

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2018/119

Karar Sayısı : 2020/25

Karar Tarihi : 11/6/2020

R.G. Tarih – Sayı : 9/11/2020 – 31299

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Özgür ÖZEL ve Engin ÖZKOÇ ile birlikte 139 milletvekili

DAVANIN KONUSU: 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan (2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa’nın 2. ve 123. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ KURALI

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin (CBK) 5. maddesinin iptali talep edilen (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“(1) Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadroları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdas edilir.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ’in katılımlarıyla 17/10/2018 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Cengiz ERTEN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu CBK kuralı, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Çerçevesi ve Yargısal Denetimi

3. 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Anayasa’nın bazı maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişikliklerle yeni bir hükûmet sistemine geçilmiş ve buna bağlı olarak Cumhurbaşkanı’nın görev ve yetkileri yeniden düzenlenmiştir. Anayasa’nın 8. maddesinde, yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kuruluna ait olduğu ifade edilmekte iken maddede yapılan değişiklikle Bakanlar Kurulu kaldırılarak yürütme yetkisi ve görevi tek başına Cumhurbaşkanı’na verilmiştir. Anayasa’da Bakanlar Kuruluna verilen görev ve yetkilere ilişkin maddelerde de aynı doğrultuda değişiklik yapılarak daha önce Bakanlar Kuruluna ait olan görev ve yetkilerin Cumhurbaşkanı tarafından yerine getirilmesi öngörülmüştür.

4. Yeni hükümet sisteminin en önemli özelliklerinden biri Cumhurbaşkanı'na "*Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*" adı altında düzenleme yapma yetkisinin tanınmasıdır. CBK'ların en belirgin özelliği ise Cumhurbaşkanı'na belirli konularda ilk elden düzenleme yapma yetkisinin verilmiş olmasıdır. Yürütmenin diğer düzenleyici işlemlerinden farklı olarak Cumhurbaşkanı, Anayasa'da belirlenen yetki çerçevesinde herhangi bir kanuna dayanmadan ya da yasama organının onayı olmadan CBK'lar yoluyla düzenleme yapabilecektir.

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

6. Cumhurbaşkanı'na yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisinin genel olarak verilmesinin yanı sıra Anayasa'nın diğer bazı maddelerinde belirtilen kimi konuların da CBK ile düzenleneceği ayrıca ifade edilmiştir. Bu kapsamda Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların; 106. maddesinin on birinci fıkrasında bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının; 108. maddesinin dördüncü fıkrasında Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin; 118. maddesinin altıncı fıkrasında Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK'larla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında ise kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile kurulacağı belirtilmiştir.

7. Anayasa'nın 148. maddesinde CBK'ların şekil ve esas bakımından Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi öngörülmüş, yargısal denetim görev ve yetkisi de Anayasa Mahkemesine verilmiştir.

8. Anayasa'da Cumhurbaşkanı'na CBK çıkarma yetkisi verilmekle birlikte bu yetki sınırsız değildir. Kanunlardan farklı olarak Anayasa'da CBK'yla düzenlenecek konular sınırlandırılmıştır. Konu bakımından yetki yönünden getirilen bu sınırlamalar Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk dört cümlesinde düzenlenmiştir.

9. Anılan fıkranın birinci cümlesinde Cumhurbaşkanı'nın *yürütme yetkisine ilişkin konularda* CBK çıkarabileceği ifade edilmiştir. Buna göre yürütme yetkisine ilişkin konular dışında CBK ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

10. Fıkranın ikinci cümlesinde "*Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin*" CBK'yla düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca belirtilen alanlarda CBK ile düzenleme yapılamaz.

11. Fıkranın üçüncü cümlesinde de 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.

12. Fıkranın dördüncü cümlesinde ise *kanunda açıkça düzenlenen konularda* CBK çıkarılamayacağı ifade edilmiştir. Anılan hükme göre Cumhurbaşkanı’nın, yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabilmesi için CBK’yla düzenlenecek konunun kanunlarda açıkça düzenlenmemiş olması gerekir.

13. CBK’ların yukarıda belirtilen 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.

B. İptal Talebinin Gerekçesi

14. Dava dilekçesinde özetle; Anayasa’nın 123. maddesinde idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğunun ve kanunla düzenleneceğinin hükme bağlandığı, *idare* kavramının belli bir amacın gerçekleştirilmesi için kurulan örgüt veya bu amaca ulaşmak için yürütülen planlı insan faaliyeti olarak tanımlandığı, Anayasa’nın anılan maddesinde yer verilen *idarenin* ise devletin bir organı olduğu, idare hukukuna göre idare organının, yürütme organının Cumhurbaşkanı ve bakanlar dışında kalan kısmı ile devlet dışındaki diğer kamu tüzel kişilerini kapsadığı, idareyi oluşturan temel unsurlardan birisinin de kadrolar olduğu, kuruluşu kanunla gerçekleştirilmesi gereken devlet idare organının kadrolarının da yine kanunla belirlenmesinin anayasal bir zorunluluk olduğu, Anayasa’nın söz konusu hükmü uyarınca devlet kurumlarında istihdam edilecek personele ilişkin kadro ve pozisyonların ihdası ile bunlara ilişkin temel ilke ve esasların kanunla belirlenmesi gerektiği, buna karşın dava konusu kural ile devletin idare organını oluşturan CBK kapsamındaki tüm kamu kurum ve kuruluşlarına ait kadro ve pozisyonların CBK’yla ihdas edilmesine imkân tanındığı, kadro ihdasına ilişkin bu yetkinin yasama organınca herhangi bir temel ilke ve kurala bağlanmadan, çerçevesi belirlenmeden yürütme organı tarafından kullanılmasının hem devlet faaliyetlerinin öngörülebilirliğini ortadan kaldırdığı hem de takdir yetkisinin keyfi olarak kullanılmasına yol açtığı, diğer yandan kadro ve pozisyonların yürütme organınca keyfi olarak belirlenebilecek olmasının bireylerin hukuka olan güvenlerini de zedeleyeceği belirtilerek kuralın Anayasa’nın 2. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C. Anayasa’ya Aykırılık Sorunu

1. Kuralın Konu Bakımından Yetki Yönünden İncelenmesi

15. Dava dilekçesinde konu bakımından yetki yönünden kuralın Anayasa’nın 123. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de CBK’ya ilişkin konu bakımından yetki kuralları Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında düzenlendiğinden bu husustaki inceleme anılan fıkra kapsamında yapılacaktır.

16. Dava konusu kural, (2) numaralı CBK kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK’yla ihdas edileceğini öngörmektedir.

17. Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesi “*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilir.*” hükmünü öngörmektedir. Bu durumda ilk olarak dava konusu kuralın düzenlediği hususun *yürütme yetkisine ilişkin konular* kapsamında olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

18. Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında konuyla ilgili olarak “*Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünün bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütününi kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur.*” denilmektedir (AYM E. 1965/32, K. 1966/3, 4/2/1966).

19. Kadro ihdasının kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat yapısına ilişkin olduğu ve kural ile (2) numaralı CBK kapsamındaki kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK ile ihdas edileceğinin hükme bağlandığı gözetildiğinde kuralın *yürütme yetkisine ilişkin konulardan* olduğu anlaşılmaktadır.

20. Belirtmek gerekir ki Anayasa’da CBK ile düzenleme yapılabilecek konular yürütme yetkisine ilişkin hususlarla sınırlandırılmıştır. Bu çerçevede yürütme yetkisi dışında kalan bir konuyla ilgili CBK ile düzenleme yapılması Anayasa gereği mümkün değildir. Kuralla da genel olarak kadro ihdasının CBK’yla düzenlenebileceğinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bununla birlikte kuralda kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarından söz edildiğinden buradaki kamu kurum ve kuruluşlarının kadroları kapsamında Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi kurumların yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekir.

21. Yargı yetkisi kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının ihdası ve iptali hususu yargı yetkisinin kullanılmasını doğrudan etkileyebildiğinden bunun yalnızca yürütme yetkisine ilişkin bir konu olduğu söylenemez. Dolayısıyla bu konunun CBK ile düzenlenmesi mümkün değildir. Dava konusu kural dikkate alındığında kuralın yürütme yetkisine ilişkin konular dışında kalan hususlarda örneğin Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi kurumların yargı yetkisini kullanan kamu görevlileriyle ilgili bir düzenleme niteliği taşımadığı, kuralla genel olarak kadro ihdasının CBK’yla düzenlenebileceğinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralın sadece Anayasa gereği CBK ile düzenlenebilecek kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK’yla ihdas edilmesini içerdiği anlaşılmaktadır.

22. Bu bağlamda CBK’nın 2. maddesinde CBK’nın 5018 sayılı Kanun’a ekli (I) sayılı Cetvel’de yer alan ve yukarıda anılan kurumların da yer aldığı genel bütçeli kamu idarelerine de uygulanacağı belirtilmiş ve yine 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde hâkimlik ve savcılık mesleklerinde bulunanlara ve bu mesleklerden sayılan görevlere ait kadroların (II) sayılı cetvelde gösterileceği öngörülmüş ise de söz konusu hükümler dava konusu olmayıp bu hükümlerin bakılmakta olan davada incelenmesi mümkün değildir. Buna göre yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının ihdası gibi konuları içermediği anlaşılan kuralın Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.

23. Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde ise CBK ile düzenlenemeyecek konular *Anayasa’nın İkinci Kısım Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle Dördüncü Bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler* olarak belirtilmiştir. (2) numaralı CBK kapsamındaki kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK ile ihdas edileceğini öngören kural, sayılan konulara ilişkin bir düzenleme de içermemektedir.

24. Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca CBK’lar bakımından aranan bir diğer husus, CBK kuralının Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konulara ilişkin olmaması gereğidir. Anayasa koyucunun bir konunun kanunla

düzenlenmesini özel olarak öngörmesi bu alanın münhasıran kanunla düzenlenmesini istediği anlamına gelir. Bu kapsamda Anayasa bir konunun kanunla düzenleneceğini öngörmüşse bu konuda CBK çıkarılamaz. Bununla birlikte Anayasa’da CBK’larla düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda CBK’larla düzenleme yapılması mümkündür.

25. Anayasa’nın 123. maddesinin birinci fıkrasına göre “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*” Ancak Anayasa’nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında “*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*” denilmek suretiyle bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Anayasa’nın 106. maddesinin on birinci fıkrası uyarınca CBK ile düzenlenebileceği özel olarak belirtilen konular kapsamında kalmaktadır.

26. Bu bağlamda Anayasa’nın CBK tarafından düzenleneceğini özel olarak öngördüğü yukarıda belirtilen idarelerin kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı, merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması ile düzenlenmesi kapsamında, bu konularla sınırlı olmak üzere Anayasa’nın 123. maddesinin anılan hükmünde belirtilen hususlarda CBK ile düzenleme yapılabilir.

27. Anayasa’nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında da “*Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.*” denilmesi ve kurulma yetkisinin doğası itibarıyla düzenlemeyi de içermesi nedeniyle Anayasa’da CBK ile kurulmasına imkân tanınan kamu tüzel kişilerine ilişkin teşkilat düzenlemelerinin CBK ile yapılması mümkündür. Aynı şekilde Anayasa’nın 118. maddesinin altıncı fıkrasında Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatının CBK ile düzenleneceği açıkça belirtildiğinden anılan konularda Anayasa’nın 123. maddesinde belirtilen hususlarda CBK ile düzenleme yapılabilir.

28. Bu çerçevede kuralın, Anayasa’nın 106. maddesinin on birinci, 118. maddesinin altıncı ve 123. maddesinin üçüncü fıkralarında CBK ile düzenlenmesi öngörülen idarelerin 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 kuralın Anayasa’nın 123. maddesiyle bağlantılı olarak 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı bir yönü de bulunmamaktadır.

29. Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde “*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*” denilmiştir. Buna göre CBK’ların anılan Anayasa hükmü yönünden yapılacak denetiminde öncelikle karşılaştırmaya esas olabilecek, daha önce kabul edilmiş bir kanun hükmünün bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekir. Sonrasında ise -böyle bir kanun hükmü varsa- incelenen CBK kuralının kanunun açıkça düzenlediği konuya ilişkin olup olmadığı belirlenmelidir. Bu değerlendirme yapılırken önce ilgili kanunun CBK ile düzenlenen alanda hüküm ifade edip etmediğinin belirlenmesi, ardından da kanundaki düzenlemenin açık olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Dava konusu kural kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarına ait kadroların ihdası, iptali ve kullanılmasına dair esas ve usulleri düzenleyen 13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 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’nin 9/7/2018 tarihinde yürürlüğe giren geçici 9. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış olup anılan geçici maddede 190 sayılı KHK’nın eki cetvellerde yer alan kadroların, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde yeniden düzenlenerek genel kadro ve usulüne ilişkin ilgili CBK’ya ekleneceği öngörülmüştür. Bunun dışında da kuralın kapsamına giren konuda kanunla yapılan herhangi bir düzenlemeye

rastlanmamıştır. Bu itibarla kuralın kanunda açıkça düzenlenen bir konuya ilişkin olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

30. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe, ek gerekçeyle katılmıştır.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

2. Kuralın İçerik Yönünden İncelenmesi

31. 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.

32. Hukuk devletin temel unsurlarından biri *belirlilik* ilkesidir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarına göre anılan ilke, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olmasını gerektirmektedir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, kanundan belirli bir kesinlik içinde hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır (AYM, E.2019/35, K.2019/53, 26/6/2019, § 15; E.2018/70, K.2019/54, 26/6/2019, § 10; E.2017/33, K.2019/20, 10/4/2019, § 31; E.2018/1, K.2018/83, 11/7/2018, § 12).

33. Anayasa Mahkemesi birçok kararında belirlilik ilkesinin yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade ettiğini, yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliklere ilişkin gereklilikleri karşılaması koşuluyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirliliğin sağlanabileceği, asıl olanın muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığı olduğu vurgulanmıştır.

34. Anılan ilkenin yürütmenin asli düzenleyici işlemi niteliğinde olan CBK'lar bakımından da geçerli olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Kuralın hem kişiler hem de idare yönünden belirli ve öngörülebilir olduğu açık olduğundan belirsiz olduğu söylenemez.

35. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

36. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralların uygulanmaları hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğabileceği belirtilerek yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasına yönelik iptal talebi 11/6/2020 tarihli ve E.2018/119, K.2020/25 sayılı kararla reddedildiğinden bu fıkra ile ilişkin yürürlüğün durdurulması talebinin REDDİNE 11/6/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan (2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının;

A. Konu bakımından yetki yönünden Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ’in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. İçeriği itibarıyla Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

11/6/2020 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Mahkememiz çoğunluğu, (2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 5. maddesinin “*Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadroları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdas edilir*” şeklindeki (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Aşağıda açıklanan nedenlerle çoğunluk görüşüne katılma imkânı olmamıştır.

A.Kuralın anlam ve kapsamı

2. Öncelikle dava konusu kuralla hangi kurum ve kuruluşların kadrolarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle (CBK) ihdas edileceğinin ortaya konulması gerekir. Zira çoğunluk ile görüş ayrılığının bir kısmının kuralın anlam ve kapsamı konusundaki farklı yorumdan kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

3. Bilindiği üzere anayasa yargısında yorum işin doğası gereği iki yönlüdür. Öncelikle denetlenen normun anlam ve kapsamının, ardından da ölçü norm olarak kullanılan anayasa hükmünün yorumlanması gerekmektedir. Normun yorumlanarak anlam ve kapsamının doğru şekilde belirlenmesi anayasallık denetiminde isabetli karar vermenin de ön şartıdır. Bu anlamda anayasa yargısında denetlenen normun doğru anlamlandırılması, gömleğin ilk düğmesinin doğru iliklenmesi gibidir. Kuşkusuz doğru iliklenen ilk düğme sonraki düğmelerin de doğru iliklenmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Lakin ilk düğme yanlış iliklendiğinde sonrakilerin doğru olma ihtimali yoktur. Bu nedenle, sağlıklı bir anayasallık denetimi daha ilk başta denetlenen kanun ya da kararname hükmünün anlam ve kapsamının isabetli şekilde belirlenmesini zorunlu kılmaktadır.

4. Mahkememiz çoğunluğu kuralın anlam ve kapsamını belirlerken iki temel tespit yapmaktadır. Birincisi dava konusu kural “*genel olarak kadro ihdasının CBK'yla düzenlenebileceğini*” öngören ve “*sadece Anayasa gereği CBK'yla düzenlenebilecek kurum ve kuruluşların kadrolarının*” ihdasına yönelik bir kuraldır (§ 21). Çoğunluğun ifadesiyle “*kuralın, Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci, 118. maddesinin altıncı ve 123. maddesinin üçüncü fıkralarında CBK ile düzenlenmesi öngörülen idarelerin teşkilat yapısına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır*” (§ 28). Dolayısıyla dava konusu kural, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi yargı organlarında yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin kadrolarını kapsamayan bir düzenlemedir (§ 21).

5. Çoğunluğun, birincisiyle bağlantılı ikinci tespiti ise şu şekildedir: Dava konusu kuralın da içinde bulunduğu CBK'nın diğer hükümlerinde (CBK'nın 2. maddesi ile 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde) ihdasa konu kadrolar arasında yargı yetkisi kullanan kamu görevlilerinin kadrolarına da yer verilmişse de “*söz konusu hükümler dava konusu olmayıp bu hükümlerin bakılmakta olan davada incelenmesi mümkün değildir*” (§ 22).

6. Kuralın anlam ve kapsamına dair bu tespitlere katılmak mümkün değildir. Evvela kuralın sadece CBK ile düzenlenebilecek idarelerin kadrolarını içerdiğine yönelik tespitin pozitif dayanağını bulmak zordur. Burada en fazla “*olması gereken*”den bahsedilebilir. Çoğunluğa göre yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin kadroları CBK ile ihdas edilemeyeceği için “*Anayasa gereği*” bunlar kuralın kapsamında olamaz. Kuralın kapsamı bu şekilde belirlenince Mahkemenin denetlediği CBK kuralı ile Anayasa'ya uygun bulunduğu kural başkalaşmaktadır. Elbette bir kuralın

anlam ve kapsamının belirlenmesi belli ölçüde yorumu gerektirebilir. Ancak yorum, eldeki kuralı başkalaştırma sonucunu doğuracak boyuta taşınmamalıdır.

7. Diğer yandan, birinci tespit kuralın anlam ve kapsamını belirlerken CBK'nın diğer hükümlerinin dava konusu olmadığı için incelenemeyeceğine dair ikinci tespiti beraberinde getirmiştir. Belirtmek gerekir ki iptali istenen bir kuralın anlam ve kapsamını belirlerken, kuralın içinde bulunduğu kanunun veya kararnamenin diğer hükümlerini dikkate almak çoğu kez kaçınılmazdır. Bu amaca yönelik olarak dava konusu olmayan kuralların da *incelenmesi* bu kuralların *Anayasa'ya uygunluğunun incelenmesi* anlamına gelmemektedir.

8. Nitekim Anayasa Mahkemesi norm denetiminde sıklıkla kuralın anlam ve kapsamını ayrı bir başlık altında incelemekte, anayasallık denetimine geçmeden önce ibare veya cümle(ler)den oluşan kuralın anlamını ve kapsamını ortaya koymaktadır (bkz. AYM, E. 2019/40, K. 2020/40, 17/7/2020, §§ 21-25; AYM, E.2018/88, K. 2020/24 11/6/2020, §§ 3-10). Dahası bazı durumlarda Anayasa Mahkemesi kuralın anlam ve kapsamını belirlemek için iptali istenmeyen başka kanun veya kararname hükümlerini de dikkate alabilmektedir. Örneğin Mahkeme, 1/2/2018 tarihli ve 7075 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 2. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan "*ilave tedbirler*" ibaresinin ne anlama geldiğini açıklamak için 672, 675 ve 677 sayılı OHAL KHK'larının ilgili hükümlerine de başvurmuştur (AYM, E. 2018/74, K. 2019/92, 24/12/2019, §§ 24, 25, 26).

9. Kararın sonuçları bakımından da denetlenen kuralın yorum yoluyla kapsamının daraltılması suretiyle verilen bir red kararı, muhtemel bir iptal kararından çok daha sakıncalı olabilir. Bu durumda kapsam dışında görülen yargı kurumları başta olmak üzere üniversiteler ve Kamu Denetçiliği Kurumu gibi kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası hususunda uygulamada belirsizlik yaşanabilecektir. Ayrıca çoğunluğun yargı yetkisi kullananların kadrolarının ihdası ve iptali hususunun CBK ile düzenlenemeyeceğine, ancak bu yöndeki CBK hükümlerinin dava konusu olmadığı için *incelenemeyeceğine* yönelik tespiti de Anayasa'ya aykırılığı incelenmeden *zımnen* kabul edilen CBK hükümlerinin uygulanmasını tartışmalı hale getirebilecektir.

10. Eldeki davada kuralın anlam ve kapsamını ortaya koyabilmek için kuralda yer alan "*Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren kurum ve kuruluşların*" neler olduğunun diğer hükümlere de bakılarak belirlenmesi gerekmektedir. Bu da (2) numaralı CBK'nın özellikle 2., 3. ve 4. maddelerine bakılmasını zorunlu kılmaktadır. CBK'nın "*Kapsam*" kenar başlıklı 2. maddesine göre "*Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kurulan diğer idareler, fonlar ve kefalet sandıkları hakkında uygulanır*". CBK'nın 2. maddesi gereğince Yargıtay ve Danıştaydan bakanlıklara, Hakimler ve Savcılar Kurulundan Meteoroloji Genel Müdürlüğüne kadar genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri (I sayılı cetvel); Yükseköğretim Kurulu, Üniversiteler, Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü, Türkiye Adalet Akademisi gibi özel bütçeli idareler (II sayılı cetvel) ile sosyal güvenlik kurumları (IV sayılı cetvel) kuralın kapsamında yer almaktadır. Diğer yandan, CBK'nın "*Kadro ve pozisyon cetveli*" kenar başlıklı 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde de "*Hâkimlik ve savcılık mesleklerinde bulunanlara ve bu mesleklerden sayılan görevlere ait kadroları(n) (II) sayılı cetvelde*" düzenleneceği öngörülmektedir.

11. CBK'nın 3. maddesinde ise "*istisnalar*" düzenlenmiş, bu CBK hükümlerinin Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı, TBMM Başkanlığı İdari Teşkilatı personelinin kadro ve pozisyonları ile milli güvenlik sebebiyle gizli kalması gereken kadro ve pozisyonlar hakkında uygulanmayacağı öngörülmüştür. Ayrıca, Anayasa'nın 108. maddesinin dördüncü fıkrasında

“işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri”nin CBK ile düzenleneceği belirtilen Devlet Denetleme Kurulu, dava konusu kuralın atıf yaptığı 5018 sayılı Kanun’un ilgili cetvellerinde bulunmadığı gibi, (5) numaralı Devlet Denetleme Kurulu Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile özel olarak düzenlendiğinden incelenen kuralın kapsamı dışında kalmaktadır. Nitekim (5) numaralı CBK’nın 23. maddesinin (1) numaralı fıkrasında “*Kurulun kadroları Cumhurbaşkanı kararı ile belirlenir.*” hükmüne yer verilmiştir.

12. Esasen dava konusu kuralın da içinde yer aldığı (2) numaralı CBK, mülga 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile mülga 78 sayılı Yükseköğretim Kurumları Öğretim Elemanlarının Kadroları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin yerini almıştır. Bu KHK’ları ilga eden 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’nin geçici 9. ve 10. maddeleri, anılan KHK’lara ekli cetvellerde yer alan kadroların altı ay içinde “*yeniden düzenlenerek genel kadro ve usulüne ilişkin ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesine*” ekleneceğini belirtmiştir. Dolayısıyla dava konusu kural, yüksek yargı organları dahil olmak üzere, neredeyse tüm kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının CBK ile ihdas edileceğini öngörmektedir.

B. Kuralın Anayasa’ya Aykırılığı

13. Anayasa Mahkemesi bir CBK kuralının Anayasa’ya aykırı olup olmadığını denetlerken, ilk olarak Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen konu bakımından yetki kurallarına uygunluk bakımından bir inceleme yapmaktadır. Bu kapsamda, kuralın (a) yürütme yetkisine ilişkin bir konuda olması, (b) Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevleri düzenlememesi, (c) Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda olmaması ve (d) kanunda açıkça düzenlenen konularda çıkarılmamış olması gerekmektedir.

a. Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesine aykırılık

14. İptal davasına konu olan kural, Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının CBK’ların “*yürütme yetkisine ilişkin*” konularda çıkarılabileceğini öngören birinci cümlesine aykırıdır. Çoğunluk kararında da belirtildiği üzere “*yürütme yetkisi dışında kalan bir konuyla ilgili CBK ile düzenleme yapılması Anayasa gereği mümkün değildir*” (§ 20). Başka bir ifadeyle “*yasama*” ve “*yargı*” yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarılamaz. Nitekim Anayasa Mahkemesi, dava konusu kuralın denetlendiği gün verdiği başka bir kararda 5018 sayılı Kanun’a ekli (I) sayılı cetvele bazı kurumların eklenmesini öngören CBK kuralını iptal etmiştir. Mahkemeye göre “*Kanunları değiştirmenin TBMM’nin görev ve yetkileri kapsamında bulunduğu ve 6771 sayılı Kanun’la yapılan Anayasa değişikliğiyle bu hususta farklı bir düzenleme öngörülmediği gözetildiğinde [kanun metninde değişiklik yapan dava konusu] kuralın yürütme yetkisine değil yasama yetkisine ilişkin olduğu açıktır*” (AYM, E.2018/155, K. 2020/27, 11/6/2020, § 23).

15. Belirtmek gerekir ki, 2017 Anayasa değişikliğiyle yeni bir hükümet sistemine geçilmiş, ancak başta kuvvetler ayrılığı olmak üzere devletin temel nitelikleri değişmemiştir. Başka bir ifadeyle Anayasa’nın 2. maddesinin ve onun atıf yaptığı Başlangıç kısmının şekillendirdiği anayasa kimliğinin temel unsurlarında bir değişiklik olmamıştır. Bu kapsamda Anayasa’nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti, hürriyetçi demokrasi, anayasanın üstünlüğü ve kuvvetler ayrılığı gibi Başlangıç’ta belirtilen temel ilkelere dayanan, insan haklarına saygılı, demokratik bir hukuk devletidir. Anayasa, madde gerekçesinde belirtildiği üzere, “*siyasî rejimler içinde insan haysiyetini en iyi koruyan, gerçekleştiren ve teminat altına alan demokratik rejimi benimsemiştir.*”

16. Demokratik rejimlerde gücün temerküzü karşısında temel hak ve hürriyetleri koruma amacına hizmet eden anayasal ilkelerin başında kuvvetler ayrılığının geldiği bilinmektedir. En genel anlamda yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının farklı devlet organlarıncı kullanılmasını ifade eden kuvvetler ayrılığı, uzun ve acı tecrübelerden sonra günümüz anayasalarının olmazsa olmazı haline gelmiştir.

17. Anayasa'nın Başlangıç kısmında kuvvetler ayrılığı *“Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği”* şeklinde ifadesini bulmuştur. Anayasa Mahkemesi yasama, yürütme ve yargı erklerinin *“yetki alanları içerisinde faaliyetlerinin zaman zaman birbirleriyle kesişmesi”*nin mümkün olduğunu, ancak *“her erkin Anayasa tarafından belirlenmiş yetki sahasında kalmasının ve diğer erklerin yetkisine müdahale etmemesinin sağlanması”* gerektiğini vurgulamıştır (AYM, E. 2012/100, K. 2013/84, 4/7/2013).

18. 2017 Anayasa değişikliğiyle yürütme yetkisi güçlendirilmekle birlikte kuvvetler ayrılığı gereğince Meclisin başta bütçe hakkı olmak üzere yasama ve denetim yetkilerinin korunduğu izahtan varestedir. CBK'ların sadece *“yürütme yetkisine ilişkin”* konularda çıkarılabileceğini öngören anayasal hüküm de yürütmenin yasama ve yargı yetkisine ilişkin alanlara müdahale etmesini engellemeye yöneliktir.

19. Esasen hangi hükümet sistemi benimsenirse benimsensin bütçe hakkı, demokratik ülkelerde parlamentonun yürütmeyi denetlemesinin en etkili yoludur. Bu anlamda kamu görevlilerine yapılacak ödemelerde belirleyici olan kadroların ihdası yetkisinin yasama organında olması, kuvvetler ayrılığını tamamlayan denetleme ve dengeleme sistemi bakımından da son derece önemlidir. Kadro ihdasının yürütmeye ait olduğunun ileri sürülmesi, yasamanın elindeki en etkili denetim aracı olan bütçe hakkını işlevsiz kılacaktır.

20. Anayasa Mahkemesinin kararlarında da bütçe hakkı, parlamentonun *“halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırları belirleyerek yetki vermesi ve sonuçlarını denetlemesi”* olarak tanımlanmıştır. Bütçe hakkı *“demokratik ülkelerde halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşan yasama organına ait bulunmaktadır”* (AYM, E.2016/47, K. 2018/10, 14/2/2018, § 25).

21. Anayasa Mahkemesi kadro ihdasını bütçeyle, dolayısıyla bütçe hakkıyla irtibatlandırmış, bir kararında *“kadro ihdas ve iptali (nin)... bütçe rejimi ile ilgili bulunduğundan”* hareketle Bakanlar Kuruluna kadro iptal ve ihdası yetkisi veren kuralı Anayasa'nın bütçeyle ilgili 162. maddesine de aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre *“genel ve katma bütçeler Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından incelenip karara bağlandığından, aylık ve ödeneklerini bu bütçelerden alacak olan memurların kadrolarının da Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulması, kanunla düzenlenmesi gerekir”* (AYM, E. 1987/21, K. 1988/25, 28/6/1988).

22. Anayasa'nın *“Bütçenin görüşülmesi”* kenar başlıklı 162. maddesi 2017 yılında ilga edilmiş olmakla birlikte bu maddede yer alan hükümler önemli ölçüde mevcut 161. maddeye taşınmıştır. Yeni hükümet sisteminde de bütçenin karara bağlanması ve kadroların düzenlenmesi yetkisi yasama organına aittir. Yasamaya ait olan bu yetki yürütmeye devredilmemiştir. Dolayısıyla dava konusu kural *“yürütme yetkisine ilişkin konularda”* çıkarılmış bir CBK kuralı olarak kabul edilemez.

23. Diğer yandan, kuralın kapsamı içinde yargı organları da bulunmaktadır. Başta yüksek yargı organı üyeleri olmak üzere, hâkim ve savcılar dahil yargı yetkisini kullanan kişilerin kadrolarının ihdasını *“yürütme yetkisine ilişkin”* bir konu olarak görmek mümkün değildir. Nitekim Anayasa'nın 140. maddesine göre hâkim ve savcılar diğer özlük işleri gibi kadroyla doğrudan

ilişkili olan “*aylık ve ödenekleri*” de mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkim teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir. Yargı bağımsızlığı ve hâkim teminatına vurgu yapan bu anayasal hüküm de hâkim ve savcılarının kadrolarını düzenleme yetkisinin yasamaya ait olduğunu göstermektedir. Bu konuda çoğunluğun “*Yargı yetkisi kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının ihdası ve iptali hususu yargı yetkisinin kullanılmasını doğrudan etkileyebildiğinden bunun yalnızca yürütme yetkisine ilişkin bir konu olduğu söylenemez. Dolayısıyla bu konunun CBK ile düzenlenmesi mümkün değildir*” (§ 21) şeklinde ifade ettiği görüşe katıldığımı belirtmek isterim.

24. Bununla birlikte kuralın anlam ve kapsamı konusundaki farklı değerlendirmeden ve yukarıda açıklanan gerekçelerden hareketle iptali istenen CBK kuralının “*yürütme yetkisine ilişkin*” konularda olmadığı, dolayısıyla Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesine aykırılık teşkil ettiği kanaatindeyim.

b. Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesine aykırılık

25. Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler, CBK ile düzenlenemez. Anayasa koyucu, sosyal ve ekonomik haklar dışında kalan temel hak ve özgürlüklerin olağan dönem cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenmesini yasaklamıştır. Buradaki “*düzenleme*”, sınırlamayı da içine alan geniş bir terimdir. Söz konusu hak ve özgürlükler, CBK’lar bakımından bir nevi yasak alandır. Bu alanda düzenleme yapma yetkisi münhasıran yasama organına aittir.

26. Şüphesiz kadro, kamu görevlilerinin aylık ve ödeneklerini belirleyen en önemli unsurlardan biridir. Kadro belirlenirken kadronun derecesi ve unvanı da belirlenmekte, dolayısıyla kamu görevlilerinin alacağı aylık ve ödeneklerin miktarı bundan doğrudan etkilenmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesine göre “*Kadro ünvanı, 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*” (AYM, E.2005/139, K.2007/33, 22/3/2007).

27. Kamu görevlilerinin aylık ve ödeneklerini doğrudan etkileyen kadronun ihdasına yönelik düzenlemelerin mülkiyet hakkı kapsamında olduğu açıktır. Anayasa Mahkemesi Anayasa’nın 35. maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkının, “*ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı haklarını*” kapsadığını belirtmiştir (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, §§ 20, 21).

28. Bu çerçevede gerek norm denetiminde gerekse bireysel başvuruda kişilere ödenmesi öngörülen ücret, maaş, yaşlılık aylığı, emeklilik ikramiyesi ve kıdem tazminatı gibi ödemeler mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmiştir (bkz. Adli tıp uzmanına ödenen otopsi ücreti konusunda *Yasemin Balcı* [GK], B. No: 2014/8881, 25/7/2017; noterlerin ücreti konusunda AYM, E.2017/163, K.2018/90, 06/09/2018; ek gösterge ve makam tazminatı dahil aylık maaş konusunda *Ayten Yeğenoğlu*, B. No: 2015/1685, 23/5/2018; yaşlılık aylığı konusunda AYM, E.2019/50, K. 2019/96, 25/12/2019, *Naci Altınbulduk*, B. No: 2017/38608, 11/12/2019 ve *Muzaffer Peker*, B. No: 2016/7192, 7/11/2019; emekli ikramiyeleri konusunda AYM, E.2018/8, K.2018/85, 11/5/2018, *Ferda Yeşiltepe* [GK], B. No: 2014/7621, 25/7/2017; işçilere ödenen kıdem tazminatı konusunda AYM, E. 2018/8, K.2018/85, 11/7/2018, *Adnan Alver*, B. No: 2014/5800, 9/11/2017).

29. Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının CBK ile ihdas edileceğini öngören dava konusu kural, aynı zamanda bu kişilerin mülkiyet hakkına yönelik bir düzenleme olduğundan Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesine aykırıdır.

c. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırılık

30. Kural Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağına ilişkin üçüncü cümlesine de aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca *"Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir"*. Maddede *"kadro"* kelimesi geçmemekle birlikte, kanunla düzenlenmesi öngörülen hususların doğrudan kadroyla ilişkili olduğu açıktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi *"Memurun çalışması ve yükselmesi kadroya bağlı olduğuna göre, Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini emrettiği hususlar arasında, ilke olarak kadronun da bulunduğunu kabul etmek gerekir"* demek suretiyle bu duruma işaret etmiştir (AYM, E. 1987/21, K. 1988/25, 28/6/1988. Ayrıca bkz. AYM, E.2005/139, K.2007/33, 22/3/2007).

31. Daha yakın tarihli bir kararında Anayasa Mahkemesi kamu kurumlarında görev yapan personelin kadrolarının Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında olduğunu, dolayısıyla kanunla düzenlenmesi gerektiğini bir kez daha vurgulamıştır. Mahkeme bu kararında 5018 sayılı Kanun'a ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kamu kurumları arasında sayılan Jandarma Genel Komutanlığı, Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi ile Sahil Güvenlik Komutanlığı kadrolarının TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunca belirleneceğini öngören kuralı Anayasa'nın yasama yetkisinin devredilemez olduğuna ilişkin 7. maddesine ve kamu görevlilerinin özlük haklarının kanunla düzenlenmesini öngören 128. maddesine aykırı görerek iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre anılan cetvelde yer alan kamu kurumlarında *"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"* (AYM, E. 2018/73, K.2019/65, 24/7/2019, § 139).

32. Diğer yandan, kadronun teşkilat yapısıyla ilgili olduğu, dolayısıyla idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçası olduğu ileri sürülebilir. Bu durumda Anayasa'nın özel olarak CBK ile düzenleneceğini belirttiği bakanlıklar, Devlet Denetleme Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin kadrolarının CBK ile ihdas edilebileceği düşünülebilir. Bu kurumlardan sadece Devlet Denetleme Kurulunun üyelerinin *"özlük işleri"*nin CBK ile düzenleneceği, Anayasa'da açıkça ifade edilmiştir (m.108/4). Dolayısıyla bu Kurulun kadrolarının CBK ile düzenlenmesinde Anayasa'ya aykırılık görülmeyebilir.

33. Bununla birlikte, kadronun teşkilat yapısının ayrılmaz parçası olarak görülmesi nedeniyle idarenin çok büyük bir kısmını oluşturan bakanlıkların da kadrolarının CBK ile düzenlenmesini savunmak, Anayasa'nın 128. maddesini önemli ölçüde işlevsiz hale getirecektir. Bu yaklaşım bakanlıkların kurulması ve teşkilat yapısının CBK ile düzenlenmesini öngören Anayasa'nın 106. maddesinin son fıkrasının, sadece idarenin kanuniliğini düzenleyen Anayasa'nın 123. maddesinin değil, kamu görevlilerinin kadro dahil her türlü özlük haklarının kanunla düzenlenmesini öngören 128. maddesinin de istisnası olduğunun kabulünü gerektirir. Halbuki istisnalar dar yorumlanmalıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesine göre *"Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda CBK'larla düzenleme yapılabilir"* (AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020, § 29).

34. Bu sebeplerle, bilhassa kadro ihdasının mülkiyet hakkıyla doğrudan ilgisi gözetildiğinde, aksine bir anayasal hüküm olmadıkça Devlet Denetleme Kurulu dışındaki kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının kanunla ihdas edilmesi anayasal bir gerekliliktir.

35. Bir an için kadroların teşkilat yapısının ayrılmaz parçasını oluşturduğu görüşü kabul edilse bile, bu durum dava konusu kuralı Anayasa'ya uygun hale getirmemektedir. Zira kural Anayasa'da özel olarak CBK ile düzenleneceği belirtilmeyen, tam tersine münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen çok sayıda kurum ve kuruluşun kadrolarının da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle ihdas edileceğini vazetmektedir. Kuralın kapsamında olan Kamu Denetçiliği Kurumu (m. 74), Anayasa Mahkemesi (m.149), Yargıtay (m.154), Danıştay (m.155), Hakimler ve Savcılar Kurulu (m.159), Sayıştay (m.160), üniversiteler (m.130), Yükseköğretim Kurulu (m.131) ve Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu (m. 134) gibi kurumların kuruluşunun kanunla düzenleneceği Anayasa'da açıkça öngörülmektedir. Bu nedenle dava konusu CBK kuralının Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda çıkarıldığı açıktır.

36. Bu noktada özellikle hâkim ve savcıların kadrolarının *kanunla* ihdasının yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını korumaya yönelik bir anayasal güvence olduğunu belirtmek gerekir. Anayasa'nın 140. maddesi uyarınca "*Hâkim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri... ve diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir*". Kadro ihdasının maddede sayılan bu hususlarla doğrudan ilgili olduğu izahtan varestedir. Aynı şekilde, Anayasa'nın 159. maddesi Anayasa Mahkemesinin kuruluşunun kanunla yapılacağını, dolayısıyla kadroların da kanunla ihdas edileceğini belirtmektedir. Anayasa'ya göre diğer yüksek mahkemeler olan Yargıtay ve Danıştayın kuruluşları da "*mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir*". Bu nedenle tüm hâkim ve savcılarının, Yargıtay ve Danıştay üyeleri dahil bu kurumlarda görev yapan yargı mensuplarının kadrolarının yürütme tarafından ihdas edilmesini öngören CBK kuralının yukarıda zikredilen anayasal hükümlerle telifi mümkün görünmemektedir.

37. Açıklanan gerekçelerle kural, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci, ikinci ve üçüncü cümlelerine aykırıdır. Dava konusu kuralın konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olduğunu düşündüğümünden çoğunluğun red yönündeki kararına katılmıyorum.

Başkan

Zühtü Arslan

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 10.7.2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren (2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (CBK) 5. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir; "Bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadroları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle ihdas edilir." Öncelikle ifade etmeliyiz ki Anayasallık denetiminin ikinci aşaması olan, kuralın içerik yönünden Anayasaya aykırı bulunmadığı görüşüne iştirak etmekteyim. Buna karşın Mahkememiz çoğunluğu tarafından anılan kuralın; *konu bakımından yetki yönünden* Anayasaya aykırı bulunmadığı şeklindeki görüşüne aşağıdaki hukuki nedenlerle katılmamaktayım.

2. Anayasa Mahkemesi CBK kurallarının denetiminde konuyu öncelikle Anayasanın CBK'ların düzenlenebilmesi için verdiği konu ve yetki yönünden incelemektedir. Başka deyişle

yasama yetkisine ilişkin asli ve genel düzenleme yetkisine karşın Anayasada 104. maddenin 17. fıkrasının ilk cümlesi uyarınca istisna olarak “yürütme yetkisine ilişkin konular” ile sınırlı şekilde CBK çıkarma yetkisi tanınmıştır. Bu istisnai yetki ayrıca Anayasanın 106/son maddesinde olduğu gibi diğer bazı konuları da kapsamaktadır. Öte yandan Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasında CBK kurallarının ihdası yönünden genel ve temel hükümler öngörülmüştür. Anılan fıkra da belirtilen bu hükümler tüm CBK’lar yönünden uyulması gereken ilkeleri ifade etmektedir. Bununla birlikte Anayasada CBK çıkarılması öngörülen özel CBK alanları da söz konusu olduğundan, 104/17. maddedeki temel hükümlerin uygulama alanının, somut olaya göre ilgili hükümlerin birlikte değerlendirilerek belirlenmesi gerekmektedir.

3. İncelemeye konu (2) numaralı CBK’nın 1. maddesinde amacın, Kararname kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarına ait kadro ve pozisyonların ihdası, iptali ve kullanılmasına dair esas ve usullerin düzenlenmesi olduğu ifade edilmektedir. İlk olarak, kadro ihdasının yürütme yetkisiyle ilgili olup olmadığına değinilmelidir. Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında kadro ihdası konusunun kanunla düzenlenmesi gerektiğini belirttiği gibi, bütçe hakkıyla ilişkilendirerek *yasama alanına ilişkin bir konu* olarak değerlendirmiştir (bkz. AYM 2016/47 E. – 2018/10, 14.2.2018, par. 35-36; AYM 2013/24 E. – 2013/133, 14.11.2013; AYM 1987/21 E. – 1988/25 K. 28.6.1988). Görüldüğü üzere AYM kararlarında kadro ihdası *bütçe hakkı* kapsamında (AY 87, 162) görülmüştür. Bu durumda konu, yürütme yetkisi içerisinde değerlendirilemeyeceği gibi kadro ihdasının kanunla düzenlenmesinin zorunlu bulunması nedeniyle kural, Anayasanın 104/17. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

4. Öte yandan Anayasanın 123/1. maddesinde idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Bununla birlikte Anayasada CBK’lar bakımından bu hükmün istisnasını oluşturan birkaç düzenleme bulunmaktadır. Anayasanın 106. maddesinin son fıkrası gereği bakanlıkların kuruluş ve görevleriyle ilgili yetki ile Devlet Denetleme Kurulu (AY 108/son) ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği (AY 118/son) yönünden CBK ile düzenleme yapılması özel olarak kabul edilmiştir. Şu halde özel olarak belirtilen hususlar dışında idarenin teşkilatının bir parçası olan kamu görevlilerine ilişkin kadronun ihdasının da kanunla düzenlenmesinin zorunlu olduğu sonucuna ulaşılması gerekmektedir. Nitekim AYM daha önce verdiği bir kararda *kadronun bir kurumun kuruluşunun bir parçası olduğunu* ifade etmiştir (AYM 1965/32 E. – 1966/3 K. 4.2.1966). Başka bir anlatımla, bir kuruma ilişkin kadro düzenlemesi, kurumun kuruluşuyla ilgili bir hukuki mesele olarak kabul edilmektedir.

5. Diğer taraftan Anayasada bir kısım kurumlar hakkındaki düzenlemelerin de kanunla yapılması gerektiği belirtilmektedir. Örneğin Üniversiteler (AY 131); Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu (AY 134) gibi kurumlar ile Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Hakimler ve Savcılar Kurulu, Sayıştay ve mahkemeler (AY 149, 154, 155, 159, 160, 142) gibi yargı kurumlarının kuruluşlarının yalnızca kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. İncelenen kuralda ise, kapsamına girmesi nedeniyle bu paragrafta belirtilen ve kanunla düzenlenmesi gereken tüm kurum ve kuruluşlar bakımından kadro ihdası veya iptali yönünden CBK yetkisinin geçerli olduğu belirtilmektedir. Kural bu yönüyle de Anayasanın 104/17. maddesinde belirtilen, münhasıran kanunla düzenlen konularda CBK çıkarılamayacağına ilişkin temel hükme aykırıdır.

Başkanvekili

Hasan Tahsin
GÖKCAN

KARŞI OY

1. Mahkememiz çoğunluğunca 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan (2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının konu bakımından yetki yönünden ve içerik bakımından Anayasa’ya aykırı olmadığına karar verilmiştir.

2. Anayasa’da, CBK çıkarma yetki ve koşulları, genel anlamda 104. maddenin on yedinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bunun dışında başka bazı maddelerde de Anayasa tarafından belirlenmiş bazı konularda Cumhurbaşkanı’nın CBK çıkaracağı ayrıca ve özel olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla söz konusu hükümlerin Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına nazaran özel nitelikte düzenlemeler oldukları anlaşılmaktadır.

3. Bu bağlamda, Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına bakıldığında ise Anayasa’da Cumhurbaşkanı’na CBK çıkarma yetkisi verilirken, kanunlardan farklı olarak, bu yetkiye ilişkin konu bakımından bazı sınırlamalar öngörüldüğü; bu sınırlamaların fıkranın ilk dört cümlesinde düzenlendiği görülmektedir.

4. Hal böyle olunca, bir CBK kuralının Anayasa’ya uygunluk denetiminde, kuralın içerik yönünden denetlenmesinden önce konu bakımından yetki kurallarına uygun olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

5. Bu denetimin nasıl yapılacağı kararın “*A. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Çerçevesi ve Yargısal Denetimi*” başlığı altında açıklanmıştır. Burada yapılan açıklamalara ilave olarak belirtmek gerekir ki, söz konusu denetimin, CBK’lara ilişkin olarak Anayasa’da yer alan düzenlemelerin birlikte ele alınması ve mümkün olduğu ölçüde Anayasa’nın bütünlüğü içinde sistematik bir yorum yapılmak suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

6. Kuşkusuz anılan başlık altında ifade edilen Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasındaki sınırlamalar, Anayasa’nın anılan maddesinde genel olarak düzenlenen CBK çıkarma yetkisi yönünden getirilmiş olup bunların Anayasa’da CBK ile düzenleneceği özel olarak (ayrıca) belirtilen konularda aynı şekilde geçerlilik kazanması mümkün değildir. Zira Anayasa’da CBK ile düzenleneceği açıkça ve özel olarak düzenlenen konulara ilişkin kuralların, Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen kimi kurallardan ayrılan hükümler içerdiği (öngördüğü) açıktır.

7. Bu itibarla bir CBK kuralının Anayasa’ya uygunluğunun denetiminde konuya ilişkin tüm Anayasa hükümlerinin birlikte gözetilmesi gerekmektedir. Nitekim Anayasa’nın Geçici 21. maddesinin (B) fıkrasında yer alan hükümler ile bu hükümler uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gerçekleştirilen bazı işlemler de varılan bu sonucu doğrulamaktadır.

8. Dava konusu kuralda “*Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadroları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdas edilir*” düzenlemesi yer almaktadır.

9. Söz konusu CBK’nın 1. maddesinde, bu kararnamenin amacının, kapsamında bulunan kamu kurum ve kuruluşlarına ait kadro ve pozisyonların ihdasına, iptaline ve kullanılmasına dair esas ve usulleri düzenlemek olduğu; 2. maddesinde bu kararnamenin 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan

idareler ile bunlara bağılı döner sermayeli kuruluşlar, kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle kurulan diğere idareler, fonlar ve kefalet sandıkları hakkında uygulanacağı belirtilmiş, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay ve Hâkimler ve Savcılar Kurulu ile Sayıştay da 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I) sayılı cetvelde gösterilmiştir.

10. Söz konusu CBK hükümlerinin uygulanmayacağı kadro ve pozisyonlar ise 3. maddede gösterilmiş, Hâkimlik ve savcılık mesleklerinde bulunanlar ile bu mesleklerden sayılan görevlere ait kadrolar bu maddede yer almamış, maddede söz konusu kararname hükümlerinin yalnızca Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı personelinin kadro ve pozisyonları ile milli güvenlik sebebiyle gizli kalması gereken kadro ve pozisyonlar hakkında uygulanmayacağı belirtilmiştir.

11. 4. maddesinde bu kararname kapsamına giren kurum ve kuruluşların; a) 657 sayılı Kanuna tabi memur kadrolarının ekli (I) sayılı cetvelde, b) Hâkimlik ve savcılık mesleklerinde bulunanlara ve bu mesleklerden sayılan görevlere ait kadrolarının (II) sayılı cetvelde, c) Öğretim elemanı kadrolarının (III) sayılı cetvelde, ç) Sözleşmeli personel pozisyonlarının (IV) sayılı cetvelde, d) İşçi kadrolarının (V) sayılı cetvelde düzenleneceğı; 5. maddenin dava konusu (1) numaralı fıkrasında ise bu kararname kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadrolarının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdas edileceğı hükmü yer almıştır.

12. Görüldüğü üzere, Hâkimlik ve savcılık mesleklerinde bulunanlar ile bu mesleklerden sayılan görevlere ait kadrolar, 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan (2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin kapsamında bulunmaktadır.

13. Hal böyle olunca, çoğunluk görüşüne dayalı kararda yer verilen “ ... Dava konusu kural dikkate alındığında kuralın yürütme yetkisine ilişkin konular dışında kalan hususlarda örneğın Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi kurumların yargı yetkisini kullanan kamu görevlileriyle ilgili bir düzenleme niteliğı taşımadığı, kuralla genel olarak kadro ihdasının CBK’yla düzenlenebileceğinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralın sadece Anayasa gereğı CBK ile düzenlenebilecek kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK’yla ihdas edilmesini içerdığı anlaşılmaktadır.” (& 21) “... Buna göre yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının ihdası gibi konuları içermediğı anlaşılan kuralın Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır. ... ” (& 22) biçimindeki değerlendirmelere ve bu değerlendirmeler neticesinde ulaşılan sonuca katılmak mümkün değildir.

14. Öte yandan kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası, başka bir deyişle bunlara ait kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Başka bir anlatımla, bir kuruma ilişkin kadro düzenlemesi, kurumun kuruluşuyla ilgili bir hukuki mesele olarak kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesinin bir kararında da (E:1965/32, K:1966/3, 04.02.1966) belirtildiğı üzere, “Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünün bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütününü kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur.”

15. Bu itibarla CBK’yla düzenleneceğı özel olarak öngörülmüş kurum ve kuruluşlara ait Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği kadro ve pozisyonların CBK ile düzenlenebileceğinde kuşku bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasaya göre münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken kurum ve kuruluşlara ilişkin kadroların ise CBK ile düzenlenmesi mümkün değildir.

16. Dava konusu kural kapsamında konu bakımından yetki yönünden CBK ile düzenlenebilme bakımından herhangi bir anayasal sorun taşımayan kadrolar bulunmakla birlikte, yukarıda da izah edildiği üzere Anayasa’da CBK ile düzenlenme konusunda özel bir yetki verilmediği gibi tersine kanunla düzenlenmesi gerektiği açıkça ifade edilmiş (Örneğin, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi) kimi kurum ve kuruluşların kadro ve pozisyonlarının da kapsamda olduğu görülmektedir.

17. Hal böyle olunca kimi kurum ve kuruluşlara ait kadro ve pozisyonlar için konu bakımından yetki yönünden Anayasa’ya aykırı olmayan dava konusu kural, kapsamına aldığı kimi kurum ve kuruluşlara ait kadro ve pozisyonlar için ise Anayasa’ya aykırılık oluşturmaktadır.

18. Belirtilen duruma göre, kimi kurum ve kuruluşlar yönünden kuralın *konu bakımından yetki yönünden* iptaline, kimi kurum ve kuruluşlar yönünden ise iptal talebinin reddine karar vermek gerekmekte ise de, hem yargılama usulü bağlamında ortaya çıkabilecek teknik zorluklar ve hem de CBK ile düzenlenebilecek olan kadro ve pozisyonların iptal kararı üzerine yeniden düzenlenmesinin önünde herhangi bir anayasal engel bulunmaması gözetildiğinde kuralın bir bütün olarak *konu bakımından yetki yönünden* iptali gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

19. Açıklanan nedenlerle kararın, kuralın *konu bakımından yetki yönünden* iptali talebinin reddine ilişkin kısmına katılmıyorum.

20. İçerik yönünden ise kuralın Anayasa’ya aykırı olmadığını düşündüğümden kararın buna ilişkin kısmına iştirak ediyorum.

Başkanvekili

Kadir ÖZKAYA

EK GEREKÇE

1. 21/1/2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa değişikliğinin referandumla kabulü sonrasında yürürlüğe giren “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi” uyarınca Başbakanlık makamı ve Bakanlar Kurulu yürürlükten kaldırılmış ve evvelce mevzuatta bu makam ve kurula tanınmış yetkiler Cumhurbaşkanlığı makamına geçmiştir. Evvelce, kamu kurum ve kuruluşlarının kendi teşkilat kanunlarının yollamasıyla 78 ve 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler (KHK) ekindeki listelere bu kadrolar devredilmiş ve ihtiyaç duyulan kadro tadilleri Bakanlar Kurulunca belli aralıklarla yapılmış iken; gene ilgili Anayasa düzenlemelerinin âmir hükümleri gereği, 2/7/2018 tarih ve 703 sayılı KHK’nin geçici 9-11 nci maddeleri uyarınca bu konudaki tüm yetkiler Cumhurbaşkanına geçmiş ve 2 No’lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile de 10/7/2018 tarihinden itibaren bu yetki fiilen kullanılmış bulunmaktadır. Genel Kadro ve Usulü Hakkında 2 No’lu CBK’nın 4. maddesi uyarınca, bu CBK kapsamına giren kurum ve kuruluşlarda görev yapanların kadroları, statülerine göre beş ayrı cetvel halinde düzenlenmiş; anılan CBK’nın Geçici 1. maddesi uyarınca da, söz konusu cetvellerde yer alacak kadro ve pozisyonların en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanınca onaylanmasını takiben, bu CBK’nın ekini teşkil edeceği belirtilmiştir. Diğer bir deyişle, 2 Nolu CBK bütünüyle 78 ve 190 sayılı KHK’ların yerini almış; ayrıca

Cumhurbaşkanının kurulmasını uygun gördüğü yeni idari yapılar bakımından da bir hukuki zemin teşkil etmiş; evvelce teşkilat Kanunları ile yapılan kadro düzenlemeleri de yürürlükten kalkarak, yerlerini 2 Nolu CBK'ya devretmiştir. Bu, Anayasa'nın öngördüğü yeni hükümet sisteminin doğal bir sonucu olup, CBK ile pek çok kanun hükmünün değiştirildiği şeklinde anlaşılamaz. Çünkü, sayıları pek çok olan teşkilat kanunları da esasen anılan KHK'lara yollama yaparak ek listelere kadrolarını ithal etmekte olduğundan ve bu kadroların kullanılışı bakımından da Bakanlar Kurulu yetkili kılındığından, artık Bakanlar Kurulunun yerini alan Cumhurbaşkanınca bu yetkinin kullanılması da işin doğası gereğidir.

2. Kuralın genel yargı organları ve yüksek yargı mercileri bakımından yargı bağımsızlığı ilkesiyle bağdaşmadığı düşüncesine de katılmak mümkün değildir. Anayasa'nın 138., 139., 140., 149., 154., 155., 158. ve 159. maddelerinin açık hükümleri karşısında, esasen hakim ve savcılar ile yüksek yargı organları üyelerinin kadroları kanunla belirlenmek durumunda olduğundan; 2 Nolu CBK ile sadece yargı teşkilatında görev yapan idari personel yönünden bir düzenleme yapılabilmesi mümkündür. Dolayısıyla anılan özel kanun hükümlerinin zaten bir CBK ile değiştirilebilmesi, düzenlenebilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan, iptal istemine konu kuralın anılan kanunlara tabi yargı mensupları bakımından da bir düzenleme öngördüğü kabul edilemez ve bu konuda mevcut düzenlemeden böyle bir sonuç çıkarılamaz. Dolayısıyla, bu yönden de kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

3. Kuralın iptali istemiyle açılan davada verilen red gerekçesinin bu hususlara da dayandırılması gerektiği kanaatinde olduğumdan, karara bu ek gerekçe ile katılıyorum.

Üye

Serdar
ÖZGÜLDÜR

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. İptali istenen (2) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (CBK) 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında *“Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadroları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdas edilir”* düzenlemesi yer almaktadır.

2. Dava konusu kuralla ilgili anayasal değerlendirmeye geçmeden önce konuyla sıkı bağlantısı olan kuvvetler ayrılığı ilkesi üzerinde kısa da olsa durmak gerekmektedir.

3. Gücün sınırlanması insanın toplumsal olarak örgütlenmeye başladığı ilk zamanlardan bu yana hayati bir konu olarak varlığını sürdürmektedir. Öyle ki, insanlığın en eski yazılı metinlerinde bile bu yakıcı sorun karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, bundan yaklaşık dört bin yıl önce yazılan Gılgamış destanının ana temalarından biri de gücün sınırlanması ve dengelenmesidir.

4. Tarihsel süreç içerisinde de Aristo'dan, Ibn-i-Haldun, Locke, Montesquieu, J.S. Mill ve Madison'a, onlardan Hayek, Rawls, Dworkin ve Alexy'e kadar uzanan geniş bir yelpazede çeşitli

filozof, düşünür, hukukçu, siyasetçi ve devlet adamı gücün dizginlenmesi, iktidarın sınırlandırılması ve denetlenmesi konusunda kuvvetler ayrılığı eksenli bir uzlaşıda bulundu.

5. Anayasalcılık düşüncesi tarihsel olarak siyasal gücün kuvvetler ayrılığı ile sınırlandırılarak iktidarın paylaşılmasını, devlet organları arasında işbölümünün sağlanmasını ve bunlar arasında ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkları çözmeyi amaçlamıştır. Anayasal demokrasilerin en temel dayanaklarından biri olan kuvvetler ayrılığı ilkesi, devlet iktidarının yasama, yürütme ve yargı olarak üçe ayrılmasının iktidarın tek bir elde toplanmasının doğuracağı mahsurların önlenmesi varsayımına dayanmaktadır. Aslında bu bir varsayımın ötesine geçerek tarihsel deneyimler ışığında olgusal bir temele de kavuşmuştur. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin temel tarihsel işlevi iktidarın tek bir erkte yoğunlaşmasını önlemek ve farklı erklerce yürütülen işlevlerin dengeli dağılımını sağlayarak anayasalarda belirlenen hedeflere ulaşma yönünden katkı sağlamak olmuştur.

6. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin üzerine inşa edildiği temel gerekçelerden biri de her bir erkin kendi özerk alanına ait işlevleri yerine getirirken diğer erklerin alanına müdahil olmaktan kaçınmasının sağlanmaya çalışılmasıdır. Bu ilke aslında ayrılıktan ziyade devlet organları arasındaki farklılıkların vurgulanması, güçlerinin dengelenmesi ve bu organların bünyelerine uygun olmayan yetkileri kullanması ve işlevlere sahip olmasının önüne geçilmesi anlamına gelmektedir. Kuvvetler ayrılığı yasama, yürütme ve yargı arasında işlevsel bir ayrışmanın gerekli olduğu kadar kamusal fayda ve ortak iyi adına bir denge ve denetleme anlayışı içinde erklerin kendi yetki alanlarını koruyarak karşılıklı etkileşim ve diyalog içinde bulunmalarını da gerekli kılmaktadır.¹ Bu görevini yerine getirirken negatif olarak hükümet gücünü sınırlamakta ve denetlemekte, pozitif olarak da farklı kurumların işleyişini düzenlemektedir.

7. Modern dünyada otokratik veya müstebit bir etkinliğe sahip devlet ile etkisiz, zayıf bir devlet idaresi arasında optimal denge kurulması ve bunun sürdürülmesi bir zorunluluktur. Kuvvetler ayrılığı bunu sağlamanın önemli bir aracıdır. Kuvvetlerin birbirlerinin sahasına müdahale etmesini en aza indirmek için de çeşitli denge ve denetleme mekanizmaları oluşturulmuştur. Yasama, yürütme ve yargı erkleri hukukun tayin ettiği sınırlar dahilinde işlevlerini yerine getirmek, yetkilerini kullanmakla mükelleftir ve bu bakımdan hukuk devleti ile kuvvetler ayrılığı birbirini tamamlamaktadır.

8. Kuvvetler ayrılığı hukukun üstünlüğü ile birlikte düşünülmelidir. Bu çerçevede içinde anayasa yargısının görevi yasama ve yürütmenin işlem ve eylemlerinde anayasaya uyup uymadıklarını denetlemektir. Modern toplumsal ve ekonomik yaşamın neden olduğu zorunluluklardan dolayı yürütmenin gücünün artması, bu gücün denetimini önemli bir konu olarak karşımıza çıkartmaktadır. Anayasallık denetiminde, yürütmeye verilen yetkilerin anayasaya uygunluğu denetlenerek, anayasaya aykırılık tespiti halinde bu yetkilerin iptali söz konusudur. Bu sayede anayasa mahkemeleri kuvvetler ayrılığının gerektirdiği hassas denge ve denetlemeye katkı sunmakta ve demokratik yönetimle anayasal ilkelerin ve temel hakların korunmasını birbiriyle bağdaştırmaya çalışmaktadır. Burada asla unutulmaması gereken husus, anayasa mahkemelerinin bu işlevi yerine getirirken anayasa ile sınırlandırıldıkları gerçeğidir.

9. Yukarıdaki girizgahdan sonra dava konusu kuralı incelemeye başlayabiliriz.

10. Anayasa’da Cumhurbaşkanı’na CBK çıkarma yetkisi verilmekle birlikte bu yetki sınırsız değildir. Kanunlardan farklı olarak Anayasa’da CBK ile düzenlenecek konular sınırlandırılmıştır.

¹ Maldonado, Daniel Bonilla, “The Conceptual Architecture of the Principle of Separation of Powers,” *The Evolution of the Separation of Powers: Between the Global North and the Global South*, David Bilchitz ve David Landau (der.), 2018, Edward Elgar Publishers, Cheltenham, s.150, 155.

Bu sınırlamalar Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk dört cümlesinde düzenlenmiştir.

11. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde, *yürütme yetkisine ilişkin* olmak şartıyla kararname çıkarma konusunda Cumhurbaşkanına genel bir yetki tanınmıştır. Fıkranın devamında da bu yetkinin tabi olduğu sınırlamalara yer verilmiştir. Buna göre, fıkranın ikinci cümlesinde, *Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişinin hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin* kararnameyle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Fıkranın üçüncü cümlesinde Anayasada *münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda* ve dördüncü cümlesinde de *kanunda açıkça düzenlenen konularda* kararname çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla belirtilen alanlarda CBK ile düzenleme yapılması anayasal olarak mümkün değildir.

12. Sistematiik olarak Anayasayı değerlendirdiğimizde, yasamanın asliliği, genelliği, yasama yetkisinin devredilemezliği ve idarenin kanuniliğinin anayasal kimliğimizin önemli bir parçasını oluşturduğunu görmekteyiz. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine gečilmesi ve bu doğrultuda bazı anayasa değişikliklerinin yapılması, yasama organının alanını Anayasada öngörölenden daha fazla daraltacak geniş yetkilerin yürütme organına tanındığı anlamına gelmez. Anayasa'nın 7. maddesini, 8. maddesini, 87. maddesini, 104. maddesinin on yedinci fıkrasının tamamını, 123. maddesinin birinci fıkrası ile 128. maddenin ikinci fıkrasını bir bütün olarak dikkate aldığımızda Anayasa koyucunun kanunu, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin (CBK) üstünde gördüğünü kabul etmek gerekir.

13. Dava konusu kural (2) numaralı CBK kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadrolarının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdas edilmesine olanak tanımaktadır. Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Kuralın kapsamına ilgili Kararnamenin 3. maddesinde yer verilen istisnalar dışında yargı kurumları da dâhil olmak üzere neredeyse bütün devlet teşkilatı girmektedir.

14. Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türk milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesine göre *“Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Bu hükme yer veren anılan maddenin gerekçesinde yasama yetkisinin parlamentoya ait olması hususu demokrasi rejimini benimseyen siyasi rejimlerde kaçınılmaz bir durum olarak nitelendirilmiştir”* (E. 2019/28, K.2019/57, 26/6/2019 ř 5).

15. Dava konusu kuralı Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesine göre incelediğimizde, kadro ihdasının bütçe hakkını elinde tutan yasama organına ait olduğundan yürütme yetkisiyle bir ilgisinin olmadığı görölmektedir. Anayasa Mahkemesi bir kararında, kamu kurum ve kuruluşlarında personele yapılan ödemelerin, bu kurum ve kuruluşların bütçeleri içindeki harcama kalemlerinin önemli ve vazgeçilmesi mümkün olmayan bölümlerini oluşturduğunu, aylık ve ödeneklerini bu bütçelerden alacak olan memurların kadrolarının da TBMM onayına sunulması, kanunla düzenlenmesi gerektiğini belirterek kadro ihdasını TBMM'nin bütçe hakkıyla ilişkilendirmiştir (E.2013/24, K.2013/133, 14/11/2013. Benzer bir karar için bkz. E. 2016/47, K. 2018/10, 14/2/2018).

16. Kaldı ki, kuralın kapsamında olan yargı mensuplarının kadrolarının ihdas edilmesi de yürütme yetkisi içinde görölemez. Yargı erkine ait kadroların CBK ile tesis edilmesi kuvvetler

ayrılığı açısından son derece sakıncalı bir duruma yol açarak yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı üzerinde onarılması güç olumsuz etkilere yol açabilecektir.

17. Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik içtihadı yargıya güvenin sağlanması, sürdürülmesi ve korunmasında yargı organlarının bağımsız ve tarafsız olması kadar bağımsız ve tarafsız görünmesinin, öyle algılanmasının da hayati öneme haiz olduğunu kabul etmektedir. Bir kararda, Anayasa Mahkemesi, “*Kanunla kurulmuş bir mahkemenin idareye ve davanın taraflarına karşı ‘bağımsız’ olup olmadığının belirlenmesinde; üyelerinin atanma şekli ve görev süreleri, dış baskılara karşı teminatların varlığı ve mahkemenin bağımsız olduğu yönünde bir görüntü sergileyip sergilemediği önem arz etmektedir*” tespitini yapmıştır (Kenan Özteriş, B. No: 2012/989, 19/12/2013, § 34. Aynı yöndeki AİHM kararı için bkz: İbrahim Gürkan/Türkiye, B. No: 10987/10, 3/7/2012, § 13).

18. Benzer şekilde, Türk Yargı Etiği Bildirgesi ve muadili uluslararası bildirgeler de bu konunun önemine dikkat çekmektedir. Dolayısıyla, dava konusu kural yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda hem toplumsal hem de bireysel düzlemde soru işaretlerinin oluşmasına ve bunların artmasına neden olabilecektir.

19. Konu bakımından yapılan denetimde kuralın, her ne kadar Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesine aykırılık teşkil ettiği sonucuna ulaşılmışsa da CBK müessesesinin mevcut anayasal düzenimizdeki yerinin ne olduğu ve sınırlarının nasıl çizilmesi gerektiği gibi hususların aydınlatılmasına katkı sağlamak açısından fıkra da var olan diğer ölçütler veya testler yönünden incelemenin sürdürülmesinde hukuki yarar mevcuttur. Bu çerçevede ışığında, Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan ve kısaca temel haklar testi olarak da niteleyebileceğimiz ölçüte göre Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler kapsamında CBK çıkarılamaz.

20. İptali talep edilen kuralla öngörülen kadro ihdası bir kadroya tanınan özlük haklarını da kapsamaktadır. Mahkememiz, Anayasa’nın 35. maddesinde korunan mülkiyet hakkının, “*ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı haklarını*” içerdiğini tespit etmiştir (E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, §§ 20, 21). Anayasa Mahkemesi bir kararında da “*Kadro unvanı, personelin yerine getireceği görevlerini, yetkilerini, haklarını ve yükümlülüklerini, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük haklarını ifade etmektedir. Kadro derecesi ile personelin özellikle aylık ve ödenekleri ve diğer özlük hakları bakımından sıkı bir bağ bulunmaktadır*” şeklinde bir değerlendirme yapmıştır (E.2002/35, K.2007/95, 12/12/2007. Benzer bir karar için bkz. E.2005/139, K.2007/33, 22/3/2007).

21. Kadro ihdas edilirken kadronun derecesi ve ünvanı da belirlendiğinden kamu görevlilerinin alacağı aylık ve ödeneklerle diğer özlük haklarıyla kadro ihdası arasında doğrudan ve çok yakın bir bağlantı vardır. Bu nedenle, iptali istenen kural Anayasanın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkıyla ilgili bir düzenleme içerdiğinden Anayasanın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesine de aykırılık taşımaktadır.

22. Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkranın üçüncü cümlesinde vücut bulan testi ise kısaca münhasıranlık testi olarak ifade edebiliriz. Buna göre Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamaz. Ancak Anayasa’da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm de bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir. Mesela, Mahkememiz bir kararında “*Bu maddede yer alan düzenleme, idarenin kanuniliği ilkesine vücut vermektedir.*

İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin organlarının görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesini gerekli kılar... İdarenin kanuniliği ilkesi idarenin hizmet birimleri ile bu birimlerin kadro ve görev unvanlarının ve görevlerinin kanunla düzenlenmesini de içerir” şeklinde bir sonuca ulaşmıştır (E.2013/47, K.2013/72, 6/6/2013. Benzer yöndeki kararlar için bkz. E.2016/180, K.2018/4, 18/1/2018, § 17; E.2017/51, K.2017/163, 29/11/2017, § 13). Kısaca vurgulamak gerekirse, Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı’nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır.

23. Anayasa’nın 123. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. / İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır*” denilmiştir. Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde de “*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir*” hükmü yer almaktadır.

24. Dava konusu kural kapsamına giren kurum ve kuruluşlar 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 bu madde uyarınca kanunla düzenlenmesi gerekir (E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019, § 139). İdarenin kanuniliği ilkesi açısından bir CBK kuralı Anayasa’nın CBK’larla düzenlenmesine izin verdiği konulara ait değilse, Anayasa’nın 123. ve 128. maddeleriyle ilişkili olarak 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine uygun düşmeyecektir.

25. Anayasa’nın 108. maddesinde Devlet Denetleme Kurulunun (DDK) üyelerinin özlük işlerinin CBK ile düzenleneceği belirtildiğinden DDK dışında incelediğimiz CBK kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK ile ihdas edileceğinin öngörülmesi kadro ihdasının kanunla düzenlenmesi yolundaki anayasal kuralla uyumlu değildir.

26. İptali istenen kuralın Anayasa’nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının birinci, ikinci ve 123. ve 128. maddeleriyle bağlantılı olarak üçüncü cümlelerine aykırı olduğu düşüncesiyle karara katılmıyorum.

Üye

Engin
YILDIRIM

KARŞIOY GEREKÇESİ

(2) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin (CBK) 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal talebinin reddine karar verilmiştir.

Red kararının gerekçesinde; kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdasının idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin bir parçasını oluşturduğu, dolayısıyla

kuralın yürütme yetkisine ilişkin konulardan olduğu, Anayasanın İkinci Kısımının Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle Dördüncü Bölümünde yer alan siyasi haklara ve ödevlere ilişkin düzenleme içermediği, Anayasanın 106., 118. ve 123. maddelerinin son fıkralarında belirtilen idarelerin teşkilat yapısına ilişkin olduğu anlaşılan kuralın 123. madde ile bağlantılı olarak 104. maddenin onyedinci fıkrasının üçüncü cümlesine göre kanunla düzenlenmesi öngörülen konulara ilişkin bir düzenleme yapmadığı gibi daha önce kanunlarda da açıkça düzenlenmediği, bu nedenlerle konu yönünden Anayasanın 104. maddesine aykırı olmadığı belirtilmiştir.

İncelenen kuralla, bu CBK kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK ile ihdas edileceği hükme bağlanmıştır.

Bilindiği üzere, 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) yürürlükten kaldırılmış ve bu KHK’da düzenlenen hususlar (2) numaralı CBK ile düzenlenmiştir. 190 sayılı KHK’nın 6. maddesindeki “Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 2 nci maddesinin (a) ve (b) bentlerinde sayılan kamu kurum ve kuruluşlarının kadroları kanunla ihdas edilir” hükmü yerine, (2) numaralı CBK’nın 5. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile bu CBK kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK ile ihdas edileceği şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. CBK’nın 2. maddesinde de, 5018 sayılı Kanuna ekli (I), (II) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların, kanunlarla ve CBK’lar ile kurulan diğer idarelerin, fonların ve kefalet sandıklarının bu CBK kapsamında olduğu belirtilmiştir. 190 sayılı KHK’nın kadro sınıf, unvan, derece ve sayılarının Bakanlar Kurulu kararı ile değiştirilebileceğine ilişkin hükümleri de, bu hususlarda Cumhurbaşkanı kararı ile değişiklik yapılabileceği yönünde değiştirilmiştir.

Başka bir anlatımla, 6771 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliğinden önce kanunla (veya KHK ile) ihdas edilebileceği hükme bağlanan kadroların CBK ile ihdas edilmesi; ihdas edilmiş kadroların sınıf, unvan, derece ve sayılarında Bakanlar Kurulu kararı ile yapılabilecek değişikliklerin de Cumhurbaşkanı kararı ile yapılması öngörülmüştür.

Öncelikle, çoğunluğun “kadro usulüne ilişkin düzenlemeler[in], idarenin teşkilat yapısı ile ilgili ol[du]ğu” yönündeki tespiti isabetli olmakla birlikte, kararda ulaşılan sonucun aksine bu tespitin kadroların kanunla ihdasını zorunlu kıldığını belirtmek gerekir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de, bugüne kadar kadro ihdasını -bunlarda yapılacak sınıf, unvan, derece ve sayı değişikliklerinden farklı olarak- yasama yetkisi kapsamında görmüş; bu konuyu bütçe hakkı ile de ilgili bularak TBMM tarafından incelenip karara bağlanması gereken bir husus olarak değerlendirirken Anayasanın 128. maddesi uyarınca da kanunla düzenlenmesi gereken bir konu olduğunu hükme bağlamıştır (örn. olarak bkz. 28/6/1988 tarihli ve E.1987/21, K.1988/25 sayılı karar).

Anılan kararda; kamu kurum ve kuruluşlarında personele yapılan ödemelerin, bütçedeki harcama kalemlerinin önemli bir bölümünü oluşturduğu, bir idarenin yıllık ödenek ihtiyacı tespit edilirken orada çalışan personelin kadrolarının gözönünde tutulduğu ve bütçeyi kabul edecek organın kadroları da inceleyip onaylaması gerektiği, Anayasaya göre bütçenin TBMM tarafından incelenip karara bağlanması zorunluluğunun aylık ve ödeneklerini bu bütçeden alacak olan personelin kadrolarının da TBMM’nin onayına sunulmasını ve kanunla düzenlenmesini gerektirdiği belirtilerek kadro ihdası konusu bütçe hakkıyla ilişkilendirilmiştir.

Mahkememiz daha sonraki bir kararında da, bütçe içindeki harcama kalemlerinin önemli ve vazgeçilmez bölümlerini oluşturan personel ödemelerinin onların kadrolarına bağlı olduğunu ve

kadro ihdasının kanunla düzenlenmesi gerektiğini belirterek kadro ihdasının bütçe hakkı ile ilgisini tekrarlamıştır (14/11/2013 tarihli ve E.2013/24, K.2013/133 sayılı karar).

Mahkememizin başka bir kararında ise; Anayasanın 123. maddesine göre idarenin kanunîliği ilkesinin, idarenin hizmet birimleri ile birlikte kadrolarının da kanunla belirlenmesini içerdiği, bir kamu hizmetinin teşkilatlanmasının önşartı olan kadroların, personelin görevleri ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük hakları bakımından belirleyici olduğu ifade edilerek kadroların Anayasanın 123. ve 128. maddeleri uyarınca ancak kanunla ihdas edilebileceğine hükmedilmiştir (12/12/2007 tarihli ve E.2002/35, K.2007/95 sayılı karar).

Yakın tarihli bir kararımızda da, Anayasanın 123. ve 128. maddelerine dayanılarak, idarenin bütünlüğü içinde yer alan kurumlarda genel idare esaslarına göre yürütülmekte olan kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevleri ifa eden personelin kadrolarının ihdasına ilişkin kuralların da kanunla düzenlenmesi gerektiği hükme bağlanmıştır (24/7/2019 tarihli ve E.2018/73, K.2019/65 sayılı karar).

Bilindiği gibi Anayasanın 128. maddesinde, devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği belirtilerek memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür. Bütün bu hususların, memurların ve diğer kamu görevlilerinin hukukî durumlarını belirleyen kadroları ile sıkı bir bağ içinde olduğu açıktır.

Bu kapsamda, yukarıda aktarılan kararlarda da belirtildiği üzere, Anayasadan kaynaklanan kanunla düzenleme zorunluluğunun bütçe hakkı ile ilgisinin vurgulanması gerekir. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri ile hakları ve yükümlülüklerinin yanında sayıları ile aylık ve ödeneklerinin yukarıda belirtilen sebeplerle Anayasanın 128. maddesi çerçevesinde kanunî düzenlemeyi gerektirmesinin temelinde, esasen parlamentoların varlık sebebi yatmaktadır. Bu husus sadece anılan görevlere atanacak kişiler açısından değil, bütçe hakkı ile ilgisi itibariyle, genel olarak bütün vatandaşlar açısından da önemli bir güvence oluşturmaktadır.

Yasama organının, halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırları belirleyerek yetki vermesi ve sonuçları denetlemesi anlamına gelen bütçe hakkı, vergi ve benzeri gelirlerle kamu harcamalarının çeşit ve miktarını belirleme, onaylama ve harcamaların sonuçlarını denetleme hakkıdır ve bu hak, kuvvetler ayrılığı esasına dayanan bütün demokratik ülkelerde halk tarafından seçilen yasama organına aittir (26/5/2016 tarihli ve E.2015/7, K.2016/47 sayılı [§ 33, 35]; 14/2/2018 tarihli ve E.2016/47, K.2018/10 sayılı [§ 25]; 14/2/2018 tarihli ve E. 2017/61, K. 2018/12 sayılı [§ 20] kararlarımız.)

Kuşkusuz bu, sadece bütçenin ve bütçeye ilişkin kesinhesabın değil, önceki kararlarımızda da ifade edildiği gibi, bütçe içindeki harcama kalemlerinin önemli ve vazgeçilmez bölümlerini oluşturan memur ve diğer kamu görevlisi aylık ve ödeneklerinin de kanunla belirlenmesini gerektiren bir ilkedir. Nitekim bu ilke uyarınca Anayasanın 128. maddesinde genel olarak memurların ve diğer kamu görevlilerinin; 130. ve 140. maddelerinde de özel olarak öğretim elemanları ile hâkimlerin ve savcılarının aylık ve ödenekleri ile diğer malî haklarının kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür. Böylece Anayasanın anılan hükümleri ile söz konusu görevleri yerine getirenlerin kadrolarının da kanunla belirlenerek, diğer bütün kamu harcamaları gibi bu kamu harcamalarının da yasama organının iznine ve denetimine bağlanması hedeflenmiştir.

Bu itibarla, kadro usulüne ilişkin diğer düzenlemelerin (ihdas edilmiş bulunan kadroların sınıf, unvan, derece ve -toplam kadro sayısında değişikliğe yol açmayacak şekilde- sayılarında yapılacak değişikliklerin) yürütme yetkisine ilişkin olduğunda kuşku bulunmamakla birlikte, kadro

ihdasının bütçe hakkı kapsamında olmasından dolayı yürütme yetkisine ilişkin konulardan olmadığı ve bu sebeple 104. maddenin onyedinci fıkrasının birinci cümlesine; yukarıda belirtilen sebeplerle de kanunla düzenlenmesi gereken konular arasında yer aldığından üçüncü cümlesine göre CBK ile düzenlenemeyeceği açıktır.

Diğer taraftan çoğunluğun red gerekçesinde; Anayasanın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında kamu tüzelkişiliğinin kanun dışında CBK ile kurulmasına da imkân tanındığı, “kurulma yetkisinin doğası itibarıyla düzenlemeyi de içermesi nedeniyle Anayasa’da CBK ile kurulmasına imkân tanınan kamu tüzelkişilerine ilişkin teşkilat düzenlemelerinin CBK ile yapılması”nın ve bunların kadrolarının CBK ile ihdas edilmesinin de mümkün olduğu belirtilmekle birlikte bu görüşe katılmak da mümkün değildir.

Bilindiği gibi, Anayasanın 123. maddesinin birinci fıkrasında idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği hükme bağlanarak genel ilke belirlenmiş; üçüncü fıkrasında ise kamu tüzelkişiliğinin kanun yanında CBK ile kurulmasına da imkân sağlanmıştır. Böylece Anayasa koyucu; Anayasanın başka maddelerinde olduğu gibi 123. maddede de “kurma” ve “düzenleme” kavramlarını ayrı ayrı kullanmıştır.

Esasen buna ilişkin Anayasa değişikliğinde de 123. maddenin üçüncü fıkrasındaki “ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak” ibaresi “kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle” şeklinde değiştirilmiş; buna ilişkin madde gerekçesinde de, değişiklikte kamu tüzelkişiliğinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle de “kurulabilmesine” imkan tanındığı belirtilmiştir.

Bu itibarla, Anayasanın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında, kamu tüzelkişilikleri bakımından CBK’lar için birinci fıkradaki genel ilkeye getirilen istisna sadece bunların kurulmasına ilişkin olup -Anayasanın 106. maddesinin son fıkrasında bakanlıkların kurulması yanında görevleri ve yetkileri ile teşkilat yapısının düzenlenmesi yönünden öngörüldüğü şekilde- düzenleme yapılması konusunda bir istisna getirilmemiştir. Başka bir anlatımla, Anayasa koyucu 106. maddenin son fıkrasında bakanlıkların CBK ile kurulmasına imkân tanırken bunların görev ve yetkileri ile teşkilat yapısının da CBK ile düzenlenebileceğini hükme bağlamış; buna karşılık 123. maddenin son fıkrasında, birinci fıkradaki ilkeye sadece kamu tüzelkişiliğinin “kurulması” bakımından bir istisna getirmiştir.

Nitekim Anayasanın 123. maddesinin son fıkrasının değiştirilmesinden önce de kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kamu tüzelkişilikleri kurulduğunda -“kurma” ve “düzenleme” kavramları arasındaki bu fark dikkate alınarak- sadece kamu tüzelkişiliğinin kurulmasıyla yetinilmiş; tüzelkişiliğin kurulmasına ilişkin kararnama ile, tüzelkişiliği haiz bu yeni idarenin teşkilat yapısı, görev ve yetkileri düzenlenmemiştir (bkz. 12/6/2020 tarihli ve E. 2019/105, K. 2020/30 sayılı kararımıza ilişkin karşıoy gerekçesindeki örnekler).

Sonuç olarak Anayasanın 123. maddesinin son fıkrasının değiştirilmesine ilişkin madde gerekçesinde de, fıkra sadece ibare değişikliği yapıldığının vurgulandığı dikkate alındığında, Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanına bir kanuna dayanmadan kamu tüzelkişiliği kurma yetkisi tanındığını, yani CBK’larla kamu tüzelkişiliğinin sadece kurulabilmesinin benimsendiğini kabul etmek, buna karşılık bunların teşkilatı ile görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi gerektiği yönündeki yerleşik anayasal yorumdan ayrılmamak gerekir.

Anayasanın 7. maddesine göre yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olup yasama yetkisinin genelliği ilkesi Anayasa değişikliğinden sonra da geçerliliğini sürdürmektedir. Anayasanın 106., 118. ve 123. maddelerinin son fıkraları da dahil olmak üzere Anayasanın bazı hükümlerinde öngörülen CBK çıkarma yetkisi ise bu ilkeye getirilmiş bir istisna olduğundan,

istisnaların dar yorumlanması gerektiği yönündeki ilke uyarınca anılan fıkralarda CBK ile düzenleneceği belirtilerek yasama yetkisine getirilen bu istisnaların da dar yorumlanması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle yasama yetkisinin genelliği ve CBK çıkarma yetkisinin dar yorumlanması gerektiği yönündeki ilkeler de 123. maddenin son fıkrasındaki “kurulma” kavramının düzenlemeyi de kapsayacak genişlikte yorumlanmamasını ve Anayasa koyucunun çok açık bir şekilde ortaya koyduğu bu tercihi ve mezkûr kavramları anlamsız kılacak genişletici yorumlardan kaçınılmasını zorunlu kılmaktadır.

Anayasanın 108. maddesinde Devlet Denetleme Kurulunun -teşkilatının yanında- üyelerinin (kadrolarına ilişkin her türlü düzenlemeyi de kapsayacak şekilde) “özlük işleri”nin CBK ile düzenlenmesini öngören hüküm de bunu teyid etmekte ve Anayasa koyucunun 108. maddede Devlet Denetleme Kurulu üyelerinin özlük işlerinin CBK ile düzenlenmesini açıkça öngördüğü dikkate alındığında Anayasanın 106., 118. ve 123. maddelerinin son fıkralarında öngörülen istisnai nitelikteki CBK çıkarma yetkisinin -kadro ihdasının teşkilat yapısı ile ilgili olduğu gerekçesiyle- kadro ihdasını da kapsadığı şeklinde yorumlanmasına imkân bulunmamaktadır.

Bu sebeplerle kadro ihdası -Devlet Denetleme Kurulu üyelerinin kadroları dışında- Anayasa gereğince kanunla düzenlenmesi gereken konulardan olduğundan, incelenen kuralın konu bakımından yetki yönünden Anayasanın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının birinci ve üçüncü cümlelerine aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun red kararına katılmıyorum.

Üye

M. Emin KUZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 10.07.2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan (2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 5. maddesinin “*Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadroları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdas edilir.*” şeklindeki (1) numaralı fıkrasının “*Anayasa’nın 104. Maddesi Yönünden İncelenmesi*” başlığı altında yapılan incelemede Anayasa Mahkemesi çoğunluğu tarafından bu fıkranın 104. maddenin onyedinci fıkrasına aykırı olmadığı kanaatine ulaşılmıştır. Dava konusu fıkranın Anayasa’nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına aykırı olduğu için iptali gerektiği kanaatinde olduğumdan çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

2. İptal davasına konu hükmün yer aldığı (2) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 2. maddesinde kadroları kararnameyle ihdas edilecek kapsamdaki kurum ve kuruluşlar belirtilmektedir. Buna göre 10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle kurulan diğer idareler, fonlar ve kefalet sandıklarının kadroları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdas edilecektir.

3. 5018 sayılı Kanuna ekli (I) sayılı cetvelde yer alan idareler 60 bent olarak sayılan genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri, (II) sayılı cetvelde yer alan idareler 131 bent olarak sayılan Yükseköğretim Kurulu, Üniversiteler ve Yüksek Teknoloji Enstitüleri ile 52 bent olarak sayılan özel bütçeli diğer idareler, (IV) sayılı cetvelde yer alan idareler Sosyal Güvenlik Kurumu ve Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğünden oluşan sosyal güvenlik kurumlarıdır. (2) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin “İstisnalar” kenar başlıklı 3. maddesinde ise bu CBK hükümlerinin Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı personelinin kadro ve pozisyonları ile milli güvenlik sebebiyle gizli kalması gereken kadro ve pozisyonlar hakkında uygulanmayacağı öngörülmüştür.

4. Dava konusu kural kapsamında kadroları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdas edilecek kurum ve kuruluşlar arasında bakanlıklar gibi merkezi idarede yer alan kuruluşlar yanında ayrı kamu tüzel kişiliğine sahip farklı idari birimler ile bütün devlet üniversiteleri ve hatta Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay gibi yüksek mahkemeler de yer almaktadır. Bu yönü ile bakıldığında 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli idarelerin büyük bir çoğunluğu bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına alınarak dava konusu kural gereğince bu kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdası esası benimsenmiştir.

5. Dava konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükmünün konu bakımından yetki yönünden Anayasa’nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına uygunluğunun denetlendiği aşamada Anayasa Mahkemesi çoğunluğunca kuralın bu fıkraya aykırı olmadığı kanaatine ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesince Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konu bakımından yetki boyutu incelenirken esas alınan ölçütlerin sıralandığı Anayasa’nın 104. maddesinin onyedinci fıkrası bağlamında yapılan incelemede ortaya çıkan sonuçlar yönüyle Mahkememiz çoğunluk görüşüne katılmak mümkün gözükmemektedir.

6. Öncelikle iptal davasına konu düzenlemenin Anayasa’nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasındaki “*Cumhurbaşkanı yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.*” hükmüne aykırılık teşkil ettiğini ifade etmek gerekir. Esasında Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin gereği olarak yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması bu yeni hükümet sisteminin amacına uygun biçimde işleyebilmesini sağlamayı hedeflemektedir.

7. Bununla birlikte “yürütme yetkisine ilişkin konular”ın kapsamı dikkatli biçimde tespit edilmelidir. Kavramın aynı zamanda “yürütme veya icranın genel siyaseti” ile olan ilişkisi gereği “yürütme yetkisine ilişkin konular” kapsamına salt icra kudreti ile ilgili olan konuların dışında başka hususların da girme ihtimali gündeme gelebilir. Ancak yürütme yetkisine giren konuların içerisine salt yasamaya ilişkin yetkilerin girmesi ise hükümet sisteminin işleyişinde kabulü mümkün olmayan sonuçlara yol açabilir. Hal böyle olunca Anayasa’nın benimsemiş olduğu kuvvetler ayrılığı ilkesinin ciddi bir şekilde zedelenmesi söz konusu olabilir.

8. Demokratik hukuk devletindeki kuvvetler ayrılığı ilkesi yasama, yürütme ve yargı yetkisinin birbirinden ayrılması ve bu yetkilerin ayrı kişilere verilmesi esasına dayanır. Kuvvetler ayrılığı sayesinde esasında iktidarın sınırlandırılması suretiyle kişilerin anayasal haklarının kamu otoritesi karşısında daha etkili biçimde güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Anayasal devletin tesisindeki bu temel ilke Osmanlı -Türk anayasal gelişmelerinde de gözetilmiştir. Bu bağlamda 1982 Anayasası’nın ilk şeklinde olduğu gibi 2017 Anayasa değişikliklerinden sonraki halinde de kuvvetler ayrılığı ilkesi bu güçlü konumunu korumaktadır.

9. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin en önemli gereklerinden birisi yasama ve yürütme yetkilerinin farklı ellere verilmesi ve yetkilerinin net bir biçimde Anayasa’da belirlenmiş olmasıdır. Bu bağlamda Anayasa’da yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait bir yetki olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği açıkça öngörülmüştür (madde: 7). Anayasa’da yürütme yetkisi ve görevini kullanan Cumhurbaşkanına ise kapsamı Anayasa’nın başta 104. maddesinin onyedinci fıkrası olmak üzere değişik maddelerinde öngörüldüğü şekilde kullanabileceği Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi verilmiştir. Bununla birlikte hükümet sisteminin demokratik niteliği gereğince bütçe hakkı ile ilgili konularda yasama organının geçmişten beri sahip olduğu yetkilerin aynen devam etmekte olduğunu ifade etmek gerekir.

10. İşte tam da bu aşamada dava konusu kuralda düzenlenen kadro ihdası konusunun yürütme yetkisine ilişkin bir yönünün olmadığını, yasamanın yetkisine girdiğini ifade etmek gerekir. Zira bir kurumun kadro ihdası esasında bütçe hakkı ile doğrudan ilgili bir konudur.

11. Demokrasilerde bütçe hakkı ile ilgili düzenleme yapma yetkisinin parlamentolarda olduğu aşikardır. Türkiye’de de bütçe hakkı ile ilgili düzenleme yapma yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu genel kabul görmektedir. (Örnek olarak bkz.: Ömer Faruk Batirel, Kamu Bütçesi, Yedinci Baskı, Marmara Üniversitesi Nihad Sayar Eğitim Vakfı Yay., İstanbul, 1994, s. 5). Bütçe kanunu ve onun uygulanmasının parlamento tarafından denetlenmesinin Meclisin münhasıran devredilemeyen yetkileri arasında kabul edilmesi aynı zamanda parlamentonun halkın kamu maliyesini kontrol etme biçimindeki amacından kaynaklanmaktadır. (Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Bası, Beta Yay., İstanbul, 2018, s. 319).

12. Anayasa’da benimsenen yaklaşımın da bu yönde olduğu ifade edilmelidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında bütçe hakkı ile ilgili bu durumu şu şekilde ifade etmektedir:

“Yasama organının halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırları belirleyerek yetki vermesi ve sonuçlarını denetlemesine bütçe hakkı denilmektedir. Bir başka ifadeyle bütçe hakkı, vergi ve benzeri gelirlerle kamu harcamalarının çeşit ve miktarını belirleme, onaylama ve harcamaların sonuçlarını denetleme hakkıdır. Bu hak, demokratik ülkelerde halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşan yasama organına ait bulunmaktadır.” (Bkz.: E.2016/47, K.2018/10, K. T.14.2.2018, § 25).

13. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine ilişkin Anayasa değişikliği sonrasında da aynı ilkenin geçerli olduğu izahtan varestedir (Bu konuda bkz.: Ferhat Akbey, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Bütçe Hakkı ve Kanunu”, International Journal of Public Finance, 5/1, 2020, s. 1-26).

14. Anayasa Mahkemesinin bir kararında kadro ihdası yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu şu şekilde ifade edilmiştir:

“Kadro ihdas ve iptali bir yandan personel hukuku, öte yandan bütçe rejimi ile ilgili bulunduğundan, dava konusu Geçici Madde ile Bakanlar Kurulu’na verilen yetkinin Anayasa’ya uygun olup olmadığının bu iki açıdan incelenmesi gerekir.

...

Anayasa’nın 162. maddesine göre, genel ve katma bütçeler Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından incelenip karara bağlandığından, aylık ve ödeneklerini bu bütçelerden alacak olan memurların kadrolarının da Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulması, kanunla düzenlenmesi gerekir.

Öte yandan, Anayasa'nın 7. maddesinde 'Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez' denildiğinden, kanun konusu olan bir işlemin Bakanlar Kurulu'na yapılması da olanaksızdır.

Bu itibarla, Koruma Yüksek Kurulu ve koruma kurullarının teşkilatlanması maksadıyla, Bakanlar Kurulu'na kadro iptal ve ihdası yetkisi veren, dava konusu Geçici Madde, Anayasa'nın 129., 162. ve 7. maddelerine aykırı görülmüştür." (Bkz.: E.1987/21, K.1988/25, K. T. 28.6.1988).

15. İfade etmek gerekir ki 2017 Anayasa değişiklikleri sonrasındaki şekliyle anayasal sistemde yasama ve yürütme arasındaki kuvvetler ayrılığı, her ne kadar belli etkileşim mekanizmaları öngörülmüşse de, önceki duruma göre daha da belirginleştirilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'da kadro ihdası gibi doğrudan bütçe hakkı ile ilgili bir konunun ilk elden düzenlenmesinin Türkiye Büyük Millet Meclisinden başka bir organa verilmesine dayanak teşkil edecek bir pozitif anayasal hüküm bulmak mümkün gözükmemektedir.

16. Nitekim Anayasa Mahkemesi oybirliği ile verdiği yakın tarihli bir kararında da kadro ihdası ile ilgili olarak şu değerlendirmeyi yapmıştır:

"Dava konusu kuralda; Jandarma Genel Komutanlığı, Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi ile Sahil Güvenlik Komutanlığının 2017 yılı fiilî kadrolarının 2016 yılı sonuna kadar TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunca belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türk milleti adına TBMM'ye ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiştir. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca kanun koyucunun Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla kural olarak her konuyu kanunla düzenleyebileceği kuşkusuzdur.

Anayasa'nın 123. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında 'İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir./ İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır' denilmiştir. Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde de 'Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir' hükmüne yer verilerek memurlar ve diğer kamu görevlileri özlük hakları bakımından yasal güvenceye kavuşturulmuştur.

Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ek (I) sayılı Cetvel'de genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri arasında sayılmıştır. Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi de 10/3/1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun 13/A maddesi uyarınca jandarma ve sahil güvenlik teşkilatlarının subay ve astsubay ile diğer personel ihtiyacını karşılamak, ön lisans, lisans ve lisansüstü eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın yapmak üzere bünyesinde fakülte, enstitü, astsubay meslek yüksekokulları, eğitim ve araştırma merkezleri ile kurslar bulunan, İşçileri Bakanlığına bağlı bir yükseköğretim kurumu olarak kurulmuştur.

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.

Dava konusu kuralda ise anılan idarelerin 2017 yılı fiilî kadrolarının 2016 yılı sonuna kadar TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunca belirlenmesi öngörülmüştür. Kural bu hâliyle yasama

yetkisinin devri sonucunu doğurmakta, kamu görevlilerinin statülerinin kanunla düzenlenmesi yolundaki anayasal kurala aykırılık oluşturmaktadır". (Bkz.: E.2018/73, K.2019/65. K.T. 24.07.2019. §§ 135-140).

17. Dolayısıyla farklı nitelikteki kamu hizmetlerinin yürütülmesinde o hizmeti yürütecek kişilerde aranan özellikleri ve bu kişilerin sayısını, sahip oldukları hakları, kullanacakları yetkileri ve özlük haklarını düzenleyen bir yönü olduğu dikkate alındığında kadro ihdası ile ilgili düzenlemelerin öncelikle bütçe hakkı ile ilgili olması nedeniyle yasama organı tarafından düzenlenmesi Anayasal bir zorunluluktur. Yukarıda da ifade edildiği üzere Anayasa Mahkemesinin içtihadı da bu yöndedir.

18. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçildikten sonraki dönemde bile kadro ihdası ile ilgili konunun yürütme yetkisine ilişkin konular kapsamında görülmesinin mümkün olmadığını, özellikle de bütçe hakkının gerek kapsamı ve gerekse demokratik hukuk devletindeki tarihsel gelişimi ve şu andaki konumu boyutuyla bakıldığında bu konunun halen yasama organının yetkisi dahilinde kalmaya devam ettiğini vurgulamak gerekir.

19. Yukarıda sıralanan gerekçeyle, dava konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin bütçe hakkı kapsamında olmasından hareketle yasama organı tarafından düzenlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla dava konusu kural Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının birinci cümlesi ile çeliştiğinden, konu yönünden yetki boyutu ile Anayasa'ya aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

20. Bu nedenle çoğunluk kararındaki *"Kadro ihdasının kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat yapısına ilişkin olduğu ve kural ile (2) numaralı CBK kapsamındaki kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK ile ihdas edileceğinin hükme bağlandığı gözetildiğinde kuralın yürütme yetkisine ilişkin konulardan olduğu anlaşılmaktadır."* (§19) şeklindeki tespiti de katılmak mümkün değildir.

21. Öte yandan (2) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşları içerisinde merkezi idareden ayrı kamu tüzelkişiliğine sahip bütün devlet üniversiteleri ve hizmet yerinden yönetim kuruluşları yanında Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi yüksek mahkemeler de yer almaktadır. Çoğunluk görüşünün kabulü halinde bu üç yüksek mahkemenin "teşkilat yapısına ilişkin" olduğu ifade edilen kadro ihdası ile ilgili düzenlemelerin Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrası bağlamında yürütme yetkisine ilişkin konular arasında kabul edileceği sonucu ortaya çıkacaktır. Böyle bir durumda ise yasama yetkisinin yürütme lehine Anayasa'ya aykırı biçimde zayıflaması yanında özellikle yargı bağımsızlığı ve dolayısıyla kuvvetler ayrılığı gibi demokratik hukuk devletinin en temel ilkelerinin anlamsız hale gelmesi sonucu ortaya çıkacaktır. Bu biçimdeki bir sonucu Anayasal ilke ve kurallarla bağdaştırmak ise mümkün değildir.

22. Çoğunluk kararında, dava konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükmünde kamu kurum ve kuruluşlarının kadroları kapsamında Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi kurumların yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının bulunup bulunmadığının incelenmesi bağlamında şu tespitte bulunmaktadır:

"Yargı yetkisi kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının ihdası ve iptali hususu yargı yetkisinin kullanılmasını doğrudan etkileyebileceğinden bunun yalnızca yürütme yetkisine ilişkin bir konu olduğu söylenemez. Dolayısıyla bu konunun CBK ile düzenlenmesi mümkün değildir. Dava konusu kural dikkate alındığında kuralın yürütme yetkisine ilişkin konular dışında kalan hususlarda örneğin Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi kurumların yargı yetkisini kullanan kamu görevlileriyle ilgili bir düzenleme niteliği taşımadığı, kuralla genel olarak kadro ihdasının CBK'ya düzenlenebileceğinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralın sadece Anayasa gereği CBK

ile düzenlenebilecek kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK'yla ihdas edilmesini içerdği anlaşılmaktadır (§ 21)''.

23. Burada çoğunluk kararındaki yargı yetkisi kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının ihdası ve iptali hususunun yargı yetkisinin kullanılmasını doğrudan etkileyebileceği gerekçesiyle bunun yalnızca yürütme yetkisine ilişkin bir konu olmadığı ve dolayısıyla bu konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyeceği şeklindeki görüşe katılmaktayım.

24. Ancak dava konusu kuralın yürütme yetkisine ilişkin konular dışında kalan hususlarda, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi kurumların yargı yetkisini kullanan kamu görevlileriyle ilgili bir düzenleme niteliği taşımadığı tespitine ise katılmak mümkün değildir. Zira 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ek (I) Sayılı Cetvelde Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri başlığı altında Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığından sonra sırasıyla Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştaya yer verilmiştir. (2) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin "İstisnalar" kenar başlıklı 3. maddesinde de bu yüksek mahkemeler sayılmadığına göre bu mahkemelerin tüm kadrolarının ihdasının dava konusu madde kapsamında yer aldığı aşıkardır.

25. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 5. maddesinin iptali talep edilen (1) numaralı fıkrasındaki *"Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadroları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdas edilir."* hükmünün kapsamına Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi yüksek mahkemeler de dahil olduğuna göre elbette ki bu hüküm bu mahkemelerdeki yargı yetkisini kullanan kamu görevlileriyle ilgili kadro ihdasını da kapsamaktadır. Dava konusu hüküm bu derece açık ve net olmasına rağmen çoğunluğun bu hükmün üç yüksek mahkemenin yargı yetkisini kullanan kamu görevlileriyle ilgili bir düzenleme niteliği taşımadığı şeklindeki görüşünün hiçbir pozitif dayanağı bulunmamaktadır. Nitekim çoğunluk kararında dava konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükmünün *"Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi kurumların yargı yetkisini kullanan kamu görevlileriyle ilgili bir düzenleme niteliği taşımadığı"* şeklindeki tespite ilişkin herhangi bir hukuki dayanak gösterilememiştir.

26. Hal böyle iken, Anayasa Mahkemesi çoğunluk görüşünün aksine, dava konusu kuralın kapsamındaki kurum ve kuruluşların içerisine Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi kurumların da dahil olduğu ve dolayısıyla dava konusu kuralın aynı zamanda bu kurumların yargı yetkisini kullanan kamu görevlileriyle ilgili bir düzenleme niteliği de taşıdığı izahtan varestedir. Buradan hareketle Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile bu yüksek mahkemelerin yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin kadro ihdasının düzenlenmesi bu yönü ile açıkça Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının birinci cümlesi ile çeliştiğinden iptali gerekmektedir.

27. Çoğunluk kararında ayrıca dava konusu düzenlemenin Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile ilgili yasak alanda bir düzenleme içermediği şu şekilde ifade edilmektedir. *"Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde ise CBK ile düzenlenemeyecek alanlar Anayasa'nın İkinci Kısım Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle Dördüncü Bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler olarak belirtilmiştir. (2) numaralı CBK kapsamındaki kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK ile ihdas edileceğini öngören kural, sayılan konulara ilişkin bir düzenleme de içermemektedir"* (§ 23).

28. Bu görüşe de katılmak mümkün değildir. Anayasa Mahkemesinin bir kararında ifade ettiği gibi; *"Kadro unvanı, personelin yerine getireceği görevlerini, yetkilerini, haklarını ve yükümlülüklerini, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük haklarını ifade etmektedir. Kadro derecesi ile personelin özellikle aylık ve ödenekleri ve diğer özlük hakları bakımından sıkı bir bağ bulunmaktadır."* (Bkz.: E.2002/35, K.2007/95, K. T. 12.12.2007). Dolayısıyla kadro ihdası aynı

zamanda kamu görevlilerinin özlük hakları içerisindeki maaş ve ödeneklerini de ilgilendirdiği içindir ki bu konunun doğrudan Anayasa'nın 35. maddesindeki mülkiyet hakkı ile ilgili olduğu aşıkardır. Dolayısıyla kadro ihdası konusu bu yönüyle Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenemeyeceğinden dava konusu kural aynı zamanda Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesine de aykırılık teşkil etmektedir.

29. Çoğunluk kararında bu konunun Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının üçüncü cümlesine de aykırı olmadığı kanaatine ulaşılmıştır. Bu görüşe de katılmak mümkün değildir. Zira onyedinci fıkranın üçüncü cümlesinde Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamayacağı ifade edilmektedir. Bilindiği üzere kadro ihdası memurların kadrosunun unvanı, derecesi, aylık ve ödenekleri ile bu kadronun sahip olduğu hakları, yetkileri ve yükümlölükleri de bünyesinde barındırmaktadır. Bu yönü ile kadro ihdasının Anayasa'nın 128. madde hükmü ile doğrudan ilgisi bulunmadığı söylenemez. Bundan dolayıdır ki kadro ihdası ile ilgili bir düzenlemenin yasama organı tarafından yapılması Anayasa'nın 128. maddesindeki açık hükmün bir gereğidir.

30. Bilindiği üzere kadro ihdası aynı zamanda kadrodaki kamu görevlisinin aylık ve ödenekleri ile birtakım özlük haklarını da bünyesinde barındırmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi tam da bu konu ile ilgili olarak 2007 yılında verdiği bir kararda kadro unvanının bu boyutlarını şu şekilde ifade etmektedir.

“Kadro ünvanı, personelin niteliğini ifade etmenin yanında, o personelin yerine getireceği görev ve yetkileri, hakları ve yükümlölükleri, 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. Kadro ile birlikte, ana hizmet, danışma ve yardımcı hizmet birimlerinde istihdam edilecek personelin niteliklerinin Yasa ile belirlenmesi Anayasa'nın 128. maddesinin gereğidir.” (E.2005/139, K.2007/33, K.T. 22.3.2007).

31. Dolayısıyla, bu yönü dikkate alındığında kadro ihdası gibi bir konunun Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular arasında yer aldığı Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki *“Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlölükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.”* amir hükmün zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

32. Bununla birlikte Devlet Denetleme Kurulu'nun kadro ihdasının Anayasa'nın 108. maddesinin üçüncü fıkrasındaki Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceğini öngören özel hüküm gereği Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılabileceği ifade edilmelidir.

33. Anayasa'nın 123. maddesi bakımından dava konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde olduğu kapsamıyla kadro ihdasının idarenin örgütlenmesi bağlamında bu şekilde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle yapılması kabul edilecekse bu durumda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine kanun karşısında anayasa koyucunun da hiçbir zaman amaçlamadığı bir ayrıcalıklı konumu verme durumu ortaya çıkar ki bunun Anayasa'nın öngördüğü kuvvetler ayrılığı ilkesiyle ve aynı zamanda Anayasa'nın 7. maddesindeki yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi ile uyumlu olduğunu söylemek mümkün değildir.

34. Sonuç olarak, yukarıda sıralanan gerekçelerle dava konusu kuralın Devlet Denetleme Kurulu dışındaki kurum ve kuruluşların kadroları yönünden Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına aykırı olması nedeniyle iptali gerektiği kanaatinde olduğum için çoğunluk görüşüne katılamamaktayım. Bununla birlikte çoğunluk görüşünde bu hususta Anayasa'ya aykırılık tespit edilmediğinden kuralın içerik yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi aşamasına

Esas Sayısı : 2018/119

Karar Sayısı : 2020/25

geçilmiştir. Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına aykırılık boyutu geçildikten sonraki aşamada ise dava konusu ibarenin içeriği itibarıyla Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin bu yönüyle reddine ilişkin görüşe katılmaktayım.

Üye

Yusuf Şevki
HAKYEMEZ