

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı:2019/31

Karar Sayısı:2020/5

Karar Tarihi:23/1/2020

R.G. Tarih – Sayı:13/5/2020 – 31126

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Özgür ÖZEL, Engin ÖZKOÇ ile birlikte 134 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 17/1/2019 tarihli ve (28) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin;

A. 2. maddesiyle 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 287. maddesine eklenen (2) numaralı fıkranın,

B. 3. maddesiyle (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 372. maddesine eklenen (2) numaralı fıkranın birinci, ikinci ve üçüncü cümlelerinin,

Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2., 7., 8., 104., 128. ve 161. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ KURALLARI

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (CBK);

1. 2. maddesiyle (1) numaralı CBK'nın 287. maddesine eklenen, iptali talep edilen (2) numaralı fıkra şöyledir:

“(Ek:RG-18/1/2019-30659-CK-28/2 md.) (2) Türkiye'nin tanıtımına yönelik yurtdışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında alım yapılacak olan ülkedeki piyasa şartlarının gerektirmesi ve önemli fiyat avantajı sağlanması halinde, sözleşmesinde belirtilerek, Kültür ve Turizm Bakanının onayı ile yüklenme tutarının tamamına kadar yükleniciye bütçe dışı avans olarak ön ödeme yapılabilir. Bakan onayında teminat alınıp alınmayacağı ayrıca belirtilir. Ön ödemeye ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelik ile belirlenir.”

2. 3. maddesiyle (1) numaralı CBK'nın 372. maddesine eklenen ve iptali talep edilen kuralların da yer aldığı (2) numaralı fıkra şöyledir:

“(2) (Ek:RG-18/1/2019-30659-CK-28/3 md.) Aynı yerleşke içinde birden fazla hastane bulunması durumunda bu hastanelerin müşterek yönetimi için bir koordinatör başhekim görevlendirilebilir. Koordinatör başhekime bağlı olarak, her bir hastanenin tıbbi hizmetleri ile eğitim ve araştırma faaliyetlerini yürütmek üzere başhekimlikler oluşturulabilir. Hastanelerin idari ve mali, sağlık bakım ve diğer destek hizmetleri koordinatör başhekime bağlı müdürlüklerce ilgili hastane başhekimliği ile işbirliği içerisinde yürütülür. İhtiyaç halinde her bir hastanede idari ve mali hizmetler müdürlüğü hariç olmak üzere müdürlükler kurulabilir. Bu şekilde yönetim organizasyonu kurulan hastanelerin yönetimine ve işleyişine ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça belirlenir.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜRCÜ, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ ve Yıldız SEFERİNOĞLU'nun katılımlarıyla 10/4/2019 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 Taylan BARIN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu CBK kuralları, 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 hükümet 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 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. CBK'nın 2. Maddesiyle 1 Numaralı CBK'nın 287. Maddesine Eklenen (2) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

14. Dava dilekçesinde özetle; idareye yurt dışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında yüklenme tutarının tamamına kadar *bütçe dışı avans* olarak ön ödeme yapabilme yetkisi veren, bu ödemeye ilişkin usul ve esasların da idarenin çıkaracağı bir yönetmelikle düzenlenebilmesine imkân sağlayan dava konusu kuralın, Anayasa'nın 161. maddesine göre bütçenin uygulanması

kapsamında olması nedeniyle münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken ve 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda açıkça düzenlenen bir konuyu düzenlediği, sınırları kanunlarla çizilmiş bir alanda kanunların ötesine geçerek yeni bir düzenleme yaptığı, dolayısıyla dava konusu kuralla yürütme yetkisinin Anayasa ve kanunların üstünlüğüne aykırı olarak kullanıldığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2., 7., 8., 104. ve 161. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

15. Dava dilekçesinde konu bakımından yetki yönünden kuralın Anayasa'nın 161. 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 kuralla Türkiye'nin tanıtımına yönelik olarak yurt dışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında alım yapılacak olan ülkedeki piyasa şartlarının gerektirmesi ve önemli fiyat avantajı sağlanması hâlinde -sözleşmesinde belirtilerek- Kültür ve Turizm Bakanı'nın (Bakan) onayı ile yüklenme tutarının tamamına kadar yükleniciye bütçe dışı avans olarak ön ödeme yapılabileceği, bu ödemeye ilişkin Bakan onayında teminat alınıp alınmayacağının ayrıca belirtileceği, ön ödemeye ilişkin usul ve esasların Kültür ve Turizm Bakanlığınca (Bakanlık) çıkarılacak yönetmelik ile belirleneceği öngörülmektedir.

17. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde “*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz*” denilmiştir. Buna göre öncelikle CBK'ların anılan Anayasa hükmü yönünden yapılacak denetiminde karşılaştırmaya esas olabilecek, daha önce çıkarılmış bir kanun olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Sonrasında ise -böyle bir kanun varsa- incelenen CBK kuralının kanunun açıkça düzenlediği konuyu düzenleyip düzenlemediği 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. Bu bağlamda CBK kuralı olmasaydı, karşılaştırmaya esas alınan kanun hükmünün CBK ile düzenleme yapılan konuya uygulanacak olup olmaması, CBK kuralının kanun ile düzenlenen konuda çıkarılıp çıkarılmadığına dair bir gösterge olacaktır.

18. Dava konusu CBK kuralı, Türkiye'nin tanıtımı konusunda yurt dışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında, Bakan'ın onayı ile yüklenme tutarının tamamına kadar yükleniciye bütçe dışı avans olarak ön ödeme yapılabileceğini düzenlemektedir. Kural aynı zamanda, yapılacak ön ödeme için teminat alınıp alınmayacağının Bakan onayında belirtilmesi ile ön ödemeye ilişkin usul ve esasların Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenmesini hüküm altına almaktadır.

19. Bütçe dışı avans ödenebilmesinin hüküm ve şartları genel olarak 5018 sayılı Kanun'un “*Ön ödeme*” başlıklı 35. maddesinde düzenlenmiş olup anılan maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde “*Sözleşmesinde belirtilmek ve yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçmemek üzere, yüklenicilere, teminat karşılığında bütçe dışı avans ödenebilir*” denilerek bütçe dışı avansın yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçemeyeceği ve ancak teminat karşılığında ödenebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm CBK kuralının ilişkili olduğu Bakanlık da dahil olmak üzere tüm kamu kurum ve kuruluşlarının yurt içi ve yurt dışı bütçe dışı avans ödemelerinin hüküm ve şartlarını düzenlemektedir.

20. Buna göre dava konusu CBK kuralının olmaması durumunda Türkiye'nin tanıtımına ilişkin olarak yurt dışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında anılan Kanun hükmünün uygulanacağı açıktır. Bu çerçevede kanunun açıkça düzenlediği bir konuda düzenleme yapan CBK kuralının Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine aykırı düzenleme getirdiği anlaşılmaktadır.

21. Öte yandan Kanun'un 35. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde “*İlgili kanunların veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleri saklıdır*” denilmektedir. Anayasa'nın kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarma yetkisini tanımadığı dikkate alındığında, kanun koyucunun anılan şekilde bir yetki tanınması söz konusu olamaz. Bu nedenle CBK hükümlerini saklı tutan kanun hükmü yukarıda tespit edilen aykırılığı Anayasa'ya uygun hâle getirmemektedir.

22. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kural Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine aykırı görülerek iptal edildiğinden kuralın ayrıca konu bakımından yetki yönünden aynı fıkranın birinci, ikinci ve üçüncü cümleleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

Kural konu bakımından yetki yönünden Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine aykırı görülerek iptal edildiğinden içerik yönünden incelenmemiştir.

C. CBK'nın 3. Maddesiyle 1 Numaralı CBK'nın 372. Maddesine Eklenen (2) Numaralı Fıkranın Birinci, İkinci ve Üçüncü Cümlelerinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

23. Dava dilekçesinde özetle; aynı yerleşke içinde birden fazla hastane bulunması durumunda bu hastanelerin müşterek yönetimi için koordinatör başhekim adı altında bir yöneticinin görevlendirilebilmesine ilişkin kuralların, Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen ve münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken ve daha önce kanunda açıkça düzenlenen bir konuyu düzenlediği belirtilerek kuralların Anayasa'nın 104. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a. Kuralların Konu Bakımından Yetki Yönünden İncelenmesi

24. Dava dilekçesinde konu bakımından yetki yönünden kuralların Anayasa'nın 128. 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.

25. Anayasa'da olağan dönemde CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konuların Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar için öngörülen sınırlamalara tabi olmayacağına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar için getirilen sınırlamalar, Anayasa'da CBK ile

düzenleneceği özel olarak belirtilen konular için de geçerlidir. Bununla birlikte söz konusu sınırlamalar Anayasa'nın CBK'lara ilişkin diğer hükümleri ile birlikte yorumlanmalıdır.

26. Kurallarda aynı yerleşke içinde birden fazla hastane bulunması durumunda bu hastanelerin müşterek yönetimi için bir koordinatör başhekim görevlendirilebileceği, koordinatör başhekime bağlı olarak, her bir hastanenin tıbbi hizmetleri ile eğitim ve araştırma faaliyetlerini yürütmek üzere başhekimlikler oluşturulabileceği, hastanelerin idari ve mali, sağlık bakım ve diğer destek hizmetlerinin koordinatör başhekime bağlı müdürlüklerce ilgili hastane başhekimliği ile işbirliği içerisinde yürütüleceği öngörülmektedir.

27. Kurallar Sağlık Bakanlığının teşkilatı içinde yer alan hastanelerin yönetimine ve teşkilatlanmasına dair hükümler içermekte olup Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesi kapsamında *yürütme yetkisine ilişkin bir konuyu* düzenlemektedir.

28. Öte yandan kurallar Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde CBK ile düzenlenemeyeceği belirtilen *Anayasa'nın İkinci Kısım Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle Dördüncü Bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlere* ilişkin bir düzenleme de içermemektedir.

29. 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 öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda CBK'larla düzenleme yapılabilir.

30. 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 yönünden CBK'larla düzenleme yapılmasına açıkça izin verilmiştir.

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

32. Bu çerçevede kuralların, Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında CBK ile düzenlenmesi özel olarak öngörülen konulardan biri olan bakanlıkların teşkilat yapısına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Zira kurallarla Sağlık Bakanlığının taşra teşkilatı içinde yer alan hastanelerin aynı yerleşke içinde birden fazla olması durumunda hizmet birimlerinin nasıl örgütlenebileceği konusunda düzenleme yapılmıştır. Bu itibarla kuralların Anayasa'nın 123. maddesiyle bağlantılı olarak 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı bir yönü de bulunmamaktadır.

33. Öte yandan, kuralların Anayasa'nın 128. maddesiyle bağlantılı olarak da 104. maddenin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde *“Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer*

özlük işleri kanunla düzenlenir” denilmiştir. Kurallarla esas itibarıyla bir koordinatör başhekimlik ve buna bağlı başhekimlikler ile müdürlüklerin kurulması ile bunların görev ve yetkileri düzenlenmektedir. Kurallarda, Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde kanunla düzenleneceği öngörülen memurların ve diğer kamu görevlilerinin “nitelikleri”, “atanmaları”, “görev ve yetkileri”, “hakları ve yükümlülükleri”, “aylık ve ödenekleri” ile “diğer özlük işleri” yönünden düzenleme yapılmamıştır. Fıkranın birinci cümlesinde yer alan “*Aynı yerleşke içinde birden fazla hastane bulunması durumunda bu hastanelerin müşterek yönetimi için bir koordinatör başhekim görevlendirilebilir*” hükmünden hareketle atama yönünden bir düzenleme yapıldığını söylemek de mümkün değildir. Zira kurallarla esas olarak Sağlık Bakanlığı bünyesinde bir taşra teşkilatı kurulmasına izin verilmekte, bunun doğal sonucu olarak da bir koordinatör başhekim görevlendirilebilmesine imkân tanınmaktadır. Bu yönüyle kuralların koordinatör başhekimin görevlendirilmesinin usul ve esaslarını düzenleyen bir yönü de bulunmamaktadır. Dolayısıyla kurallar Anayasa’nın 128. maddesi anlamında memurların ve kamu görevlilerinin atanmasına ilişkin bir husus öngörmemektedir.

34. Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamayacağı ifade edilmiştir. Daha önce de belirtildiği üzere CBK’ların anılan Anayasa hükmü yönünden yapılacak denetiminde karşılaştırmaya esas olabilecek, daha önce çıkarılmış bir kanun olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Sonrasında ise -böyle bir kanun varsa- incelenen CBK kuralının kanunun açıkça düzenlediği konuyu düzenleyip düzenlemediği 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. Koordinatör başhekimliğe ilişkin olarak karşılaştırmaya esas olabilecek şekilde herhangi bir kanunda düzenleme olduğu tespit edilememiştir. Dolayısıyla kuralların anılan cümleyi ihlal eden bir yönü de bulunmamaktadır.

35. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına aykırı değildir. İptalleri talebinin reddi gerekir.

Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ bu görüşe farklı gerekçeyle katılmışlardır.

b. Kuralların İçerik Yönünden İncelenmesi

36. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 43. maddesi uyarınca kurallar, ilgisi nedeniyle Anayasa’nın 2. maddesi yönünden incelenmiştir.

37. 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.

38. Hukuk devleti ilkesi gereği CBK’lar kamu yararı amacıyla çıkarılır. Anayasa Mahkemesinin kararlarına göre kamu yararı genel bir ifadeyle bireysel, özel çıkarılardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir. CBK kuralının amaç unsuru bakımından Anayasa’ya uygun sayılabilmesi için çıkarılmasında kamu yararı dışında bir amacın gözetilmemiş olması gerekir. Kuralın kamu yararı dışında bir amaçla çıkarılmış olduğu açıkça anlaşılabiliyorsa amaç unsuru bakımından Anayasa’ya aykırılık söz konusudur.

39. Öte yandan Cumhurbaşkanı, Anayasa’da CBK’larla düzenleneceği öngörülen konularda Anayasa’ya aykırı olmamak kaydıyla CBK çıkarma yetkisini haiz olup düzenlemelerde kamu yararının bulunup bulunmadığını takdir etme yetkisi Cumhurbaşkanı’na aittir. Anayasa’ya uygunluk denetiminde Cumhurbaşkanı’nın kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek çıkarılmış olup olmadığı incelenebilir. Diğer bir anlatımla bir kuralın Anayasa’ya aykırılık sorunu çözümlenirken kamu yararı konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme, yalnızca kuralın kamu yararı amacıyla çıkarılıp çıkarılmadığının denetimiyle sınırlıdır (kanunlar yönünden benzer değerlendirmeler için bkz. AYM, E.2016/140, K.2017/92, 12/4/2017, §§ 6,7; E.2017/33, K.2019/20, 10/4/2019, §§10,11).

40. 6216 sayılı Kanun’un 39. maddesinin (4) numaralı fıkrasında “*İptal davalarında Mahkemece esasın incelenmesine karar verilmesi hâlinde, dava dilekçesi ile ekleri Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı, Cumhurbaşkanlığı ile iptal davası açmaya yetkili siyasi parti gruplarına gönderilir. Bu makamlar, iptal davasıyla ilgili yazılı görüşlerini değerlendirmek üzere Mahkemeye bildirebilirler.*” denilmektedir. CBK’ların gerekçelerine herhangi bir ortamda yer verilmemesi karşısında CBK kurallarının getiriliş amacının tespiti bakımından 6216 sayılı Kanun’un anılan hükmüne istinaden Cumhurbaşkanlığınca dosyaya sunulan görüş yazıları önem arz etmektedir.

41. Cumhurbaşkanlığının dava konusu kuralların düzenlenme sebebine yer verilen görüş yazısında özetle, kamu-özel işbirliği finansman modeli kapsamında yaptırılarak faaliyete geçen hastanelerin yönetiminde, kaynakların etkin ve verimli kullanılmasının mevcut hastaneler arasında koordinasyonun sağlanmasıyla mümkün olabileceği belirtilmiştir.

42. Kuralların objektif anlamı ve düzenlenme sebebi gözönünde bulundurulduğunda kurallarla hastanelerin yönetimi bağlamında verilen görev ve sorumlulukların gereği gibi yerine getirilmesinin, dolayısıyla sağlık hizmetlerinin etkin bir biçimde sağlanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle kuralların kamu yararı dışında düzenlendiği sonucuna ulaşılmasını gerektirecek bir yönünün bulunmadığı görülmektedir.

43. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa’nın 2. maddesine aykırı değildir. İptalleri talebinin reddi gerekir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

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

17/1/2019 tarihli ve (28) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin;

A. 2. maddesiyle 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 287. maddesine eklenen (2) numaralı fıkrasına yönelik yürürlüğünün durdurulması talebinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B. 3. maddesiyle (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 372. maddesine eklenen (2) numaralı fıkranın birinci, ikinci ve üçüncü cümlelerine yönelik iptal talepleri

23/1/2020 tarihli ve E.2019/31, K.2020/5 sayılı kararla reddedildiğinden bu cümlelere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

23/1/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

17/1/2019 tarihli ve (28) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin;

A. 2. maddesiyle 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 287. maddesine eklenen (2) numaralı fıkranın konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ile Selahaddin MENTEŞ'in karşıoyları ve 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince OYÇOKLUĞUYLA,

B. 3. maddesiyle (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 372. maddesine eklenen (2) numaralı fıkranın birinci, ikinci ve üçüncü cümlelerinin konu bakımından yetki ve içerikleri itibarıyla Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

23/1/2020 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Hasan Tahsin GÖKCAN	Başkanvekili Recep KÖMÜRCÜ
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Muammer TOPAL
Üye M. Emin KUZ	Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ
Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ	

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

Yurt dışından yapılacak mal ve hizmet alımlarında yüklenicilere bütçe dışı avans olarak ön ödeme yapılabileceğine ilişkin iptal istemine konu kural (28) no'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin- CBK-2.Md. ile 1 No'lu CBK'nın 287. Md. ne eklenen 2 no'lu fıkra) sayın çoğunlukça Anayasa'nın 104/17 maddesinin dördüncü cümlesine aykırı görülerek iptali yoluna gidilmiştir.

Kuralın Anayasa'nın104/17 maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü cümlelerine aykırı bir yönünün bulunmadığı açıktır. Dördüncü cümle yönünden ise her ne kadar sayın çoğunlukça kuralın kanunda açıkça düzenlenen konuda hüküm getirmesi nedeniyle anılan cümleye aykırı olduğu kabul edilmiş ise de bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira 5018 sayılı Kanun'un 35. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde "*Sözleşmesinde belirtilmek ve yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçmemek üzere, yüklenicilere, teminat karşılığında bütçe dışı avans ödenebilir.*" denilerek bütçe dışı avans konusunda düzenleme yapılmış ise de aynı fıkranın ikinci cümlesinde "*İlgili kanunların veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleri saklıdır.*" hükmüne de yer verilerek bu konuda CBK ile düzenlenme alanı saklı tutulmuştur. Dolayısıyla CBK'nın Kanun ile aynı konuda düzenleme getirdiği söylenemez.

Öte yandan, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 35. maddesinin ikinci fıkrası ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "istisnalar" başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan açık düzenlemelere göre; Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleri ile idarelerin yabancı ülkelerdeki kuruluşlarının mal ve hizmet alımları ile yapım işleri'nin 4734 sayılı Kanundan müstesna olduğu hususları yasa koyucu tarafından saklı tutulmuş olup; iptal istemine konu kural da, yurt dışından temin edilecek mal ve hizmetlere ilişkin olarak yabancı firmaların sözleşme bedelinin tamamının ödenmemesi halinde mal ve hizmet vermemeleri gerekçesine dayalı olarak yürürlüğe konulduğundan, ölçülü ve kamu yararına uygun bir düzenleme öngörmektedir. Zorunlu bir ihtiyaçtan kaynaklanan ve uzun yıllardır fiilen gerçekleşen bir uygulamaya dayanan kuralın kamu yararı, hizmet gerekleri ve bütçede tasarruf ilkeleriyle de uyum içinde olduğu görülmektedir. Diğer yandan, ülke tanıtımı gibi büyük önem taşıyan bir alanda, Bakana verilen takdir yetkisinin keyfiliğe yol açan bir yönü de bulunmamaktadır. Kuralın, yukarıda işaret edilen yasal düzenlemelerin verdiği izin kapsamında ve kamu yararını gerçekleştirmek maksadıyla öngörüldüğü ve yetkili ita amirine (Bakana) bu konuda tanınan takdir yetkisinin de hukuka aykırı bir yönünün bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı ve iptal isteminin reddine karar verilmesi gerektiği kanaatine vardığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılamadık.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Burhan ÜSTÜN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Mahkememiz çoğunluğunca, 17/1/2019 tarihli ve (28) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (CBK) 2. maddesiyle 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (1) numaralı CBK'nın 287. maddesine eklenen (2) numaralı fıkrasının konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verilmiştir. Aşağıda belirtilen gerekçelerle, kuralın, gerek konu bakımından gerekse içerik yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığı kanaatine ulaştığımızdan çoğunluk görüşüne dayalı karara katılmıyoruz.

2. Anayasa'da, CBK çıkarma yetki ve koşulları, esas itibarıyla ve genel anlamda 104. maddenin onyedinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bunun dışında dört ayrı Anayasa hükmünde daha, Anayasa tarafından belirlenmiş bazı konularda Cumhurbaşkanı'nın CBK çıkaracağı ayrıca ve özel olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla söz konusu hükümlerin Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına nazaran özel nitelikte düzenlemeler oldukları anlaşılmaktadır.

3. Bu bağlamda, Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına bakıldığında ise, Anayasa'da Cumhurbaşkanı'na CBK çıkarma yetkisi verilirken, kanunlardan farklı olarak, bu yetkiye ilişkin olarak 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. Bu denetimin nasıl yapılacağı kararın "*A. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Çerçevesi ve Yargısal Denetimi*" başlığı altında açıklanmıştır. 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.

5. 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 aynı şekilde 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 öngördüğü açıktır.

6. 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.

7. Burada incelenen dava konusu kuralda Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda bir düzenleme yapılması söz konusu değildir. Dolayısıyla bu kural yönünden, anılan özel hükümlerin ve özel hükümlere ilişkin yukarıda yapılan açıklamaların gözetilmesini gerektiren bir husus bulunmamaktadır. Bu itibarla kuralın Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen tüm sınırlamalar yönünden ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

8. Kuralla, Türkiye'nin tanıtımına yönelik olarak yurt dışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında alım yapılacak olan ülkedeki piyasa şartlarının gerektirmesi ve önemli fiyat avantajı

sağlanması hâlinde -sözleşmesinde belirtilerek- Kültür ve Turizm Bakanı'nın (Bakan) onayı ile yüklenme tutarının tamamına kadar yükleniciye bütçe dışı avans olarak ön ödeme yapılabileceği, bu ödemeye ilişkin Bakan onayında teminat alınıp alınmayacağına ayrıca belirtileceği, ön ödemeye ilişkin usul ve esasların Kültür ve Turizm Bakanlığınca (Bakanlık) çıkarılacak yönetmelik ile belirleneceği öngörülmektedir.

9. Görüldüğü üzere kuralda, yürütmenin yetki ve görevi kapsamında, Türkiye'nin tanıtımına yönelik yurt dışında yapılacak mal ve hizmet alımının koşulları düzenlenmekte olup düzenlemenin yürütme yetkisine ilişkin bir konuya ilişkin bulunduğu kuşku bulunmamaktadır.

10. Kuralla Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin düzenlenmediği de ortadadır.

11. Dolayısıyla kuralın Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

12. 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.

13. Dava dilekçesinde kuralın bütçenin uygulanmasına ilişkin olduğu, Anayasa'nın 161. maddesi uyarınca bütçenin uygulanmasına ilişkin hususların kanunla düzenlenmesi gerektiği, bu çerçevede Anayasa'nın 161. maddesi bağlamında kuralın 104. maddenin anılan hükmüne aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

14. Bütçenin uygulanması, temelde bütçe kanununa bağlı gelir ve gider cetvellerinin uygulanması anlamına gelip bu cetvellerde değişiklik sonucu doğuran düzenlemeler bütçe uygulaması kapsamında kalmaktadır. Anılan cetvellerde değişiklik sonucu doğurmayan işlemler ise bütçenin uygulanmasına yönelik verilen yetkilerin kullanılması bağlamında değerlendirilmelidir.

15. Kurala konu bütçe dışı avans, bütçe sınırları içinde kalmak kaydıyla bütçede yer alan ödeneklerle bağlantısı kurulmaksızın yapılan ön ödemeleri ifade etmektedir. Ödeneklerle bağlantısı kurulmayan bu türden avanslar da bütçe kanunu ile ilgili kuruma tahsis edilen bütçe sınırları içinde kalmaktadır. Bir başka deyişle, bütçe dışı avansla, ilgili kuruma bütçe kanunuyla tahsis edilmiş bulunan harcama miktarının aşılması mümkün değildir. Bakanlığın bütçesinin yıllık merkezî yönetim bütçe kanunlarında düzenlenmesi ve bütçe dışı avansın bütçenin uygulanmasına yönelik olarak verilen yetkilerin kullanımı kapsamında bulunması nedeniyle kuralın "*Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konularda CBK çıkarılamaz.*" hükmüne aykırılık oluşturmadığı anlaşılmaktadır.

16. Diğer taraftan çoğunluk, bütçe dışı avans ödenebilmesinin hüküm ve şartlarının genel olarak 5018 sayılı Kanun'un "*Ön ödeme*" başlıklı 35. maddesinde düzenlendiğini, anılan maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde "*Sözleşmesinde belirtilmek ve yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçmemek üzere, yüklenicilere, teminat karşılığında bütçe dışı avans ödenebilir*" denilerek bütçe dışı avansın yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçemeyeceğinin ve ancak teminat karşılığında ödenebileceğinin hüküm altına alındığını, bu hükmün CBK kuralının ilişkili olduğu Bakanlık da dahil olmak üzere tüm kamu kurum ve kuruluşlarının yurt içi ve yurt dışı bütçe dışı avans ödemelerinin hüküm ve şartlarını düzenlediğini, bu çerçevede kanunun açıkça düzenlediği bir konuda düzenleme yapan CBK kuralının Anayasa'nın 104. maddesinin on

yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine aykırı düzenleme getirdiğini kabul etmiştir. Ayrıca çoğunluk, Anayasa'nın kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarma yetkisi tanımadığını, dolayısıyla, kanun koyucunun "*İlgili kanunların veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleri saklıdır*" demek suretiyle bir yetki tanınmasının söz konusu olamayacağını da belirtmiştir.

17. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde "*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*" denilmiştir. Buna göre Anayasa'da CBK ile özel olarak düzenleneceği öngörülen konular dışında kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılmaması gerekmektedir. Ancak Anayasa'nın anılan maddesiyle amaçlanan husus, kanunla düzenlenmiş bir konuda farklı hükümler getirebilecek bir CBK'nın çıkarılmasına izin vermemek suretiyle aynı konuya ilişkin iki norm türü arasında oluşabilecek hüküm çatışmasının önlenmesidir.

18. Aksi takdirde, - "*konu*" - geniş bir kavram olduğundan, bir konuya ilişkin herhangi bir hususun kanunla düzenlenmesinden sonra aynı konuda başka bir hususun CBK ile düzenlenemeyeceğini kabul etmek gerekir ki bu durum yürütme yetkisine ilişkin olup kanunların herhangi bir şekilde az veya çok temas ettiği hiçbir konuda CBK ile hiçbir şekilde düzenleme yapılamayacağı anlamına gelir. Bu bağlamda yürütme yetkisine ilişkin olarak yürürlükte bulunan kanunların sayı ve kapsamına bu anlamda bakıldığında, kanunların düzenleme yapmadığı bir konunun tespit edilmesinin neredeyse imkânsız olduğu görülür. Anayasa koyucunun böyle bir sonucu murat ettiği düşünölemeyeceğine göre, kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarıldığından söz edilebilmesi için CBK kuralının kanunun düzenleme alanına girerek onun hüküm ve sonuçlarından farklı bir düzenleme öngörmesi gerektiğinin kabul edilmesi gerekir.

19. 5018 sayılı Kanun'un 35. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde "*Sözleşmesinde belirtilmek ve yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçmemek üzere, yüklenicilere, teminat karşılığında bütçe dışı avans ödenebilir.*" denilerek bütçe dışı avansın yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçemeyeceği ve ancak teminat karşılığında ödenebileceği hüküm altına alınmakla birlikte, aynı fıkranın ikinci cümlesinde "*İlgili kanunların veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleri saklıdır.*" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre fıkranın birinci cümlesiyle getirilen kural CBK'nın bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleriyle düzenlenen konular dışındaki alanlarda hüküm ve sonuç doğurmakta olup, bunun CBK'yla düzenlenmesi saklı tutulan konuda düzenlenmiş bir kural olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

20. Bu çerçevede 5018 sayılı Kanun'un 35. maddesiyle genel olarak bütçe dışı avans ödemeleri konusunda bir düzenleme yapılmış ise de bazı konularda anılan hükümde belirtilen koşulların kategorik olarak uygulanmasının uygun olmayabileceği değerlendirilmiş ve somut olayın koşullarına göre farklı karar alınması gereken konularda düzenleme yapılmayarak bu konunun düzenlenmesi CBK'ya bırakılmıştır. Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki halinden farklı olarak yürütmeye ilişkin konularda ilk elden düzenleme yapma yetkisinin kanunun yanı sıra CBK'ya da tanınması karşısında, kanun koyucunun söz konusu alanda düzenleme yapma yetkisini kullanmayı tercih etmeyip bu konuda CBK koyucuya alan bırakmasında herhangi bir anayasal kural ve ilkenin ihlal edilmesi söz konusu değildir.

21. Bir başka ifadeyle, Anayasa'da açıkça kanunla düzenlenmesi öngörülen konulardan olmadığından ve Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki halinden farklı olarak yürütmeye ilişkin konularda ilk elden düzenleme yapma yetkisi, kanunun yanı sıra CBK'ya da tanınmış olduğundan buradaki düzenlemenin, Anayasa tarafından CBK'ya tanınmayan bir yetkinin kanun koyucu tarafından tanınması olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

22. Elbette ki Anayasa koyucunun CBK'yla düzenleneceği özel olarak belirtilen konular dışındaki hususlarda Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleneceği belirtilen konularda CBK'ya bir alan bırakması Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir. Ancak dava konusu kuralla Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleneceği belirtilen konuda bir düzenleme yapılmadığı yukarıda tespit edildiğinden kuralın konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı bir yönünün bulunmadığı sonucuna ulaşılması gerekir.

23. Öte yandan Türkiye'nin tanıtımına yönelik düzenlenen kuralın kamu yararı amacıyla düzenlendiği hususunda bir kuşku bulunmadığı gibi kuralın hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerini ihlal eden bir yönü de bulunmamaktadır.

24. Bu itibarla kuralın içerik bakımından da Anayasa'ya aykırı bir yönünün bulunmadığını değerlendirdiğimizden iptal talebinin reddedilmesi gerektiği görüşüyle çoğunluk görüşüne dayalı karara katılmıyoruz.

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

FARKLI GEREKÇE

1. Mahkememizce, 17/1/2019 tarihli ve (28) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (CBK) 3. maddesiyle 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (1) numaralı CBK'nın 372. maddesine eklenen (2) numaralı fıkranın birinci, ikinci ve üçüncü cümlelerinin, konu bakımından yetki yönünden Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Kuralların konu bakımından yetki yönünden Anayasa'nın anılan hükmüne aykırı olmadığı sonucuna katılmakla birlikte, bu sonuca, söz konusu fıkranın dördüncü cümlesi yönünden, Mahkememiz çoğunluğunca dayanan gerekçelerle değil aşağıda belirtilen farklı gerekçelerle iştirak ediyoruz.

2. Anayasa'da, CBK çıkarma yetki ve koşulları, esas itibarıyla ve genel anlamda 104. maddenin on yedinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bunun dışında dört ayrı Anayasa hükmünde daha, 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. Bununla birlikte kararın 25. paragrafında da belirtildiği üzere 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 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 kurallarda aynı yerleşke içinde birden fazla hastane bulunması durumunda, bu hastanelerin müşterek yönetimi için bir koordinatör başhekim görevlendirilebileceği, koordinatör başhekime bağlı olarak her bir hastanenin tıbbi hizmetleri ile eğitim ve araştırma faaliyetlerini yürütmek üzere başhekimlikler oluşturulabileceği, hastanelerin idari ve mali, sağlık bakım ve diğer destek hizmetlerinin koordinatör başhekime bağlı müdürlüklerce ilgili hastane başhekimliği ile işbirliği içerisinde yürütüleceği öngörülmektedir.

9. Kararda Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca Anayasa'da bir konunun kanunla düzenleneceği öngörülmüşse bu konuda CBK çıkarılamayacağı, bununla birlikte Anayasa'da CBK'yla düzenleneceği özel olarak öngörülmüş Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda ise başka bir maddede kanunla düzenlenmesi öngörülmüş olsa bile CBK'yla düzenleme yapılabileceği kabul edilmiştir. Bu çerçevede, kurallarla Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında yer alan “*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*” biçimindeki kural kapsamında Sağlık Bakanlığının teşkilatı konusunda düzenleme yapıldığından, anılan özel hüküm nedeniyle kuralların Anayasa'ya aykırılık teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

10. Bir başka ifadeyle Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca idarenin kanunla kurulması gerektiği yönündeki hükme rağmen 106. maddenin on birinci fıkrasında bakanlıkların teşkilatının CBK'yla düzenleneceği yönündeki özel hüküm nedeniyle 104. maddenin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki sınırlamanın geçerlilik kazanmayacağı kabul edilmiştir.

11. Belirtilen gerekçeye katılmamak mümkün değildir. Zira aksinin kabulü halinde, Anayasa'nın CBK'yla düzenlenmesini özel olarak öngördüğü konularda CBK çıkarılması mümkün olamayacak, bir başka ifadeyle CBK'ya özel olarak düzenleme alan ve yetkisi veren söz konusu özel anayasal hükümlerin bir anlamı kalmayacaktır.

12. Bununla birlikte, Mahkememiz çoğunluğunca, dava konusu kurallarla Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası kapsamında Anayasa'da özel olarak CBK'yla düzenleneceği belirtilen konuda düzenleme yapıldığı kabul edilmesine ve bu çerçevede Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki sınırlamanın uygulama alanı bulamayacağı değerlendirilmesine rağmen, aynı anlayış on yedinci fıkranın dördüncü cümlesi yönünden kabul edilmeyerek dava konusu CBK kurallarıyla düzenlenen konunun kanunda açıkça düzenlenip düzenlenmediği konusunda inceleme yapılmıştır.

13. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki kural yönünden yapılan değerlendirmede, Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda, Anayasa münhasıran kanunla düzenlenme koşulu öngörse bile CBK ile düzenleme yapılabileceği kabul edilirken; yapılan değerlendirmenin (aynı anlayışın) Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen “*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*” kuralı yönünden kabul edilmemesi bir çelişki oluşturacaktır.

14. Zira eğer Anayasa koyucu bir konunun özel olarak CBK'yla düzenleneceğini öngörmüş ise artık bu konuda Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesinde belirtilen sınırlama uygulama alanı bulamayacağı gibi, aynı anlayış ve gerekçelerle dördüncü cümlesindeki sınırlama da uygulama alanı bulamayacaktır.

15. Dolayısıyla, dava konusu bir kuralın Anayasa'da CBK ile düzenleneceği belirtilen bir konuya ilişkin olduğu tespit edildikten sonra, artık bu konuda ayrıca bir kanun hükmünün bulunup bulunmadığının araştırılması gerekli değildir. Zira söz konusu ölçüt, sadece Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının birinci cümlesi uyarınca çıkarılan genel yetki kapsamındaki CBK'lar için geçerlidir. Bir başka ifadeyle Anayasa'da CBK'yla düzenleneceği özel olarak belirtilen konulara ilişkin özel hükümler karşısında Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesindeki genel hükümde yer alan sınırlamanın, üçüncü cümlede yer alan koşula ilişkin gerekçede belirtilen nedenlerle uygulanması mümkün değildir. Nitekim Anayasa'nın Geçici 21. maddesinin (B) fıkrasında yer alan hükümler ile bu hükümler uyarınca bu hükümlerin yürürlüğe girmesinin ardından Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gerçekleştirilen bazı işlemler de varılan bu sonucu doğrulamaktadır.

16. Buna göre yapılan denetim neticesinde Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası kapsamında Sağlık Bakanlığı'nın teşkilatını düzenlediği tespit edilen kurallarla ilgili olarak ayrıca bir kanun hükmü bulunup bulunmadığı yönünde bir inceleme yapılmaması gerektiği görüşüyle kuralların konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığı yönündeki sonuca anılan farklı gerekçeyle katılıyoruz.

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ