bu itibarla 165 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 4. maddesi ile değiştirilen 4 sayılı CBK'nın 5. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümleler, Anayasa'nın 8. maddesine de aykırıdır, iptali gerekir.

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

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

165 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 4. maddesi ile değiştirilen 4 sayılı CBK'nın 5. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümleler, yukarıda açıklanan nedenlerle, "Anayasa ve kanunların üstünlüğü" ilkesini ihlal ettiğinden, Anayasa'nın 2. maddesine ve Başlangıç prg. 4'e de aykırılık oluşturmaktadır.

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

göstermesi, “Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı” hükmünün sürekli gözetilmesi ölçüsünde mümkündür.

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

Yukarıda belirtilen nedenlerle 165 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 4. maddesi ile değiştirilen 4 sayılı CBK’nın 5. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümleler Anayasanın Başlangıç ilkelerine, 2., 6., 7., 8., 11., 104/9, 104/17. ve 128. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptali talep edilmektedir.

2) 165 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 6. maddesi ile değiştirilen 4 sayılı CBK’nın 8. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlelerin Anayasaya Aykırılığı

165 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 6. maddesi ile değiştirilen 4 sayılı CBK’nın 8. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümle ile Adli Tıp Kurumunun İhtisas Kurullarının başkan ve üyeliklerine atanma şartları düzenlenmektedir. Söz konusu kamu görevlilerinin atanma şartlarının belirlenmesine ilişkin düzenleme, aşağıdaki açılardan Anayasa’ya aykırıdır.

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

6771 sayılı Kanun ile getirilen Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin temel ilke ve koşulları Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasında ortaya konulmuştur. CBK’lar ile sadece yürütmeye ilişkin konularda düzenleme yapılabilir. Anayasanın 104/17. maddesiyle getirilen CBK ile yürütmeye tanınan düzenleme alanı oldukça dar ve sınırlıdır. Anayasa CBK’ler için konu bakımından açık şekilde üçlü bir sınır çizmiştir. Buna göre; birinci sınır olarak Anayasa’da münhasıran kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamaz. İkinci sınır kanun ile düzenlenmiş konularda CBK ile düzenleme yapılamaz iken, üçüncü sınır ise temel hak ve hürriyetlerle ilgili konularda CBK ile düzenleme yapılamayacağıdır.

i) Temel Hak ve Hürriyetlerle İlgili Konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Çıkarma Yasağına Aykırılık

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 bulunmaktadır. İptali talep edilen düzenleme ile Adli Tıp Kurumunun İhtisas Kurullarının başkan ve üyeliklerine atanma şartları düzenlenmektedir.

Adli Tıp Kurumunun İhtisas Kurullarının başkan ve üyeliklerine atanma şartlarının CBK ile belirlenmesi Anayasanın 70. maddesi çerçevesinde kamu görevlerine girme hakkıyla bağlantılı olması nedeniyle konu bakımından söz konusu düzenlemenin yetki açısından Anayasa’nın 104. maddenin 17. fıkrasının ikinci cümlesinde belirlenen sınırları aştığını belirtmek gerekir.

Kamu görevine girme, kamu görevlerinde yükselme ve terfi veya atanma şartlarını da doğrudan ilgilendiren bir husustur ve Anayasanın 70. maddesi ile doğrudan ilgilidir. Anayasanın ilgili 70. maddesi şu şekildedir:

“MADDE 70- Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.

Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.”

Görüldüğü üzere ister Türk vatandaşları için kamu görevine girme hakkında görevin gerektirdiği nitelikler haricinde bir ayırım gözetilemeyeceği Anayasal olarak tanımlanmıştır. Bu çerçevede iptali talep edilen düzenleme, kişilerin bir göreve atanmada sahip olmaları gereken nitelik ve şartlara ilişkin olduğundan Anayasa’nın 70. maddesi kapsamında değerlendirilmek zorundadır ve kanun ile düzenlenmesi ve bu bağlamda bir sınırlama getirilecekse de kanun ile bu yönde düzenlenmesi gereken bir alan içerisinde.

İptali talep edilen Adli Tıp Kurumu ihtisas kurulu başkan ve üyelikleri için atanma şartlarının CBK ile düzenlenmesi, bu anlamda Anayasa’nın 70. maddesine de aykırıdır ve iptali gerekir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararlarıyla benzer atanma şartlarına ilişkin bu hususu netleştirmiştir. Örneğin, AYM, (AYM, E.2018/118, K.2023/180, 26/10/2023, § ...) sayılı kararında sözleşmeli personel açısından sözleşme ile çalışmaya ilişkin CBK ile getirilen kurala yönelik verdiği kararda bu ilişkiyi kurmuştur.

“121. Anayasa’nın 70. maddesinin birinci fıkrasında, her Türk’ün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırımın gözetilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa’nın anılan maddesinde düzenlenen ve “Siyasî Haklar ve Ödevler” başlıklı Dördüncü Bölümü’nde yer alan kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin olarak CBK ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

122. Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarında, kamu hizmetine girişin şartlarını belirleyen kuralların kamu hizmetine girme hakkı kapsamında olduğu kabul edilmektedir (AYM, E.2011/107, K.2012/184, 22/11/2012; E.2018/89, K.2019/84, 14/11/2019).

123. İstihdam edilecek sözleşmeli personelin 657 sayılı Kanun ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılmasına dair hükümlerine bağlı kalınmaksızın (1) numaralı CBK hükümlerine ve akdedilecek sözleşmeye göre istihdam edileceğini düzenleyen kural kamu görevlisi niteliğindeki sözleşmeli personelin kamu hizmetlerine giriş şart ve koşulları ile ilişkili bir düzenleme niteliğindedir. Bu itibarla kural, Anayasa’nın CBK ile düzenlenmesi yasaklanan siyasî haklar ve ödevlerle ilgili bir düzenleme öngörmektedir.”

Benzer şekilde, AYM, (AYM, E.2018/149, K.2022/163, 29/12/2022, § ...) ve (AYM, E.2018/149, K.2022/163, 29/12/2022, § ...) sayılı kararlarında da TÜBİTAK Yönetim Kurulu üyeliklerine atanma ile rektör atanmasına ilişkin verdiği kararlarda da atanma şartlarına ilişkin düzenlemelerin CBK ile düzenlenemeyecek alanlar içinde olup kamu hizmetine giriş hakkı ile kanun ile düzenlenmesi gereken konular olduğunu açık bir biçimde ifade etmiştir.

“189. Kural, bir kamu görevi olan TÜBİTAK yönetim kurulu üyeliğine atanma için aranan şartlara/niteliklere ilişkin olduğundan hem Anayasa’nın İkinci Kısmı’nın Dördüncü Bölümü’nde yer alan kamu hizmetlerine girme hakkının uygulanmasına dair, hem de

Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrası bağlamında münhasıran kanunla yapılması gereken bir düzenleme niteliği taşımaktadır."

"163. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde Anayasa'nın İkinci Kısımının Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle Dördüncü Bölümü'nde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin CBK'larla düzenlenmesi yasaklanmış; anılan fıkranın üçüncü cümlesinde de Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konularda CBK çıkarılamayacağı belirtilmiştir.

164. Anayasa'nın kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen 70. maddesinde "Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. /Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez." hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'nın İkinci Kısımının "Siyasî Haklar ve Ödevler" başlıklı Dördüncü Bölümü'nde yer alan ve 70. maddesinde güvence altına alınan kamu hizmetine girme hakkına ilişkin olarak CBK ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

165. Diğer yandan Anayasa'nın 130. maddesinin altıncı fıkrasında "Kanunun belirlediği usul ve esaslara göre; rektörler Cumhurbaşkanınca, dekanlar ise Yükseköğretim Kurulunca seçilir ve atanır." denildiğinden rektörlerin atama usul ve esasları Anayasa'nın münhasıran kanunla düzenlenmesini öngördüğü konulardandır.

166. Kamu hizmetine girme ve hizmete alınmada hangi nitelik ve şartların aranacağı Anayasa'nın 70. maddesi kapsamındadır.

167. Kural, bir kamu görevi olan rektörlüğe atanma için aranan şartlara/niteliklere ilişkin olduğundan hem kamu hizmetlerine girme hakkının uygulanmasına dair, hem de Anayasa'nın 130. maddesinin altıncı fıkrası bağlamında münhasıran kanunla yapılması gereken bir düzenleme niteliği taşımaktadır.

168. Bununla birlikte Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların CBK ile düzenleneceği ayrıca ve açıkça ifade edilmiştir. Başka bir ifadeyle, anılan konu Anayasa'nın özel olarak CBK ile düzenlenebileceğini öngördüğü konulardandır. Diğer yandan belirli bir kamu görevine atanma için aranan nitelikler de atama usul ve esaslarının bir unsuru olduğundan üst kademe kamu yöneticilerinin bu görevlere atanmasında aranacak niteliklerin CBK ile düzenlenmesi mümkündür. Dolayısıyla üst kademe kamu yöneticilerinin niteliklerinin belirlenmesine ilişkin düzenlemeler Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasıyla bağlantılı olarak anılan maddenin on yedinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerine aykırılık oluşturmayacaktır.

169. Bu itibarla üst kademe kamu yöneticiliği görevlerinden olan rektörlüğe atanma şartlarına/niteliklerine ilişkin düzenleme getiren kuralın Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasıyla bağlantılı olarak anılan maddenin on yedinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır."

Bu nedenle kural, 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 kuralların iptali gerekir.

ii) Münhasıran Kanunla düzenlenmesi  ng r len Konuda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi  ıkarma Yasağına Aykırılık

Söz konusu düzenleme, konu bakımından yetki yönünden Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin sınırlarını aŗması nedeniyle Anayasa'nın 104. maddesine aykırıdır. Anayasanın 104/17. maddesinde geçen “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” ibaresinin Anayasa'da “kanunla düzenlenir veya kanunla konulur, deęiŗtirilir veya kaldırılır” vb. ifadelerin bulunduğu maddelere bakarak belirlenmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da salt bir kanunla düzenleme kaydının bulunmasının, ilgili konuyu cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konu bakımından yetki alanından çıkarmak açısından yeterli olduğunu ifade etmiŗtir: “... Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıŗtır. Ancak Anayasa'da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine iliŗkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleŗik 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  ıkarma yetkisi bulunmamaktadır”. (AYM, E.S. :2018/125, K.S.:2020/4, K.T.:22/1/2020, R.G. Tarih – Sayı: 13/5/2020 – 31126,  11). O halde Anayasa'nın bir maddesinde bir konunun yasayla düzenlenmesi  ng r lm ŗse o konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi, Anayasa'nın 7. ve 104/17. maddelerine aykırılık oluŗturacaktır.

İptali talep edilen düzenleme, Anayasa'nın 123. maddesinde ifade edildiği üzere idarenin bütünlüğü içerisinde yer alan Adli Tıp Kurumu ihtisas kurullarında görev yapan başkan ve kurul üyelerinin atanma şartlarına iliŗkin bir düzenlemedir.

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

Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen bu hüküm açıkça kamuda  alıŗmakta olan memurlar ve diğer kamu görevlilerinin, nitelikleri, atanma, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve diğer özlük iŗlerinin kanun ile düzenlenmesi şartını getirmektedir. Dolayısıyla, bu madde kapsamında olan ihtisas kurulları başkanları ile üyelerinin bu görevlere atanmaları için gerekli şartların **atanmaları ve nitelikleri, ile ilgili bir düzenleme olduğu ve bu yönde bir düzenlemenin de kanunla yapılmasının gerektiği aŗıkardır.**

Anayasa Mahkemesi, 24/8/2021 tarihli ve (83) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teŗkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Deęiŗiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 4. maddesiyle 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teŗkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin Altıncı Kısımının Sekizinci Bölümü'ne eklenen geçici 2. maddesine iliŗkin 2021/115 E., 2023/133 K. sayılı kararında Şu Şekilde tanımlanmaktadır:

“11. Anayasa'nın 128. maddesinde devletin, kamu iktisadi teŗebb sleri ve diğer kamu t zelkiŗilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği ifade edilmiŗ; memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve

yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

12. Kamu hizmeti niteliği taşıyan görevlerin yerine getirilebilmesi bağlamında Hazine ve Maliye Bakanlığında muhasebat başkontrolörü, muhasebat kontrolörü ve muhasebe denetmeni kadrosunda istihdam edilen personelin genel idari esaslara göre yürütülen asli ve sürekli görevleri yerine getirdikleri, dolayısıyla Anayasa'nın 128. maddesi anlamında memur veya diğer kamu görevlisi sıfatına sahip bulundukları hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

13. Anayasa'nın 128. maddesine göre memurlar ve diğer kamu görevlilerinin atanmalarının kanunla düzenlenmesi gerekmekte olup kurallarla muhasebat başkontrolörü, muhasebat kontrolörü ve muhasebe denetmeni kadrolarına atanabilme şartlarına yönelik bir düzenleme öngörülmektedir.

14. Bu itibarla Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda düzenleme yapan kuralların Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olduğu anlaşılmıştır (benzer yöndeki karar için bkz. AYM, E.2021/90, K.2022/108, 28/09/2022, §§ 61-67)."

Yine, AYM, başka bir kararında da aynı yönde bir değerlendirme yapmaktadır. İlgili karar şu şekildedir:

"62. (79) numaralı CBK'nın geçici 2. maddesinin birinci cümlesinde bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte Bakanlıkta Avrupa Birliği Uzmanı, Avrupa Birliği Uzman Yardımcısı ile İhracatı Geliştirme Uzmanı kadrolarında bulunanların, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1 ay içinde talep etmeleri hâlinde durumlarına uygun Ticaret Uzmanı ve Ticaret Uzman Yardımcısı kadrolarına atanması hüküm altına alınmış olup anılan cümle dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

63. Anayasa'nın 128. maddesinde devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği ifade edilmiş; memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

64. Kamu hizmeti niteliği taşıyan görevlerin yerine getirilebilmesi bağlamında Bakanlıkta Ticaret Uzmanı ve Ticaret Uzman Yardımcısı kadrosunda istihdam edilen personelin genel idari esaslara göre yürütülen asli ve sürekli görevleri yerine getirdikleri, dolayısıyla Anayasa'nın 128. maddesi anlamında memur veya diğer kamu görevlisi sıfatına sahip bulundukları hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

65. Anayasa'nın 128. maddesine göre memurlar ve diğer kamu görevlilerinin atanmalarının kanunla düzenlenmesi gerekmekte olup kuralla Ticaret Uzmanı ve Ticaret Uzman Yardımcısı kadrolarına atanabilmeye ilişkin koşullara yönelik bir düzenleme öngörülmektedir.

66. Bu itibarla Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda düzenleme yapan kuralın Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

67. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırıdır. İptali gerekir.”(AYM, E.2021/90, K.2022/108, 28/09/2022, §§ 61-67)

Yukarıda da belirtildiği üzere iptali talep edilen düzenleme kamu görevlilerinin atanma şartlarının belirlenmesine ilişkin bir düzenleme olup Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen kanunilik ilkesine tabidir.

İptal talebine konu olan düzenlemenin öznesi olan Adli Tıp Kurumu ihtisas kurul başkan ve üyelerinin kamu görevlileri olduğu aşıkardır ve bunların kamu görevlisi olmaları nedeniyle bunların atanma şartlarının da kanunla düzenlenmesi gerekmekte olup, bunun dışında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile bu konularda belirleme yapılması mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi, “... kamu görevlileriyle ilgili yeni haklar ve yükümlölükler öngören, bunların özlük haklarını etkileyen veya niteliği itibarıyla atama benzeri sonuçlar doğuran görevlendirme ve görevlendirme benzeri işlemlere ilişkin düzenlemelerin Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca münhasıran kanunla yapılması gerekir.” şeklindeki 2019/113 E. ve 2023/198 K. Sayılı kararında kanunilik ilkesinin gereğince görevlendirme, görev süresinin belirlenmesi, özlük haklarını etkileyen düzenlemelerin kanunla yapılması gerektiğini belirtmiştir.

Yukarıda belirttiğimiz kanunilik ilkesinin tek istisnası, kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan üst düzey kamu yöneticilerinin atanmasında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile de belirlenebilmesine ilişkin Cumhurbaşkanına tanınan yetkidir.

“163. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde Anayasa'nın İkinci Kısmı'nın Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle Dördüncü Bölümü'nde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin CBK'larla düzenlenmesi yasaklanmış; anılan fıkranın üçüncü cümlesinde de Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konularda CBK çıkarılamayacağı belirtilmiştir.

164. Anayasa'nın kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen 70. maddesinde “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir./Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.” hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'nın İkinci Kısmı'nın “Siyasî Haklar ve Ödevler” başlıklı Dördüncü Bölümü'nde yer alan ve 70. maddesinde güvence altına alınan kamu hizmetine girme hakkına ilişkin olarak CBK ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

165. Diğer yandan Anayasa'nın 130. maddesinin altıncı fıkrasında “Kanunun belirlediği usul ve esaslara göre; rektörler Cumhurbaşkanınca, dekanlar ise Yükseköğretim Kurulunca seçilir ve atanır.” denildiğinden rektörlerin atama usul ve esasları Anayasa'nın münhasıran kanunla düzenlenmesini öngördüğü konulardandır.

166. Kamu hizmetine girme ve hizmete alınmada hangi nitelik ve şartların aranacağı Anayasa'nın 70. maddesi kapsamındadır.

167. Kural, bir kamu görevi olan rektörlüğe atanma için aranan şartlara/niteliklere ilişkin olduğundan hem kamu hizmetlerine girme hakkının uygulanmasına dair, hem de Anayasa'nın 130. maddesinin altıncı fıkrası bağlamında münhasıran kanunla yapılması gereken bir düzenleme niteliği taşımaktadır.

168. Bununla birlikte Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların CBK ile düzenleneceği ayrıca ve açıkça ifade edilmiştir. Başka bir ifadeyle, anılan konu Anayasa'nın özel olarak CBK ile düzenlenebileceğini öngördüğü konulardandır. Diğer yandan belirli bir kamu görevine atanma için aranan nitelikler de atama usul ve esaslarının bir unsuru olduğundan üst kademe kamu yöneticilerinin bu görevlere atanmasında aranacak niteliklerin CBK ile düzenlenmesi mümkündür. Dolayısıyla üst kademe kamu yöneticilerinin niteliklerinin belirlenmesine ilişkin düzenlemeler Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasıyla bağlantılı olarak anılan maddenin on yedinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerine aykırılık oluşturmamaktadır.

169. Bu itibarla üst kademe kamu yöneticiliği görevlerinden olan rektörlüğe atanma şartlarına/niteliklerine ilişkin düzenleme getiren kuralın Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasıyla bağlantılı olarak anılan maddenin on yedinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.”“(AYM, E.2018/149, K.2022/163, 29/12/2022, § ...)

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

Burada ilk ele alınması gereken unsur, cumhurbaşkanınca atanacak “üst kademe kamu yöneticileri” kavramıdır. 3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi öncesinde “Üst Kademe Kamu Yönetici”lerinin kimler olduğuna ilişkin herhangi bir mevzuat düzenlemesi bulunmamaktaydı. Üst kademe kamu yöneticileri, yeni bir kavram değildir. 1982 Anayasası'nın ilk şeklinde de bulunmaktaydı, ancak kimler olduğu belli değildi. Nitekim Anayasa'nın 128. maddesinin son fıkrasında da bu üst kademe yöneticilerin yetiştirme usul ve esaslarının özel bir kanun ile yapılması hususu düzenlenmişti. 10.01.1985 tarihinde 3149 Sayılı Üst Kademe Yöneticilerinin Yetiştirilmesi Hakkında Kanun kabul edilmiş ise de söz konusu Kanun Anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bu tarihten sonra da 3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine kadar bu üst düzey kamu görevlilerinin kimler olduğuna ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. 3 Sayılı Kararnamenin 2. maddesi ile Kararnameye eklenen iki adet Cetvel ile de bu kadro ve görevler tanımlanmıştır. (I) sayılı Cetvel'de bulunan üst düzey yöneticiler Cumhurbaşkanınca doğrudan atanırken, (II) sayılı Cetvel'de sayılanların atama işlemi Cumhurbaşkanınca onanmaktaydı. Anayasa Mahkemesinin 2018/120 E., 2023/171 K., sayılı Kararıyla söz konusu CBK'nın 2. maddesindeki (II) sayılı Cetvele ilişkin olarak Cumhurbaşkanına tanınan onama yetkisi iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararının ardından 30.08.2024 tarih ve 162 sayılı “Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum Ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 1. maddesi ile (II) sayılı Cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlerde bulunan kamu görevlilerinin de Cumhurbaşkanı kararı ile atanabilmesine yönelik değişiklik düzenlemesi yapılmıştır. Söz konusu düzenlemenin iptaline ilişkin 26/09/2024 tarihinde iptal başvurusu yapılmış olup, dava halen mahkemeniz önünde derdest durumdadır.

Yapılan değişiklikle CBK'nın eki niteliğindeki (II) sayılı Cetvelde yer alan Kadro, pozisyon ve görevler doğrudan üst kademe kamu yöneticisi olarak tanımlanmış olmaktadır ve

Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasıyla cumhurbaşkanına verilen özel yetki olan üst düzey yöneticileri "atama yetkisi" kapsamına alınmıştır.

İptali talep edilen düzenlemenin konusu olan Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurulu Başkan ve üyeleri de 3 sayılı CBK'nın eki niteliğindeki (II) sayılı Cetvelde yer alan kamu görevlilerindendir. Dolayısıyla, ilk bakışta bunların atanma şartlarına ilişkin düzenleme CBK ile düzenleme yapılabilecek Cumhurbaşkanına tanınan özel yetki alanında gibi görülebilir, ancak bu düzenleme yapılan düzenlemenin öznesini oluşturan kamu görevlilerinin üst düzey kamu yöneticisi olmamaları nedeniyle yetki açısından CBK ile yapılabilecek düzenlemelerin sınırına aşan ve münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir alanda yapılan bir düzenlemedir.

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

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

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

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

İptali talep edilen düzenlemenin öznesi olan kamu görevlileri açısından öncelikle yapılması gereken değerlendirme bunların genel anlamda Anayasanın 128. maddesi kapsamında kamu görevlisi olarak mı değerlendirilecekleri, yoksa özel olarak üst düzey kamu yöneticisi olarak mı tanımlanacaklarıdır.

Üst düzey yöneticilerin kimlerden oluştuğuna dair Anayasada herhangi bir hüküm yoktur. Hatta bu konuda yasalarda da açık bir düzenlemenin olduğu söylenemez. 14/7/1965 tarihli ve 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK) 68. maddesinin B/c bendinde

“Başbakanlık ve bakanlıkların bağlı ve ilgili kuruluşlarının müsteşar ve müsteşar yardımcıları ile en üst yönetici konumundaki genel müdür ve başkan kadrolarına atanacaklar için tamamı” ifadesi geçmektedir. Söz konusu ifade de en üst yönetici konumu açısından müsteşar, genel müdür ve başkan kadro unvanlarının kullanıldığı söylenebilir ama bu ifade de tanımlayıcı olmaktan uzaktır.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“40. Bu bağlamda CBK’ya ekli (II) Sayılı Cetvel’de çeşitli kamu kurumlarının Başkan ve Yönetim Kurulu Üyeleri gibi ilgili kurumun hiyerarşik bakımdan üst düzeylerinde görev almaları ve aynı zamanda o hizmet alanıyla ilgili kamu politikalarının belirlenmesinde ve

uygulanmasında etkin bir otoriteye, yetki ve sorumluluğa sahip olmaları nedeniyle Anayasa Mahkemesinin tespit ettiği ölçütler çerçevesinde üst kademe kamu yöneticisi olanların yanı sıra, müfettişler, hazine kontrolörleri, Sayıştay savcıları, daimi temsilci yardımcıları gibi üst kademe kamu yöneticisi olmayan kadro, pozisyon ve görevlere de yer verildiği anlaşılmıştır.

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

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

Bu nedenle 10.07.2018 tarih ve 3 Sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum Ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin eki (II) sayılı Cetvelde yeralan kadro, pozisyon ve görevlerin, Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirttiği üst düzey kamu yöneticisi tanımı içerisine girip girmediğinin kadro, pozisyon ve görevler açısından tek tek ele alınması zorunluluğu bulunmaktadır.

Bu çerçevede ilgi 3 sayılı CBK'nın eki II sayılı Cetvelde yeralan kadro, pozisyon ve görevlerin Anayasa'nın 104.maddesinin dokuzuncu fıkrası kapsamında olup olmadığının tespitinin ve bu fıkra aykırılığı ile Anayasa'nın 104/17. Maddesinin birinci cümlesinde belirlenen sınırlar içerisinde olup olmadığının tespitinin yapılması önem arz etmektedir. Bunu da yapacak olan Anayasa Mahkemesinin ilgi kararında da belirtildiği üzere yüce mahkemenizdir. Anayasa Mahkemesi bir kuralın üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların düzenlenmesine ilişkin olup olmadığını CBK koyucunun nitelemesinden bağımsız olarak, yukarıda tespit edilen ilkeler çerçevesinde her bir kural özelinde özerk şekilde ele alıp nihai olarak denetleme görevinin kendisine ait olduğunu belirtmiştir (AYM, E.2019/111, K.2023/63, 05/04/2023, § 83)."

Yukarıda da belirtildiği üzere 3 sayılı CBK'nın eki II sayılı Cetvelde yeralan kadro, pozisyon ve görevler, üst düzey kamu yöneticisi olarak tanımlanamadığı takdirde yukarıda belirtildiği üzere bu kamu görevlilerinin atanma usul ve esasları genel anlamda kamu görevlilerinin atanmasına ilişkin usul ve esaslara tabi olacaktır. Dolayısıyla, bu kamu görevlilerinin atanmasının, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında belirlenen usullere ve esaslara tabi olması anlamına gelecektir. Bu kamu görevlileri açısından Cumhurbaşkanına tanınan özel yetki olan atama yetkisi kullanılamaz hale gelecektir ve 3 sayılı CBK'nın konusu kapsamında çıkacaktır. Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında kanunilik ilkesi kapsamında ele alınacak bir düzenleme niteliğinde olacak ve bu nedenle de Anayasanın 104/17. maddesinde geçen "münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular" olarak tanımlanan sınırı aşması nedeniyle CBK çıkarma yetkisi dışında bir düzenleme halini alacaktır. Dolayısıyla, iptali halinde de yürürlükten kalkacaktır.

Ancak, 3 sayılı CBK'nın eki II sayılı Cetvelde yeralan kadro, pozisyon ve görevlerden biri olan Adli Tıp Kurumu ihtisas kurulu başkan ve üyelerinin atanma şartlarına yönelik düzenleme, ne yazık ki, 165 sayılı CBK'nın 6. maddesi ile 4 sayılı CBK'nın 8. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümle nedeniyle yürürlükte olmaya devam edecektir.

Bu çerçevede, yüce mahkemenizde halen derdest halde olan 162 sayılı CBK'ya ilişkin iptal talebimizle bağlantılı olarak Adli Tıp Kurumu İhtisas kurulu başkan ve üyeleri açısından da konunun özel olarak irdelenmesi gerekmektedir.

İptal talebine konu olan Adli Tıp Kurumu ihtisas kurulu başkan ve üyelerinin atanma şartlarının CBK ile saptanmasına yönelik düzenleme, bu bağlamda üst düzey kamu yöneticisi olmamaları nedeniyle, Anayasanın 104/9. Maddesindeki özel yetki alanında olmayıp Anayasanın 104/17. Maddesindeki sınırları aşan bir düzenleme niteliği taşımaktadır.

Bu nedenle yukarıda da belirtildiği üzere kamu görevlilerinin atanması, görev, yetki ve özlük haklarının kanunla düzenlenmesine yönelik Anayasa'nın 128. Maddesinde belirlenen kanunilik ilkesine tabi olması gereken bir düzenleme niteliği taşımaktadır.

Dolayısıyla Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı'nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır". (AYM, E.S. :2018/125, K.S.:2020/4, K.T.:22/1/2020, R.G. Tarih – Sayı: 13/5/2020 – 31126, §11). O halde Anayasa'nın bir maddesinde bir konunun yasayla düzenlenmesi öngörülmüşse o konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi, Anayasa'nın 7., 104/17. ve 128. maddelerine aykırılık oluşturacaktır. Bu nedenle iptali gerekir.

Bu itibarla; Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gereken bir konuyu düzenleyen ihtilaflı CBK düzenlemesi, konu bakımından yetkisizlikle maluldür ve Anayasa'nın 104/17. Maddesindeki sınırları aşmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu düzenleme, Anayasa'nın 104/17. maddesinde belirlenen sınırları aşarak kanun ile düzenlenmesi öngörülen alanda düzenleme yapması nedeniyle Anayasa'nın 104/17. fıkrasına aykırıdır, iptali gerekir.

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

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

165 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 6. maddesi ile değıştirilen 4 sayılı CBK'nın 8. maddesinin birinci fıkrasına eklenen ve iptali istenen cümle ile Adli Tıp Kurumu ihtisas kurulları başkan ve üyelerinin atanma şartlarına yönelik düzenleme yapılmaktadır.

Söz konusu düzenleme ile kamu görevlilerinin atanmaları ve nitelikleri ile ilgili bir düzenleme olması nedeniyle kanunilik ilkesine tabi olması zorunluluğundan dolayı kanunla düzenlenmesi gereken bir alandır. Anayasa'nın 128. maddesinde yasa ile düzenlenmesi öngörölmüş bir alanda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile 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 düzenlemediğı bir alanda kendiliğinden kural koyamaz.

Dolayısıyla kanunla düzenlenmesi yolundaki Anayasa kuralına aykırı bir düzenleme yapılması, 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.

c) Anayasa'nın 8. Maddesine Aykırılık

Anayasa'nın 8. maddesine göre; "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir". Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yürütme yetkisi olarak, Anayasa ve kanunlar çerçevesinde kullanılmalıdır. Oysa, 165 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 6. maddesi ile değıştirilen 4 sayılı CBK'nın 8. maddesinin birinci fıkrasına eklenen ve iptali istenen cümle ile Adli Tıp Kurumu ihtisas kurulu başkan ve kurul üyelerinin atanma şartlarına yönelik düzenleme yapılmaktadır. Yukarıda belirtildiğı üzere bir CBK ile kanunla düzenlenmesi öngörölen bir alanda CBK ile düzenleme yapılması suretiyle kanun koyucunun alanına müdahale edilmesi, anayasal çerçeve dışında yetki kullanımını ortaya koymaktadır. Bu itibarla 165 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 6. maddesi ile değıştirilen 4 sayılı CBK'nın 8. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümle, Anayasa'nın 8. maddesine de aykırıdır, iptali gerekir.

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

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

165 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 6. maddesi ile değıştirilen 4 sayılı CBK'nın 8. maddesinin birinci 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 165 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 6. maddesi ile değiştirilen 4 sayılı CBK’nın 8. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümle, Anayasanın Başlangıç ilkelerine, 2., 6., 7., 8., 11., 70., 104/9, 104/17. ve 128. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptali talep edilmektedir.

3) 165 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 6. maddesi ile değiştirilen 4 sayılı CBK’nın 8. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

165 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 6. maddesi ile değiştirilen 4 sayılı CBK’nın 8. maddesine eklenen ikinci fıkra ile Adli Tıp Kurumu ihtisas kurullarının başkan ve üyelerinin görev süreleri belirlenmiş ve bunların görev sürelerinin bitmesi halinde görevlerinin ne zamana kadar devam edeceğine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Söz konusu kamu görevlilerinin görev sürelerinin belirlenmesi ve görevlerinin devamına ilişkin düzenleme, aşağıdaki açılardan Anayasa’ya aykırıdır.

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

6771 sayılı Kanun ile getirilen Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin temel ilke ve koşulları Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasında ortaya konulmuştur. Anayasanın 104/17. maddesiyle getirilen CBK ile yürütmeye tanınan düzenleme alanı oldukça dar ve sınırlıdır. Anayasa CBK’ler için konu bakımından açık şekilde üçlü bir sınır çizmiştir. Buna göre; birinci sınır olarak Anayasa’da münhasıran kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamaz. İkinci sınır kanun ile düzenlenmiş konularda CBK ile düzenleme yapılamaz iken, üçüncü sınır ise temel hak ve hürriyetlerle ilgili konularda CBK ile düzenleme yapılamayacağıdır.

Söz konusu düzenleme, konu bakımından yetki yönünden Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin sınırlarını aşması nedeniyle Anayasa’nın 104. maddesine aykırıdır. Anayasanın 104/17. maddede geçen “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” ibaresinin Anayasa’da “kanunla düzenlenir veya kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır” vb. ifadelerin bulunduğu maddelere bakarak belirlenmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa’da salt bir kanunla düzenleme kaydının bulunmasının, ilgili konuyu cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konu bakımından yetki alanından çıkarmak açısından yeterli olduğunu ifade

etmiştir: “... Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Anayasa’da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir (AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 57; E.2016/180, K.2018/4, 18/1/2018, § 17; E.2017/51, K.2017/163, 29/11/2017, § 13; E.2016/139, K.2016/188, 14/12/2016, § 9; E.2013/47, K.2013/72, 6/6/2013). Buna göre Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı’nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır”. (AYM, E.S. :2018/125, K.S.:2020/4, K.T.:22/1/2020, R.G. Tarih – Sayı: 13/5/2020 – 31126, §11). O halde Anayasa’nın bir maddesinde bir konunun yasayla düzenlenmesi öngörülmüşse o konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi, Anayasa’nın 7. ve 104/17. maddelerine aykırılık oluşturacaktır.

İptali talep edilen düzenleme, Anayasa’nın 123. maddesinde ifade edildiği üzere idarenin bütünlüğü içerisinde yer alan Adli Tıp Kurumundaki ihtisas kurullarında görev yapan başkan ve üyelerin görev sürelerinin belirlenmesi ve görev süresi bitiminde görevin ne zamana kadar devam edeceğine ilişkin bir yetki düzenlemesidir.

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

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

Anayasa Mahkemesi, 24/8/2021 tarihli ve (83) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 4. maddesiyle 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin Altıncı Kısımının Sekizinci Bölümü’ne eklenen geçici 2. maddesine ilişkin 2021/115 E., 2023/133 K. sayılı kararında şu şekilde tanımlanmaktadır:

“11. Anayasa’nın 128. maddesinde devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği ifade edilmiş; memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

12. Kamu hizmeti niteliği taşıyan görevlerin yerine getirilebilmesi bağlamında Hazine ve Maliye Bakanlığında muhasebat başkontrolörü, muhasebat kontrolörü ve muhasebe denetmeni kadrosunda istihdam edilen personelin genel idari esaslara göre yürütülen asli ve sürekli görevleri yerine getirdikleri, dolayısıyla Anayasa’nın 128. maddesi anlamında memur veya diğer kamu görevlisi sıfatına sahip bulundukları hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

13. Anayasa'nın 128. maddesine göre memurlar ve diğer kamu görevlilerinin atanmalarının kanunla düzenlenmesi gerekmekte olup kurallarla muhasebat başkontrolörü, muhasebat kontrolörü ve muhasebe denetmeni kadrolarına atanabilme şartlarına yönelik bir düzenleme öngörülmektedir.

14. Bu itibarla Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda düzenleme yapan kuralların Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olduğu anlaşılmıştır (benzer yöndeki karar için bkz. AYM, E.2021/90, K.2022/108, 28/09/2022, §§ 61-67)."

Yine, AYM, başka bir kararında da aynı yönde bir değerlendirme yapmaktadır. İlgili karar şu şekildedir:

"62. (79) numaralı CBK'nın geçici 2. maddesinin birinci cümlesinde bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte Bakanlıkta Avrupa Birliği Uzmanı, Avrupa Birliği Uzman Yardımcısı ile İhracatı Geliştirme Uzmanı kadrolarında bulunanların, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1 ay içinde talep etmeleri hâlinde durumlarına uygun Ticaret Uzmanı ve Ticaret Uzman Yardımcısı kadrolarına atanması hüküm altına alınmış olup anılan cümle dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

63. Anayasa'nın 128. maddesinde devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği ifade edilmiş; memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

64. Kamu hizmeti niteliği taşıyan görevlerin yerine getirilebilmesi bağlamında Bakanlıkta Ticaret Uzmanı ve Ticaret Uzman Yardımcısı kadrosunda istihdam edilen personelin genel idari esaslara göre yürütülen asli ve sürekli görevleri yerine getirdikleri, dolayısıyla Anayasa'nın 128. maddesi anlamında memur veya diğer kamu görevlisi sıfatına sahip bulundukları hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

65. Anayasa'nın 128. maddesine göre memurlar ve diğer kamu görevlilerinin atanmalarının kanunla düzenlenmesi gerekmekte olup kuralla Ticaret Uzmanı ve Ticaret Uzman Yardımcısı kadrolarına atanabilmeye ilişkin koşullara yönelik bir düzenleme öngörülmektedir.

66. Bu itibarla Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda düzenleme yapan kuralın Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

67. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırıdır. İptali gerekir."(AYM, E.2021/90, K.2022/108, 28/09/2022, §§ 61-67)

Yukarıda da belirtildiği üzere iptali talep edilen düzenleme kamu görevlilerinin görev süresinin belirlenmesi ve görev sona erdikten sonra görevin devamına ilişkin bir düzenleme olup kamu görevlilerinin görev ve yetkileriyle özlük haklarına ilişkin bir düzenlemedir ve Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen kanunilik ilkesine tabidir.

İptal talebine konu olan düzenlemenin öznesi olan Adli Tıp Kurumu ihtisas kurulları başkan ve üyelerinin kamu görevlileri olduğu aşıkardır ve bunların kamu görevlisi olmaları nedeniyle bunların görev ve yetkileriyle özlük haklarının da kanunla düzenlenmesi gerekmekte olup, bunun dışında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile bu konularda belirleme yapılması mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi, “... kamu görevlileriyle ilgili yeni haklar ve yükümlölükler öngören, bunların özlük haklarını etkileyen veya niteliğı itibarıyla atama benzeri sonuçlar doğuran görevlendirme ve görevlendirme benzeri işlemlere ilişkin düzenlemelerin Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca münhasıran kanunla yapılması gerekir.” şeklindeki 2019/113 E. ve 2023/198 K. Sayılı kararındaki tanımlamasıyla kanunilik ilkesinin gereğı olarak görevlendirme, görev süresinin belirlenmesi, özlük haklarını etkileyen düzenlemelerin kanunla yapılması gerektiğini belirtmiştir.

Yukarıda belirttiğimiz kanunilik ilkesinin tek istisnası, kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan üst düzey kamu görevlilerinin görev sürelerinin belirlenmesinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile de belirlenebilmesine ilişkin Cumhurbaşkanına tanınan yetkidir.

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

Burada ilk ele alınması gereken unsur, cumhurbaşkanınca atanacak “üst kademe kamu yöneticileri” kavramıdır. 3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi öncesinde “Üst Kademe Kamu Yönetici”lerinin kimler olduğuna ilişkin herhangi bir mevzuat düzenlemesi bulunmamaktaydı. “Üst kademe kamu yöneticileri yeni bir kavram değildir. 1982 Anayasası’nın ilk şeklinde de bulunmaktaydı, ancak kimler olduğu belli değildi. Nitekim Anayasa’nın 128. maddesinin son fıkrasında da bu üst kademe yöneticilerin yetiştirme usul ve esaslarının özel bir kanun ile yapılması hususu düzenlenmişti. 10.01.1985 tarihinde 3149 Sayılı Üst Kademe Yöneticilerinin Yetiştirilmesi Hakkında Kanun kabul edilmiş ise de söz konusu Kanun Anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bu tarihten sonra da 3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine kadar bu üst düzey kamu görevlilerinin kimler olduğuna ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. 3 Sayılı Kararnamenin 2. maddesi ile Kararnameye eklenen iki adet Cetvel ile de bu kadro ve görevler tanımlanmıştır. (I)Sayılı Cetvel’de bulunan üst düzey yöneticiler Cumhurbaşkanınca doğrudan atanırken, (II)Sayılı Cetvel’de sayılanların atama işlemi Cumhurbaşkanınca onanmaktaydı. Anayasa Mahkemesinin 2018/120 E., 2023/171 K., sayılı Kararıyla söz konusu CBK’nın 2. Maddesindeki (II) sayılı Cetvele ilişkin olarak Cumhurbaşkanına tanınan onama yetkisi iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararının ardından 30.08.2024 tarih ve 162 sayılı “Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum Ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 1. maddesi ile (II) sayılı Cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlerde bulunan kamu görevlilerinin de Cumhurbaşkanı kararı ile atanabilmesine yönelik değişiklik düzenlemesi yapılmıştır. Söz konusu düzenlemenin iptaline ilişkin 26/09/2024 tarihinde iptal başvurusu yapılmış olup, dava halen derdest durumdadır.

Yapılan değişiklikle CBK’nın eki niteliğindeki (II) sayılı Cetvelde yer alan Kadro, pozisyon ve görevler doğrudan üst kademe kamu yöneticisi olarak tanımlanmış olmaktadır ve

Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasıyla cumhurbaşkanına verilen özel yetki olan üst düzey yöneticileri "atama yetkisi" kapsamına alınmıştır.

İptali talep edilen düzenlemenin konusu olan Adli Tıp Kurumu İhtisas kurulları başkan ve üyeleri de 3 sayılı CBK'nın eki niteliğindeki (II) sayılı Cetvelde yer alan kamu görevlilerindendir. Dolayısıyla, ilk bakışta bunların görev sürelerinin belirlenmesi ve görev bitiminde yetkilerinin devam süresine ilişkin düzenleme CBK ile düzenleme yapılabilecek Cumhurbaşkanına tanınan özel yetki alanında gibi görülebilir, ancak bu düzenleme yapılan düzenlemenin öznesini oluşturan kamu görevlilerinin üst düzey kamu yöneticisi olmamaları nedeniyle yetki açısından CBK ile yapılabilecek düzenlemelerin sınırına aşan ve münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir alanda yapılan bir düzenlemedir.

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

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

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

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

İptali talep edilen düzenlemenin öznesi olan kamu görevlileri açısından öncelikle yapılması gereken değerlendirme bunların genel anlamda Anayasanın 128. Maddesi kapsamında kamu görevlisi olarak mı değerlendirilecekleri, yoksa özel olarak üst düzey kamu yöneticisi olarak mı tanımlanacaklarıdır.

Üst düzey yöneticilerin kimlerden oluştuğuna dair Anayasada herhangi bir hüküm yoktur. Hatta bu konuda yasalarda da açık bir düzenlemenin olduğu söylenemez. 14/7/1965 tarihli ve 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK) 68. maddesinin B/c bendinde

“Başbakanlık ve bakanlıkların bağlı ve ilgili kuruluşlarının müsteşar ve müsteşar yardımcıları ile en üst yönetici konumundaki genel müdür ve başkan kadrolarına atanacaklar için tamamı” ifadesi geçmektedir. Söz konusu ifade de en üst yönetici konumu açısından müsteşar, genel müdür ve başkan kadro unvanlarının kullanıldığı söylenebilir ama bu ifade de tanımlayıcı olmaktan uzaktır.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“40. Bu bağlamda CBK’ya ekli (II) Sayılı Cetvel’de çeşitli kamu kurumlarının Başkan ve Yönetim Kurulu Üyeleri gibi ilgili kurumun hiyerarşik bakımdan üst düzeylerinde görev almaları ve aynı zamanda o hizmet alanıyla ilgili kamu politikalarının belirlenmesinde ve

uygulanmasında etkin bir otoriteye, yetki ve sorumluluğa sahip olmaları nedeniyle Anayasa Mahkemesinin tespit ettiği ölçütler çerçevesinde üst kademe kamu yöneticisi olanların yanı sıra, müfettişler, hazine kontrolörleri, Sayıştay savcıları, daimi temsilci yardımcıları gibi üst kademe kamu yöneticisi olmayan kadro, pozisyon ve görevlere de yer verildiği anlaşılmıştır.

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

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

Bu nedenle 10.07.2018 tarih ve 3 Sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum Ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin eki II sayılı Cetvelde yeralan kadro, pozisyon ve görevlerin, tek tek ele alınıp, Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirttiği üst düzey kamu yöneticisi tanımı içerisine girip girmediğinin görev, pozisyon ve görevler açısından tek tek ele alınması zorunluluğu bulunmaktadır.

Bu çerçevede ilgi 3 sayılı CBK'nın eki II sayılı Cetvelde yeralan kadro, pozisyon ve görevlerin Anayasa'nın 104.maddesinin dokuzuncu fıkrası kapsamında olup olmadığının tespitinin ve bu fıkra aykırılığı ile Anayasa'nın 104/17. Maddesinin birinci cümlesinde belirlenen sınırlar içerisinde olup olmadığının tespitinin yapılması önem arz etmektedir. Bunu da yapacak olan Anayasa Mahkemesinin ilgi kararında da belirtildiği üzere yüce mahkemenizdir. Anayasa Mahkemesi bir kuralın üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların düzenlenmesine ilişkin olup olmadığını CBK koyucunun nitelemesinden bağımsız olarak, yukarıda tespit edilen ilkeler çerçevesinde her bir kural özelinde özerk şekilde ele alıp nihai olarak denetleme görevinin kendisine ait olduğunu belirtmiştir (AYM, E.2019/111, K.2023/63, 05/04/2023, § 83).

Yukarıda da belirtildiği üzere 3 sayılı CBK'nın eki II sayılı Cetvelde yeralan kadro, pozisyon ve görevler, üst düzey kamu yöneticisi olarak tanımlanamadığı takdirde yukarıda belirtildiği üzere bu kamu görevlilerinin atanma usul ve esasları genel anlamda kamu görevlilerinin atanmasına ilişkin usul ve esaslara tabi olacaktır. Dolayısıyla, bu kamu görevlilerinin atanmasının, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında belirlenen usullere ve esaslara tabi olması anlamına gelecektir. Bu kamu görevlileri açısından Cumhurbaşkanına tanınan özel yetki olan atama yetkisi kullanılamaz hale gelecektir ve 3 sayılı CBK'nın konusu kapsamında çıkacaktır. Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında kamu görevlilerine hakları ve yükümlülüklerine yönelik kanunilik ilkesi kapsamında ele alınacak bir düzenleme niteliğinde olacak ve bu nedenle de Anayasanın 104/17. maddesinde geçen "münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular" olarak tanımlanan sınırı aşması nedeniyle CBK çıkarma yetkisi dışında bir düzenleme halini alacaktır. Dolayısıyla, iptali halinde de yürürlükten kalkacaktır.

Ancak, 3 sayılı CBK'nın eki II sayılı Cetvelde yeralan kadro, pozisyon ve görevlerden biri olan Adli Tıp Kurumu ihtisas kurulu başkan ve üyelerinin, atanması ile ilgili olan ve özlük haklarından olan görev süreleri ile görev bitimine ilişkin yetkinin süresine yönelik düzenleme, ne yazık ki, 165 sayılı CBK'nın 4. Maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümleler nedeniyle yürürlükte olmaya devam edecektir.

Bu çerçevede, yüce mahkemenizde halen derdest halde olan 162 sayılı CBK'ya ilişkin iptal talebimizle bağlantılı olarak Adli Tıp Kurumu ihtisas kurulu başkan ve üyeleri açısından da konunun özel olarak irdelenmesi gerekmektedir.

İptal talebine konu olan düzenleme ile Adli Tıp Kurumu ihtisas kurulu başkan ve üyeleri olarak görev yapan kamu görevlilerinin görev sürelerinin CBK ile saptanmasına yönelik düzenleme, bu bağlamda üst düzey kamu yöneticisi olmamaları nedeniyle, Anayasanın 104/9. Maddesindeki özel yetki alanında olmayıp Anayasanın 104/17. Maddesindeki sınırları aşan bir düzenleme niteliği taşımaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere kamu görevlilerinin atanması, görev, yetki ve özlük haklarının kanunla düzenlenmesine yönelik Anayasa'nın 128. maddesinde belirlenen kanunilik ilkesine tabi olması gereken bir düzenleme niteliği taşımaktadır.

Dolayısıyla Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı'nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır". (AYM, E.S. :2018/125, K.S.:2020/4, K.T.:22/1/2020, R.G. Tarih – Sayı: 13/5/2020 – 31126, §11). O halde Anayasa'nın bir maddesinde bir konunun yasayla düzenlenmesi öngörülmüşse o konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi, Anayasa'nın 7., 104/17. ve 128. maddelerine aykırılık oluşturacaktır. Bu nedenle, ayrıca, Anayasanın 128. Maddesine aykırıdır ve iptali gerekir.

Bu itibarla; Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gereken bir konuyu düzenleyen ihtilaflı CBK düzenlemesi, konu bakımından yetkisizlikle maluldür ve Anayasa'nın 104/17. maddesine aykırıdır. Dolayısıyla, söz konusu düzenleme, Anayasa'nın 104/17. maddesinde belirlenen sınırları aşarak kanun ile düzenlenmesi öngörülen alanda düzenleme yapması nedeniyle Anayasa'nın 104/17. fıkrasına aykırıdır, iptali gerekir.

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

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

165 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 6. maddesi ile değıştirilen 4 sayılı CBK'nın 8. maddesinin ikinci fıkrası ile Adli Tıp Kurumu ihtisas kurulu başkan ve üyelerinin özlük haklarından olan görev süreleri ile görev bitimine ilişkin yetkinin süresine yönelik düzenleme yapılmaktadır.

Söz konusu düzenleme ile kamu görevlilerinin özlük hakları, görev ve yetkileriyle ilgili bir düzenleme olması nedeniyle kanunilik ilkesine tabi olması zorunluluğundan dolayı kanunla düzenlenmesi gereken bir alandır. Anayasa'nın 128. maddesinde yasa ile düzenlenmesi öngörölmüş bir alanda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile 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 düzenlemediğı bir alanda kendiliğinden kural koyamaz.

Dolayısıyla kanunla düzenlenmesi yolundaki Anayasa kuralına aykırı bir düzenleme yapılması, 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.

c) Anayasa'nın 8. Maddesine Aykırılık

Anayasa'nın 8. maddesine göre; "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir". Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yürütme yetkisi olarak, Anayasa ve kanunlar çerçevesinde kullanılmalıdır. Oysa, 165 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 6. maddesi ile değıştirilen 4 sayılı CBK'nın 8. maddesinin ikinci fıkrası ile Adli Tıp Kurumu ihtisas kurulu başkan ve üyelerinin özlük haklarından olan görev süreleri ile görev bitimine ilişkin yetkinin süresine yönelik düzenleme yapılmaktadır. Yukarıda belirtildiğı üzere bir CBK ile kanunla düzenlenmesi öngörölen bir alanda CBK ile düzenleme yapılması suretiyle kanun koyucunun alanına müdahale edilmesi, anayasal çerçeve dışında yetki kullanımını ortaya koymaktadır. Bu itibarla 165 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 6. maddesi ile değıştirilen 4 sayılı CBK'nın 8. maddesinin ikinci fıkrası, Anayasa'nın 8. maddesine de aykırıdır, iptali gerekir.

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

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

165 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 6. maddesi ile değıştirilen 4 sayılı CBK'nın 8. maddesinin ikinci fıkrası, yukarıda açıklanan nedenlerle, "Anayasa ve kanunların üstünlüğü" ilkesini ihlal ettiğinden, Anayasa'nın 2. maddesine ve Başlangıç prg. 4'e de aykırılık oluşturmaktadır.

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

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

Yukarıda belirtilen nedenlerle 165 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 6. maddesi ile değiştirilen 4 sayılı CBK’nın 8. maddesinin ikinci fıkrası, Anayasanın Başlangıç ilkelerine, 2., 6., 7., 8., 11., 104/9, 104/17. ve 128. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptali talep edilmektedir.

4) 165 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 21. maddesi ile ekli (1) ve (2) sayılı listelerin Anayasaya Aykırılığı

165 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 21. maddesi ile Adli Tıp Kurumu merkez teşkilatı için ekli (1) sayılı listede bulunan kadrolar iptal edilmiş, Adli Tıp Kurumu merkez ve taşra teşkilatları için ekli (2) sayılı listedeki kadrolar ihdas edilmiş ve 2 sayılı CBK’nin eki (I) sayılı Cetvelinin Adli Tıp Kurumu bölümüne eklenmesine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Söz konusu madde ve ekli listeler, aşağıdaki açılardan Anayasa’ya aykırıdır.

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

Söz konusu düzenleme, konu bakımından yetki yönünden Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin sınırlarını aşması nedeniyle Anayasa’nın 104. maddesine aykırıdır. Anayasanın 104/17. maddede geçen “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” ibaresinin Anayasa’da “kanunla düzenlenir veya kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır” vb. ifadelerin bulunduğu maddelere bakarak belirlenmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa’da salt bir kanunla düzenleme kaydının bulunmasının, ilgili konuyu cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konu bakımından yetki alanından çıkarmak açısından yeterli olduğunu ifade etmiştir: “... Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Anayasa’da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir (AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 57; E.2016/180, K.2018/4, 18/1/2018, § 17; E.2017/51, K.2017/163, 29/11/2017, § 13; E.2016/139, K.2016/188, 14/12/2016, § 9; E.2013/47, K.2013/72, 6/6/2013). Buna göre Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı’nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır”. (AYM, E.S. :2018/125, K.S.:2020/4, K.T.:22/1/2020, R.G.

Tarih – Sayı: 13/5/2020 – 31126, §11). O halde Anayasa’nın bir maddesinde bir konunun yasayla düzenlenmesi öngörülmüşse o konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi, Anayasa’nın 7. ve 104/17. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

İptali talep edilen düzenleme, Anayasa’nın 123. maddesinde ifade edildiği üzere idarenin bütünlüğü içerisinde yer alan Adli Tıp Kurumunun merkez ve taşra teşkilatları için ekli listelerde belirtilen sınıf ve derecesi ile sayısı belirlenen kadroların iptaline ve ihdasına ilişkindir.

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

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

Anayasa’nın 104/17. maddesine göre kanunla düzenlenmesi öngörülen konular CBK ile düzenlenemez. Dolayısıyla söz konusu düzenleme konu bakımından yetki açısından CBK ile düzenlenebilecek konulardan değildir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi, 65 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ilişkin verdiği kararda bazı yüksek öğretim kurumlarının kadro ihdas ve iptallerin ilişkin düzenlemenin Anayasa’nın 130. Maddesi kapsamında münhasıran kanun ile düzenlenmesi gereken konulardan olduğunu belirterek üniversitelerin kadro ihdaslarına ilişkin düzenlemeyi iptal etmiştir (AYM, E. 2020/71, K.2021/33, 29/04/2021).

Bu nedenle iptali talep edilen düzenleme, Anayasa’nın 128. maddesinde belirlenen kanunilik ilkesine ve dolayısıyla Anayasa’nın 104/17. Maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Dolayısıyla, yukarıda belirtilen Adli Tıp Kurumu merkez ve taşra teşkilatları için ekli listelerde belirtilen sınıf ve derecesi ile sayısı belirlenen kadroların iptaline ve ihdasına ilişkin ihtilaflı düzenleme, Anayasa’nın 104/17. maddesinde belirlenen sınırları aşarak kanun ile düzenlenmesi öngörülen alanda düzenleme yapması nedeniyle; konu bakımından yetkisizlikle maluldür ve Anayasa’nın 104/17. fıkrasına aykırıdır. Bu cihetle, ihtilaflı kuralın iptali gerekir.

b) Anayasa’nın 128. maddesine aykırılık

Yine İptali talep edilen düzenleme, Anayasa’nın 123. maddesinde ifade edildiği üzere idarenin bütünlüğü içerisinde yer alan Adli Tıp Kurumu merkez ve taşra teşkilatları için ekli listelerde belirtilen sınıf ve derecesi ile sayısı belirlenen kadroların iptaline ve ihdasına ilişkindir.

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

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

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

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

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

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

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

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

“20. Genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerinde kadro ve pozisyon esastır. Bu hizmetleri yürüten memur ve diğer kamu görevlileri kendilerine özgü statüye sahiptir. Görevleri dışında da kamu hizmetleri statüsünün bir bölümü olan bu statü hükmüne tabi olurlar ve resmî sıfat ve yetkilerini korurlar. Oysa Kurul, Cumhurbaşkanlığı teşkilatı içinde Cumhurbaşkanına bağlı icrai bir karar alma ve bunu uygulatma yetkisi olmayan tamamıyla istişari nitelikte bir birim olarak düzenlenmiştir. Kurul üyelerinin ancak kurul hâlinde çalıştıkları, tek başlarına bir hizmet yapmadıkları, kamu hizmetlerine geçici ve arızı olarak katıldıkları, görevin ifası sırasında devletin emredici gücünün kullanılmadığı, Kurulda yer alacak üyeler için kadro ve pozisyonun belirlenmediği, bu üyeler ile merkezî idare arasında tam bir statüer ilişkinin kurulmadığı, söz konusu Kurul üyelerinin Kurul üyeliği dışında başka meslek ve uğraşlarına devam edebildikleri anlaşılmaktadır. Bu itibarla Kurul üyelerinin yaptıkları görev, Anayasamın 128. maddesi anlamında devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli bir görev niteliğinde değildir. Dolayısıyla Kurul üyelerinin belirlenmesi hususu münhasıran kanunla düzenlenmeyi gerektiren bir konu değildir.”

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

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

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

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

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

AYM, yukarıda belirtilen kararının sonunda da, “Kurallar Anayasa'nın 123. maddesi bağlamında 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi yönünden incelendiğinden

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

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

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

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

Anayasa koyucu eğer isteseydi, Anayasa'nın 106. maddesinin son fıkrasına, 128. madde bakımından istisna oluşturacak bir hükmü açık ve tereddüde yer vermeyecek biçimde koyardı.

Bu nedenle yukarıda belirtilen Adli Tıp Kurumu merkez ve taşra teşkilatları için genel idare esaslarına göre yürütülmekte olan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa etmek için ekli listelerde belirtilen kamu görevlilerinin kadro iptal ve ihdaslarının kanunla belirlenmesi gerekmekte olup bunun dışında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile bu konuda belirleme yapılması mümkün değildir. Belirtilen nedenlerle, iptal davası konusu CBK düzenlemesi, Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen kanunla düzenleme yapılması öngörülen konulardan sayıldığı için Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır. Bu nedenle iptali gerekir.

c) Anayasa'nın 161. Maddesine Aykırılık

Yukarıda da belirtildiği üzere, Adli Tıp Kurumu merkez ve taşra teşkilatları için genel idare esaslarına göre yürütülmekte olan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa etmek için ekli listelerde belirtilen kamu görevlilerinin kadro iptal ve ihdasları aynı zamanda kamu görevlilerinin, atanma ve özlük haklarıyla doğrudan bağlantılıdır. Kadro derecesine ve pozisyonuna göre aylık ve diğer hakları hesaplanan kamu görevlilerine kamu kurum veya kuruluşu tarafından yapılacak harcamalar ve ödenekler de ilgili yıl bütçesi ile belirlendiğinden kadro ihdası veya iptali aynı zamanda bir bütçeleme konusudur. Dolayısıyla Anayasa'nın 161. maddesi çerçevesinde kanunilik ilkesine tabi olarak ele alınması gereken bir konudur. İhtilaflı CBK düzenlemesi, bu açıdan da Anayasa'nın 161. maddesine aykırıdır.

d) Anayasa'nın 153. Maddesine Aykırılık

Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrası uyarınca: *“Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.”*

Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153'üncü maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kuralla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzeri olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7 E.: 1991/43 K. sayılı kararı).

Yukarıda iptali istenen kuralla içerik ve kapsam bakımından benzer kuralların Anayasa'ya aykırılığına, Anayasa Mahkemesi tarafından daha önce hükmedilmiştir (Bkz. yukarıdaki başlıklarda alıntılanan kararlar ve bu cümleden olarak özellikle: AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24.7.2019, §§139-141; AYM, E.:2018/125, K.S.:2020/4, K.T.:22/1/2020, R.G. Tarih – Sayı: 13/5/2020 – 31126, §11; AYM, 2019/78 E.2020/6, K.T.:23/01/2020; AYM, E. 2020/71, K.2021/33, 29/04/2021; E.2019/96, K.2022/17, 24/02/2022, §60-61).

Yukarıda gösterildiği üzere, AYM'nin daha önceki kararlarında saptadığı bir Anayasa ihlalini aynı şekilde devam ettiren ihtilaflı kural, bu cihetle, Anayasa'nın 153. maddesine de aykırıdır.

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

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

165 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 21. maddesi ile Adli Tıp Kurumu merkez teşkilatı için ekli (1) sayılı listede bulunan kadrolar iptal edilmiş, Adli Tıp Kurumu merkez ve taşra teşkilatları için ekli (2) sayılı listedeki kadrolar ihdas edilmiş ve 2 sayılı CBK'nin eki (I) sayılı Cetvelinin ilgili bölümlerine eklenmesine ilişkin düzenleme yapılmıştır.

Söz konusu düzenleme ile Anayasa'nın 128. maddesinde ve yasa ile düzenlenmesi öngörölmüş bir alanda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile personel kadrosu ihdası ve iptali düzenlenmesi 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 düzenlemediğı bir alanda kendiliğinden kural koyamaz.

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

f) 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, 165 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 21. maddesi ile Adli Tıp Kurumu merkez teşkilatı için ekli (1) sayılı listede bulunan kadrolar iptal edilmiş, Adli Tıp Kurumu merkez ve taşra teşkilatları için ekli (2) sayılı listedeki kadrolar ihdas edilmiş ve 2 sayılı CBK'nin eki (I) sayılı Cetvelinin ilgili bölümlerine eklenmesine ilişkin düzenleme yapılmıştır.

Yukarıda belirtildiğı üzere bir CBK ile kanunla düzenlenmesi öngörölen bir alanda düzenleme yapılması suretiyle kanun koyucunun alanına müdahale edilmesi, anayasal çerçeve dışında yetki kullanımını ortaya koymaktadır. Bu itibarla 165 sayılı CBK'nin 21. maddesi ve ekli (1) ve (2) sayılı listeler, Anayasa'nın 8. maddesine de aykırıdır, iptali gerekir.

g) 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.

165 sayılı CBK'nin 21. maddesi ve ekli (1) ve (2) sayılı listeler, yukarıda açıklanan nedenlerle, "Anayasa ve kanunların üstünlüğü" ilkesini ihlal ettiğinden, Anayasa'nın 2. maddesine ve Başlangıç prg. 4'e de aykırılık oluşturmaktadır.

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

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

Yukarıda belirtilen nedenlerle 165 sayılı CBK'nin 21. maddesi ve ekli (1) ve (2) sayılı listelerin Anayasanın Başlangıç ilkelerine, 2., 6., 7., 8., 11., 104/2, 104/17., 128., 153. ve 161. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptali talep edilmektedir.

I. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile Anayasada yapılan değişikliklerle hukuk sistemimize girmiş ve 24 Haziran Seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının yemin ederek görevine başlamasıyla yürürlüğe girmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile ilk defa yürütme organına, dayanağını doğrudan Anayasadan alan bir düzenleme yetkisi tanınmıştır. Anayasa'da önemli sınırlamalar getirilerek tanınmış olan bu yetkinin, anayasal sınırlar çerçevesinde kullanılması, kötüye kullanılmaması ve yasama yetkisinin devri niteliği taşınamaması, 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. Gerekçesiz 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.

9/10/2024 tarihli ve 165 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin iptali istenen hükümlerinin açıkça Anayasa'ya aykırı olduğu yukarıda etraflı bir şekilde açıklanmıştır.

Anayasa'nın temel ilkelerine, insan hakları, hukuk devleti ve demokrasi değerlerine ağır bir saldırı oluşturan kuralların yürürlüğünün derhal durdurulması, hayati önem taşımaktadır.

Anayasal gereklere uymadan kabul edilen ve iptal edilmesi gereken bir kuralın uygulanması halinde telafisi imkânsız zararların doğacağı açıktır. O kadar ki; iptali istenen kurallar, demokratik hukuk devletinin esasını ortadan kaldıracaktır.

Diğer taraftan, Anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devletinin temel gereğidir. Anayasa'ya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi, hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

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, hesap verebilir hükümet sistemine dayanan demokrasiden, hesap verebilirlik ilkesinden arındırılan ve yürütmenin, yani hükümet etme yetkisinin tek başına Devlet başkanına tevdi edildiği 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 maddelerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

9/10/2024 tarihli ve 165 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin;

1) 4. maddesi ile değiştirilen 4 sayılı CBK'nın 5. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlelerin, Anayasanın Başlangıç ilkelerine, 2., 6., 7., 8., 11., 104/9, 104/17. ve 128. maddelerine,

2) 6. maddesi ile değiştirilen 4 sayılı CBK'nın 8. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlenin, Anayasanın Başlangıç ilkelerine, 2., 6., 7., 8., 11., 70., 104/9, 104/17. ve 128. maddelerine,

3) 6. maddesi ile değiştirilen 4 sayılı CBK'nın 8. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasanın Başlangıç ilkelerine, 2., 6., 7., 8., 11., 104/9, 104/17. ve 128. maddelerine,

4) 21. maddesi ile ekli (1) ve (2) sayılı listelerin, Anayasanın Başlangıç ilkelerine, 2., 6., 7., 8., 11., 104/2, 104/17., 128., 153. ve 161. maddelerine,

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