

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN YARGISAL DENETİMİ: İLK KARARLAR - İLK İZLENİMLER

JURIDITIONAL REVIEW OF PRESIDENTIAL DECREES FIRST DECISIONS - FIRST IMPRESSIONS

Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY*

Özet: 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanına, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi adı altında, kanuna dayanma zorunluluğu bulunmayan düzenleyici işlem yapma yetkisi tanınmıştır. Bu değişikliğin yapılması ve yürürlüğe girmesi sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri doktrinde birçok çalışmaya konu edilmiştir. Söz konusu kararnamelerle ilgili en çok tartışılan hususlardan biri Anayasa Mahkemesi denetiminin nasıl yapılacağı konusu olmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerini denetlediği ilk üç gerekçeli kararı 12.05.2020 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Bu kararlar "ilk" olmaları bakımından başlı başına önem taşımaktadırlar. İki aşamalı bir denetim düzeni öngören bu kararlar ayrıca mahfuz alanlar meselesi ile ilgili net bir cevap vermekte ve özellikle kanunla açıkça düzenlenmiş konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamayacağı kuralının ne şekilde denetleneceğini belirlemektedirler. Bu çalışma, söz konusu üç kararın incelenmesi üzerine edinilen ilk izlenimleri paylaşmak amacıyla hazırlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Yargısal denetim, Mahfuz alan, Konu Bakımından Yetki

Abstract: In 2017, a constitutional amendment granted the president the authority to take regulatory acts under the name of Presidential Decree which is not necessarily based on the law. After this amendment and its entry in force, presidential decrees have been the subject of many doctrinal studies. One of the most intriguing issues about these decrees was how would the Constitutional Court conduct its review. The first three reasoned decisions of the Constitutional Court, which oversees presidential decrees, was published in the Official Gazette of 12.05.2020. These decisions are important in their own by being "first". Establishing a two-stage judicial review, they also provide a clear answer on the issue of protected areas, and in particular, they determine how to control the rule that no presidential decree can be issued on matters clearly regulated by law. This study is prepared with the aim of sharing the first impressions gained upon the examination of these 3 decisions.

Keywords: Presidential Decree, Jurisdictional Review, Protected Area, Competence in Terms of Subject

* Dr. Öğr. Üyesi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, didemsevgili@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8927-8874, Makalenin Gönderim Tarihi: 14.07.2020, Kabul Tarihi: 15.07.2020

GİRİŞ

11.02.2017 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan 6771 sayılı 1982 Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 09.07.2018'de yürürlüğe girmesi ile anayasal sistemimiz değişmiş ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) hukuk dünyamıza girerek kısa zamanda birçok çalışmaya konu edilmiştir.¹ Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca CBK'ları denetleme yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne aittir.² Anayasa Mahkemesi'nin merakla beklenen ilk kararları 12.05.2020 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmış ve bu kararlarda doktrinde tartışılan birçok soruna henüz değinilmemiş olsa da bazı sorulara cevap verilmiştir.

İnceleme konusu birinci karar, Anayasa Mahkemesi'nin 22.01.2020 tarih ve E.2018/125, K.2020/4 sayılı kararıdır. Bu karar, Yüksek Askeri Şuranın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (8 numaralı Kararname), "*Yüksek Askeri Şuranın sekreteryaya hizmetlerini Cumhurbaşkanınca belirlenecek merci yürütür*" şeklindeki 6. maddesinde yer alan "*...belirlenecek merci...*" ibaresinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali talebine ilişkindir.

İkinci karar, Anayasa Mahkemesi'nin 23.01.2020 tarih ve E.2019/31, K.2020/5 sayılı kararıdır ve bu kararda iki talep incelenmiştir. Birinci

¹ Tüketici olmamakla birlikte CBK'larla ilgili çalışmalara şu örnekler verilebilir: Artuk Ardiçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2017/3, ss.20-51; Yavuz Atar, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019-36/1, ss.241-259; Abdurrahman Eren, "Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019-36/1, ss.1-72; Ozan Ergül, "Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Güncel Hukuk*, S.173, ss.30-32; Şeref İba, Yasin Söyler, "Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019-36/1, ss.195-223; Yasin Söyler, "Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018; Tolga Şirin, "İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt.7, S.14, ss.289-356; Özen Ülgen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", *GSÜHFD*, 2018/1, ss. 1-39; Turan Yıldırım, "İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019-36/1, ss.293-314; Oktay Uygun, Egemen Esen (ed.), Cumhurbaşkanlığı İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

² Ki bu husus dahi eleştiri konusu olmuştur. Bkz: Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019, s.298.

iddia, 28 numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 2. maddesiyle, 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 287. maddesine eklenen, *"Türkiye'nin tanıtımına yönelik yurtdışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında alım yapılacak olan ülkedeki piyasa şartlarının gerektirmesi ve önemli fiyat avantajı sağlaması 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"* hükmünün Anayasa'nın 2., 7., 8., 104. ve 161. maddelerine aykırı olduğuna ilişkindir. İkinci iddia ise, 28 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3. maddesiyle 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 372. maddesine eklenen, *"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 iş birliği içerisinde yürütülür..."* hükmünün Anayasa'nın 2., 7., 8., 104., 128. ve 161. maddelerine aykırı olduğu iddiasına ilişkindir.

Anayasa Mahkemesi'nin incelenen üçüncü kararı, 14.05.2019 tarihli ve 36 numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 1. maddesiyle, 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne eklenen, *"Kurul (Yüksek İstişare Kurulu) üyeleri Cumhurbaşkanınca belirlenir"* şeklindeki 4/A maddesinin ikinci cümlesi ile üçüncü cümlesinin *"...Kurul üyelerine yapılabilir olacak ödemeler Cumhurbaşkanınca belirlenir"* bölümünün Anayasa'nın 2., 8., 104. ve 128. maddelerine aykırı olduğu iddiasının incelendiği, 23.01.2020 tarih ve E.2019/78, K. 2020/6 sayılı karardır.

Bu çalışmada bu üç karar, karar numaraları ile anılacak ve şu plan dahilinde incelenecektir:

I- İki Aşamalı Denetim Sistemi

II- Baraj Niteliğinde Birinci Aşama: Konu Bakımından Yetki

A- Münhasır Kanun Alanının Tanınması ve Sınırlarının Belirlenmesi

- 1- Kuralın ortaya konmasında netlik
- 2- Kuralın somut olaya uygulanmasında bulanıklık
 - a- Teşkilatlanma yetkisine ilişkin inceleme (AY. m. 123)
 - b- Kamu görevlilerine ilişkin inceleme (AY. m. 128)
- B- “Kanunda Açıkça Düzenlenmiş Konu” Sınırı

- 1- “Kanun” Kavramının Kapsamı
 - 2- İnceleme Yöntemi: “Açık” Düzenlemenin Tespiti
 - 3- “Açık” Düzenleme ile CBK’ya Yetki Verilmesi
- III- İkincil Bırakılmış İkinci Aşama: İçeriğe İlişkin İnceleme
- A- Belirlilik İlkesi
- B- Karar Gerekçesinde Yer Verilmeyen Tartışma Konuları

I- İki Aşamalı Denetim Sistemi

Anayasa Mahkemesi’nin çalışma konusu yapılan kararlarının 3 ila 13. paragrafları (n°3- n°13) aynıdır ve bu paragraflarda CBK üzerinde yapılacak anayasallık denetiminin temel prensipleri ve denetim usulü belirlenmiştir. Yüksek Mahkeme, kararlarda ortak olan son paragrafta (n°13), CBK’ların, konu bakımından yetki kurallarına uygun olarak çıkarılmaları gerektiğini belirtmiştir. Kararlarda, “(...) 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” denilerek, ileride yapılacak denetimlerde izleyecek usul belirlenmiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi, CBK’ların Anayasa’ya uygunluğu denetimini 2 aşamalı olarak yerine getirecek, dava konusu kuralların öncelikle konu bakımından yetki açısından Anayasa’ya uygun olup olmadıklarını inceleyecek ve eğer dava konusu CBK, konu bakımından CBK ile düzenlenebilecek bir alanda çıkarılmış ise içerik incelemesine geçecektir. Konu bakımından yetkili olmadığı bir alanda çıkarılmış olan bir CBK’nın içerik olarak Anayasa’ya uygun olup olmadığının denetiminin yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

2017 Anayasa değişiklikleri ile Cumhurbaşkanına, kanuna dayanma zorunluluğu bulunmadan, yani ilk elden düzenleme yapma yetkisi tanınarak,³ idarenin türevsel olma özelliğine istisna getirilmiş olsa da CBK'lara tanınan ilk-el düzenleme yetkisi sadece Anayasa'nın yetkilendirdiği konularda söz konusu olabilir. Bu bakımdan öncelikle CBK çıkarılabilecek alanın belirlenmesi gerekmektedir. CBK, yetkili olmadığı bir alanda çıkarıldı ise içerik olarak Anayasa'ya uygun olsa bile, "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez*" şeklindeki Anayasa'nın 7. maddesi hükmüne aykırı olacaktır. Konu bakımından yetki alanı sınırlandırılmış olan CBK'ların,⁴ bu sınırların dışında düzenleme yapması fonksiyon gaspı⁵ oluşturur.

³ Kararlarda ortak olan 4. paragrafta, "CBK'ların en belirgin özelliği (...) Cumhurbaşkanına belirli konularda ilk elden düzenleme yapma yetkisinin verilmiş olmasıdır" denilerek bu hususa dikkat çekilmiştir.

Bu paragraftan yola çıkılarak, Anayasa Mahkemesi'nin "asli yetki" ile "ilk-el yetki" arasında bir ayrıma gittiği ve bu bakımdan CBK'larda asli yetki kullanımının değil ilkel yetki kullanımının kabul edildiği yorumu yapılabilir. Her ne kadar yetkinin "asli" ve "ilk-el" olması arasında bir ayrım yapılmayabilse de (Bkz: Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku (Anayasa)*, Ekin Yayınevi, 2. Baskı, Bursa, 2018, s.612; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 18. Baskı, Yetkin yayınları, Ankara, 2018, s.209; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 4. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1997, s.11; Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 15. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2015, s.280; Cengiz Arıkan, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara, 2011, s.23), 2017 değişiklikleriyle yürütmeye kanuna dayanmadan düzenleme yetkisi tanınmış olması karşısında böyle bir ayrıma gidilmesi değerlendirilebilir. İlk-el olmanın, "dolaysız, aracısız olma" anlamıyla CBK'ları da anlattığı ancak asli yetkinin, "asıl olan, asla ait olan" anlamıyla yasama organına ait olduğu ileri sürülerek bu ayrım gerekçelendirilebilecektir. Kararda bu yönde hiçbir açıklama bulunmamakla birlikte, kararın başında böyle bir terim tercihi dikkat çekmektedir. Bu tercihe bakarak Anayasa Mahkemesi'nin, asli düzenleme yetkisinin sadece kanun koyucuya ait olduğunu, yürütmenin sahip olduğu yetkinin ise en fazla ilk-el olduğunu kabul ettiği yönünde yorum yapılabilecektir. Üstelik bir sonraki paragrafta da CBK yetkisinin ilk-el olarak belirtildiği görülmektedir. Yine de bu yorumda aceleci olmamak gerekmektedir çünkü birinci kararın (K.2020/4) 28. paragrafında CBK'lar, "yürütmenin asli düzenleyici işlemleri" olarak nitelendirilmiştir.

⁴ Kararların ortak 8. paragrafında, "konu bakımından yetki" yönünden getirilen sınırlamaların Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının ilk dört cümlesinde düzenlenmiş olduğu belirtilmektedir. Kararların 9. paragrafında ise 104. maddenin 17. paragrafı ile konulan ilk sınırın "yürütme yetkisine ilişkin olma" şeklinde belirlendiği tespit edilmiştir. Diğer cümlelerde hangi konularda CBK çıkarılamayacağı düzenlenmişken bu cümlede pozitif yetkilendirme söz konusudur. O halde, CBK'lar yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilecek, ancak yürütme yetkisine ilişkin olmakla birlikte diğer cümlelerde belirlenen yasak alanları düzenleyemeyecektir. Sonuç olarak denilebilir ki, CBK yetkisi, kanun çıkarma yetkisinde farklı olarak, istisna niteliktedir ve sınırları belirlenmiştir.

⁵ Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması Yasallık ve İdari İşlemler (işlem)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s.381: "İdarenin herhangi bir biriminin,

Konu bakımından yetki denetimi idari işlemlerle ilgili olarak her zaman yapılmaktadır. Yetki problemi öncelikle ilgili işlemi tesis etmeye yetkilendirilmiş makam ya da organı ifade eder. İdari işlemlerle ilgili olarak yetkinin çeşitli görünümüleri bulunmaktadır. Bunlar, kişi, konu, yer ve zaman bakımından yetkidir. Konu bakımından yetki, “*idari makamın belirli bir konuda idari işlem yapabilmesini, diğer bir deyişle idari makamın, idari işlem yapmaya yetkili olduğu konuyu ifade eder. (...) (konu bakımından yetki) idari makamlar ile diğer kamusal makamlar ve idari makamlar ile özel hukuk kişileri arasındaki yetki paylaşımı ile de ilgilidir*”.⁶ O halde konumuz özelinde “konu bakımından yetki, yasama organı ile cumhurbaşkanı arasında ilk-el düzenleme yetkisinin paylaşımına/kullanımına ilişkindir. Kanunlar söz konusu olduğunda, yasama yetkisinin genelliği ilkesi nedeniyle yetki problemi yaşanmamaktadır. Ancak CBK’lar bakımından durum farklıdır. Anayasa Mahkemesi tarafından CBK’ların denetiminde izlenen yol, ilk önce bunların konu bakımından yetki kurallarına uygun olup olmadığının incelenmesi ve eğer ilk aşamada, yani yetki konusunda hukuka aykırılık bulunmuyorsa içerik bakımından hukuka uygunluğunun değerlendirilmesidir. Mahkeme, ilk aşamada hukuka aykırılık saptadığında ikinci aşama denetimini yapma gereği duymamaktadır. Nitekim inceleme konusu ikinci kararda (K.2020/5), bütçe dışı nakit avans ile ilgili kural, Anayasa’nın 104. maddesi 17. fıkrasının dördüncü cümlesine aykırı bulunmuş ve içerik yönünden incelenmesine gerek görülmeden dava konusu kural iptal edilmiştir (n° 22).

Anayasa Mahkemesi bu şekilde aşamalı bir süreci Kanun Hükmünde Kararnamelerin Anayasa’ya uygunluğu denetiminde de işletmekteydi. Mahkeme, KHK’ların hem yetki kanununa hem de Anayasa’ya uygunluğunu denetlemekte ve yetki kanununa aykırı olmaları durumunda, içerik olarak Anayasa’ya uygun olsalar dahi, iptallerine hükmetmekteydi.⁷ Anayasa Mahkemesi’ne göre, KHK’nın yetki kanununa

yasama veya yargı işlevine taşması temel bir sakatlık durumudur. Devletteki üç işleve atıfla, bu sakatlık türü fonksiyon (işlev, görev) gaspı olarak adlandırılmaktadır. İdare kendisine ait olmayan bir işlevi kullandığında, Anayasanın temel hükümleri arasında yer alan egemenliğin devlet organları arasında dağıtımına ilişkin 6. maddeyi ihlal etmektedir”.

⁶ Güher Ulu, İdari İşlemin Yetki Unsuru, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 160-161.

⁷ Kemal Gözler, İdare Hukuku, C.I, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009, s.1192; Özbudun, age., s.256.

aykırı olması ile Anayasa'ya aykırı olması özdeşti.⁸ Görüldüğü üzere, benzer bir inceleme yöntemi CBK'lar için dizayn edilmiştir. Burada da öncelikle yetki unsuru denetlenmekte, CBK'nın, konu bakımından yetkili olduğu alanda çıkarılmış olması durumunda içerik incelemesine geçilmektedir. Zira CBK'nın konu bakımından yetkisiz olduğu bir alanda çıkarılmış olması, yukarıda belirtildiği üzere, fonksiyon gaspı oluşturacaktır. O halde, Mahkemece yapılan denetimin ilk aşamasının baraj niteliğinde olduğu söylenebilir.

II- Baraj Niteliğinde Birinci Aşama: Konu Bakımından Yetki

Bu çalışma kapsamında incelenen Anayasa Mahkemesi kararlarında dava konusu kurallar öncelikle Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının ilk dört cümlesine göre, "konu bakımından yetki yönünden" incelenmiştir. Bu fıkranın birinci cümlesi, "*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir*" şeklindedir. İncelenen kararlarda bu konu ile ilgili genel prensip oluşturabilecek bir kurallaştırmaya gidilmemiştir. Cümlede geçen "yürütme yetkisine ilişkin konular" tek tek sayılabilecek konular olmadığından Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen her bir kuralla ilgili özel inceleme yapması ve genellemeneden kaçınması normal karşılanmalıdır.⁹ İncelenen kararlara konu kurallar bu yönden tartışılabilir alanlara yönelik görünmemektedir.¹⁰ Çalışmaya konu üç karardan daha sonra

⁸ AYM, 08.07.1994 tarih ve E.1994/53, K.1994/48 sayılı kararı.

⁹ Yürütme yetkisine ilişkin olma sınırı ile ilgili Bkz: Kemal Gözler, İdare Hukuku (İdare), C.I, 3.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s.1312; Yasin Söyler, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.83-87.

¹⁰ Birinci kararda (K.2020/4) Yüksek Askeri Şuranın sekretarya hizmetlerinin hangi merci tarafından görüleceğine yönelik kural denetlenmektedir. Kararda, kuruluş ve görevleri düşünüldüğünde, YAŞ'ın yürütme içinde yer aldığı, ancak herhangi bir bakanlığın merkez ya da taşra teşkilatına dahil olmadığı, bu nedenle de YAŞ'ın görev ve yetkilerinin düzenlenmesinin Anayasa'nın, bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri ile teşkilatına ilişkin 106/11 maddesi kapsamında bulunmadığı, yürütme yetkisine ilişkin bir konu olduğu saptanmıştır. İkinci kararın (K.2020/5) koordinatör başhekimlik ile ilgili bölümünde Anayasa Mahkemesi, söz konusu düzenlemenin yürütme yetkisine ilişkin bir konuyu düzenlediğini belirtmiştir (n° 27).

Üçüncü karara (K.2020/6) konu kuralın yer aldığı kararname maddesinde, Yüksek İstişare Kurulu oluşturulmuş, dava konusu kuralla da bu kurul üyelerini Cumhurbaşkanının belirleyeceği düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi bu düzenlemenin yürütme yetkisine ilişkin konulardan olduğunu belirtmiştir (n°16).

verilen Anayasa Mahkemesi kararlarında bu hususta inceleme yapılmıştır. İlk olarak, 23 Temmuz 2020 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 11 Haziran 2020 tarih ve E.2018/155, K.2020/27 sayılı kararda, 5018 sayılı Kanun’a Ekli (I) Sayılı Cetvel’e bazı eklemeler yapılmasının kanun metninde değişiklik yapılması olduğu tespit edilmiş ve kanunlarda değişiklik yapılmasının TBMM’nin görev ve yetkileri arasında yer aldığı belirtilerek, dava konusu kuralın yürütme yetkisine değil yasama yetkisine ilişkin olduğundan bahisle iptaline karar verilmiştir. 27 Temmuz 2020 tarihli, Resmi Gazete’de yayınlanan, 25 Haziran 2020 tarih ve E.2018/128, K.2020/32 sayılı kararının 23. paragrafında ise Anayasa Mahkemesi, milletlerarası anlaşmaların onaylanması ve yayımlanmasının yürütme yetkisine ilişkin konulardan olduğuna hükmetmiştir.

Anayasa m.104/17 ikinci cümlesi, “Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemez” şeklindedir. Ancak bu çalışmada incelenen kararlarda bu hususta da değerlendirme yapılmamıştır.¹¹

Kararlarda 17. fıkranın 3. ve 4. cümleleri ile ilgili kurallar belirlenmektedir. Bu nedenle bu iki cümle ile ilgili değerlendirmeler ayrıntılı ele alınacaktır.

A- Münhasır Kanun Alanının Tanınması ve Sınırlarının Belirlenmesi

Anayasa m.104/17’nin üçüncü cümlesi şu şekildedir: “Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlı-

Anayasa Mahkemesi’ne göre Kurul, Cumhurbaşkanlığı teşkilatı içinde istişari bir kuruldur ve bu kurulun düzenlenmesi yürütme yetkisine ilişkin bir konudur. Kararın ikinci bölümünde ise, Kurul üyelerine yapılacak ödemelerin Cumhurbaşkanlığı tarafından belirleneceğine dair kuralın “yürütme yetkisine ilişkin konulardan olmadığı söylenemez” denilmiştir (n° 30).

¹¹ Birinci kararda (K.2020/4), YAŞ’ın sekretarya hizmetlerinin kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin olmadığı belirtilmiştir (n°22). İkinci kararda (K.2020/5), dava konusu iki kuraldan bütçe dışı avansla ilgili olan birinci kuralı incelemesinde bu cümle yönünden değerlendirme yapılmamış, ikinci kural yani koordinatör başkanlıkla ilgili kuralın ise bu yasak alanına ilişkin düzenleme getirmediği belirtilmiştir (n° 28). Üçüncü kararda (K.2020/6) ise, Yüksek İstişare Kurulu üyelerinin Cumhurbaşkanlığı tarafından belirlenmesine ilişkin hükmün bu sınır kapsamında bulunmadığı belirtilmiştir (n° 17).

ğı *kararnamesi çıkarılamaz*". İncelenen kararlardan önce doktrinde bu cümle ile ilgili ayrışmalar yaşanmış, münhasır kanun alanının kabul edildiği görüşler yanında reddedildiği görüşler de ileri sürülmüştür.¹² Anayasa Mahkemesi, inceleme konusu kararlarıyla, münhasır kanun alanını net bir şekilde ortaya koymuştur. Ancak aynı açıklık somut olay incelemelerinde görülmemektedir.

1- Kuralın ortaya konmasında netlik

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'ne göre, Anayasa'nın münhasıran kanunla düzenlenmesini öngördüğü bir konuda CBK çıkarıldığı iddiası karşısında, konu bakımından yetki kurallarının 104. maddede düzenlenmiş olduğundan bahisle, konu bakımından yetki denetiminin 104. maddenin 17. fıkrası ilk 4 cümlesi referans alınarak yapılması gerekmektedir (K. 2020/5, n° 15, K. 2020/6, n° 28). Yani, bir CBK denetlenirken, bu CBK'nın Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülmüş bir konuda çıkarılmış olduğunun tespiti halinde, ilgili CBK, kanunla düzenleme gereğini öngören Anayasa maddesine aykırılıktan değil, münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağını öngören 104. madde 17. fıkra hükmüne aykırılıktan iptal edilecektir.

Anayasa Mahkemesi, incelenen kararlarıyla, münhasır kanun alanının bulunduğunu açıkça ortaya koymuştur. Bilindiği üzere, kanunun mahfuz alanı problemi ile ilgili yapılan ilk itiraz, Anayasa'da "*kanunla düzenlenir*" şeklinde hükümlerin bulunduğu fakat "*münhasıran kanunla düzenlenir*" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmediği yönünde idi.¹³ Gerçekten de, örneğin Kemal Gözler, Anayasa'nın 123, 127 ve 128. maddelerini örnek vererek, bu hükümlerde "*münhasıran kanunla düzenlenir*" denilmediği gibi "*sadece*", "*ancak*" gibi sınırlayıcı nitelikte başka ibarelerin de kullanılmadığına dikkat çekmekte,¹⁴ Anayasa'nın 66. mad-

¹² Bu konuda ayrıntılı inceleme için bkz. Fatma Didem Sevgili Gençay, Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Karşılıklı Mahfuz Alanları, Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi, Kamu Hukukçuları Platformu, 18-19 Ekim 2019, İstanbul, http://www.kamu-hukukculari.org/upload/dosyalar/Fatma_Didem_Sevgili.pdf (erişim tarihi: 21.06.2020).

¹³ Halil Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri, C.II, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.129.

¹⁴ Gözler, (İdare), C.I, s. 1316.

desi örneğinde, madde metninin “vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir” hükmüne göre vatandaşlık ile ilgili her konunun değil sadece vatandaşlığın kaybedilmesi hallerinin münhasır kanun alanı oluşturduğunu söylemektedir.¹⁵

Doktrinde, incelenen kararlar öncesinde de bu itirazlara cevap veren ve münhasır kanun alanının bulunduğunu savunanlar olmuştur. Örneğin Atar, “Anayasa’nın herhangi bir maddesinde kanunla düzenleneceği öngörülmüş konularda Meclis henüz bir kanuni düzenleme yapmamış olsa bile, bu konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Keza kanun çıkarılmış olmakla birlikte Anayasa’da belirtilen hususlarda eksik düzenleme olsa bile bu hususlarda tamamlayıcı kararname çıkarılamaz” demektedir.¹⁶ Yıldırım, Anayasa’da kanunla kurulması öngörülen idari birimlerin doğrudan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle kurulmasının mümkün olmadığını belirtmekte;¹⁷ Ulusoy ise “Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda ilk elden düzenleme olmayacağı”;¹⁸ “Anayasa’nın bu m.104/17-3 hükmündeki “münhasıran” ifadesinin “özel ve somut olarak” şeklinde anlaşılması ve yorumlanması(nun) daha doğru ve Anayasa’nın genel sistematiğine daha uygun bir yaklaşımdır.”¹⁹ olacağını savunmaktadır.²⁰ Gerçekten de Anayasa’nın 7. maddesinde düzenlenmiş olan yasama yetkisinin genelliği ilkesi çerçevesinde TBMM, Anayasa’ya aykırı olmamak şartıyla akla gelebilecek her türlü konuda kanun yapmaya zaten yetkiliyken, Anayasa’nın bazı maddelerinde “kanunla düzenlenir” şeklinde bir ifadenin bulunması, bu konunun kanun dışı düzenleyici işlemlere yasaklandığı şekilde anlaşılmalıdır.²¹

İncelenen kararların ortak 11. paragrafında, Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik içtihadında, anayasa koyucunun kanunla

¹⁵ Gözler, (İdare), C.I, s. 1317.

¹⁶ Atar, age., s.248.

¹⁷ Yıldırım, age., s.296.

¹⁸ Ulusoy, age, s. 293.

¹⁹ Ulusoy, age, s.296.

²⁰ Aynı yönde: Oğuz Sancakdar, Eser Us, Mine Turhan Kasapoğlu, Lale Burcu Önüt, Serkan Sehan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.81: “Münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konuların neler olduğunun belirlenmesi için AY’da “münhasıran, ancak, sadece” gibi kelimelerle kanunla düzenleme zorunluluğuna vurgu yapılmasına gerek yoktur. AY’da kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilen konuların mutlaka kanunla düzenlenmesi zorunludur”.

²¹ Sevgili Gençay, age., s.10.

düzenlenmesini öngördüğü konuların münhasıran kanunla düzenlenecek alan kapsamında görülmesi gerektiği belirtilerek, “buna göre Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı’nın CBK çıkarma yetkisi” nin bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Bu şekilde kanunun mahfuz alanının, yani CBK’ya yasaklanmış, sadece kanunla düzenlenmesi gereken bir alanın varlığı açıkça kabul edilmiştir. Kanunun mahfuz alanının bulunduğu tespiti birinci kararın (K.2020/4) 23. paragrafında da yinelenmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre, Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilmiş olan konular kanun alanı olarak özgülendirilmiştir ve bu alanlarda CBK çıkarılamayacaktır.²²

2- Kuralın somut olaya uygulanmasında bulanıklık

Kararlarda, Anayasa’nın 123. maddesinde düzenlenmiş olan kanuni idare ilkesi ile 128. maddede düzenlenmiş kamu görevlilerine ilişkin genel ilkeler özelinde değerlendirmeler yapılmıştır.

a- Teşkilatlanma Yetkisine İlişkin İnceleme (AY. m. 123)

Bilindiği üzere Anayasa’da teşkilatlanmaya ilişkin birden fazla madde bulunmaktadır. Genel kural 123. madde ile konulmuş olsa da bakanlıkların ve kamu tüzel kişiliklerinin kuruluşu ayrı olarak düzenlenmiştir. İncelenen ikinci kararda (K.2020/5), “(...) 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

²² CBKların mahfuz alanlarının bulunup bulunmadığı konusu ise kararlarda tartışılmamıştır. Bu konuda kararların ortak 8.paragrafında, Anayasa’da Cumhurbaşkanı’na verilmiş olan CBK çıkarma yetkisinin sınırsız olmadığı, “kanunlardan farklı olarak Anayasa’da CBK’yla düzenlenecek konular(ın) sınırlandırıldı(ğı)” belirtilmiştir (n° 8). Bu paragrafta “kanunlardan farklı olarak” belirlemesinin önemli olduğu düşünülmektedir. Kanunların CBK’lardan farkı, genel düzenleme yetkisini ifade etmesi ve her konuda çıkarılabilecek olmasıdır. Gerçekten de Anayasa’nın “yasama yetkisinin genelliği”ni düzenleyen 7. maddesinde bir değişiklik yapılmadığından yasama yetkisi genel olma özelliğini korumaktadır (Bkz: Artuk Arıçoğlu, age., s.44; Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2018, s.75.). Yani her konuda kanun çıkarılabilecektir. Oysa CBK ancak Anayasa’da yetkilendirildiği konularda çıkarılabilir. O halde, kararda açıkça söylenmemiş olsa da, Mahkemenin alıntılanan ifadesinden, CBK’ların mahfuz alanının yani CBK’ya özgülendirilerek kanuna yasaklanmış bir alanın bulunmadığı; kanunların, Anayasa’da CBK ile düzenleneceği belirtilen alanlarda dahi çıkarılabileceği sonucuna varılabilir.

CBK ile düzenleme yapılabilir” denilmektedir (n° 29). O halde her ne kadar Anayasa’nın 123. maddesi idarenin kuruluşunun kanunla olması gerektiği kuralını getirmekteyse de CBK ile Anayasa’nın diğer maddelerinde özel olarak görevlendirilme söz konusu olduğunda, bu görevlendirmeye uygun düzenleme yapabilecektir. Yani CBK ile bakanlıklar ya da kamu tüzel kişilikleri kurulabilecektir. Anayasa Mahkemesi, CBK’yla, Anayasa’nın 106. maddesi ile verilen yetkiye dayanılarak ve fakat yetki verilen konularla sınırlı olmak üzere 123. madde hükmünde belirtilen hususlarda, yani idarenin kuruluş ve görevleri ile ilgili konularda, CBK ile düzenleme yapılabileceğini belirtmiş (K.2020/5, n°30-31) ve nihayetinde iptali talep edilen kuralın, “Anayasa’nın 123. maddesiyle bağlantılı olarak”, m.104/17’nin üçüncü cümle hükmüne aykırı olmadığına kanaat getirmiştir.

İncelenen kararlardan birincisinde ve üçüncüsünde ise kamu tüzel kişiliği bulunmayan, bakanlık niteliğinde de olmayan “danışma kurulları” söz konusudur. Birinci karar (K.2020/4), YAŞ’ın sekretarya hizmetlerini yürütmekle görevlendirilecek merciin Cumhurbaşkanı tarafından belirleneceğine dair kurala ilişkin olduğundan, Mahkeme dava konusu kuralın idari yapının kurulması ya da görev ve yetkilerinin belirlenmesinin söz konusu olmadığına hükmetmiştir (n°23). Devamında ise “(...) sekretarya hizmetlerini yürütecek merciin belirlenmesi AY’nın 123. maddesi (...) hükmü kapsamında **münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konulardan değildir**” demiştir. Bu şekilde, kararın 11. paragrafında belirtilmiş olan, kanunun mahfuz alanının varlığı teyit edilmiş ve olaya uygulanmıştır. Kararda mahfuz alan tespiti olumlu olmakla birlikte, olaya uygulanması eleştiriye açıktır. Nitekim Hasan Tahsin Gökcan da karşı oy yazısında, sekretarya hizmetlerini göreceк merciin belirlenmesinin yürütme yetkisine ilişkin olduğunu; ancak Anayasa’nın 123. maddesinde düzenlenen kanuni idare ilkesi çerçevesinde bakıldığında sekretarya hizmetlerinin bir mercie tevdiinin de idarenin düzenlenmesi kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini ve dolayısıyla dava konusu kuralın, Anayasa m.104/17’nin üçüncü cümlesine aykırı olduğunu belirtmektedir.

Anayasa Mahkemesi, “kurulun sekretarya hizmetlerini yürütecek merci, YAŞ’ın görev ve yetkileri çerçevesinde gerçekleştirilen toplantıların organize edilmesi gibi daha çok kurulun iç işleyişinin düzenli bir şekilde yürütülmesini sağlamakla görevlidir” açıklamasıyla (n° 29), aslında sekretaryanın “etkisiz” olduğu düşüncesini ortaya koymaktadır.

Nitekim 30. paragrafta bulunan “(...) daimi bir sekreteryaya kurulmasına gerek görülmediği, dava konusu kuralla bu hizmetlerin Cumhurbaşkanınca belirlenecek bir merci tarafından yerine getirilmesinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır (...)” ifadesi nedeniyle sekreteryaya işinin daimi bir teşkilat oluşturmayı gerektirmeyecek önem(sizlik)de görüldüğü ve bu nedenle sekreteryanın düzenlenmesinin teşkilatlanmaya ilişkin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu konuda Yusuf Şevki Hakyemez karşı oy yazısında şöyle demektedir: “Yüksek Askeri Şuranın sekreteryaya hizmetlerini yürütecek merciin Cumhurbaşkanınca belirlenmesi, önceden kurulmuş bir idari birime verilebilecek tali önemdeki bir husus olarak görülebilir. Ancak bu boyut Anayasa’ya uygunluk denetiminde dikkate alınmamalıdır”. Gerçekten de idari teşkilat içinde birimler arasında önemli önemsiz, asli tali gibi ayrımlar yapılamaz. Birimlerin tamamı birlikte teşkilatı oluşturmaktadır ve bu bakımdan da tamamının düzenlenmesi, bir bakanlığın ya da bir kamu tüzel kişiliğinin kuruluşu dışında, 123. madde gereğince mutlaka kanuna dayanmalıdır. Anayasa Mahkemesi de denetleyeceği normu Anayasa’ya uygunluğu yönünden değerlendirmelidir ve bir normun Anayasa’ya aykırı olması durumu bizatihi önemlidir.

Ayrıca, karşı oy yazılarında da belirtildiği üzere²³ bu kararda öncelikle YAŞ’ın CBK ile düzenlenmesinin Anayasa’ya uygunluğunun da değerlendirilmesi gerekirdi. YAŞ bir bakanlık olmadığına ve kamu tüzel kişiliği de bulunmadığına, ayrıca Anayasa’da “idare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir” hükmü varlığını koruduğuna göre, YAŞ’ın kanunla kurulması gerekirdi. Kararda bu konu tartışılmamış, sadece YAŞ’ın sekreteryaya hizmetlerini göreceк merciin tayini karara konu edilmiş ve bu konunun CBK ile düzenlenebileceği sonucuna ulaşılmıştır. Hatırlatmak gerekir ki, karara konu dava sadece sekreteryaya hizmetlerini göreceк merciin belirlenmesine yönelik cümlelerin iptali talebi ile açılmış, YAŞ’ın CBK ile kurulmuş olması dava konusu edilmemiştir.²⁴ Açılan davadaki bu eksiklik nedeniyle kararda yapılan inceleme de eksik ve havada kalmaktadır.

²³ Zühtü Arslan’ın karşı oy gerekçesi 6. Paragraf (n°6), Hasan Tahsin Gökcan’ın karşı oy gerekçesi 2. Paragraf (n°2), Yusuf Şevki Hakyemez’in karşı oy gerekçesi 7. Paragraf (n°7).

²⁴ Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 43. maddesi 3. fıkrasına göre Mahkeme, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasaya aykırılığı hususunda ileri sürülen gerekçelere dayanmak zorunda değildir. Ancak taleple bağlıdır.

Aynı durum incelenen üçüncü kararda (K.2020/6) da söz konusudur. Anayasa Mahkemesi, Yüksek İstişare Kurulunun, tüzel kişiliği bulunmayan, istişari nitelikte bir birim olarak düzenlendiğini tespit etmiştir.²⁵ Yüksek İstişare Kurulu, Cumhurbaşkanlığına bağlı tüzel kişiliği olmayan bir birimdir. Yani, bu kurulun düzenlenmesi, Anayasada CBK'yla teşkilatlanmaya ilişkin özel yetki veren maddelerin alanına girmemektedir. 2017 Anayasa değişiklikleri sonrası Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı teşkilatının CBK ile düzenleneceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır.²⁶ Bu durumda Cumhurbaşkanının CBK ile Yüksek İstişare Kurulunun kurulması yönünde düzenleme yapması mümkün görünmemektedir. Ancak davada bu yönde bir iddia ve talep bulunmamaktadır. Yüksek Mahkeme de kararında, bu konuda bir değerlendirme yapmamıştır.

Kısaca, Yüksek Askeri Şuranın da Yüksek İstişare Kurulunun da kuruluşu dava konusu edilmemiş, Şuranın sekreteryaya hizmetleri ile Yüksek istişare kurulu üyelerine ilişkin hükümler ise teşkilatlanmaya dair bulunmayarak, yürütmeye ilişkin olduklarından bahisle CBK'nın konu bakımından yetki alanı içinde kabul edilmişlerdir.

b- Kamu Görevlilerine İlişkin İnceleme (m. 128)

İncelenen birinci kararda (K.2020/4) bu konuda değerlendirme yapılması gerekmemiştir. Ancak ikinci (K.2020/5) ve üçüncü kararlarda (K.2020/6) Anayasanın 128. maddesi ile bağlantılı olarak m. 104/17'nin üçüncü cümlesine aykırılık olup olmadığını incelemiştir.

Anayasa'nın 128. maddesi şu şekildedir :

²⁵ Kararın 18. paragrafı şu şekildedir: "Söz konusu fıkranın üçüncü cümlesi uyarınca CBK'lar bakımından aranan bir diğer husus, CBK kuralının Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konulara ilişkin olmaması gereğidir. Kurul; tüzel kişiliği bulunmayan, istişari nitelik taşıyan bir birim olarak düzenlenmiştir".

²⁶ Kemal Gözler bu konuda şöyle demektedir: "Anayasa Değişikliği Kanununun Cumhurbaşkanlığı teşkilatının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenleneceğini hükme bağlamaması ... hayret vericidir. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenmesi gereken birinci konu hiç şüphesiz Cumhurbaşkanlığı teşkilatıdır. Nitekim 9 Temmuz 2018 öncesi sistemde dahi yürütme organına asli bir düzenleme yetkisi verilmezken, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği hükme bağlanmıştı. (...) Bu husus, söz konusu Anayasa Değişikliği Kanununu hazırlayanların ya unutkanlığı ya da ehliyetsizliğinin bir sonucudur". Gözler, (İdare), C.I, s.1325.

“Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.

Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. (Ek cümle: 7/5/2010- 5982/12 md.) Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır.

Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir”.

Anayasa, Bakanlıkların merkez ve taşra teşkilatının kuruluşu ile ilgili olarak CBK çıkarılabileceğini düzenlemiştir. Dava konusu kural, Sağlık Bakanlığı’nın, taşra teşkilatında, bünyesinde birden fazla hastane bulunan bir yerleşkede, bir koordinatör başhekimin görevlendirilebileceğine yöneliktir. Ancak Anayasa’nın 128. maddesine göre kamu görevlilerinin niteliklerine, atanmalarına, görev ve yetkilerine ilişkin hususların kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemenin AY m.128 kapsamında olmadığı ve yapılan düzenlemenin taşra teşkilatı kurma yetkisi dahilinde olduğu kanısındadır. Ancak dava konusu kuralla başlı başına yeni bir pozisyon yaratıldığı da bir gerçektir. Kararda ayrıca, “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” denilmektedir (n°33). O halde, yani kararda koordinatör başhekimin görevlendirilmesinin usul ve esaslarına ilişkin bir düzenleme bulunmadığı tespit edildiğine göre, CBK ile kurulan koordinatör başhekimlik ve buna bağlı başhekimlikler ve müdürlüklere atama yapılabilmesi için öncelikle kanun koyucunun, bu unvanları taşıyabilecek kamu görevlilerinin niteliklerini, nasıl atanacaklarını, görev ve yetkilerini düzenlemesi gerekmektedir.

Üçüncü kararda (K.2020/6) Mahkeme, Yüksek İstişare Kurulu üyelerinin, Anayasa’nın 128. maddesinde geçen “diğer kamu

görevlileri”nden olup olmadığını anlamak için Kurul üyelerinin yerine getirecekleri görevin Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esasına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Kararın 20. paragrafında ise, genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerinde kadro ve pozisyonun esas olduğunu ve bu hizmetleri yürüten memur ve diğer kamu görevlilerinin kendilerine özgü statüye sahip olduklarını söylemektedir. Söz konusu Kurulun ise, “Cumhurbaşkanlığı teşkilatı içinde Cumhurbaşkanına bağlı icrai bir karar alma ve bunu uygulatma yetkisi olmayan tamamıyla istişari nitelikte bir birim olarak düzenlenmiş(...)” olduğunu belirtmektedir. Paragrafta Kurulun icrai bir görevinin bulunmadığına, yerine getirilen görev sırasında kamu gücü kullanılmadığı gibi kurul üyelerinin kamu hizmetlerine geçici ve arızı olarak katıldıklarına, kurul üyeliği dışında başka meslek ve uğraşlarına devam ettiklerine, idare ile aralarında statü bir ilişki kurulmadığına, bu itibarla da Anayasa’nın 128. maddesi kapsamında kanunla düzenlenmesi gereken konular arasında bulunmadığına hükmedilmiştir.

Problem şudur ki, kamu görevlilerinin birçoğunun icrai karar alma gücü bulunmamakta,²⁷ bu kişiler görevlerini yerine getirirken bu anlamda kamu gücü de kullanmamaktadır. Kurul üyelerinin geçici olarak kamu hizmetine katıldıkları argümanı da geçerli görünmemektedir. Zira örneğin bakan yardımcılığı da süreli bir görevdir. Statü-ter ilişki meselesine gelince, öncelikle belirtmek gerekir ki tüm kamu görevlilerinin idare ile statü ilişki içinde olması gerekmemektedir. Kamu görevlisi olabilmek için kişi ile idare arasında kamu hukuku bağı olması gerekmektedir. Kamu hukuku bağı statü bir bağ olabileceği gibi akdi bir bağ da olabilir.²⁸ O halde, kurul üyeleriyle idare arasında statü bir bağ bulunmaması, üyelerin kamu görevlisi olma-

²⁷ Gözler, (idare), C.I, s.902: “Bir kamu tüzel kişisinde, o tüzel kişi adına irade açıklamaya, yani işlem yapmaya yetkili görevlilerin sayısı fevkalade azdır. İdare adına irade açıklama yetkisine sahip mercilere “idari makam” denir. Merkezi idarede idare adına irade açıklama yetkisine sahip kişiler, Cumhurbaşkanı, bakanlar ve merkezi idarenin taşra teşkilatında ise yetki genişliği ilkesi sayesinde valilerdir”.

²⁸ Gözler, (idare), C.II, s. 661.

dığını göstermez. Kaldı ki, statüter bağın atama ile kurulduğu kabul edildiğine ve kurul üyeleri de atandıklarına göre statüter bağ bulunduğu da ileri sürülebilir. Asıl problem, bu kurulun çalışma usullerine ve kurul üyelerine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamasıdır. Yani statüter bir ilişkinin bulunduğu iddia edilebilse dahi statüye ilişkin hiçbir veri bulunmamaktadır.

B- “Kanunda Açıkça Düzenlenmiş Konu” Sınırı

Kararların en önemli getirilerinden biri, belirsiz olan²⁹ ve Anayasa Mahkemesi’nce açıklanması beklenen³⁰ “*kanunda açıkça düzenlenmiş konu*” dan ne anlaşılması gerektiği meselesinin çözülmüş olmasıdır.

1- “Kanun” Kavramının Kapsamı

Anayasa Mahkemesi’nin K.2020/6 sayılı kararın 33 ve devamı paragraflarında, “kanunla açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamaz” kuralının kapsamına KHK’ların girip girmediğini irdelemiş ve nihayetinde KHK’ların kanun niteliğinde olması nedeniyle “*KHK ile açıkça düzenlenen bir konuda da Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesi uyarınca CBK çıkarılmaması gerekir*” sonucuna ulaşmıştır.³¹

²⁹ Bkz. Didem Yılmaz, Ahmet Yayla, “Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnesi Türleri ve Bunların İdari İşlemlere İlişkin Uyuşmazlıklarda Perde Yasa Kuramı Çerçevesinde Değerlendirilmeleri”, Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi, Kamu Hukukçuları Platformu, 18-19 Ekim 2019, İstanbul http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Didem_Ylmaz_Ahmet_Yayla.pdf. (erişim tarihi: 21.06.2020), s.5.

³⁰ Şirin, age., s.321.

³¹ Mahkeme bu sonuca şu şekilde ulaşmıştır: Mahkeme öncelikle KHK’ların hukuk tarihimize girişine değinmiş (n° 34-35-36) ve sonrasında Anayasa’da kanunla düzenleneceği öngörülen konularda da KHK ile düzenleme yapılabileceğine dair içtihadının bulunduğunu hatırlatmıştır (n°37). Bu hatırlatma, Mahkemenin aynı imkânı CBK için tanımaması karşısında önem kazanmaktadır. Ayrıca Mahkeme, KHK ile kanun hükümlerinin değiştirilebildiğini, yürürlükten kaldırılabildiğini ya da kanuna eklemeler yapılabildiğini de hatırlatmaktadır (n° 38), ki bu imkân da CBK için mümkün değildir. Doktrinde CBK’nın “kanun düzeyinde” olduğunu ileri süren görüşler bulunmakta ise de (Bkz. İba, Söyler, age., s.207; Ülgen, age., s.7; Atar, age., s.242; Ergül, age., s.31.), bu kararında Mahkemenin, CBK ile KHK’ların farkını açıkça ortaya koyduğu, KHK’ların CBK’da bulunmayan özelliklerini belirlemek ve onlara kanun hükmünde olma niteliği bağlamak suretiyle CBK’ların kanun altı konumunu tespit ettiği kabul edilmelidir.

2- İnceleme Yöntemi: “açık” düzenlemenin tespiti

İncelenen birinci (K.2020/4) ve ikinci kararlarında (K.2020/5) Anayasa Mahkemesi, “açıkça düzenleme”nin nasıl tespit edileceğini göstermiştir: “(...) (Ö)ncelikle...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”.

Buna göre, CBK’nın, kanunla açıkça düzenlenmiş bir konuda çıkarılıp çıkarılmadığının belirlenmesi için öncelikle CBK çıkarılan konuyu düzenleyen bir kanun olup olmadığı belirlenecek, böyle bir kanunun bulunması halinde ise bu kanunun konuyu açıkça düzenlemiş olup olmadığı değerlendirilecektir. AYM bu değerlendirmeyi, iki aşamada yapacaktır: birinci aşamada ilgili kanunun CBK ile düzenlenen alanda hüküm ifade edip etmediğine bakacak, bu soruya olumlu cevap verilirse, kanundaki düzenlemenin açık olup olmadığına bakacaktır. CBK ile düzenleme yapılan konuya, CBK’nın çıkarılmamış olması durumunda, karşılaştırmaya esas alınan kanun hükmünün uygulanacak olması, CBK kuralının kanunla düzenlenmiş konuda çıkarıldığını gösterecektir.

Mahkeme ayrıca, Anayasa’nın 104/17. fıkra hükmünde CBK’lar için getirilen sınırlamaların, Anayasa’da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular için de geçerli olduğunu vurgulamış ancak söz konusu sınırlamaların Anayasa’nın CBK’lara ilişkin diğer hükümleri ile birlikte yorumlanması gerektiğini belirtmiştir (n° 25).³²

³² Kadir Özkaya, Rıdvan Güleç, Recai Akyel, Yıldız Seferinoğlu ve Selahaddin Menş yazdıkları farklı gerekçede şu görüşü öne sürmüşlerdir: “dava konusu 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 on yedinci fıkrasının birinci cümlesi uyarınca çıkarılan genel yetki kapsamındaki CBK’lar için geçerlidir”.

3- “Açık” düzenleme ile CBK’ya Yetki Verilmesi

İncelenen kararlardan ikincisinin (K.2020/5) 21. paragrafına³³ göre Kanun, düzenlediği bir konuda bir hususun CBK ile düzenleneceğine dair hüküm bulundursa bile bu hüküm, CBK’nın kanunun açıkça düzenlediği alanda çıkarılmış olması durumunu düzeltmeyecek ve CBK da ilgili kanun hükmü de Anayasa’ya aykırı olacaktır.

Dava konusu düzenleme ile CBK’ya istisna bir durum düzenleme yetkisi tanınmış ve Anayasa Mahkemesi, tanınan bu yetkinin Anayasa’ya aykırılığı düzeltmeyeceğini belirtmiştir. İstisna, genel kuralın dışına çıktığına göre, genel kuralı değiştirmektedir ve genel kuralı değiştirmek de ancak bu kuralı koyana ait bir yetkidir.³⁴ Bu bakımdan Mahkemenin kararı şüphesiz yerinde bir karardır. Ancak, akla şu soru gelmektedir: Acaba başka bir hipotezde kanun, genel kuralın istisnası niteliği taşımayan, aynı konunun kendisinin düzenlemediği bir alanının düzenlenmesini CBK’ya bırakabilir mi? Bu soruya cevap aranırken, karşı oy yazısından esinlenilerek³⁵, ikili bir ayırım yapılması uygun ola-

Bu farklı gerekçe, Anayasa ile özel olarak CBK’ya yetki verilen durumlarda konu bakımından yetki araştırmasının 104. madde 17. fıkra hükmüne göre yapılmasına yer olmadığı anlamına gelmektedir. Bu yoruma katılmak mümkün değildir çünkü Anayasa, CBK ile düzenleneceğini özel olarak belirttiği konuları dahi kanuna yasaklamamış, hiçbir maddesinde CBK’ya kanuna karşı korunan bir alan yaratmamıştır (Ayrıntılı inceleme için bkz. Sevgili Gençay, age.). Bu nedenle, CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilmiş konularda hâlihazırda bir kanun hükmü mevcutsa, bu konuda CBK çıkarılmamalı; önce CBK’nın çıkarılmış ve daha sonra kanunun yapılmış olması durumunda ise Anayasa’nın m.104/17 hükmünde düzenlenen çatışma hükümleri uygulanmalıdır.

³³ “Öte yandan Kanun’un 35. maddesinin ikinci cümlesinde “ilgili kanunların veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleri saklıdır” denilmektedir. Anayasa’nın kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarma yetkisi 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 hale getirmemektedir”

³⁴ Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ankara, KHP ve TBB Ortak Yayını, 2013, s.44.

³⁵ Muammer Topal, Kadir Özkaya, Rıdvan Güleç, Recai Akyel, Yıldız Seferinoğlu ve Selahaddin Menteş ise bu karara yazdıkları karşı oy yazısında, “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” (n° 20) “Elbette ki Anayasa koyucunun CBK’yla düzenleneceği özel olarak belirtilen konular dışındaki hususlarda Anayasa’da münhasıran kanunla düzenleneceği belirtilen konularda CBK’ya bir alan tanınması Anayasa’ya aykırılık teşkil edecektir” (n° 22) diyerek, kanun koyucunun, kendi düzenlediği bir konuda bazı hususların düzenlenmesini CBK’ya

bilir: Kanunun düzenlediği konu münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konulardan birine giriyorsa, bu durumda temel kuralların kanunla konulması zorunludur ve ayrıntılarla ilgili dahi CBK'ya yetki verilmesi, konunun kanunla düzenlenmiş olması karşısında mümkün değildir. CBK ile kanunun ortak düzenleyebilecekleri alanda CBK'ya konunun kanunla düzenlenmemiş bir unsurunun bırakılması mümkün olabilir. Ancak aynı konuda hem kanun hem de CBK bulunması karmaşaya neden olabileceğinden, bu durumlarda dahi CBK ile düzenleme tercih edilmemelidir.³⁶ O halde sorumuzun cevabı hayır olacaktır.

III- İkincil Bırakılmış İkinci Aşama: İçeriğe İlişkin İnceleme

A- Belirlilik ilkesi

Anayasa Mahkemesi, inceleme konusu ilk kararında (K.2020/4), belirlilik ilkesinin, duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması gerektiğini ifade etmiş ve karara konu kuralda, yani YAŞ'ın sekreteryaya işlerinin Cumhurbaşkanlığı tarafından belirlenecek merci tarafından yürütüleceği kuralında, belirlilik ilkesine aykırılık tespit edememiştir.³⁷ Oysaki sekreteryaya hizmetlerini göreceк merciin hangi merci olduğu bilinmemektedir. CBK konuyu belirli bir şekilde düzenlememiş, düzenleme yetkisini Cumhurbaşkanına bırakmıştır. 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılan Yüksek Askeri Şuranın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un

bırakabileceğini ancak bu imkânın Anayasa'nın münhasıran kanunla düzenleneceğini belirttiği konularda, CBK'nın da Anayasa ile ayrıca yetkilendirilmiş olması hali dışında, geçerli olmadığını belirtmektedirler.

³⁶ Benzer bir yorum için bkz. Ülgen Adadağ, s.268 : "Anayasa'nın Cumhurbaşkanının asli nitelikteki düzenleyici işlemi olarak belirlediği bir alanda, anayasal sınırları aşmak için, kanunla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi verilebileceğini kabul etmek hem türev nitelikte Cumhurbaşkanlığı kararnameleri gibi bir türün ortaya çıkmasına neden olacak hem de Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için Anayasa'da yer alan sınırların yasama işlemiyle etkisiz hale getirilebileceğini kabul etmek anlamına gelecektir".

³⁷ Bu kararın konusu özelinde, Yüksek Askeri Şura'nın sekreteryaya hizmetlerini yürütecek merci bakımından yürürlükte kanun bulunmadığını tespit eden Anayasa Mahkemesi, YAŞ'ın sekreteryaya hizmetlerini yürütecek merciin CBK ile belirlenmesinde bir engel bulunmadığı sonucuna varmıştır. Ancak, bu sonuç doğru bile olsa, yani YAŞ'ın sekreteryaya hizmetlerini göreceк makam CBK ile belirlenebilecek olsa bile, davaya konu CBK sekreteryaya hizmetlerini yürütecek merci belirlememiş, bu yetkiyi Cumhurbaşkanına bırakmıştır ki bu iki durum, ilerde açıklanacağı üzere, birbirinden farklıdır.

“sekretarya” başlıklı 6. maddesinde Yüksek Askeri Şuranın sekretarya hizmetlerini Milli Savunma Bakanlığının yürüteceği öngörülmektedir. CBK ile de Milli Savunma Bakanlığı olmasa bile, bir merciin belirlenmiş olması gerekirdi. Nasıl ki kanunlar söz konusu olduğunda, idarenin düzenlemesine bırakılacak konuların en azından ana hatlarıyla belirlenmesi gerektiği kabul edilmekteyse³⁸, CBK’nın da konusunu “düzenleme” zorunluluğunun bulunduğu karar vermesi gerekirdi.³⁹ CBK’nın, bir konuyu, hiçbir kural koymadan Cumhurbaşkanı kararına bırakması, CBK alanının Cumhurbaşkanı kararına terki niteliğindedir ve Anayasa’ya aykırıdır. Anayasa, ilk-el düzenleme imkânını sadece CBK’ya tanımıştır. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi, oybirliği ile kuralın Hukuk Devleti ilkesine aykırı olmadığına hükmetmiştir.

Yüksek İstişare Kurulu üyelerinin seçimi ve üyelere yapılacak ödemelere ilişkin üçüncü kararda da benzer bir sorun görülmektedir. Bu kararda öncelikle hukuk devleti (n° 23) ve belirlilik ilkeleri tanımlanmış, belirlilik ilkesinin sadece yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade ettiği belirlenmiş ve şu sonuca ulaşılmıştır: *“asıl olan, muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır”* (n° 24). Kararın 25. paragrafında dava konusu kuralın belirlilik ilkesine aykırılık teşkil edip etmediği incelenmiş ve kurul üyelerinin *“mille ve devlete hizmeti geçmiş, bilgi ve birikim sahibi kişiler arasından”* seçilecek olması, keyfi uygulamalara karşı yeterli önlem olarak kabul edilmiştir. Kurul üyelerinin sayısının belirtilmemiş olması ile ilgili olarak ise *“kişilerin kuralın kendileri için doğuracağı sonuçları öngörmelerine neden olacağı veya idare bakımından kuralı belirsiz, anlaşılabilir ve*

³⁸ Emre Akbulut, Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2013, s.243; AYM, 02.06.2009 tarih ve E.2004/85, K.2009/69: “yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder”. AYM, 21.02.2008 tarih ve E.2005/10, K.2008/63: “yasa ile yetkilendirme, Anayasa’nın öngördüğü biçimde yasayla düzenleme anlamına gelmez”.

³⁹ Zühtü Arslan, karşı oy yazısında, YAŞ’ın sekretarya hizmetlerini yürütecek merciin belirlenmesi yetkisinin Cumhurbaşkanı’na verilebileceğini ancak bunun kanunla yapılması gerektiğini belirtmektedir. Yusuf Şevki Hakyemez de aynı şekilde dava konusu ibarenin içerik bakımından Anayasaya uygun olduğu görüşündedir. Oysaki belirlilik ilkesi nedeniyle bu yetkilendirme kanunla dahi yapılamayacaktır.

uygulanamaz kılacağı söylenemez” yorumu yapılmış, nihayetinde kuralın hukuk devleti ilkesine aykırılık içermediği sonucuna ulaşılmıştır.

Kurulun kaç üyeden oluşacağını belirtmemiş olması, kararda ifade edildiği üzere, kuralı uygulanamaz kılmasa da söz konusu kuralın belirsiz olduğu ve keyfiliğe neden olabileceği açıktır. Üye sayısı ile ilgili olarak en azından bir üst sınırın belirtilmiş olması belirlilik ilkesinin bir gereği olarak kabul edilmelidir.

Kurul üyelerine yapılacak ödemelere ilişkin olarak karar gerekçesinde, kurul üyelerine ödeme yapılmasının doğal olduğu belirtilmektedir. Gerçekten de bir hizmet alınacaktır ve karşılığında bir ödeme yapılması makuldür. Kararda daha sonra ödemelerin Cumhurbaşkanınca belirlenecek olmasının esneklik sağladığı söylenmekte ve kuralda bir belirsizliğin söz konusu olmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu sonuç anlaşılabilir nitelikte değildir. CBK ile bu kuralın düzenlenebileceği kabul edilse dahi ki bu konuda da tereddütler yukarıda anlatılmıştır, bu kabul, konunun CBK ile “düzenlenebileceği” anlamına gelir. Dava konusu CBK’da ise bir düzenleme yapılmamıştır. Bir hususun Cumhurbaşkanı tarafından belirleneceğini belirtmek düzenleme yapmak değil, düzenleme yetkisini devretmektir. Hukuk devleti en basit tanımıyla kendi koyduğu kurallarla kendisinin de bağlı olduğunu kabul eden devlettir.⁴⁰ Dava konusu durumda ise idareyi bağlayacak en ufak bir belirleme yapmamaktadır. Kurulun üye sayısına veya üyelere nasıl ödeme yapılacağına dair herhangi bir kriter getirilmemiştir.

Bu hususta, “CBK da Cumhurbaşkanı kararı da nihayetinde tek ve aynı kişinin işlemi” denilerek itiraz edilebileceği akla gelse de bu itiraz yerinde olmayacaktır. CBK’lar ile Cumhurbaşkanı kararları aynı hukuki nitelikte olmadığı gibi bunları denetleyecek merciler de farklıdır. Ayrıca, Anayasa’da, “Cumhurbaşkanınca” düzenlenecek alanlar değil, CBK ile düzenlenebilecek alanlar belirlenmiştir. CBK’larla bazı düzenlemelerin yapılmayarak Cumhurbaşkanı kararına bırakılması hem idarede keyfiliğe neden olur hem de normatif kaos⁴¹ yaratır. İdaredeki keyfilik hem normun içeriğine hem de normu denetleyecek otoritenin “seçimine” ilişkindir ve bu nedenlerle de tehlikelidir.

⁴⁰ Gözler, (İdare), C.I, s.138 vd.

⁴¹ Kavram, Müslüm Akıncı tarafından şu makalede kullanılmaktadır: Müslüm Akıncı, “Normatif Düzen Kalitesi” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C.3, S.1, s. 191.

Üstelik “belirlenir” derken, Cumhurbaşkanı tarafından ödemelerle ilgili kuralların mı belirleneceği, yoksa her üyeye yapılacak her ödemenin Cumhurbaşkanınca ayrı ayrı mı takdir edileceği de anlaşılmamaktadır. Her iki durum da belirlilik ilkesine aykırıdır, demokratik bir hukuk devletinde olmaması gerektirir.

Onur Karahanoğulları kural koyma yetkisinin devri ile ilgili olarak şöyle söylemektedir: “Yasanın belli bir idareyi düzenleme yapma konusunda yetkilendirmesi durumunda idare bu yetkisini bir başka idareye devreder. Bunun yapılabilmesi için yasanın devir konusunda açık yetki vermesi gerekir. Ayrıca, yasada kural koyucu işlemin türü de belirlenmişse, bu tür dışında bir tür kullanılamaz”.⁴² CBK’lar da nihayetinde idari işlemler olduklarına göre bu yorum CBK’lara yansıtılabilir. CBK’lar yetkilerini Anayasa’dan almaktadır. O halde, Anayasa açıkça izin vermediği sürece kural koyma yetkilerini başka bir mercie devredemeyeceklerdir. Cumhurbaşkanı tarafından tesis edilecek CBK dışı bir düzenleyici işlemle de Anayasa’nın CBK için öngördüğü yetki alanında kullanılamaz. Çünkü Anayasa, Cumhurbaşkanına, söz konusu düzenlemeyi CBK ile yapma yetkisini vermiştir. Bu yetki, bu tür yani CBK dışında kullanılamaz. Bu nedenlerle dava konusu kural açıkça yetki yönünden sakatlık yaratmaktadır.

B- Karar Gerekçesinde Yer Verilmeyen Tartışma Konuları

Üçüncü kararın (K.2020/6) karşı oylarında mülkiyet hakkı⁴³ ve özellikle bütçe hakkına⁴⁴ ilişkin değerlendirmeler yapılmış olma-

⁴² Karahanoğulları, (işlem), s.370.

⁴³ Bkz. Zühtü Arslan, Recep Kömürcü, Yusuf Şevki Hakyemez, Engin Yıldırım’ın karşı oy yazıları.

⁴⁴ Bütçe hakkına ilişkin değerlendirmeler özellikle önemlidir. Çünkü diğer karşı oylar, kurul üyelerinin mülkiyet hakkına odaklanmıştır. Oysa problem sadece mistakbel kurul üyelerini değil, tüm vatandaşları ilgilendirmektedir. Bkz. Emin Kuz: “...bu husus sadece anılan görevlere atanacak kişiler açısından değil, bütçe hakkı ile ilgisi itibarıyla, 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. Kuşkusuz bu, sadece bütçenin ve bütçeye ilişkin kesin hesabın değil, kamu harcamalarında büyük paylardan birini oluşturan kamu görevlilerinin ay-

sına rağmen karar gerekçesinde bu haklara hiç değinilmemiştir. Anayasa'nın 141. maddesine göre bütün mahkemelerin her türlü kararının gerekçeli olarak yazılması gerekmektedir. Ancak gerekçenin neleri içermesi gerektiği hususu açık değildir. Gerekçeli karar hakkının dilekçelerde ileri sürülen tüm hususlara cevap verilmesini gerektirmediği de AİHM kararlarında belirtilmektedir.⁴⁵ Çalışma konusu davada ise, dava dilekçesinde mülkiyet hakkına ya da bütçe hakkına ilişkin iddia zaten bulunmamaktadır. Bu durumda Mahkeme gerekçesinde de bulunmaması normal karşılanabilecektir.

Yine de bilindiği üzere 6212 sayılı kanunun 43. maddesine göre Anayasa Mahkemesi'nin, kanunların, CBK'ların ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı hususunda ileri sürülen gerekçelere dayanma zorunluluğu bulunmamaktadır ve Mahkeme, taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasa'ya aykırılık kararı verebilmektedir. Dava dilekçesinde ileri sürülmemiş olsa da karşı oy yazılarında mülkiyet hakkı ve bütçe hakkına ilişkin değerlendirmeler yapılmış olması bu hususların da kurulda tartışıldığını düşündürmektedir. Buna rağmen Mahkemenin, bu iddialara gerekçesinde cevap verme gereği duymamış olması içerik aşamasının ikincil bırakıldığı izlenimini güçlendirmektedir.

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi'nin içeriğe ilişkin incelemesi beklenecek ayrıntıdan ve ikna edicilikten uzaktır. Bu kararlarda, içerik incelemesi ikincil bırakılmış ve asıl olarak konu bakımından yetki aşaması üzerinde durulmuştur. Üstelik bu ilk aşamada da eleştirilen noktalar bulunmakta, bazı yerlerde, yukarıda anlatıldığı üzere, kullanılan argümanlarla ulaşılan sonuç arasında bağ kurulamamaktadır.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi, incelenen üç kararında, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının ilk dört cümlesine göre, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin konu bakımından yetki sınırlarına ve özellikle üç ve dördüncü cümlelerine, yani "*Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlen-*

lık ve ödeneklerinin de kanunla belirlenmesini gerektiren bir ilkedir..." .
⁴⁵ AİHM, 19.04.1994, Van de Hurk vs. Hollanda kararı, paragraf 61.
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:\[%2216034/90%22\],%22itemid%22:\[%22001-57878%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2216034/90%22],%22itemid%22:[%22001-57878%22]}) (erişim tarihi: 19.06.2020)

mesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” ve “kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” hükümlerine açıklık getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi, bu kararlarında münhasır kanun alanı olup olmadığı sorununa net bir cevap vermiş ve Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülmüş olan konularda CBK çıkarılamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme ayrıca, kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağına yönelik cümlede, “*açıkça düzenleme*”nin ne anlama geldiği ile ilgili soru işaretlerini de kaldırmış ve açık düzenlemenin bulunup bulunmadığının nasıl tespit edileceğinin formülünü vermiştir.

Ancak, Anayasa Mahkemesi, taşra teşkilatı kurma yetkisinin CBK’ya verilmiş olmasının yanında kamu görevlilerinin görev ve yetkileri, hak ve yükümlülükleri gibi konuların kanunla düzenlenmesi gerekliliği gibi iç içe girmiş hususlarda incelikli değerlendirme yapmamış, tatmin edici cevaplar henüz vermemiştir. Ayrıca ve özellikle, içerik incelemesinde kanundan beklediği açıklığı CBK’dan beklemeden Mahkeme, hukuk devleti denetiminde yeterli olamamıştır. Karşı oylarda tartışılan çok önemli hususlara gerekçede hiç değinilmemiş olması da ayrı bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

Bakır Çağlar, anayasaların yorumlanması ile ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi’ne başvurma yetkisine sahip olanların da Anayasa Mahkemesi ile birlikte anayasanın ortak yorumcuları olduklarını söylemektedir.⁴⁶ Bu anlamda dava dilekçelerini hazırlayanlar da eleştirilmelidir. Özellikle ilk karara yazılan karşı oylarda Yüksek Askeri Şura’nın kanunla düzenlenmesi gereğine değinilmektedir. Ancak dava sadece Şura’nın sekreteryaya işlerini yürütecek merciin tayini hususunun Anayasa’ya aykırılığı iddiası ile açılmıştır ki bu durumun izahı mümkün değildir. Üçüncü kararda ise, Yüksek İstişare Kurulu üyelerine yapılacak ödemenin Cumhurbaşkanı tarafından belirleneceğine ilişkin kuralın iptali talep edilirken bu kuralın mülkiyet hakkına ya da bütçe hakkına aykırılık teşkil ettiği iddiası ileri sürülmemiştir. O halde denebilir ki esasa ilişkin denetim dava dilekçesinde de ikincil bırakılmıştır.

⁴⁶ Bakır Çağlar, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 1985-2, s. 185.

Kaynakça

Kitaplar

- Akbulut Emre, Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2013.
- Arıkan Cengiz, Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara, 201.
- Atay Ender Ethem, İdare Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- Gözler Kemal, "Yorum İlkeleri", in Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, KHP ve TBB Ortak Yayını, Ankara, 2013, ss. 15-119.
- Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku (Anayasa), 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku (İdare), C.I, C.II, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- Kalabalık Halil, İdare Hukuku Dersleri, C.II, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Karahanoğulları Onur, İdarenin Hukukla Kavranması Yasallık ve İdari İşlemler (işlem), Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- Karahanoğulları Onur, İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 18. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Sancakdar Oğuz, Us Eser, Turhan Kasapoğlu Mine, Önüt Lale Burcu, Seyhan Serkan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Söyler Yasin, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Tanör Bülent, Yüzbaşıoğlu Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 15. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2015.
- Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, 4. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1997.
- Ulu Güher, İdari İşlemin Yetki Unsuru, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Ulusoy Ali D., Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Makaleler

- Ardıçoğlu Artuk, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2017/3, ss.20-51.
- Atar Yavuz, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019-36/1, ss.241-259.
- Çağlar Bakır, "Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkısı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 1985-2, ss. 163-195.
- Eren Abdurrahman, "Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019-36/1, ss.1-72.
- Ergül Ozan, "Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Güncel Hukuk*, S.173, ss.30-32.
- İba Şeref, Söyler Yasin, "Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019-36/1, ss.195-223.

- Akıncı Müslüm, “Normatif Düzen Kalitesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C.3, S.1, ss. 187-212.
- Şirin Tolga, “İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt.7, S.14, ss.289-356.
- Ülgen Özen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, *GSÜHFD*, 2018/1, ss. 3-39;
- Ülgen Adadağ Özen, “Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019-36/1, s. 261-277.
- Yıldırım Turan, “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019-36/1, ss.293-314.

Mahkeme Kararları

- AYM, 08.07.1994 tarih ve E.1994/53, K.1994/48 sayılı kararı
- AYM, 21.02.2008 tarih ve E.2005/10, K.2008/63 sayılı kararı
- AYM, 02.06.2009 tarih ve E.2004/85, K.2009/69 sayılı kararı
- AYM, 22.01.2020 tarih ve E.2018/125, K.2020/4 sayılı kararı
- AYM, 23.01.2020 tarih ve E.2019/31, K.2020/5 sayılı kararı
- AYM, 23.01.2020 tarih ve E.2019/78, K. 2020/6 sayılı kararı
- AYM, 11.06.2020 tarih ve E.2018/55, K.2020/27 sayılı kararı
- AYM, 12.06.2020 tarih ve E.2019/105, K. 2020/30 sayılı kararı
- AYM, 25.06.2020 tarih ve E.2018/126, K.2020/32 sayılı kararı
- AIHM, 19.04.1994, Van de Hurk vs. Hollanda kararı

İnternet Kaynakları

- Sevgili Gençay Fatma Didem, “Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Karşılıklı Mahfuz Alanları”, Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi, Kamu Hukukçuları Platformu, 18-19 Ekim 2019, İstanbul, http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Fatma_Didem_Sevgili.pdf (erişim tarihi: 21.06.2020).
- Yılmaz Didem, Yayla Ahmet, “Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Türleri ve Bunların İdari İşlemlere İlişkin Uyuşmazlıklarda Perde Yasa Kuramı Çerçevesinde Değerlendirilmeleri”, Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi, Kamu Hukukçuları Platformu, 18-19 Ekim 2019, İstanbul http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Didem_Yilmaz_Ahmet_Yayla.pdf. (erişim tarihi: 21.06.2020).

