

İDARENİN KANUNİLİĞİ İLKESİ BAĞLAMINDA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN ANAYASAL SINIRI

Prof. Dr. Turan Yıldırım
M.Ü.Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı

GİRİŞ

16 Nisan 2017 tarihli Halkoylamasıyla kabul edilen Anayasa değişikliğiyle, 1982 Anayasasının sadece 107 maddesinde zikredilen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, değişik hukuki niteliklerle hukukumuzda dahil olmuştur. Devlet geleneğinde Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kararname olarak adlandırılan Cumhurbaşkanının idari nitelikli kararnameleri, artık Cumhurbaşkanı/Cumhurbaşkanlığı kararı olarak adlandırılmaktadır.¹ Bu çalışmada, kanuni idare ilkesi bakımından, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin düzenleme alanı, incelenecektir.

KANUNİ İDARE İLKESİ

Anayasanın 123. maddesine göre; idare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.

Bilindiği üzere 123.maddedeki kanuni idare (ya da idarenin kanuniliği) ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İdarenin kuruluşu ve görevleri. Bu çalışmada esas olarak idarenin kuruluşu bakımından inceleme yapılacak; idarenin görevleriyle ilgili olarak ise kısa bir değerlendirmeye yetinilecektir.

¹ Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yargısal denetimi Anayasa mahkemesine bırakıldığı için, o zamana kadar kararname denilen genel düzenleyici ve birel idari işlemlerin, yargısal denetimi hangi yargı düzeninde yapılacaktı? Bu önemli sorun, isim değişikliğiyle, pratik bir şekilde çözümlenmiştir.

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNE İLİŞKİN ANAYASAL ESASLAR

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Anayasanın 104.maddesinde düzenlenen yeni bir işlem türüdür. 104.maddenin 17. Fıkrasına göre; Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.

104.maddeye bakılarak yapılacak ilk tespit, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin (olağanüstü hallerde çıkarılacaklar hariç) kanun hükmünde işlemler olmadıklarıdır. Anayasada bazı idari birimlerin, kanuni dayanak olmaksızın, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle kurulabilmelerine imkan tanınması, bu tespiti değiştirmemektedir. 104. maddede, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle kanunların kaldırılmasına ve değiştirilmesine imkan tanıyan bir hüküm yoktur; ama örneğin kanunlarla Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükümsüz hale getirilebilmektedir.²

17.fıkra düzenlemesi, doğal olarak, kanuni idare ilkesi bakımından da Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal sınırını oluşturmaktadır. Buna göre; idarenin kuruluşuna dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin ilk sınırı, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine yasaklanan düzenleme alanı, ikincisi ise Yasama Organının iradesidir.

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİYLE KURULABİLECEK İDARİ BİRİMLER

Değişiklik sonrası Anayasaya bakıldığında, bazı idari birimlerin kuruluşunun doğrudan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine bırakıldığını görüyoruz.

² Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin normlar hiyerarşisindeki yeri, bir başka tebliğin konusu olduğu için sadece bu tespitle yetinilmiştir.

106.maddenin 11.fıkrasına göre; bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenecektir.

Anayasa, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceğini de hüküm altına almıştır(m.118/7.).³

Ayrıca yukarıda görüldüğü üzere, 123. maddenin son fıkrası, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kamu tüzelkişiliği kurulmasına da imkan tanımaktadır. Fıkraya göre; Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.

KANUNLA KURULMASI GEREKEN İDARİ BİRİMLER

Bu noktada ilk olarak şu soru ortaya çıkmaktadır: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle, Anayasada belirtilenler dışında, doğrudan idari birim kurulması mümkün müdür?

İdarenin kuruluşuyla ilgili diğer hükümler ele alınarak, bu sorunun somutlaştırılması ve cevaplanması gerekirse: Anayasanın 126. maddesine göre; Türkiye, merkezi idare kuruluşu bakımından, coğrafya durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre, illere; iller de diğer kademeli bölümlere ayrılır. İllerin idaresi yetki genişliği esasına dayanır. Kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyum sağlamak amacıyla, birden çok ili içine alan merkezi idare teşkilatı kurulabilir. Bu teşkilatın görev ve yetkileri kanunla düzenlenir.

127. maddeye göre; mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir. Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir.

Anayasa, merkezi idare ve mahalli idarelerin yanı sıra, bazı kamu tüzelkişilerinin kuruluşuna dair hükümler de içermektedir. 130. maddede üniversitelerin Devlet tarafından kanunla kurulacağı; Anayasanın 131.maddesinde kurulması düzenlenen, yükseköğretim Kurulunun

³ Devlet Denetleme Kurulu hakkındaki düzenleme şöyledir: Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir(m.108.). Kurulun kuruluşu Anayasada açıkça düzenlendiği için Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle kuruluşundan söz edilmesine gerek görülmediği anlaşıyor.

teşkilatı, görev, yetki, sorumluluğu ve çalışma esaslarının kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, Türk Silahlı Kuvvetleri ve emniyet teşkilatına bağlı yükseköğretim kurumları özel kanunlarının hükümlerine tabidir(m.132.).

Radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun kuruluşu, görev ve yetkileri, üyelerinin nitelikleri, seçim usulleri ve görev süreleri kanunla düzenlenir(m.133.).

134.maddeye göre; Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumunun; kuruluşu, organları, çalışma usulleri ve özlük işleri ile kuruluşuna dahil kurumlar üzerindeki yetkileri kanunla düzenlenecektir.

Anayasa, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları (m.134.) ile Ekonomik ve Sosyal Konseyin (m.166.) kuruluş ve işleyişinin kanunla düzenlenmesini emretmektedir.

Diyanet İşleri Başkanlığına ilişkin düzenlemede ise özel kanununda gösterilen görevleri yerine getirir ifadesi mevcuttur.

Anayasada Cumhurbaşkanına, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle doğrudan bakanlık ve kamu tüzelkişisi kurma ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatını düzenleme yetkisi tanındığına göre yukarıda soruya verilecek ilk cevap şudur: Anayasada kanunla kurulması öngörülen idari birimlerin doğrudan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle kurulması mümkün değildir. ⁴

Buna göre: Anayasanın 127.maddesi hükmünce, yerel yönetim birimleri, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle kurulamaz. Aynı şekilde Anayasada kanunla kurulacağı belirtilen, yükseköğretim kuruluşları; Yükseköğretim Kurulunun teşkilatı; Türk Silahlı Kuvvetleri ve emniyet teşkilatına bağlı yükseköğretim kurumları; Radyo ve Televizyon Üst Kurulu; Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kuruluşu Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin düzenleme alanı dışındadır.

Anayasanın 126.maddesinde ise merkezi idare birimlerinin kanunla düzenlenmesine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda il ve diğer kademeli bölümlerin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle kurulmasının mümkün olduğu söylenebilir. Ancak mevcut 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 2. maddesine göre; il ve ilçe kurulması, kaldırılması, merkezlerinin belirtilmesi, adlarının değiştirilmesi, bir ilçenin başka bir ile bağlanması kanunla yapılacaktır. Bu durumda, 5442 sayılı Kanun,

⁴ Münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

il ve ilçe kurulmasında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerini devre dışı bırakmaktadır. Aynı konuyu düzenleyen bir kanun hükmü mevcuttur.⁵

Birden çok ili içine alan merkezi idare teşkilatlarının görev ve yetkileri kanunla düzenleneceği için, teşkilatın işlemesi, görev ve yetkilerini düzenlemeksizin mümkün olmayacağından, bu teşkilatların da kanunla kurulması gerekir. Fakat hemen belirtmek gerekir ki bakanlıklara bağlı bölge teşkilatı kurulması bu kapsamda değerlendirilemez. 106.maddeye göre, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle bakanlıkların taşra teşkilatı olarak bölge teşkilatı kurulabilir.

126. madde, Ülkenin mülki bölünmesine dair olduğundan sözü edilen birimlerin, birden fazla ili kapsayan mülki birimler olması gerekir. Başkanlık sistemini eleştirenlerin ifadesiyle eyaletlerdir. Birden fazla ili kapsayan eyalet teşkilatlanması, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle mümkün olmayacağı gibi, Anayasa değişmeksizin kanunla dahi gerçekleştirilemez. Çünkü 126.madde sadece illerin diğer kademelere ayrılmasından söz etmektedir. Dolayısıyla bu konu üzerinde fazla durmaya gerek yoktur.

KANUN-KARARNAME ÇATIŞMASI

Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden önce şöyle bir sorun belirmişti: Mevcut bakanlıklar kanunla (veya kanun hükmünde kararnameyle) kurulduğu için Anayasanın yürürlüğe girmesinden sonra çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, bu kanunları (kanun hükmünde kararnameleri) kaldırabilecek (değiştirebilecek) midir?⁶ Bilindiği üzere, bu önemli sorun, Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden önce, kanun hükmünde kararnameyle mntika temizliği yapılarak çözümlendi. Bakanlıkların kuruluşuna ilişkin kanun ve kanun hükmünde kararname hükümleri, kanun hükmünde kararnameyle kaldırılarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine yol açılmış oldu.⁷

⁵ Arduçoğlu,M.A., “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”,s.42. www.ankarabarosus.org.tr, E.T.28.03.2019

⁶ Bakanlık kuruluşlarına ilişkin kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin, Anayasanın Geçici 21. maddesi gereğince 6 aylık sürede Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle değiştirilebileceği yorumu için bkz.Yıldırım, T., “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:23, Sayı: 2,Yıl:2017. S.27.

⁷ 703 Sayılı 2.7.2018 tarihli KHK. Bu KHK sadece bakanlıklara ilişkin değildir. Başka idari birimlerin kuruluşunu düzenleyen kanunlar da yürürlükten kaldırılmıştır. Örneğin; Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Sekreterliği Kanunu,4848 sayılı Kültür ve Turizm Bakanlığı Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun....gibi.

Bu uygulama, Bakanlıkların kuruluşunu düzenleyen mevcut kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin kaldırılması ve değiştirilmesinin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle mümkün olamayacağını Anayasayı hazırlayanlar tarafından da kabul edildiğine işaret etmektedir. Çünkü, 703 sayılı KHK, Anayasa değişikliğini hazırlayan ve değişikliği savunan siyasi iktidarın iradesidir.

Hemen belirtmek gerekir ki doktrinde, 17.fıkradaki sınırların idarenin kuruluşunu düzenleyen Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri bakımından da geçerli olduğu; mevcut kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin ancak kanunla (veya kanun hükmünde kararnameyle) kaldırılması gerektiği, 703 sayılı KHK uygulaması öncesinde, ifade edilmiştir.⁸

Yukarıda açıklanan gerekçelerle şu sonuca ulaşılmaktadır: 104. maddedeki sınırlamalar, bakanlık ve kamu tüzelkişisi kurulmasına ilişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için de geçerlidir. Kanunla kurulmuş bir bakanlık veya kamu tüzelkişisi ancak kanunla kaldırılabilir, bu kanunlarda ancak kanunla değişiklik yapılabilir. İdari bir birimin kuruluşunu düzenleyen bir kanunla Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır.

Nitekim yukarıda İl İdaresi Kanunu hükümleri sebebiyle Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle il veya ilçe kurulamayacağı ifade edilmişti.

Kanunların, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal sınırı olduğu görüşünü açıklarken, bir diğer soruyu daha yanıtlamak gerekmektedir: Anayasanın Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine bıraktığı alanlarda kanun çıkarılabilecek midir? İdarenin kuruluşu kapsamında bu hususun da incelenmesi lüzumludur. Çünkü Anayasa, bakanlıkların kurulmasını Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine bırakmıştır. Benzer bir durum kamu tüzelkişiliğinde de söz konusu edilebilir. Şöyle ki kamu tüzelkişisi kuran bir Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, kanunla kaldırılabilir mi? Değişiklik yapılabilir mi?

Bu soruyu cevaplamak için kısaca yasama yetkisinin genelliği ve asliliği ilkesine değinmek gerekmektedir. Yasama yetkisinin genelliği, Anayasaya aykırı olmamak şartıyla her konunun kanunla düzenlenebilmesini ifade eder. Yasama yetkisinin asliliği ise yasama organının bir konuyu, araya başka bir işlem girmeksizin, doğrudan doğruya düzenleyebilmesidir.⁹

⁸ Ardıçoğlu, s.45; Yıldırım, s.27.

⁹ Özbudun, E., Türk Anayasa Hukuku, 16. Baskı, Ankara, 2016, s.213.; Gözler K.,Türk Anayasa Hukuku Dersleri,12. Baskı, Bursa,2012, s.236.

Anayasa Mahkemesinin bir çok kararında belirtildiği üzere, Yasama yetkisinin asliliği ve genelliği ilkesi uyarınca kanun koyucunun Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla her konuyu kanunla düzenleyebileceği kuşkusuzdur.¹⁰

Anayasa değişikliği öncesinde Cumhurbaşkanlığına örtülü ödenek tahsisini düzenleyen Kanun hükmünün Anayasaya uygunluğunun denetlendiği bir kararda, Yasama yetkisinin genel ve asli niteliğine şöyle atıf yapılmıştır: *“Yasama yetkisi genel ve asli niteliktedir. Yasama yetkisinin asli olması bu yetkinin doğrudan Anayasa'dan kaynaklandığı ve yasama organının kanun yapabilmesi için başka bir organ veya merciin yetkilendirmesine ihtiyaç bulunmaması anlamına gelir. Yasama yetkisinin genelliği ise kanunla düzenleme alanının konu itibarıyla sınırlandırılmamış olduğunu, Anayasa'ya aykırı olmamak şartıyla her konunun kanunla düzenlenebileceğini ifade eder. Anayasa'da belirtilen istisnalar dışında TBMM dilediği konuyu dilediği ölçüde kanunla düzenleyebilir. Ancak TBMM tarafından çıkarılacak kanunların Anayasa'da yer alan ilke ve kurallara aykırı olmaması gerekir.”*

Mahkeme bu tanımlamadan sonra, şu gerekçeye dayanmaktadır: *“Örtülü ödeneye ilişkin olarak Anayasa'da bir hüküm yer almadığı gibi kanun koyucunun bu hususta düzenleme yapmasını engelleyen bir Anayasa kuralı da bulunmamaktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun takdir yetkisine dayanarak kimi kurum ve kuruluşlara örtülü ödenek tahsis edilmesine izin veren düzenlemeler yapması mümkündür. Kanun koyucunun bu husustaki takdiri örtülü ödenek tahsis edilecek kurum ve kişilerin tespitini de kapsamaktadır.”*

Karardaki altı çizili ifadelerden ilki, konumuz bakımından fazla önem taşımamaktadır. Çünkü Anayasada örtülü ödenek gibi bir ayrıntının yer alması zaten beklenmez. Asıl önemli kısım, Anayasada engel bir kural bulunmamasıdır. Anayasa kanunla düzenlenmeye engel bir hüküm içermediği sürece yasama yetkisinin genelliği ve asliliği gereğince her konuda kanun çıkarılabilecektir.

Bu kurguyla düşünüldüğünde, Anayasada Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle kurulacağı belirtilen Bakanlıkların Kanunla da kurulabileceği; bakanlık veya kamu tüzelkişiliği kuran Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin kanunla kaldırılabilirliği veya değiştirilebilirliği söylenebilir.¹¹

Anayasa Mahkemesinin, kanunla idare fonksiyonuna dahil işlem yapılmasını dahi Anayasaya aykırı görmediği dikkate alınır, Kanun

¹⁰ E.2014/92

¹¹ Ardıçoğlu, s.38.Boyar,O., Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve “Executive Orders” : KarşılaştırmalıGözlemler

Koyucunun iradesinin, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin sınırı olduğu kolayca söylenebilecektir. Örneğin Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinin de bulunduğu Haydarpaşa Kampüsünün, yeni kurulacak olan Sağlık Bilimleri Üniversitesine, Kanunla tahsis bu ilkeye dayanılarak Anayasaya uygun bulunmuştur.

Kararın ilgili kısmı şöyledir: “ Dava konusu kuralla, Mekteb-i Tıbbiyye-i Şâhâne adıyla hizmet vermek üzere inşa edilen ve hâlen Marmara Üniversitesi adına tahsisli olan Haydarpaşa Kampüsünün, Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilmesi öngörülmektedir. **Yasamanın genelliği ilkesi gereğince** Anayasa’nın temel ilkeleri ile yasaklayıcı hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla kanun koyucu her konuda düzenleme yapma yetkisine sahiptir. Yasamanın genelliği ilkesi gereğince kanun koyucu, hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazların tahsisini kanunla yapabileceği gibi esas ve usulleri kanunda gösterilmek koşuluyla idari işlemle yapılmasına da olanak tanıyabilir. Bu bağlamda, Haydarpaşa kampüsü kanun koyucu tarafından dava konusu kuralla Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilmiştir. Kanuni bir düzenlemeyle oluşturulan bu durumun, hukuka uygun olup olmadığının tespiti ise anayasal bir sorun olup, kanun hükmünün Anayasa’ya uygunluğunun denetimini Anayasa Mahkemesi yapmaktadır. Dolayısıyla, Haydarpaşa Kampüsünün idari bir işlem yerine kanun hükmüyle Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilmesinin hak arama hürriyetini ortadan kaldırdığı söylenemez.¹²

Kişisel görüşüm Anayasada doğrudan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle kurulacağı hüküm altına alınan idari birimler konusunda kanunla düzenleme yapılmaması gerektiği yönündedir. Anayasa Değişikliği öncesinde 107 maddede yer alan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi konusunda da doktrinde bu yönde görüş açıklanmıştır.¹³ Değişiklik sonrasında da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülen konuların yürütmenin mahfuz alanını oluşturduğu belirtilmiştir.¹⁴ Ayrıca, Yasamanın Yürütme ve idareye bırakılan konularda düzenleme yapmaması, kuvvetler ayrılığı ilkesinin gereğidir.¹⁵

¹² E:2015/61. Anayasa Mahkemesi, bir başka Kararda 6360 Sayılı Kanunla bazı ilçe ve belde sınırlarının değiştirilmesini, İdare ve Yürütme fonksiyonu konusuna hiç girmeksizin Anayasaya uygun bulmuştur. E:2013/19.

¹³ Özbudun,s.268.; Gözler,s.237.

¹⁴ Gözler,K. Türk Anayasa Hukuku, 2.Baskı, Bursa, 2018,s.611.

¹⁵ Kanunla idari işlem tesisinin eleştirisi için bkz. Yıldırım,T., “Kanunla belde ve İlçe Sınırlarının Değiştirilmesi-Şişli Örneği”, M.Ü. Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof.Dr.Nur Centel’e Armağan, Yıl:2013,Cilt:19, Sayı:2, s.489.

Fakat şu hususun da belirtilmesi gerekir: Değişiklik ncesi 107 maddeye bakılarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülen konularda Kanun çıkarılamayacağını söylemek daha kolaydı. Çünkü Anayasada Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi adıyla bir işlem düzenlenmemişti, sadece ismen zikredilmişti. Halbuki artık 104. maddede ayrıntılı düzenlenen bir işlem mevcuttur. Anayasa münhasıran kanunla düzenlenecek konulardan söz etmekte, ancak münhasır yürütme alanı ifadesine yer vermemektedir. Üstelik 104.maddenin 17.fıkrasına göre; Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelecektir. Bu hüküm dikkate alındığında Kanun Koyucunun bu konuda da düzenleme yapabileceği görüşü Anayasaya daha uygun görünmektedir.

CUMHURBAşKANLIğI KARARNAMESİYLE DÜZENLENEMEYECEK ALANLAR

Anayasanın 104.maddesine göre; Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve devler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.

Bu yasak alanın idarenin kuruluşuyla ilgisi şudur: Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle bakanlık veya bir kamu tüzelkişiliği kurulurken, temel haklar, kişi hakları ve siyasi haklar ve ödevlere ilişkin kurallara yer verilmeyecektir.

Değişiklik öncesinde kanun hükmünde kararnamelere de yasak olan bu alanlara giren kanun hükmünde kararname hükümleri, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı bulunmuştu. Örneğin, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadrolarına giriş koşullarının belirlenmesi, kamu hizmetine girme hakkına ilişkin bulunarak, kanun hükmünde kararname maddesinin iptaline karar verilmiştir.¹⁶

¹⁶ "...Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında "Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler..."in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın "Kamu hizmetlerine girme hakkı" başlıklı 70. maddesinin birinci fıkrasında, her Türk'n, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın "Siyasi Haklar ve ödevler" başlıklı dördüncü bölümünde yer alan ve 70. maddesinde korunan kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile

Yukarıdakine benzer başka bir davada da aynı yönde karar verilmiştir.¹⁷ Ancak her iki kararda da yedi üyenin bu karar katılmadığı görülmektedir. İki üye ise değişik gerekçeyle (personelle ilgili düzenlemenin yetki kanunu kapsamı dışında kaldığı gerekçesiyle) iptal kararına katılmışlardır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin bu kararını referans olarak alırken karşı oylara değinmek gerekmektedir. Her iki kararda da mevcut olan karşı oy yazısına göre; “Kamu görevlilerinin kadrolarının ve bu kadrolara atanacak kişilerde bulunması gereken niteliklerin de kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. **Ancak, kamu görevlisi olarak atanacak kişilerle ilgili tüm ayrıntıların sadece yasayla düzenlenmesi gerektiği ve bu konuda idarî düzenlemeler yapılmasının Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı düşeceği iddiası yerinde değildir.**”

Bu görüş şüphesiz isabetlidir. Ancak, Anayasaya aykırı bulunan husus, kamu hizmetine girme hakkına ilişkin bir konuda, kanun olmaksızın doğrudan düzenleme yapılmasıdır. Kanun hükmünde kararname, idari düzenleme niteliğinde bir işlem değildir. Yasama yetkisinin devredilmezliği kuralının önemli bir istisnasıdır. Bu sebeple sınırları sıkıca belirlenmiştir.

Karşı oy yazısında şu görüşe de yer verilmiştir: “ Anayasa'nın bir maddesinin yasayla düzenleneceğini öngördüğü bir konunun, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile doğrudan ilgili olmadıkça, ya da KHK ile düzenlenemeyeceği Anayasa'da özel olarak belirtilmedikçe KHK ile düzenlenmesi Anayasa'ya aykırı değildir.”

Esasen bu ifade, Anayasa hükmünün tekrarından ibarettir. Çünkü Değişiklik öncesi 91. madde kanun hükmünde kararnameyle düzenlenemeyecek konuları açıkça belirtmiştir. Asıl sorun, kanun hükmünde kararname/Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kurallarının bu yasak alana girip girmediğini tespit etmektir. Karşı oy yazan üyelere göre: Anayasanın belirtilen bölümlerinde birçok temel hak ve özgürlük düzenlenmiş bulunmaktadır. Söz konusu temel hak ve özgürlüklerin kapsama alanları ve ilgili oldukları hususlar **geniş bir biçimde yorumlandığında** KHK'lerle (Cumhurbaşkanlığı

düzenleme yapılması mümkün değildir.

Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadrolarına giriş koşullarının belirlenmesi, Anayasa'nın 70. maddesine göre kamu hizmetine girme hakkına ilişkin olduğundan, bu hususu düzenleyen KHK'nin 37. maddesinin (2), (3) ve (4) numaralı fıkraları, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptalleri gerekir...” E:2011/87.

¹⁷ E:2011/107

kararnameleriyle) yapılacak tüm düzenlemelerin bu hak ve özgürlüklerle bağlantılarının bulunduğu ileri sürülebilecektir. Böyle bir yorumdan hareket edilmesi halinde yasak alan kapsamı oldukça genişleyecek ve KHK ile (Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle) düzenlenebilecek alan kalmayacaktır.

Anayasa değişikliği öncesinde kanun hükmünde kararnamelerle bakanlıklar kurulmuş; değişiklik sonrasında ise tüm merkezi idare Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenmiştir. Dolayısıyla karşı oy yazısında belirtildiği gibi düzenlenebilecek alan kalmaması söz konusu değildir.

Karşı oy yazısında: Kamu hizmetine girme hakkının siyasi hak ve ödevler kapsamında, vatandaşlık bağına bağlı olarak kullanılabilecek bir hak olarak düzenlendiği; **düzenlemenin temel hakka ilişkin niteliğinin bundan ibaret olduğu** belirtilmektedir. **“Bunun dışında kamu görevlerine giriş, atanma, görev değişikliğine ilişkin tüm düzenleme ve uygulamaların temel hakkın düzenlenmesi ve 91. madde anlamında yasak alan kapsamında görülmesi yerinde değildir.”**

Üzerinde fazlaca durulan karşı oy yazısındaki şu ifade de aslında çoğunluk görüşünün isabetini ortaya koymaktadır: “Anayasa’nın 91. maddesi kapsamına giren alanlarda düzenleme yapılmış olmasından söz edilebilmesi için 91. maddede belirtilen hak ve alanlarla ilgili doğrudan bir düzenleme yapılmış olması gerekir.” Karşı oy yazan üyelere göre; “Savunma Sanayi uzman yardımcılarının uzman kadrolarına atanabilme koşullarının düzenlenmesi kadrolara girişin koşullarını düzenleyen kurallar olup **doğrudan memuriyete girişe ilişkin kurallar değildirler**. Bu nedenle anılan kuralların Anayasa’nın 91’inci maddesinde belirtilen yasak alana ilişkin düzenlemeler içerdiğinden söz etmek mümkün değildir.”

Memuriyete giriş ile memurların başka görevlere atanmaları arasında, kamu hizmetine girme hakkı bakımından ayırım yapılmasına katılmak güçtür. Her bir görev kamu hizmetidir ve bu görevlere gelmekte hizmetin gerektirdiği niteliklerden başka ayırım gözetilemez. Bu sebeple, 70.madde, kamu hizmetine girme hakkını düzenlediğine göre bu hakka ilişkin hükümlerin madde kapsamında görülmemesinin **bence**, yeterli ve sağlam bir gerekçesi oluşturulamamıştır. Anayasa maddesinin açık hükmüne rağmen, görevin gerektirdiği niteliklerin, madde kapsamı dışında kaldığını söylemenin, geniş yorum sınırlarını aştığı kanaatindeyim. Ayrıca, niçin geniş yorumlanması gerektiğini de anlayabilmiş değilim. Kaldı ki Anayasada sayılan yasak alanlar, yorum gerektirmemektedir. Anayasa, bazı alanların, kanuni dayanak olmaksızın idare tarafından düzenlenmesini yasaklamaktadır.

Bu görüş, Yasamayı Yürütmeden daha üstün gören hukuk anlayışının ürünü olarak eleştirilebilir. Meclisin itibarını korumaya çalışmak, kamu hukukçularının eskiden beri görülen tutumudur. Ancak Anayasa değişikliği, istenilen bu olsaydı dahi, Yasama yetkisinin etkisiz bırakıldığını söyleyecek düzeyde değildir.

MÜNHASIR KANUN ALANI

Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle ilgili üzerinde durulması gereken bir diğer Anayasa hükmü ise 104.maddedeki, Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamamasıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular ifadesinin içeriğini doldurmak mümkün değildir. Çünkü 1982 Anayasası, yasama yetkisinin sadece TBMM tarafından kullanılacağını ve bu yetkinin devredilemeyeceğini hüküm altına almıştır. Bu kural hala yürürlükte, değişmemiştir. Dolayısıyla asli ve genel düzenleme yetkisinin bazı konulara münhasır olması beklenemez. Anayasanın bir çok maddesinde “kanunla düzenlenir” ifadesi mevcuttur. Bu ifade o konuların kanunla düzenlenmesi için yeterlidir; ama doğrudan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmasına müsait değildir.

“Ancak kanunla düzenlenir” vurgusunun bulunduğu maddelere bakıldığında¹⁸ da münhasır kanun alanı düzenlemesi anlamı çıkmamaktadır. Örneğin, yükseköğretim elemanlarının siyasi parti üyeliği “ancak” kanunla düzenlenirken; mahkemelerin kuruluşu kanunladır.¹⁹ Dolayısıyla, Anayasanın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesini öngördüğü istisnalar dışında kalan her konunun münhasır kanun alanı olduğu söylenebilir.

Münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülmemen konular ifadesinin anlam ve kapsamı, yürütmenin düzenleme yetkisi bakımından önem taşımaktadır. Bilindiği üzere idarenin düzenleme yetkisi bağlamında tartışılan temel sorun, kanunla düzenlenmeyen bir alanda yürütme ve idarenin düzenleme yapıp yapamayacağıdır. İdarenin düzenleme yetkisi bir çok eserde ele alınmıştır. Bu eserlerin bazılarında yürütmenin asli düzenleme yetkisinin varlığı da savunulmuştur. 1961 Anayasasında yürütmenin görev olarak tanımlanması, kanuni dayanak olmaksızın idarenin düzenleme yapamayacağı görüşünün temel gerekçesiydi. Ancak

¹⁸ “Ancak” vurgusu Anayasanın 13.,20.,35.,38.,51.,66.,67. ve 68. maddelerinde mevcuttur.

¹⁹ Türkiye’de münhasır kanun alanı olmadığı görüşü için ayrıca bkz. Gözler, s.884.

bu dönemde dahi idarenin kanuni dayanak olmaksızın düzenleyici işlem yapabileceğine dair yargı kararları mevcuttur.²⁰

1982 Anayasasında yürütmenin aynı zamanda yetki olduğunun²¹ hükme bağlanmasıyla, yürütmenin asli düzenleme yetkisi sorunu tekrar tartışılmış; 1961 Anayasası dönemindeki yorumun değişmesine gerek olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.²² Yürütmenin düzenleme yetkisini, yasama yetkisinin devri yasağı kapsamında da ele alan Anayasa Mahkemesi de 1961 Anayasası dönemindeki içtihadı benimsemiştir. Örneğin bir kararda şöyle denilmektedir: “...Anayasa’nın 7. maddesinde, ‘Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez.’ denilmektedir. Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinden ne anlaşılması gerektiği hususu açıklanmıştır. Buna göre, kanunla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların kanun metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin hususların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir. Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa’da öngörülen ayrık durumlar dışında, kanunlarla düzenlenmemiş bir alanda, kanun ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa’nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir...”²³

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, yürütmenin özerk düzenleme yetkisi olabileceği görüşünü kabul etmemiştir. Yürütmenin yetki olarak nitelenmesinin anlamı ise Anayasa Mahkemesi tarafından şöyle açıklanmıştır: “Yürütmeye yetki gücünü veren kurallara Anayasa’nın

²⁰ Hemen tüm Anayasa hukuku ve idare hukuku kitaplarında bu konuda görüş bulunmaktadır. Dolayısıyla sadece bazı eserlere atıfla yetinilmiştir. Bkz. Güneş, T. Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, A.Ü.SBF Yay., Ankara 1965., Duran, L., Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir Mi?, İHİD, Cilt: 4, Sayı 1-3.; Gözübüyük, Ş.-Tan, T., İdare Hukuku Cilt I, Ankara, 2016, s.98. vd.; Yayla, Y., İdare Hukuku, İstanbul, 2009, s.142. vd.; Gözler, K-Kaplan, G., İdare Hukuku Dersleri, Bursa, 2016, s.416. vd.

²¹ Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir. (m.8.).

²² Duran, L., a.g.e., Bu satırların yazarı da aynı kanaattedir.

²³ E.2013/47

kimi maddelerinde yer verilmiştir. Bunlar, düzenleme alanında olağanüstü durumlar ve sıkıyönetim süresince Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nun sözü edilen durumların gerekli kıldığı konularda KHK çıkarmak (m. 121, 122); Bakanlar Kurulu'nun vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerde yasanın belirlediği yukarı ve aşağı sınırlar içerisinde değişiklik yapmak (m. 73); dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla, ithalat, ihracat ve dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek malî yükümlülükler koymak ve kaldırmak (m. 167) tan ibarettir. Yürütmenin tüzük ve yönetmelik çıkarmak gibi klasik düzenleme yetkisi, idarenin yasallığı ilkesi çerçevesinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetkidir. Bu bakımdan, Anayasa'da belirlenen yukarıdaki ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütme organının subjektif (öznel) hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır.”²⁴

Ancak özellikle 2010 yılındaki Anayasa değişikliği sonrasında, yeniden yapılanan Anayasa Mahkemesi, idarenin düzenleme alanı konusunda farklı kararlar vermeye başlamıştır. Düzenleme yetkisiyle ilgili olarak geliştirilen, temel ilkeleri koyma; çerçeveyi çizme; sınırsız, belirsiz geniş bir alan bırakılmaması esasları her uyumsuzlukta aranmamış, genel ifadelerle yetkilendirilme dahi yeterli görülmüştür.

Bu konuda örnek sayılabilecek bir kararda şöyle denilmektedir: “...Anayasa'nın 7. maddesinde, “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.” denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Bu hükme yer veren Anayasa'nın 7. maddesinin gerekçesinde yasama yetkisinin parlamentoya ait olması “demokrasi rejimini benimseyen siyasi rejimlerde kaçınılmaz bir durum” olarak nitelendirilmiştir. Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, yasama yetkisinin devredilemezliği esasen kanun koyma yetkisinin TBMM dışında başka bir organca kullanılamaması anlamına gelmektedir. Anayasa'nın 7. maddesi ile yasaklanan husus, kanun yapma yetkisinin devredilmesi olup bu madde, yürütme organına hiçbir şekilde düzenleme yapma yetkisi verilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Kanun koyucu, yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca, bir konuyu doğrudan kanunla düzenleyebileceği gibi bu hususta düzenleme yapma yetkisini yürütme organına da bırakabilir.

²⁴ “E.1994/70. Anayasa Mahkemesi Kararlarına Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankasından ulaşılabilir. Anayasa Mahkemesi kararlarında Cumhurbaşkanlığı kararnamesini düzenleyen 107 maddeye değinilmemektedir. Büyük ihtimalle Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğini düzenleme yetkisi veren 107. madde “atlanmıştır”. Yürütmeye yetki olma gücü veren hükümlere 107.maddenin de eklenmesi gerekir.

Yürütmenin türevselliği ilkesi gereğince, yürütme organının bir konuda düzenleme yapabilmesi için yasama organınca yetkilendirilmesi gerekmektedir. Kural olarak, kanun koyucunun genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesi yeterli olmakla birlikte, Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda genel ifadelerle yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturabilmektedir. Bu nedenle, Anayasa’da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanmaları, özlük hakları gibi münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz...”²⁵

Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliği öncesinde verdiği bir başka kararda da münhasıran kanunla düzenleme yapılması gereken konular bu görüş doğrultusunda değerlendirilmiştir. Mahkemeye göre: “Anayasa’nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda ise kanunun çok genel ifadelerle düzenleme yaparak, ayrıntıyı yürütmeye bırakması mümkündür. **Anayasa’da münhasıran kanunla düzenleme yapılması öngörülmeyen konularda yürütme organının doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapabileceği düşünülebilirse de yasamanın asliliği ve yürütmenin türevselliği gereği idari işlemlerin kanuna dayanması zorunluluğu vardır.** Nitekim, Anayasa’nın gerek yürütme yetkisinin kanunlara uygun olarak kullanılacağını ifade eden hükmü (m.8), gerekse yönetmeliklerin kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak kaydıyla çıkarılabileceğini belirten kuralı (m.124) bu zorunluluğa işaret etmektedir. Ancak, bu durumda kanundan belirlemesi beklenen çerçeve, Anayasa’nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü durumdakinden çok daha geniş olabilecektir. Başka bir ifadeyle, Anayasa’ya göre mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilir. Aksi yorum, Anayasa’da bazı hususların kanunla düzenlenmesinin öngörülmüş olmasını anlamsız hâle getirebilecektir...”²⁶

Anayasa Mahkemesinin yakın tarihli kararlarından çıkan sonuçlar şunlardır: a) Yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi, kanun koyma yetkisinin TBMM dışında bir başka organ tarafından kullanılamaması anlamına gelmektedir. Bir başka organa kanun koyma yetkisi

²⁵ E.2013/50. Karar tarihi, 1.4.2015., Aynı yöndeki kararlar için bkz. E.2016/39., E.2016/21., E.2015/42.

²⁶ E.2013/72

verilmediği sürece Anayasanın 7. maddesi ihlal edilmiş olmaz. b) Yürütmenin türevselliği ilkesi gereğince yürütme organının bir konuda düzenleme yapabilmesi için yasama organı tarafından yetkilendirilmesi gerekmektedir. c) Kural olarak kanun koyucunun genel ifadelerle yetkilendirmesi yeterlidir. d)Münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen (temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanmaları, özlük hakları gibi) konularda temel esaslar, ilkeler ve çerçeveler kanunla belirlenmelidir. e) Açıkça kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda temel kuralların saptanması yeterlidir. Uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin konularda yürütme, düzenleme yapılabilir.

Anayasa değişikliği yasamanın asliliği ve yürütmenin türevselliğini değiştirmede için değişiklik önceki kararlardaki görüşler geçerliliğini yitirmemiştir. Hatta, değişikliğin, Anayasa Mahkemesi içtihadını Anayasaya taşıdığı dahi söylenebilir.

Bu durumda idarenin kuruluşu konusunda, genel hükümlerle, Cumhurbaşkanlığı kararnamesini yetkilendiren kanunlar Anayasaya aykırı olmayacaklardır.

Münhasır kanun alanı kapsamında son değinilmesi gereken konu şudur. Anayasada kanunla düzenlenir ifadesi olmayan bir konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilir mi? Örneğin merkezi idareye ilişkin 126.maddede kanunla düzenlemeye dair hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yapılması mümkündür. Yukarıda bu hususa işaret edilmişti.

YÜRÜTMEME YETKİSİNE İLİŞKİN KONULARDA ÇIKARILACAK KARARNAMELER

Kanuni idare ilkesinin ikinci boyutu, idarenin görevlerinin de kanunla düzenlenmesi olduğuna göre, tekrara düşmemeye dikkat ederek bu hususa da değinilecektir.

104.maddenin 17. fıkrasına göre; “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.” Yukarıda belirtildiği üzere; Anayasanın 104.maddesine bakıldığında, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle, yasal dayanak olmaksızın düzenleyici işlem yapma ve kanuni idare ilkesinin kapsamı tartışmalarının, Anayasa Mahkemesinin yakın tarihli kararları doğrultusunda çözümlenmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır.

Kanuni dayanak olmaksızın yürütme işlemi yapılabilecek mi sorusunun cevabı ise şöyle olabilir: Doktrinde, bazı hallerde yürütmenin

kanuni dayanak olmaksızın düzenleme yapabileceği ifade edilmektedir. Hocamız Yıldızhan Yayla'nın anlatımıyla: "...İdarenin görevleri gereği, özellikle sağlık, güvenlik ve esenlik gibi konularda, ilgili alanı düzenleyen bir kanun bulunmasa bile düzenleme yetkisine sahip bulunması bir zorunluluktur..."²⁷ Anayasanın 104.maddesindeki değişiklikle, yürütmenin kanuni dayanak olmaksızın düzenleme yapabileceği görüşü desteklenmektedir. Ancak yürütmenin düzenleme alanı çok dar ve sınırlıdır.

İlk sınır şudur: Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Bu yasak alan, kamu düzeni gerekçesiyle veya eşyanın tabiatı gereği, yasal dayanak olmaksızın Düzenleme yapmayı neredeyse tamamen engellemektedir. Çünkü kamu düzeninin korunması amaçlı işlemler, kişi hak ve ödevlerini düzenlemeyi gerektirmektedir. İkinci önemli sınır ise kanunla açıkça düzenlenen konulardır. Bir konu kanunla düzenlenmişse Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkartılamaz. Dolayısıyla, 104.maddeden hareketle, yürütmeye yasal dayanak olmaksızın doğrudan, genel ve asli bir düzenleme yetkisi verildiği söylenemez.

104.maddenin 17.fıkrasıyla ihdas edilen Cumhurbaşkanı kararnamelerinin çıkarılabilmesi için kanunla yetkilendirilme gerekmektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesi, düzenleme yetkisini geniş yorumladığı kararlarında dahi bu hususu vurgulamıştır. 104.maddede, 108.,118. ve 106 maddelerdeki gibi doğrudan verilmiş bir düzenleme yetkisi mevcut değildir. Aksine kanunlarla bağlılığı ve sınırlılığı vurgulayan ifadeler vardır.

²⁷ Yayla,Y.,a.g.e.,s.145. Hocamız bu görüşünü şöyle desteklemektedir: "R.SARICA, 'icra mefhumu tanzim salahiyetini de tazammun eder...Tanzim salahiyeti icra salahiyeti içinde mündemiçtir...Tanzim, icra salahiyetinin tabii ve zaruri bir neticesidir.' (Türkiye'de İcra Uzwunun Tanzim Salahiyeti İstanbul 1943 s.29.) sonucuna varmıştır. S.S.ONAR da, '...Anayasada sarıh bir hüküm olmasa da idare gene kendine düşen fonksiyonu ifa edebilmek için bir tanzim salahiyetine sahip olmak mecburiyetindedir, çünkü idare, ifa edeceği amme hizmetinin işlemesi, hatta kuruluşu, fertlerin bundan istifade tarzları hakkında umumi kaideler koymak mecburiyetindedir...' diyor. Dipnot 339.

Gözler-Kaplan, idarenin düzenleme yetkisinin "eşyanın tabiatından" kaynaklandığını belirtmektedirler. "İdarenin düzenleme yetkisi Anayasa ve kanunlardan kaynaklanır. Ancak idare bunların dışında, eşyanın tabiatından kaynaklanan bir düzenleme yetkisine sahiptir. Eşyanın tabiatından kaynaklanan düzenleme yetkisinin altında idarenin iyi işlemesi, kamu düzeninin sağlanması gibi ihtiyaç ve gereklilikler bulunmaktadır." a.g.e.,s.421.

Bu durumda 104.maddenin 17.fıkrasının anlam ve kapsamı nedir sorusu ortaya çıkmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki 17.fıkra, yürütmeye yetki olma gücü veren kurallardandır. Nerdeyse imkansız hale getirilmiş olsa da kanuni dayanak olmaksızın düzenleme yapma yetkisini içermektedir. “Esasen, çok geniş bir yasal düzenleme ağının hüküm sürdüğü Türkiye gibi ülkelerde, dolaylı da olsa ilgili bir kanun bulunması çoğu zaman zor değildir.”²⁸

Ancak Anayasada kanunla düzenleneceği belirtilmeyen bir çok Devlet görevi de mevcuttur. Örneğin, Anayasanın 64. Maddesine göre; Devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korur. Sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri alır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle, temel hak ve hürriyetleri sınırlamamak gibi, yasak alanlara girilmediği sürece herhangi bir kanuni dayanak olmaksızın bu konuda düzenleme yapılabilir.

BAKANLIKLARIN GÖREVLERİNİN DÜZENLENMESİ SORUNU

Anayasanın 106. maddesine göre Bakanlıkların görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenecektir. Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin görevlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği de hüküm altına alınmıştır(m.118/7). Kamu tüzelkişiliğinde sadece kuruluş yetkisi tanınmaktadır.

Özellikle bakanlıkların görevleri üzerinde ayrıca durulmalıdır. Çünkü, bakanlıkların görevleri, bir çok temel hak ve hürriyet alanına girmektedir. Bu noktada şu önemli sorunun sorulması gerekir: Anayasanın 106.maddesi gereğince bakanlık kuran Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Anayasanın 104.maddesinin 17.fıkrasındaki sınırlara tabi olmayacak mıdır? Örneğin İçişleri Bakanlığına Anayasanın 13. maddesine aykırı şekilde, kanun olmaksızın, kişi hürriyetini sınırlama yetkisi verilebilecek midir?

Bu soruya olumlu cevap verenler, 106.maddenin özel hüküm olduğu gerekçesine dayanmaktadırlar.²⁹ Bu düşünüşe göre Anayasanın 13.maddesi genel düzenleme; 106 maddesi ise özel düzenlemedir. İki hüküm arasında çatışma olduğunda özel hüküm uygulanmalıdır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle, tüm kişi hak ve

²⁸ Yayla, Y.,A.g.e.,s.145.

²⁹ Eren, A., Sempozyumda sunduğu “Anayasa Mahkemesi’nin KHK İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi” başlıklı bildiride bu gerekçeye dayanmıştır. Sempozyum sırasında bu yönde başka görüşler de açıklanmıştır.

hürriyetlerine dair Anayasal esaslarla bağlı kalmaksızın, bakanlık görevi düzenlenebilir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Anayasa kuralları arasındaki çatışma veya farklılıklarda, özel hüküm-genel hüküm yorumundan ziyade, kaide-istisna yorumu yapılması daha uygun olacaktır. Çünkü ortada iki ayrı kanun mevcut değildir. Ayrıca Anayasa, örneğin Borçlar Kanunu gibi genel esasları ve özel borç ilişkilerini düzenleyen ayrıntılı bir hukuk metni de değildir.³⁰ Devletin kuruluşu, temel organları ile kişi hak ve ödevlerinin temel esaslarının düzenlendiği Anayasada, özel hüküm yerine, kaidenin istisnasından söz edilebilir. Ayrıca Borçlar Kanunu gibi ayrıntılı kurallar içeren kanunlarda dahi hangi hükmün özel olduğunun kesin olarak belirlenmesi ve uygulanması kolay olmamaktadır.³¹

Hemen belirtmek gerekir ki Anayasadaki iki hüküm arasında çatışmanın varlığını ve bu çatışmanın özel hükmün uygulanması suretiyle çözülmesi gerektiğini söyleyebilmek için, Anayasa koyucunun bunu “arzu ve irade etmiş olması”³² gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasanın 106. maddesinin, 13. ve 104/17. maddeleri kaldırdığını; uygulanamaz hale getirdiğini ileri sürebilmek, bu yönde açık bir irade varlığını gerektirir. Oysa ki gerek 106.maddede gerekse 13. ve 104/17. maddelerde bu yönde açık bir Anayasa Koyucu iradesi mevcut değildir.

Bu açıklama, Anayasanın olağanüstü hallerle ilgili 119.maddesinin 6. Fıkrasına bakıldığında daha iyi anlaşılacaktır. Fıkraya göre: “Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, **104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın** Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.” Görüldüğü üzere 104/17. maddenin uygulanmayacağı açıkça Anayasa Koyucu tarafından ifade edilmiştir.

“Kanun koyucu maksadını bu suretle (direkt veya dolaylı olarak) açıklamamışsa ve maddenin yazılış tarzından da bu konuda bir

³⁰ Borçlar Kanunu hükümleri arasındaki çatışmalarda özel hükmün uygulanması için bkz. Çağa, T. “Özel Hüküm Genel Hüküm Daima Bertaraf Eder Mi?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/3, s.370. tbbdergisi.barobirlik.org.tr. ET.13.05.2019
Gözler, Anayasa kuralları arasında özel hüküm genel hüküm ayırımına 7. ve 91.maddeleri örnek göstermektedir. Gözler, K., “Yorum İlkeleri”, Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı, Ankara, 29.9.2009. s.66. Metin için bkz. Türk Anayasa Hukuku Sitesi, www.anayasa.gen.tr. ET:13.05.2019.

³¹ Özel hükmün her zaman uygulanmayacağı hakkında bkz. Çağa, s.373.

³² Örneğin “aksine bir hüküm yoksa” ifadesi gibi. Çağa, s.374.

sonuca varılamıyorsa bu takdirde kanunun özel hükümlerle güttüğü amaca bakılmak lazımdır. Genel hükmün alternatif (seçimlik) olarak uygulanması özel hükümle güdülen amacı akim bırakacaksa özel hükmün (exclusif=genel hükmü) bertaraf edici olduğu kabul edilmelidir.”³³

Dolayısıyla Anayasada açık bir irade olmaksızın, yorum yoluyla (özel hükümden bahisle), Anayasanın hak ve hürriyet sistemini devre dışı bırakmak, Anayasanın 106.maddesindeki amaçla da bağdaşmaz. Çünkü 106.madde, esas olarak Cumhurbaşkanı yardımcılıklarını; cumhurbaşkanına vekaleti; Cumhurbaşkanı yardımcılar ve bakanların atanmaları, sorumlulukları, dokunulmazlıkları ve yargılanmalarını düzenlemektedir. Maddenin son fıkrasında bir cümleyle, yürütmenin işleyişini kolaylaştırma amacıyla bakanlık kurulması, kaldırılması ve görevlerinin düzenlenmesinden söz edilmektedir. Bu sebeple 106. maddenin son fıkrası, Anayasadaki diğer hükümlerle çatışan özel bir hüküm niteliğinde değildir.

Esasen başkanlık sisteminde bakanlıklar, Cumhurbaşkanlığı bünyesinde alt birimler olduğuna göre ayrıca bakanlık kuruluşundan söz etmeye dahi gerek bulunmamaktaydı. Yürütme görevini ve yetkisini kullanan Cumhurbaşkanı, hangi hizmetleri hangi birimler vasıtasıyla yerine getireceğine karar verebilecektir. Bunun için ayrıca hüküm koyma gerek dahi bulunmamaktadır. Örneğin, “Cumhurbaşkanlığı teşkilatı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenir” şeklinde bir hüküm yeterliydi.

Özel hüküm ilkesinin bakanlıkların kuruluşunda uygulanmasını güçleştiren bir başka ve esasen en önemli husus, Anayasadaki hangi hükmün özel olduğunun belirlenmesinin zorluğudur. 13.madde örneğine bakıldığında; Anayasanın 13.maddesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında özel hüküm niteliği de taşımaktadır. 13.madde özel olarak temel hak ve hürriyetlerin ne şekilde sınırlandırılacağını düzenlemektedir. 106.madde ise yürütme organı bünyesindeki bakanlık denilen birimlerin kuruluşuyla ilgilidir. 106.maddede temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına dair hiçbir ifade bulunmadığına göre, bu konuda özel hüküm olduğu ileri sürülemez. 106.maddenin özel hüküm olması için açıkça temel hak ve hürriyetlere ilişkin hüküm içermesi gerekir ki, bu kuralın özel olduğu söylenebilsin.

Şu husus da unutulmamalıdır ki kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevleri düzenleyen Anayasa maddeleri ya bu haklarla

³³ Çağa,s.374-375.

ilgili doğrudan düzenleme içermekte ya da düzenlemeyi kanuna bırakmaktadır. Her bir hakla ilgili özel hüküm niteliği taşıdığı tartışmasız olan bu maddelerin, bakanlık kuruluşuna dair genel bir ifade içeren 106. maddeyle devre dışı bırakıldığını kabul etmek genel hüküm-özel hüküm yorumuyla da açıklanamaz.

Netice olarak, Anayasanın 106.maddesinin, özel hüküm olduğu gerekçesiyle, Anayasanın ilgili maddeleri ile 13. maddesi ve 104/17. maddesiyle bağlı olmaksızın, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi verdiği şeklinde bir yorum yapılamaz.

Yukarıda belirtildiği üzere Anayasa maddeleri arasında genel hüküm-özel hüküm çatışması söz konusu olamaz. İki ayrı kanun, farklı sebeplerle, farklı zaman dilimlerinde çıkarıldığı için aralarında çatışma bulunması mümkün olabilir. Bu durumda hangi kuralın somut uyuşmazlığa yönelik olduğuna bakılarak, diğer kuralın uygulanmayacağı tespit edilebilir. Ancak, bir bütün olarak hazırlanan Anayasa kuralları arasında çatışma olamaz. Hükümler arasındaki farklılık, bazı kuralların istisnalarının varlığıyla açıklanabilir.³⁴ Nitekim bir çok kanunda farklı hükümler, kaidenin istisnalarını düzenlemektedirler. Örneğin İYUK'ndaki ivedi yargılama usulü, dava süreleri ve kanun yollarına ilişkin kuralın istisnasıdır. Kimse bu kurallar arasında çatışma olduğunu ve özel hükmün uygulanması gerektiğini ileri sürmez.

Bu sebeple, 106. maddenin Anayasanın kişi hak ve hürriyetleri ile siyasal hak ve ödevleri düzenleyen maddeleri ile 104/17.maddenin istisnası olup olmadığı incelenmelidir. İstisna, genel kuralın uygulanmayacağı haller olduğuna göre, öncelikle istisnanın açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Yorum yoluyla genel kuralı devre dışı bırakacak istisna oluşturulamaz. Çünkü, "...istisna, kaidenin, yani o konudaki genel kuralın kapsamını daralttığı için, genel kuralın değiştirilmesi anlamına gelir... Dolayısıyla bir kaidenin, yani bir genel hükmün istisnasının olup olmadığı konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, genel hükmün istisnasının olmadığı sonucuna ulaşılır. Çünkü genel hükme istisna getirme yetkisi, haliyle genel hükmü koyma yetkisine sahip olan makama aittir. Bu makam, kendi koyduğu genel hükme istisna getirmemiş ise ortada bir istisna yoktur. Böyle bir durumda yorum yoluyla istisna üretmek, genel hükmü koyma yetkisine sahip makamın yetkisini gasp etmek anlamına gelir. Genel hükmü koyma yetkisine sahip makam ayrıca ve açıkça istisna öngörmemiş ise, o hükmün bir

³⁴ Gözler, 91. maddedeki kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini, Anayasanın 7. maddesinin istisnasına da örnek olarak vermektedir. Gözler, S.22.v

istisnası yoktur... Yorum yoluyla istisna yaratılamayacağı kuralından şu sonuç da çıkar. İstisnalar, kurucu iktidar veya yasama organı gibi kaideyi koyan makam tarafından ayrıca ve açıkça öngörülmüş olmalıdır. Ayrıca ve açıkça öngörülmedikçe, yorum yapılarak, birtakım ihtiyaçların varlığı gösterilerek, genel kurala istisna getirilemez. Zira “*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* (kanun istediği zaman söyler; istemediği zaman ise susar)” ilkesinin dile getirdiği gibi kanun, bir konuyu daha ayrıntılı olarak düzenlemek isterse, bunu yapar; eğer daha ayrıntılı olarak düzenlemek istemiyorsa susar. Yani kanun koyucu koyduğu genel kurala istisna getirmek isteseydi, bunu açıkça yapardı. Bunu yapmamış ise, bundan koyduğu genel kurala istisna getirmek istemediği sonucu çıkar. Kanun koyucunun istemediği bir şeyi, yorumcunun istemesi mümkün değildir. Dolayısıyla kimse birtakım ihtiyaçlardan bahsederek, kanun koyucunun getirmedeği bir istisnayı getiremez.”³⁵

Bu açıklamalar doğrultusunda 106. madde incelendiğinde ilk göze çarpan nokta, 106. maddede temel hak ve hürriyetlere ilişkin hiçbir hükmün bulunmamasıdır. 106.madde, idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceğini belirten 123.maddenin istisnasıdır. Çünkü idare içinde yer alan bakanlıkların kuruluş ve görevlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Ancak 106. maddenin; Anayasanın kişi hakları ve ödevleri ile siyasal hak ve ödevleri içeren maddelerinin, 13. ve 104/17.maddelerinin istisnası olduğuna dair açık ve hatta örtülü bir hüküm mevcut değildir. Halbuki daha önce de belirtildiği üzere olağanüstü hallerde çıkarılacak olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin 104.maddenin 17.fıkrasındaki sınırlamalar tabi olmadığı, bu kaidenin istisnası olduğu açıkça belirtilmiştir.

Dolayısıyla, 106.maddedeki görevleri düzenleme ifadesinin sınırlamayı da içerdiği ve bu sınırlamanın Anayasadaki temel hak ve hürriyetler rejimiyle bağlı olmadığı, yorum yoluyla söylenemez. 106.maddedeki görevlerinin düzenlenmesi ifadesi, kanunla genel yetkilendirme dışında olağanüstü bir anlam taşımamaktadır. Tekrarlamak gerekirse; bakanlıkların görevlerini düzenleyen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, bir kanuna dayanmak zorundadır. Ancak bu kanunda temel esasların, genel çerçevenin çizilmesi gerekmeyebilir. Kanunla genel yetkilendirme yeterli olabilecektir.

³⁵ Gözler, s.32. Yorum ilkeleri hakkında Prof.Dr.Kemal Gözlerin değerli eserinin okunması zorunluluk haline gelmiştir.