

2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ SONRASI İDARENİN KANUNİLİĞİ İLKESİ ÇERÇEVESİNDE KAMU HİZMETİ KURMA YETKİSİ

*Authority to Establish Public Service within the Framework of the Principle of
Legality of the Administration, after the 2017 Constitutional Amendments*

Arş. Gör. Berk YILMAZ*

Öz: İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin faaliyetlerinin kanuna dayanması ve kanuna aykırı olmamasını gerektiren hukuk devletinin gereklerinden bir tanesidir. 1982 Anayasası'nda kabul edilen bu ilke Anayasa'nın (AY.) 123. maddesinde (md.) düzenlenmektedir. 2017 anayasa değişikliğinde bu madde aynen korunmuştur.

Bununla birlikte Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin (CBK) konu sahasının genişlemesiyle ilkenin kapsamı öğretilerde tartışılabilir hale gelmiştir. Kamu hizmeti, genel ve ortak ihtiyaçları karşılamak ve kamu yararı amacını gerçekleştirmek için yetkili organların yaptıkları çeşitli düzenlemelerle kurulur. İdarenin kanuniliği ilkesi uyarınca kamu hizmeti kanunla kurulur. 2017 Anayasa değişikliği sonrası CBK ile kamu hizmeti kurulması ise tartışmalıdır. Kamu hizmeti, merkezi idare içinde idari teşkilatlanma veya kamu tüzel kişiliği kurmak suretiyle tanımlanabilir. Bunun yanında var olan bir idarenin yetkili organlarca bir veya birkaç faaliyet alanında yetkilendirilmesi kurulabilir. Kamu hizmeti kurulmasıyla temel hak ve özgürlükler bakımından bir sınırlama meydana gelip gelmediği yetkili organın tespitinde önemlidir. Bu çalışmada idarenin faaliyetlerinin kamu hizmeti olması dolayısıyla idarenin teşkilatlanması ve görevleri bakımından idarenin kanuniliği ilkesi uyarınca kamu hizmeti kurmaya yetkili organların tespiti amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İdarenin Kanuniliği İlkesi, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Kamu Hizmetinin Kurulması, Kolluk Yetkisi.

Abstract: The principle of legality of the administration is one of the requirements of the state governed by rule of law, which requires that the activities of the administration be based on the law and not contrary to the law. This principle, accepted in the 1982 Constitution, is regulated in Article 123 of the Constitution. This article was preserved exactly as it was in the 2017 constitutional amendment. However, with the expansion of the subject area of the Presidential Decree (CBK), the scope of the principle has become controversial in doctrine. Public service is established by various regulations made by authorized bodies in order to meet general and common needs and to realize the purpose of public interest. In accordance with the principle of legality of the administration, public service is established by law. Establishing a public service by presidential decree after the 2017 Constitutional amendment is controversial. Public service can be established by establishing an administrative organization within the central administration or a public legal person. In addition, it can be established by authorizing an existing administration in one or more areas of activity by authorized bodies. In this study, it is aimed to determine the bodies authorized to establish public services in accordance with the principle of legality of the administration in terms of the organization and duties of the administration, since the activities of the administration are public services.

Keywords: The Principle of Legality of the Administration, Presidential Decree, Establishment of Public Service, Law Enforcement Authority.

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, berkiylmaz@baskent.edu.tr,

ORCID: 0000-0002-5401-9183.

Makale Geliş Tarihi: 02.08.2024, Makale Kabul Tarihi: 10.10.2024

GİRİŞ

Hukuk devleti ilkesinin gelişimiyle birlikte modern anlamda idare hukuku ortaya çıkmıştır. İdare, kendisini sınırlayan kurallara uygun hareket etmek, bu kuralların dışına çıkmamakla yükümlüdür. Nitekim hukuka aykırı hareket eden bir idarenin varlığı söz konusu olamaz. Bununla birlikte kamu gücünü elinde bulunduran ve idareyi temsil eden kamu görevlilerinin gerçek kişiler olduğu düşünüldüğünde idarenin yargısal denetime tabi olması esas da benimsenmiştir. Günümüzde idare, toplumsal yaşamın hemen her noktasında yer alarak sürekli bir şekilde hizmet sunumunu, toplumsal düzenin sağlanması ve korunmasını üstlenmektedir.

İdare, varlık sebebi kamu yararının ortaya çıkması için kamu hizmeti sunmakla yükümlüdür. Bu kapsamda kamu hizmeti, kamu yararı amacıyla yerine getirilen faaliyetlerdir. Bir diğer ifadeyle kamu yararının somutlaşması kamu hizmetleri şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Kamu hizmeti kavramı idare hukukunda sürekli gelişim halinde olan bir kavram olup zaman içerisinde kapsamının genişlediği görülmektedir. Nitekim geçmişte idarenin yükümlü olmadığı birçok faaliyet, günümüzde idare için yerine getirmekle yükümlü olduğu ve yerine getirmediği hallerde ortaya çıkan zararlardan sorumlu olduğu kamu hizmetleri şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Kamu hizmetinin içeriğine ilişkin öğretide tartışmalar söz konusu olsa da bu konular çalışmanın kapsamı dışındadır. Bu çalışmada kamu hizmeti kurmakla yetkili organlar 2017 Anayasa değişiklikleri kapsamında idarenin kanuniliği ilkesi ele alınarak tespit edilmeye çalışılmaktadır. Nitekim değişiklik öncesinde hukuk sisteminde ismen yer almakla birlikte hukuki niteliği farklı olan CBK, değişiklik sonrasında idarenin kuruluşu ve yetkilerinin düzenlenmesi bakımından ilk elden ve asli düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır. CBK bu yönü itibarıyla idarenin kanuniliği ilkesi bakımından farklı tartışmalar ile gündeme gelmiştir.

Çalışmanın devamında 2017 Anayasa değişikliği sonrası idarenin kanuniliği ilkesine ilişkin birtakım tespitler yapıldıktan sonra Anayasa hükümleri esas alınarak bir sınıflandırma önerisi sunulmakta, bu sınıflandırma neticesinde idarenin kamu hizmeti faaliyetlerini tanımlamakla yetkili organların tespiti amaçlanmaktadır. Bunlar, idari teşkilat kurmak ve idareye faaliyette bulunma yetkisi vermek suretiyle kamu hizmeti tanımlamaya yetkili organlar şeklinde iki başlık altında incelenmektedir. Anayasa'ya göre hem idari teşkilat kurmak hem de idareye faaliyette bulunma yetkisi vermeye ilişkin hükümler uyarınca bu kuralların sınırlamaları esas alınarak kamu hizmeti kurmakla yetkili organların tespit edilmesi amaçlanmaktadır. Çalışmada idarenin kanuniliği ilkesi uyarınca kanun ve CBK ayırımında yetkili organ/organların tespiti kamu hizmeti kavramı esas alınarak yapılmaya çalışılacaktır.

I. İDARENİN KANUNİLİĞİ İLKESİ¹

İdare, kamu gücünü elinde bulundurarak bireyler üzerinde icrai işlemler yapma yetkisini haizdir. Bununla birlikte günümüzde hukuk devletinde kamu gücünü elinde bulunduran idarenin icrai işlemlerini ancak kamu yararı amacıyla hukukun çizdiği sınırlar içerisinde kullanması gerekir. Kanunilik ilkesi, idare içerisinde karar almaya yetkili makamların keyfi işlem yapmalarının önüne geçmek ve kendilerini sınırlayan kurallara riayet ederek eylem ve işlemlerde bulunmalarını zorunlu kılar. Buna göre idare, faaliyetlerini önceden belirlenmiş kurallar çerçevesinde yerine getirir. Bir diğer ifadeyle kanunilik, idarelerin kanundan doğrudan yetki almaksızın yetki kullanamamaları anlamına gelir.² Hukuk devletinin gereklerinden biri olan hukuki güvenlik ilkesi de idarenin hareket tarzının önceden belirli olmasını gerektirir. Bu şekilde bireyler karşı karşıya kalacakları mevcut durumu tespit edebilecek ya da tesis edilen işlemin keyfi değil kanunla önceden belirlenmiş olduğunu görerek hukuki güvenlikleri sağlanmış olacaktır.

İdarenin kanuniliği ilkesi, temellerini Fransız İhtilali'nden almaktadır. Fransız İhtilali sonrası genel iradenin üstünlüğüne verilen önem ve kralın kanunla sınırlandırılmasıyla birlikte idarenin kanuna tabi olması yükümlülüğü doğmuştur.³ Bu anlam günümüzde hukuk devletinin temel gereklerinden biri haline gelerek idarenin kanuna dayanması ve kanuna aykırı davranmaması şeklinde somutlaşır. İlki idarenin faaliyetlerinin olumlu niteliği olarak da ifade edilen “secundum legem”, ikincisi olumsuz niteliği olarak “intra legem” olarak karşımıza çıkar.

Kanuna dayanma ilkesine göre, idarenin herhangi bir alanda faaliyette bulunabilmesi için mutlaka kanundan aldığı bir yetkiye ihtiyacı vardır. Bir diğer söyleyişle idare, kanundan kaynaklanan yetkileri kullanmaktadır. Kanunun olmadığı yerde idarenin yetkisinin varlığından bahsedilemez.⁴

Kanuna dayanma ilkesinin iki önemli sonucu bulunmaktadır. Birincisi idarenin kuruluşu kanuna dayanmalıdır. İkincisi idarenin görev ve yetkileri kanuna dayanmalıdır. Birinci sonuca göre, idarenin kendi kendine örgütlendirme yetkisi olmayıp kanun koyucu tarafından idarenin kuruluşunun veya örgütlenmesinin yapılması gerekir. İkinci sonuca göre ise idare, kendisine herhangi bir alanda yetki veremez. Bu yetki devletin genel

¹ Kavram öğretide “Kanuni İdare İlkesi”, “İdarenin Yasallığı İlkesi”, “Yasallık” gibi farklı isimlendirmelerle ifade edilse de tüm bunlar aynı kavramı işaret etmektedir. Çalışmamızda “İdarenin Kanuniliği İlkesi” tercih edilmiştir.

² Ali D. Ulusoy, Türk İdare Hukuku, Beşinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 127.

³ “Egemenliğin kullanımına ve yürütme organının konumuna ilişkin bu kısımla 1791 Anayasasında açık bir biçimde görülmektedir: “Fransa’da kanunun üzerinde bir otorite yoktur.” ” Halil Altındağ, İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 34.

⁴ Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt I, Üçüncü Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019, s. 152.

karar organı olan yasama organına aittir.⁵ Ancak bu sonucun, katı şekilde kabul edilmemesi gerektiği, bir alanda idarenin faaliyette bulunabilmesi için o alanın ana hatlarıyla da olsa kanunla düzenlenmesinin yeterli olduğu ifade edilmektedir.⁶ İdare, kanunun ana hatlarıyla da olsa düzenlediği alanın dışına çıkmamak suretiyle günün koşullarına uygun, kendi işleyiş esasları, teknik ve uzmanlık gereklerine ve hizmetin niteliğine bağlı olarak faaliyette bulunabilir. Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) göre “yürütmenin, yasama tarafından çerçevesi çizilmiş alanda düzenleyici birtakım işlemler yapabilmesi gerekir.”⁷ Nitekim böyle bir sonuç yasama yetkisinin devri anlamına gelmemekte, idare yine önceden kanunla belirlenmiş alanın dışına çıkmamaktadır. Dolayısıyla kanuna dayanma ilkesi koşullarını sağlamaktadır. Bununla birlikte kanunun esasa ilişkin tüm hususları düzenlemesi gerektiği ve idarenin içini dolduramayacağı bazı istisnai durumların varlığı da kabul edilmektedir.⁸

Kanuna aykırı olmama ilkesine (kanunun önceliği ilkesine) göre idare, faaliyetlerinde kanuna aykırı hareket edemez. Eylem ve işlemleri kanuna

⁵ Gözler, 2019a, s. 156-157.

⁶ Metin Günday, İdare Hukuku, On Birinci Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017, s. 45; Gözler, 2019a, s. 157.

Danıştay'a göre idare işlem tesis ederken Anayasa ve yasaların çizdiği sınırlar içerisinde takdir yetkisine sahiptir. “Hukuk devletinin gerekleri arasında yer alan kanuni idare ilkesinin görünümünden biri olan düzenli idare ilkesi; idarenin düzenleme yapma yetkisine sahip olduğu alanlarda, bu alanları yönetmelik gibi idari metinlerle objektif bir şekilde düzenlemesini gerektirmektedir. İdarelerin işlem tesis ederken kendilerine Anayasa ve yasalarla çizilen çerçeve içinde takdir hakkına sahip oldukları da açıktır.

Mevzuat belirleme tekniği açısından da, idarenin kanunla kendisine verilmiş olan görevleri idari metinlerle düzenlerken, bir başka ifadeyle kanunun uygulanmasını sağlamak amacıyla yönetmelikler ihdas ederken; bu görevlerin gerektirdiği teknik detayların belirlenmesi noktasında da takdir hakkına sahip olduğu ancak bu takdir hakkının keyfiyeti ifade etmediği açık olup, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılması gerektiği tartışmalıdır.” Danıştay 8. Dairesi, E: 2020/6651, K: 2023/4502, K.T.: 10.10.2023 (<https://www.kazanci.com.tr>, s.e.t. 10.06.2024).

⁷ “Yürütme ve idarenin Anayasada belirtilen ayrık durumlar dışında düzenleme yetkisi aslı değil, ikincildir; yani, sınırları yasayla çizilmiş bir alandadır. Anayasanın 123 üncü maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesi, yasanın, bir alanı temel ilkeleriyle belirlemesi, düzenlemesi; ondan sonra da, yürütmenin, bu çerçevesi çizilmiş alanda düzenleyici birtakım işlemler yapabilmesini gerektirir. Anayasanın 7 nci maddesine göre yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir ve bu yetki devredilemez.” AYM, E: 2011/149, K: 2012/187, K.T.: 22.11.2012, RG, 04.12.2013, S. 28841

(<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, s.e.t. 15.06.2024)

⁸ Ulusoy'a göre günümüzde yargı kararlarıyla da şekillenen dört istisnai konuda CBK'ler dahil idari düzenlemelerle düzenleme yapılması mümkün değildir. Bunlar “Anayasayla güvenceye alınmış bir temel hak ve özgürlüğün doğrudan sınırlanması, idari ceza öngörülmesi, vergi veya benzeri mali yükümlülük öngörülmesi ve kamu görevlilerinin özlük haklarında değişiklik yapılması” şeklinde ifade edilmektedir. Ulusoy, s. 131.

uygun olmak zorundadır. Buna göre kanuna uygun hareket etmek idare için bir yükümlülük getirmektedir. İdare işlem ve eylemlerinde hukuka aykırı davranamaz.⁹

A. 1982 ANAYASASI'NDA İDARENİN KANUNİLİĞİ İLKESİ

1982 Anayasası'nda yürürlüğe girdiği ilk günden günümüze dek birçok değişiklik yapılmıştır. Başlangıçta 177 madde içerisinde günümüze kadar 96 maddede değişiklik yapılmıştır. Bu 96 maddenin 31'i yeniden yazılmış, 45 tanesinde ise esaslı değişiklikler söz konusu olmuştur. Anayasa'da yapılan en son değişiklik ise 21.01.2017 tarih 6771 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ve 16 Nisan 2017'de halk oylaması ile kabul edilen değişikliklerdir. Nitekim bu değişikliklerle birlikte hükümet sistemi değişmiş, çalışma konumuzla bağlantılı olarak önceden oldukça sınırlı konularda mevcut olan CBK'nın hukuki niteliği değişmiştir. Bu başlık altında 1982 Anayasası'nda 2017 değişikliği öncesi mevcut olan hükümler idarenin kanuniliği ilkesi kapsamında incelenecektir. 2017 değişiklikleri sonrası idarenin kanuniliği ilkesi bakımından ortaya çıkan sonuçlar ise bir sonraki başlık altında değerlendirilecektir.

Anayasa'nın çeşitli hükümleri uyarınca idarenin kanuniliği ilkesi Türk idare hukukunda anayasal düzeyde kabul edilen bir ilkedir. Her şeyden önce AY. md. 2'de Türkiye Cumhuriyeti devletinin hukuk devleti olduğu; md. 6'da hiçbir kimsenin veya organın kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamayacakları hüküm altına alınmaktadır.¹⁰

Yasama yetkisinin "*Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi*"ne ait olduğu belirtilen AY. md. 7 ve yürütme yetkisinin "*kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir*" hükmünün yer aldığı md. 8, idarenin kanuniliği ilkesinin Anayasa metnindeki tespiti olarak karşımıza çıkar. Bu düzenlemelerin yanında AY. md. 123'te "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*" hükmü Türk idare hukukundaki idarenin kanuniliği ilkesinin temelini oluşturur. Yine madde hükmünün devamında 2017 değişikliği öncesinde bir idarenin de kuruluşu anlamına gelen "*Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak...*" kurulacağı hükmü bulunmaktaydı. Bu hüküm uyarınca idare, hem kuruluş hem de görev ve yetkileri bakımından ancak kanunla düzenlenebilirdi. Ayrıca bir kamu tüzel kişiliğinin kuruluşunda kanunun yanı sıra idari işlemle kamu tüzel kişiliği kurulması bakımından kanunun verdiği yetki şartı aranmaktaydı.

⁹ Bahtiyar Akyılmaz/ Murat Sezginer/ Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, On Yedinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 148.

¹⁰ AY. md. 2 - Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir. AY. md. 6 - ... Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.

Kanun, yasama organı tarafından kanun adı altında ve belli şekilde yürürlüğe konulan yazılı hukuk kurallarıdır.¹¹ Belirtilen Anayasa hükümleri çerçevesinde AY. md. 123'te yer alan kanun ifadesinden şekli anlamda kanun çıkarımı yapılabilir. Kanaatimizce AY.'nin bu hükümleri uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) dışında hiçbir organın, idarenin kuruluş, görev ve yetkilerini belirleyemeyeceği ifade edilebilir. TBMM'nin de bu yöndeki düzenlemeleri "kanun" adı altında tesis etmesi gerektiği belirtilebilir. Eş bir söyleyişle 2017 değişikliği öncesi idare, TBMM tarafından kanunla kurulması veya kendisine görev ve yetki tanınması durumunda faaliyette bulunabilecektir.

B. 2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ SONRASI İDARENİN KANUNİLİĞİ İLKESİ

2017 yılında halk oylaması sonucunda kabul edilen Anayasa değişikliği ile hemen yürürlüğe giren üç madde dışında değiştirilen diğer hükümler 24 Haziran 2018'de yapılan Cumhurbaşkanı ve Milletvekili Genel Seçimi'yle birlikte yürürlüğe girmiştir. Değişiklik sonucunda cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş sağlanarak AY. md. 8 uyarınca yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği hüküm altına alınmıştır. AY. md. 123/1'de, değişiklik yapılmaksızın idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği hükmü mevcut haliyle yer almaktadır.

Çalışma konumuz bakımından en önemli değişikliklerden bir tanesi kamu tüzel kişiliğinin kuruluşuna dair AY. md. 123/3'te yapılan değişikliktir. Madde hükmünde kamu tüzel kişiliğinin *kanunla veya CBK ile kurulacağı* düzenlenmiştir. Dolayısıyla değişiklikle birlikte TBMM tarafından kanunla herhangi bir yetki verilmesine gerek olmaksızın CBK ile ilk elden ve asli bir yetki olarak kamu tüzel kişiliği kurulması mümkün hale gelmiştir.

İdarenin kanuniliği ilkesi bakımından yapılan önemli değişikliklerden bir diğeri ise hükümet sistemiyle bağlantılı olarak CBK'nın düzenlendiği AY. md. 104/17 hükmüdür. Değişiklikle birlikte yürütme yetkisine ilişkin konularda cumhurbaşkanının CBK çıkarabileceği hüküm altına alınmaktadır. Anayasa değişikliği öncesi yürütme organı olarak Bakanlar Kurulu'nun sahip olduğu kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi TBMM tarafından verilmekte ve yine TBMM'nin onayına tabi olmakta ve tali bir yetki olarak karşımıza çıkmaktaydı. Değişiklik kapsamında yürütme organına verilen asli düzenleme yetkisiyle birlikte bu alanda köklü bir değişiklik yaşanmıştır. Bununla birlikte AY. md. 104/17'de CBK'ya ilişkin birtakım sınırlamalar bulunmaktadır.¹²

¹¹ Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Hukuku, On Birinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 107.*

¹² CBK yürütme yetkisine ilişkin olmayan konularda ve Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlere ilişkin çıkarılamaz. Ayrıca Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, kanunla daha önce açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamaz. CBK ile kanunlarda

Söz konusu madde hükümlerine baktığımızda idarenin kanuniliği ilkesi anayasal düzeyde bir ilke olarak kabul edilmiştir. Anayasa, idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceğini belirttiikten sonra kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulabileceğini hüküm altına almaktadır. Yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarılacağı hükmünü de göz önüne aldığımızda kanaatimizce Anayasa idarenin kuruluş ve görevlerine ilişkin kanunilik şartını genel kural olarak öngörmekte, ancak Anayasa'da belirtilen hallerde yürütme organına da yetkiler verilmektedir. İdarenin kanuniliği ilkesi uyarınca, yasama organı asli düzenleme yetkisine sahip olmaktadır. Bunun yanında Anayasa'da belirtilen hallerde ise yürütme organının da asli düzenleme yetkileri bulunmaktadır. Nitekim öğretilerde de ifade edildiği üzere cumhurbaşkanı, başka herhangi bir organdan yetki almadan ya da çıkardığı kararnamelerin başka bir organ tarafından onaylanmasına gerek olmadan yürütme yetkisine ilişkin konularda asli ve sınırlı düzenleme yetkisine sahiptir.¹³

2017 değişiklikleri öncesi Türk hukukunda idarenin kuruluş ve görevleri bakımından kanunla düzenlenme şartının şekli anlamda kanun olarak anlaşılması gerektiği ifade edilebilir. Buna göre idarenin kanuniliği ilkesinden yasama organı olan TBMM'nin kanun adı altında belli şekil kurallarına uygun olarak çıkardığı yazılı hukuk kuralları anlaşılmaktadır. 2017 değişiklikleri sonrası ise CBK ile ilgili yapılan düzenlemelerle AY md. 123'te yer alan şekli anlamda kanun bu niteliğini CBK'nın konu sahasının genişlemesiyle yitirmiştir. Yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarılması düzenlemesi, kamu tüzel kişiliğinin kanunun yanı sıra CBK ile de kurulabiliyor oluşu ve bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri ile teşkilat yapısının CBK ile düzenlenmesi hükümleri karşısında CBK, idarenin kanuniliği ilkesi kapsamında kabul edilebilir. Bir diğer ifadeyle 2017 değişiklikleri sonrası idarenin kanuniliği ilkesinden TBMM tarafından belli şekil şartlarına uygun kanun adıyla çıkarılan düzenlemelerin yanı sıra yürütme organı olan Cumhurbaşkanlığı'nın yürütme yetkisine ilişkin çıkarmış olduğu CBK'ler de anlaşılabilir. Dolayısıyla idarenin kanuniliği ilkesi, idarenin işlem ve eylemlerinin kanuna veya CBK'ye dayanması ve kanuna ya da CBK'ye aykırı olmaması anlamına gelir. Kanun ve CBK, idarenin örgütlenmesi ve faaliyetlerinin hem şartı hem de sınırı olup idarenin bireysel ve düzenleyici işlemleri üst norm olan kanuna ve CBK'ye uygun olması gerekir.¹⁴ Öğretilerde ise idarenin kanuniliği ilkesinin tamamen kalkmış olduğu yönünde görüşlerin¹⁵ yanı sıra idarenin kuruluş ve

farklı hükümler olması halinde kanun uygulanır. Öte yandan TBMM daha sonra çıkaracağı kanun ile CBK'yi hükümsüz hale getirebilir.

¹³ Hasan Tahsin Fendoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Sınırları", S. 71, 2023, Adalet Dergisi, s. 611.

¹⁴ Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Dokuzuncu Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023, s. 156.

¹⁵ "... kamu tüzel kişiliği kanunla olduğu gibi Cumhurbaşkanının doğrudan Anayasadan aldığı yetkiyle Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (CBK) ile de düzenlenebilir. Bu bağlamda "idarenin kanuniliği" ilkesi de ortadan kaldırılmıştır."

görevlerinin kanunla düzenleneceğine dair kanunilik ilkesine Anayasa ile istisna getirildiği de ifade edilmektedir.¹⁶ Bize göre yasamanın iradesi olan kanunla yürütme altında teşkilatlanan idareye 2017 Anayasa değişikliği sonrası yürütmenin başı olan cumhurbaşkanının da CBK ile müdahale edebilir duruma gelmiştir.

II. TÜRK İDARE HUKUKUNDA KAMU HİZMETİ KURMA ARAÇLARI

İdare hukukunun temel kavramlarından olan kamu hizmeti, aynı zamanda idare hukukuna ilişkin birçok kavramın belirlenmesinde önemli bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. İdare işlevinin temelinde kamu hizmetinin bulunması nedeniyle kavram kurucu bir niteliğe sahiptir. Klasik anlayışa göre idare, varlık sebebi kamu yararı amacıyla kamu hizmeti sunmak için faaliyet gösterir. Bu anlayışta idarenin tüm faaliyetleri kamu hizmeti olarak adlandırılır. Bununla birlikte günümüzde idarenin özel hukuka tabi olduğu hukuki ilişkileri veya kamu düzenini koruyucu faaliyetleri de bulunmakta ve bu faaliyetlerin kamu hizmeti olarak kabul edilip edilemeyeceği öğretide tartışmalıdır.

Kamu hizmeti, idare hukukunun geleneksel ekollerinden “kamu hizmeti doktrinine” adını veren önemli bir kavram olarak karşımıza çıkar. Léon Duguit’in temsilcisi olduğu bu görüşe göre idare hukuku kamu hizmetlerinin hukukudur. İdare hukukunun amacından hareketle, idarenin kamu yararına etkinliklerini yürütmesi esas alınır.¹⁷ DUGUIT’ye göre modern devletlerde kamu hizmetleri çoğalmakla birlikte bazı kamu hizmetleri vardır ki bunlar öteden beri kamu hizmeti olarak kabul edilmekte ve gelecekte de kabul edilmeye devam edecektir. Bunlar savaş, polis ve adalet hizmeti olarak ifade edilmektedir. İdare, topluluğun savunmasını dışarıdan gelecek saldırılara karşı korumalı, içeride de barış ve güvenliğin sağlandığı adil bir düzen kurmalıdır.¹⁸ Kamu hizmeti doktrinine karşılık HAURIOU, idare hukukunun konusunun belirlenmesinde temel ölçütün kamu hizmeti değil, kamu kudreti olduğunu ifade etmektedir. Bu görüşe göre idare hukuku, idari etkinliklerin hukuki araçları ön plana çıkarılarak tanımlanmaktadır.¹⁹

Korkut Kanadoğlu, “Yeni Siyasal Rejimin Yerel Yönetimlere Yansımaları”, C. 16, S. 1, 2019, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 46.

¹⁶ Kemal Gözler/ Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, Yirmi Beşinci Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2023, s. 73; Ulusoy, s. 127; Yavuz Atar, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, C. 39, S. 1, 2019, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 256; Halit Yılmaz, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları”, C. 78, S. 1, 2020, İstanbul Hukuk Mecmuası, s. 233.

¹⁷ Atay, s. 24.

¹⁸ Leon Duguit, Kamu Hukuku Dersleri, Çev. Süheyp Derbil, İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ortaklığı, Ankara, 1954, s. 76.

¹⁹ Atay, s. 24.

Türk idare hukuku öğretisinde kamu hizmeti okulunun etkisi görülmekle birlikte bu ekolün eleştirildiği görüşler de bulunmaktadır. İdare hukukunun konusundan hareketle ONAR kamu hizmeti, kamu gücü ve bunları tamamlamak üzere kamu yararı kavramlarını idare hukukunun temel konuları olarak ifade etmektedir.²⁰ DERBİL'e göre kamu hizmeti kavramı idare hukukunun en önemli esaslarından biri olup kamu idareleri kamu hizmeti yapmak için kurulur, işletilir ve idari teşkilat kamu hizmeti tesis etmek amacıyla faaliyette bulunur.²¹ Hatta yazara göre parlamentolar ve mahkemeler de kamu hizmeti yaparlar. Parlamentolar yasama kamu hizmetleri, yargı yerleri yargı kamu hizmetleri yerine getirirler.²²

DURAN, kamu hizmeti kavramının tanımı ve içeriği konusunda görüş birliğine varılamaması nedeniyle idare hukukunun konu sahasının kamu hizmetiyle belirlenmesi görüşünü eleştirmektedir. DURAN'a göre kamu hizmeti ölçütü çok geniş bir alanı kapsayabileceği gibi; belli ve sınırlı konuları da belirleyebilir.²³ Dolayısıyla kavramın belirlenmesinde netlik yoktur ve bu durum idare hukukunun sahasını da net olarak ortaya koyamaz. TAN'a göre de devletin, toplumun ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla giriştiği tüm faaliyetlerin kamu hizmeti niteliği taşıdığı ve bu kapsam içinde idarenin işlem ve eylemlerinin idare hukukunun konusunu oluşturduğu şeklinde özetlenebilecek bu görüş zaman içerisinde yaşanan değişimler karşısında geçerliliğini kaybetmiş görünmektedir.²⁴

Kamu hizmeti kavramının genel kabul gören bir tanımı bulunmamaktadır. Anayasa veya kanunlarda tanımlanmamakla birlikte yargı yerleri ve öğretilerde kamu hizmetine dair çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. AYM'ye göre en geniş tanımıyla kamu hizmeti, *“devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.”*²⁵

AYM'ye benzer şekilde Danıştay'a göre kamu hizmeti, *“devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların denetim ve gözetimleri altında*

²⁰ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1967, s. 13.

²¹ Süheyy Derbil, İdare Hukuku Cilt:II, İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ortaklığı, Ankara, 1952, s. 421.

²² Derbil, s. 422.

²³ Duran idare hukukunu tek bir kavrama indirmeye karşı çıkar. “İdare Hukukunu tek bir kavram veya kurama indirgemek yerine, İdarenin her türlü yanlarını ve faaliyetlerini, bunlara özgü ortak nitelikleriyle belirleyerek, çeşitli kategoriler halinde ve değişik açılardan incelemekte her bakımdan yarar vardır. Bu yöntemle, İdare olgusu, gerçeğe daha uygun biçimde ortaya konmuş ve düzeltilme çarelerinin araştırılıp bulunması kolaylaşmış olur.” Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 27-28.

²⁴ Turgut Tan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, C. 8, S. 1, 1991, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 233.

²⁵ AYM, E: 2004/114, K: 2007/85, K.T.: 22.11.2007, RG 24.12.2007, S. 26736 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, s.e.t. 04.07.2024).

*ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.*²⁶

Öğretideki bir görüşe göre kamu hizmeti, devlet veya diğer kamu tüzel kişilerinin veya bunların gözetim ve denetimleri altında kamu yararı amacıyla umumi ve kolektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek için umuma arz edilen sürekli faaliyetler olarak tanımlanmaktadır.²⁷ Benzer bir görüşe göre bir kamu tüzel kişisi veya onun denetimi altında bir özel kişi tarafından kamu yararı amacıyla yönelik faaliyetler kamu hizmetidir. Buna göre kamu tüzel kişisi tarafından sağlanan veya üstlenilen kamu yararı amacına yönelik bir faaliyettir.²⁸

Kamu hizmetinin tanımlanmasında kavramın organik, maddi ve biçimsel veçhelerinden hareket eden öğretideki bir diğer görüşe göre ise kamu hizmeti, *organik anlamda* belirli bir hizmeti yürütmek için bir kamu tüzel kişisi tarafından tahsis edilen vasıta ve ajanlar; *maddi anlamda* giderilmesinde toplumsal bir yarar olan ve toplumsal bir ihtiyacı gideren eylem ve girişimler; *biçimsel anlamda* ise kamusal yönetim usullerine tabi tutulan hizmetler şeklinde tanımlanmaktadır. Buna göre günümüz anlayışında kamu hizmetinin doğru tanımlanabilmesi için bu üç görüşün birlikte düşünülmesi gerekir.²⁹

Sonuç olarak kamu hizmeti, idare hukukunun en temel kavramlarından birisi olarak kamu yararının somutlaşıp idarenin faaliyette bulunduğu alanlar şeklinde karşımıza çıkar. Kamu hizmeti ancak yetkili organların ya bir idareyi kurma iradesiyle veya var olan bir idareye görev ve yetki tanımlamasıyla söz konusu olabilir. İdareyi kurma iradesi (teşkilatlanma), kamu tüzel kişiliği kurmak suretiyle veya merkezi idare içerisinde idari bir örgütlenme kurmak suretiyle mümkün olabilir. Ayrıca AY. md. 47 uyarınca kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler kanunla devletleştirilerek TBMM tarafından kamu hizmeti kurulabilir.

Öğretide niteliği itibariyle kamu hizmeti kabul edilebilecek alanların var olup olmadığı tartışmalıdır. Öğretideki bazı görüşler kamu hizmetinin yetkili organlar tarafından belirlenebileceğini ifade etmekle beraber bazı hizmetlerin niteliği itibariyle kamu hizmeti olarak sayılması gerektiğini belirtmektedir.³⁰ AY. md. 47'de yer alan "*Kamu hizmeti niteliği taşıyan...*" düzenlemesiyle kamu hizmetlerinin belirlenmesinde niteliğin önemli olduğu ve kanun koyucunun sınırsız düzenleme yetkisinin olmayacağı ifade

²⁶ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E: 2021/113, K: 2021/111, K.T.: 15.12.2021 (<https://www.kazanci.com.tr>, s.e.t. 10.06.2024).

²⁷ Onar, Cilt I, s. 13.

²⁸ Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt II, Üçüncü Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019, s. 255.

²⁹ Atay, s. 629.

³⁰ Aydın Gülan, "Kamu Hizmeti Kavramı", C. 9, S. 1-3, 1988, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, s. 155; Naci Münci Çakmak, "Sanatsal Kamu Hizmetleri", C. 14, S. 1, 2010, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 256.

edilmektedir.³¹ AYM'ye göre “Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğine etkili görülemez.” Yüksek mahkemenin bu kararında toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmetleri olarak kabul edilmektedir.³²

Öğretideki bazı görüşler ise daha pozitivist bakış açısıyla niteliği itibariyle kamu hizmetlerinin söz konusu olamayacağını ve kamu hizmetinin ancak yetkili organ/organlar tarafından belirlenebileceğini ifade etmektedir.³³ DUGUIT'ye göre bir ihtiyaç sadece kanun koyucu tarafından çıkarılan kanunla kamu hizmeti halini almaz. Kanun koyucunun bir ihtiyacın kamu hizmeti mahiyeti aldığını kabul etmesi veya fark etmesi ve buna bağlı olarak kanunla düzenleme yapması gerekir.³⁴ ONAR'ın yaklaşımına göre ise kanunun açık veya sarıh bir düzenlemesi olmadıkça idare kamu hizmeti ihdas edemez. Nitekim bu görüşe göre kamu hizmeti kurulması demek aslında bir idari teşkilatın kurulması, kamu görevlilerinin görev almaları, kamu mallarının o hizmete tahsis edilmesi gibi şartları içerisinde barındırır ve bu ancak TBMM'nin kararıyla mümkündür.³⁵ Öğretide ayrıca kamu hizmeti kurulmasının özel girişimcinin faaliyet alanını kısıtlayacağı için bunun AY. md. 48'de düzenlenen özel teşebbüs hürriyeti bağlamında temel hak ve özgürlük sınırlandırılması anlamına geleceği ve AY. md. 13 uyarınca ancak kanunla yapılabileceği ifade edilmektedir.³⁶ Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin husus ileride CBK başlığı altında tekrar incelenecektir.

AYM'nin bir kararına göre yasama organı, Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı hallerde herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti meydana getirebilir.³⁷ Başka bir

³¹ Yıldırım Uler, “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, C. 15, 1998, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 253.

³² AYM, E: 1994/43, K: 1994/42, K.T.: 09.12.1994, RG 24.01.1995, S. 22181 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, s.e.t. 06.07.2024).

³³ Duran, s. 313-314; Şeref Gözübüyük/ Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, Yedinci Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 681-683; Günday, s. 333; Atay, s. 630-633; Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s. 588-589; Ulusoy, s. 510; Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, Onuncu Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 254-255; Onur Karahanoğulları, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 279; Oğuz Sancakdar/ Lale Burcu Önüt/ Eser Us Doğan vd., İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Onuncu Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 558; Ebru Zeybek Cebeci, “Türk İdare Hukukunda Kamu Hizmetlerinin Belirlenmesinde Objektivist ve Subjektivist Yaklaşımlar”, C. 25, S. 1, 2019, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 93.

³⁴ Aktaran Onar, Cilt I, s. 27.

³⁵ Onar, Cilt I, s. 38-39.

³⁶ Ulusoy, s. 480-481; Çınar Can Evren, “Bir Danıştay Kararı Üzerine Kamu Hizmetinde Bedel Sorunu”, C. 11, S. 1, 2007, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 683.

³⁷ AYM, E: 1985/7, K: 1985/22, K.T.: 28.11.1985, RG 21.01.1986, S. 18995

kararında ise yüksek mahkeme, yasama organının yetkili olduğunu ifade ettikten sonra *“Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını, saptamanın olanağı...”* olmadığını ifade ederek AY. md. 47 hükmünü de göz önüne alarak anayasa yargısı bakımından bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığını saptarken niteliğine bakmak gerektiğini belirtmiştir.³⁸

Kanaatimizce niteliği itibariyle kamu hizmeti olsun ya da olmasın yetkili organ/organlar tarafından bir idari birim kurmak veya var olan idareye görev ve yetki tanımlamak suretiyle kamu hizmeti meydana getirilebilir. Çünkü kamu hizmeti, devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların denetim ve gözetimi altında özel hukuk kişileri tarafından yürütülebilir. İdarenin kanuniliği ilkesi uyarınca bir teşkilat kurmak veya var olan teşkilata görev ve yetki tanımlamak ancak kanunla veya CBK ile mümkündür. Dolayısıyla kamu yararı amacıyla meydana getirilecek bir kamu hizmetinin ancak yetkili organlar eliyle tanımlanmış olması gerekir. Bunun yanı sıra 2017 Anayasa değişikliği sonrası CBK'nın düzenleme sahasının genişlemesiyle idarenin kanuniliği ilkesi yeni bir anlam kazanmış ve bu kapsamda idarenin kuruluşu ve görev ve yetkilerine ilişkin önemli değişiklikler yapılmıştır.

A. KAMU HİZMETİ KURMA YETKİSİNE İLİŞKİN GENEL KURALLAR

İdareye kamu hizmeti görme yetkisi veren, bir hizmetin kamu yararı amacı taşıdığını ortaya koyan yetki genel olarak yasama organına ait bir yetki olarak karşımıza çıkar. Yasama organı, yasama yetkisinin genelliği uyarınca anayasal kurallara uygun olmak kaydıyla kamu yararına gördüğü düzenlemeleri yapabilir. Öte yandan 2017 Anayasa değişikliği sonrası yürütmenin başı olan cumhurbaşkanı AY. md. 104 uyarınca Anayasa'ya uygun olmak kaydıyla ilk elden kamu yararına uygun düzenlemeler yaparak kamu hizmeti kurabilir.

Kamu hizmeti, siyasal bir tercihin sonucunda kamu yararının somutlaştığı idarenin faaliyetleri olarak karşımıza çıkar. Burada yetkili organların toplumsal ihtiyacın tatmininde zorunluluk gördükleri alanda düzenlemeler yaparak siyasal tercihlerini ortaya koymaları gerekir. Aksi halde kamu düzeni zarar görebilir, toplumsal gerginlikler meydana gelebilir. Karar, bir siyasal tercih sonucunda ortaya çıktığı için yetkili organların tercihlerini kullanmasında yargı eliyle zorlanmasının kabulü güç olup

(<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, s.e.t. 08.07.2024).

³⁸ “Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğine etkili görülemez. Nitekim, Anayasa'nın 47. maddesinde, "kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler.... devletleştirilebilir" denilirken özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir.” AYM, E. 1994/43, K. 1994/42-2, K.T.: 09.12.1994, RG 24.01.1995, S. 22181

(<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, s.e.t. 08.07.2024)

tercihin ortaya konmaması veya ihtiyacı tamamıyla karşılayıp karşılamadığına toplum karar vermeli ve yaptırımı da siyasi anlamda olmalıdır.³⁹ Elbette yargısal denetim bakımından anayasa yargısı hükümleri saklıdır. AYM, yetkili organların siyasal tercihleri sonucu çıkardıkları kamu hizmetine dair kanun veya CBK'ların Anayasa'ya uygunluğunu denetleyecektir.

Kamu hizmetinin kurulması, her şeyden önce bir faaliyetin, ilk kez ve doğrudan kamu kesimi tarafından yürütülmeye başlanması ya da özel kesimden kamu kesimine aktarılması şeklinde gerçekleşebilir.⁴⁰ Ayrıca kamu hizmetinin kurulması için o hizmeti yürütmekle yetkili ya bir idari teşkilat kurulmalıdır ya da var olan idari teşkilata görev ve yetki tanımlanması gerekir. Kamu hizmeti kurmakla yetkili organın tespitinde ise Anayasa hükümlerinin yanı sıra idarenin faaliyette bulunup özel kesimin girişim özgürlüğüne ilişkin kısıtlama olup olmaması bağlamında temel hak ve özgürlük sınırlandırılması, idari teşkilat kurmaya yetkili organlar ve idari teşkilatın kamu harcaması yapmasına ilişkin yetkiler esas alınabilir. Bir diğer ifadeyle kamu hizmetinin kurulması ile idarenin "bir alanda fiilen örgütlenmesi ve faaliyette bulunmasının anlaşıldığı görülmektedir."⁴¹

B. KAMU HİZMETİ KURMA YETKİSİNİN SINIRLARI

Kamu hizmeti bir idari teşkilat kurmak ya da var olan idareye veya bir özel hukuk kişisine herhangi bir faaliyet alanında yetki tanımlamak suretiyle tesis edilebilir. Kamu hizmeti kurma yetkisi, idarenin kanuniliği ilkesi uyarınca kural olarak kanunla TBMM'ye veya CBK ile Cumhurbaşkanı'na aittir. Genel kural bu olmakla birlikte Anayasa'da hem kanunla hem de CBK ile yapılacak düzenlemelere ilişkin sınırlamalar öngörülmektedir. Kamu hizmeti kurmakla yetkili organların tespit edilebilmesi için bu sınırların ortaya konması gerekir. Kanaatimizce Anayasa'da yer alan sınırlar çerçevesinde kamu hizmeti kurmakla yetkili organların yetkilerinin sınırları tespit edilebilir.

1. İdari Teşkilat Kurmak Suretiyle Kamu Hizmeti Kurma Yetkisinin Sınırları

İdari teşkilat ya devlet tüzel kişiliği içerisinde bir idare kurmak ya da bir kamu tüzel kişisi kurmak şeklinde oluşturulabilir. Devlet tüzel kişiliğini temsil eden ve bir kamu hizmeti alanında faaliyet gösteren idareler, bakanlıklardır. Bakanlıklar devletin üstlendiği milli kamu hizmetlerinin konularına göre uzmanlaşmış ve örgütlenmiş bölümleridir. Her bakanlık bir kamu hizmeti alanında uzmanlaşarak devlet tüzel kişiliğini temsil eder.⁴² Bakanlıklar merkez teşkilatından taşra/bölge teşkilatlarına bir hiyerarşi

³⁹ Atay, s. 631.

⁴⁰ Günday, s. 333.

⁴¹ Onur Karahanogulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Üçüncü Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 258.

⁴² Atay, s. 246.

içerisinde sıralanır ve bu kapsamda uzmanı oldukları kamu hizmeti alanında faaliyette bulunurlar.

AY. md. 106 uyarınca “*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*” Düzenlemeye bakıldığında bakanlıkların kurulmaları ve görev ve yetkileri ile teşkilat yapılarının CBK ile düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. CBK ile bu alanda düzenleme yapılabileceğine dair herhangi bir tereddüt yoktur. Ancak bu düzenleme uyarınca TBMM’nin kanunla bakanlık kurabilmesi, bakanlıklara görev ve yetki tanımlayabilmesinin mümkün olup olmadığı tartışılmaktadır. Nitekim Türk hukukunda yasamanın genelliği ilkesi mevcut olup yasama organı Anayasa’da öngörülen sınırlamalara uymak kaydıyla dilediği alanlarda kanunla düzenleme yapabilir. Dolayısıyla yasama organının yasamanın genelliği ilkesi çerçevesinde bakanlıkların kuruluşları ile görev ve yetkileri bakımından yetkili oldukları ifade edilebilir. Bununla birlikte AY. md. 106’nın yasamanın genelliği ilkesine bir istisna getirdiği kabul edilirse bu takdirde TBMM’nin bu alanlarda düzenleme yapamayacağı, yapması halinde Anayasa’ya aykırılığın ortaya çıkabileceği ifade edilebilir.

Öğretide bu konuda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir taraf AY. md. 106 ile CBK’ya mahfuz bir alan tanındığı ve bu anlamda yasama yetkisinin genelliği ilkesine bir istisna getirildiğini ileri sürmektedir.⁴³ Buna göre AY. md. 106 uyarınca bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri ile teşkilat yapısı kanunla düzenlenemez. Yalnızca CBK ile düzenlenebilir. Bu alanda kanunla düzenleme yapılması halinde Anayasa’ya aykırılık gündeme gelecektir.

Öğretideki diğer taraf ise bu madde hükmünde yasamaya bir istisna getirilmediği genellik ilkesi uyarınca yasamanın yine düzenleme yapabileceği, bununla birlikte bu konularda cumhurbaşkanının da CBK ile düzenleme getirebileceğini öne sürmektedir.⁴⁴ Bizim de katıldığımız bu görüşe göre AY. md. 123 uyarınca idarenin, kuruluş ve görevleriyle kanunla düzenlenmesi gerekir. Ayrıca Anayasa’da bazı hükümlerde özel olarak CBK ile düzenleneceği öngörülen konularda CBK ile düzenleme yapılabilir. Ancak bu hükümler AY. md. 123 uyarınca kanunla düzenleme bakımından bir istisna getirmemekte, kanunun yanı sıra CBK ile de düzenleme yapılabilme imkanı getirmektedir.

Bu iki görüşün getirdiği önemli bir sonuç bulunmaktadır. Eğer CBK’nın AY. md. 106 bakımından mahfuz bir yetkisinin varlığı kabul edilirse bu takdirde yasama organı bu alanları kanunla düzenleyemez, düzenlemesi durumunda Anayasa’ya aykırılık söz konusu olur. Eğer mahfuz alan kabul edilmezse bu takdirde CBK’nın yanı sıra kanunla da bakanlıkların kurulmaları, kaldırılmaları, görev ve yetkileri ya da teşkilat yapısına ilişkin düzenleme yapılabileceği kabul edilir. Böyle bir durumda kanun ile CBK

⁴³ Gözler, 2019a, s. 1321; Karahanoğulları, 2022, s. 36-37; Turan Yıldırım, “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı, C. 36, S. 1, 2019, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 300; Atar, s. 246.

⁴⁴ Atay, s. 76; Fendoğlu, 2023a, s. 791; Ulusoy, s. 510-512; M. Artuk Ardıçoğlu, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, C. 75, S. 3, Y. 2017, s. 37.

aynı konuda farklı hükümler içerebilir ve sorunun çözümünde AY. md. 104/17 uygulanabilir.

Türk hukukunda kamu tüzel kişiliği, kanunla veya CBK ile kurulur. Kamu tüzel kişiliğinin kurulması her zaman bir kamu hizmeti kurmak anlamına gelmemektedir. Daha önce yetkili organın kamu hizmeti olarak tanımladığı bir alanda kamu tüzel kişiliği de kurulabilir. Bunun yanında bir kamu tüzel kişiliği kurularak bir hizmetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi de mümkün olabilir. Bu kapsamda kanunla kurulan kamu tüzel kişilerinin önceden kamu hizmeti olarak nitelendirilmeyen bir alanda yetkilendirilmek suretiyle kamu hizmeti kurulmasında bir sorun yoktur. Asıl soru CBK ile kurulan kamu tüzel kişilikleriyle, kamu hizmeti ihdas edilebilir mi, yoksa bunlar önceden yasama organı tarafından kamu hizmeti olarak adlandırılan alanlarda mı yetkilendirilir? Sorunun yanıtı bize göre AY. md. 104/17'deki sınırlamalara uygun olmak kaydıyla⁴⁵ CBK ile kamu tüzel kişiliği kurularak bir kamu hizmeti de ihdas edilebilir.

2. İdareye Faaliyette Bulunma Yetkisi Vermek Suretiyle Kamu Hizmeti Kurma Yetkisinin Sınırları

Anayasa'da idarenin faaliyetleri bakımından herhangi bir ayrıma gidilmemiş, idarenin kamu yararı amacıyla kamusal usullerle gerçekleştirdiği faaliyetler kamu hizmeti olarak isimlendirilmiştir. Buna göre devletleştirmenin düzenlendiği AY. md. 47 uyarınca devletleştirilebilecek özel teşebbüsler kamu hizmeti niteliği taşıyanlar olarak hüküm altına alınmaktadır. Kamu hizmetlerine girme hakkı başlığı altında AY. md. 70 ve 71'de herhangi bir ayrıma gidilmeksizin her Türk'ün kamu hizmetine girme hakkına sahip olduğu ve kamu hizmetine girenlerin mal beyanında bulunmaları zorunluluğu düzenlenmekte; Milletvekili seçilme yeterliliğine ilişkin AY. md. 71'de "kamu hizmetinden yasaklananlar" hükmü yer almaktadır. AY. md. 126'da Türkiye'de merkezi idarenin kuruluşu bakımından "kamu hizmetlerinin gereklerine göre" illere ve diğer kademeli bölümlere ayrılacağı, kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyumu sağlamak amacıyla" birden çok ili içine alan merkezi idare teşkilatı kurulabileceği düzenlenmektedir. Mahalli idarelerin düzenlendiği AY. md. 127'de "belirli kamu hizmetlerinin görülmesi amacı ile" birlik kurmalarına ilişkin düzenleme yer almaktadır. Kamu görevlilerine ilişkin genel hükümlerin yer aldığı AY. md. 128, "kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler" başlığı altında yer alır. İlgili hükümde "kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütüleceği düzenlenmektedir.

Görüldüğü üzere Anayasa koyucu idarenin genel idare esaslarına göre yürüttüğü faaliyetlerin tümünü kamu hizmeti olarak kabul etmektedir.

⁴⁵ AY. md. 104/17 uyarınca yürütme yetkisine ilişkin konularda, münhasıran kanunla düzenlenmesi gerekmeyen veya daha önce kanunla düzenlenmeyen ve Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler dışında kalan alanlarda kamu tüzel kişiliği kurulması suretiyle CBK ile kamu hizmeti tanımlanabilir.

İdarenin kamusal usullere göre yürüttüğü kamu hizmeti dışında herhangi bir faaliyet alanından bahsedilmemektedir. Öğretideki bazı görüşlerde, idarenin faaliyetlerinin büyük bir kısmının kamu hizmeti olmasının yanı sıra bazı faaliyetlerini kamu hizmetinden ayırmaktadır. Buna göre idarenin faaliyetlerinden kamu hizmetinden farklı nitelikleri olduğu kabul edilen kolluk faaliyeti ayrımına gidilmektedir.⁴⁶ Buna göre idarenin kamu hizmetine ilişkin faaliyetlerinin yanında kolluk ve özendirme-destekleme faaliyetleri de bulunmaktadır. Öğretideki bazı görüşler ise idarenin tüm faaliyetlerinin kamu hizmeti adı altında kabul edilmesi gerektiği yönündedir.⁴⁷ ULER'e göre Anayasa'da kamu hizmeti ya idarenin görevleri ya da yasama, yürütme ve yargıyı da kapsayacak şekilde idari teşkilatlanma bakımından yer almakta ve Anayasa'ya göre devletin örgütlenmesi ve tüm görevleri kamu hizmetidir.⁴⁸

Bir kamu hizmeti, var olan idareye bir faaliyet alanında yetki tanımlanarak oluşturulabilir. Bunun gerçekleştirilmesi iki yöntemle mümkün olup ya o zamana kadar hiç mevcut olmayan bir faaliyet ilk defa kamu hizmeti olarak kurulur ya da özel teşebbüsün yürüttüğü özel faaliyet, kamu hizmeti haline getirilir.⁴⁹ Anayasa'daki düzenlemeler dikkate alındığında idareye faaliyette bulunma yetkisi vermekle yetkili organlar, yasama organı olarak TBMM ve yürütme organı olarak cumhurbaşkanıdır. Nitekim Türk hukukunda yasamanın genelliği ve asliliği kabul edilmiş, yürütme yetkisi ve görevinin ise Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı düzenlenmiştir. Bu çerçevede faaliyette bulunma yetkisi vermekle genel yetkili organ yasama organı olarak karşımıza çıkar. Ancak AY. md. 104/17 uyarınca bu yetki Cumhurbaşkanı'na da aittir. TBMM kanun yaparak, cumhurbaşkanı CBK çıkararak kamu hizmeti kurabilir. Anayasa, CBK'nın konu bakımından yetki alanını "yürütme yetkisine ilişkin konularla" sınırlamıştır. Dolayısıyla yürütme yetkisine ilişkin konuların tespit edilmesi, sınırlarının çizilmesi gerekmektedir. Anayasa'da yürütme yetkisi doğrudan tanımlanmamakla birlikte AY. md. 8. ve 104/1'de yürütme yetkisi ve görevinin cumhurbaşkanı tarafından yerine getirileceği düzenlenmektedir.⁵⁰ AYM, kararlarında yürütme yetkisine ilişkin genel bir tanım vermemekte, konu bakımından genel siyasetin yürütülmesi gösterilerek her somut olayda uyuşmazlık konusu esas alınmak suretiyle o konunun yürütme yetkisi kapsamında kabul edilip edilmeyeceği

⁴⁶ Günday, s. 289 vd.; Gözübüyük/ Tan, s. 664-665; Gözler, 2019b, s. 477; Çağlayan, s. 279.

⁴⁷ Atay, s. 689; Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s. 587; Karahanoğulları, 2022, s. 289.

⁴⁸ Uler, s. 253.

⁴⁹ Gözler, 2019b, s. 356.

⁵⁰ AY. md. 8 - Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.

AY. md. 104/1 - Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanıya aittir.

değerlendirilmektedir. Burada uygulanan genel bir kıstas olmayıp her somut olay kendi özelinde incelenmektedir.⁵¹

Öğretide ise genel olarak yasama ve yargı organlarının görev ve yetkileri, yapısı ve kuruluşu dışında kalan konular yürütme yetkisi içerisinde değerlendirilmektedir.⁵² Öğretideki bir başka görüş Anayasa’da açıkça Cumhurbaşkanına verilen yetkilerin yürütme yetkisine ilişkin olduğu yönündedir. Buna göre Anayasa’nın 104/9, 106/11, 108/4, 118/6 ve 123/3 veya sosyal ve ekonomik hak ve ödevlere ilişkin maddeler yürütme yetkisine ilişkindir ve Cumhurbaşkanı bu alanlarda CBK çıkarabilir.⁵³ Öğretideki bir diğer görüş ise yürütme yetkisinin, geleneksel olarak ve maddi anlamda kanunların ve hukukun icrası, yani yürütme fonksiyonu olarak somutlaştığı yönündedir.⁵⁴ Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, yürütme fonksiyonu esas alınarak yürütme yetkisine ilişkin konular belirlenebilir. Bu belirleme AYM’nin kararlarında kullandığı çözüm yolu esas alınarak yapılabilir. Buna

⁵¹ “Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde Cumhurbaşkanı’nın yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabileceği hüküm altına alınmıştır. Düzenlemeyle yürütme yetkisine ilişkin olmak kaydıyla CBK çıkarma konusunda Cumhurbaşkanı’na genel bir yetki verilmiştir. Maddenin gerekçesinde, yeni hükümet sistemi gözetilerek Cumhurbaşkanı’nın genel siyasetin yürütülmesinde yürütme yetkisi ile ilgili olarak ihtiyaç duyduğu konularda CBK çıkarabilmesine imkân tanımak amacıyla ilk elden düzenleme yapma yetkisinin tanındığı ifade edilmiştir.” AYM, E: 2019/78, K: 2020/6, K.T.: 23.01.2020, RG 13.05.2020, S. 31126

(<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, s.e.t. 20.07.2024).

“İçişleri Bakanlığının bağlı kuruluşu olan AFAD’ın il afet ve acil durum müdürlüğü ile afet ve acil durum arama ve kurtarma birlik müdürlüğü personelinin görevlendirilmesi, çalışma usul ve esasları ile bu personele ilişkin diğer hususların Başkanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenmesini öngören kuralın Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk cümlesinde belirtilen yürütme yetkisine ilişkin konulardan olduğu anlaşılmaktadır.” AYM, E: 2018/123, K: 2022/138, K.T.: 9.11.2022, RG 05.04.2023, S. 32154

(<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, s.e.t. 20.07.2024).

“Yargı yetkisi kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının ihdası ve iptali hususu yargı yetkisinin kullanılmasını doğrudan etkileyebildiğinden bunun yalnızca yürütme yetkisine ilişkin bir konu olduğu söylenemez. Dolayısıyla bu konunun CBK ile düzenlenmesi mümkün değildir.” AYM, E: 2018/119, K: 2020/25, K.T.: 11.06.2020, RG 09.11.2020, S. 31299

(<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, s.e.t. 20.07.2024).

AYM’nin yürütme yetkisine ilişkin farklı kararları için bkz.: AYM, E: 2019/71, K: 2020/82, K.T.: 30.12.2022, RG 24.02.2021, S. 31405; AYM, E: 2020/65, K: 2023/187, K.T.: 8.11.2023, RG 12.03.2024, S. 32487; AYM, E: 2018/118, K: 2023/180, 26.10.2023, RG 27.02.2024, S. 32473

(<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, s.e.t. 20.07.2024).

⁵² Atar, s. 247.

⁵³ Erdal Şahin, Yasalık İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 69-70.

⁵⁴ Osman Can, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı”, C. 37, S. 1, 2020, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 141.

göre her somut olay kendi özelinde incelenerek kullanılan yetkinin yürütme fonksiyonu niteliği değerlendirilerek yürütme yetkisine ilişkin bir konu olup olmadığı tespit edilebilir.

CBK ile kamu hizmeti kurma yetkisinin sınırlarında önemli bir diğer konu temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin kurallardır. Nitekim kamu hizmeti kurulması demek genel olarak özel teşebbüs hürriyetinin sınırlanması anlamına gelir.⁵⁵ Ayrıca idarenin kamu düzenini sağlamaya ve korumaya ilişkin yetkileri kolluk yetkileri olarak somutlaşır ve genel anlamda kamu düzeni, toplumun bir arada huzurla yaşayabildiği, güvenliğinin sağlandığı, kuralsızlığın olmadığı, genel sağlığının bulunduğu organizasyonu ifade eder. Bu bakımdan kamu düzenine ilişkin faaliyetler de sınırlandırıcı mahiyette karşımıza çıkar. Bu bağlamda özel teşebbüs hürriyetini sınırlayan yetkiler ile kamu düzeninin somutlaştığı kolluk yetkileri, temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran yetkililerdir. Dolayısıyla idare, bu yetkilerini kullanırken aslında temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran mahiyette yetkiler kullanmaktadır. Bu kapsamda ele alındığında idareye yasal düzenlemelerle verilen kolluk yetkilerinin temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmaya ilişkin kurallara tabi olması gerektiği açıktır.

AY. md. 13 uyarınca temel hak ve özgürlükler, Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ancak kanunla sınırlandırılabilir. AYM bir kararında temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmaların öncelikle kanunla yapılması ve bu kanun hükmünün hukuki güvenlik ilkesine uygun olması gerektiğini vurgulamaktadır. Yüksek mahkemeye göre bu husus hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir ve kanunilik ilkesi hukuk devleti esas alınarak yorumlanmalıdır.⁵⁶

⁵⁵ Gözler, 2019b, s. 360; Evren, s. 683.

⁵⁶ “Anayasa'nın 13. maddesinde “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” denilmektedir. Buna göre toplu iş sözleşmesi ve grev haklarına sınırlama getiren düzenlemelerin öncelikle kanunla yapılması gerekir.

Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında, toplu iş sözleşmesi ve grev haklarını sınırlamaya yönelik bir kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp kanuni düzenlemelerin keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olması gerekir.

Esasen temel hakları sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde, kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, kişilerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddesinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk

Bu çerçevede temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran mahiyette kamu hizmeti yetkisi tanımlanması durumunda yetkili organ yalnızca TBMM olmaktadır.⁵⁷ Ayrıca bu yetkinin kullanımı, sınırlandırılacak temel hak ve özgürlüğe ilişkin Anayasa’da belirtilen sebeplere bağlı olarak yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte AY. md. 104/17’de “*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin*” Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemeyeceği hüküm altına alınmaktadır. Hükümün mefhumu muhalifinden Anayasa’nın İkinci Kısım Üçüncü Bölümü’nde düzenlenen “*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevlerin*” CBK ile düzenlenebileceği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede AY. md. 104/17 hükmünde kararnameyle düzenlenemeyecek temel hak ve özgürlükler bakımından bir tartışma olmamakta, cumhurbaşkanı olumlu anlamda dahi olsa bir düzenleme yapamayacaktır. CBK ile sosyal ve ekonomik hak ve ödevlere ilişkin bir sınırlandırma getirilebilir mi, sorusunun cevaplandırılması gerekir. Eğer cevap olumlu olursa sosyal ve ekonomik haklara ilişkin CBK ile kolluk yetkisi tanınabileceği ifade edilebilir. Ancak bu alanlarda CBK ile sınırlandırıcı nitelikte bir düzenleme getirilemeyeceği kabul edilirse o takdirde CBK ile kolluk yetkisi tanınamayacağı belirtilebilir.

Düzenleme kavramı, sınırlamayı da içerisine alan bir kavram olup hem hakkın kullanımını güçlendiren olumlu nitelikteki hem de hakkın sınırlandırılmasını içeren olumsuz nitelikteki düzenlemeleri kapsar. AY. md. 13’te ise temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin özel hüküm yer almaktadır. Bu kapsamda AY. md. 104/17 uyarınca kişi hak ve ödevleriyle siyasi haklar ve ödevlerin münhasıran kanunla düzenleneceği, olumlu da olsa Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme getirilemeyeceği açıktır. Öte yandan öğretilerdeki görüşler AY. md. 13 uyarınca temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilceğini ve buradaki kanun ifadesinin şekli anlamda, yasama organı tarafından kanun adı altında çıkarılan genel, soyut, kişilik-dışı normlar olarak anlaşılması gerektiği noktasında birleşmektedir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, AY. md. 104/17’den sosyal ve ekonomik hak ve ödevlere yönelik yalnızca bu hakları güçlendiren olumlu nitelikte düzenlemeler getirilebilir; sınırlandırma niteliğinde bir düzenleme getirilemeyeceği ifade edilmektedir.⁵⁸ Dolayısıyla temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran bir yetki olarak kolluk yetkisinin

devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.” AYM, E: 2021/27, K: 2023/26, K.T.: 16.02.2023, RG 21.07.2023, S. 32255

(<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, s.e.t. 25.07.2024).

⁵⁷ Karahanoğulları, 2015, s. 261.

⁵⁸ Fendoğlu, 2023a, s. 786-787; Atay, s. 74; Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Dördüncü Baskı, 2021, s. 998; Sancakdar/ Önüt/ Us Doğan vd., s. 90; Atar, s. 248; Melikşah Yasin, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri”, C. 36, S. 1, 2019, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 324; Abdurrahman Eren, “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, C. 36, S. 1, 2019, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 39.

CBK ile tanınması mümkün olmayıp yalnızca kanunla düzenlenebileceği ifade edilebilir. Ayrıca özel teşebbüs tarafından yürütülmesi mümkün olan bir alanın kamu hizmeti olarak tanınması temel hak ve özgürlük sınırlandırması anlamına geleceği için bu alanda da kanunla düzenlenme şartı ifade edilebilir. Özel teşebbüsün yürütmediği ve yürütme ihtimalinin de olmadığı bir faaliyet ise CBK ile kamu hizmeti haline getirilebilir.⁵⁹

SONUÇ

İdarenin kanuniliği ilkesi hukuk devletinin temel gereklerinden bir tanesidir. Bu ilke uyarınca idare, faaliyetlerinde kanuna dayanmalı ve idarenin faaliyetleri kanuna aykırı olmamalıdır. İdarenin kanuniliği ilkesi Anayasa'da 2017 değişikliği öncesi yasama organının kanun adı altında genel, soyut, sürekli ve kişilik dışı kurallarla idareye yetki ve görev tanımlaması şeklinde karşımıza çıkmaktaydı. 2017 Anayasa değişikliği sonrası ise CBK'nın konu sahasının genişlemesiyle idarenin kanuniliği ilkesi farklı bir boyut kazanmıştır. CBK'ya ilişkin genel kuralların yer aldığı AY. md. 104/17'ye göre bazı sınırlara uygun olmak kaydıyla Cumhurbaşkanı tarafından CBK çıkarılabilir. Değişiklik sonrası yasama organının yanı sıra maddede belirtilen sınırlar dahilinde cumhurbaşkanına asli düzenleme yetkisi tanınmıştır. Dolayısıyla cumhurbaşkanı, yasama organından yetki almadan ve getirdiği kararnamenin onaylanmasına gerek olmadan CBK çıkarabilir. Bu çerçevede Türk hukukunda idareye tanınan yetkiler Anayasa'da belirtilen sınırlara uygun olmak kaydıyla kanunla veya CBK ile verilmelidir. Aksi halde idarenin işlem veya eylemi hukuka aykırı olur.

Anayasa'ya göre idare kamu hizmeti sunmakla yetkilendirilmiştir. Bir kamu hizmeti, idare içerisinde idari teşkilatlanma kurularak ya da kamu tüzel kişiliği kurulma yöntemleriyle oluşturulabilir. Yasama yetkisinin genelliği ilkesine bir istisna getirilmediği kabul edildiği takdirde ve kamu tüzel kişiliğinin kanunla kurulacağı düzenlemesi karşısında her iki yöntemle de kamu hizmeti kurulabileceği ifade edilebilir. Ayrıca bakanlıkların kurulması, görev ve yetkilerinin CBK ile düzenleneceğini belirten AY. md. 106/11 hükmü ve kamu tüzel kişiliğinin CBK ile kurulacağını düzenleyen AY. md. 123/3 hükmü uyarınca CBK ile bakanlık içerisinde herhangi bir yapıya yeni görev ve yetki tanımlamak veya bir kamu tüzel kişiliği kurmak suretiyle kamu hizmeti kurulabileceği söylenebilir.

Kamu hizmeti var olan bir idareye görev veya yetki tanımlamak şeklinde de kurulabilir. Buna göre ya daha önce var olmayan bir faaliyet ilk defa kamu hizmeti olarak kurulur ya da özel teşebbüsün yürüttüğü özel faaliyet, kamu hizmeti haline getirilerek kamu hizmeti kurulur. AY'de idarenin faaliyetleri bakımından bir ayrıma gidilmemekte, idarenin tüm faaliyetleri kamu hizmeti şeklinde yer almaktadır. Bununla birlikte idarenin bazı faaliyetleri kamu düzenini sağlamaya veya korumaya yöneliktir. Bu faaliyetler genel olarak temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı faaliyetler olarak karşımıza çıkar. Ayrıca bazı kamu hizmetleri kurulmalarıyla birlikte özel girişim özgürlüğünü sınırlandırıcı nitelikte karşımıza çıkabilir. Bu tür

⁵⁹ Gözler, 2019b, s. 360.

durumlarda AY. md. 13 ve 104/17 birlikte düşünöldüğünde sınırlandırmanın kanunla yapılması gerektiği ve CBK ile temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı mahiyette düzenleme getirilemeyeceği, diğör bir ifadeyle bu niteliklere sahip bir kamu hizmeti de kurulamayacağı tespiti yapılabilir.

KAYNAKÇA

Akyılmaz B/ Sezginer, M/ Kaya, C, Türk İdare Hukuku, On Yedinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

Altındağ H, İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Ardıçoğlu M A, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, C. 75, S. 3, 2017, Ankara Barosu Dergisi, s. 19-51.

Atar Y, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, C. 39, S. 1, 2019, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 241-259.

Atay E E, İdare Hukuku, Dokuzuncu Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023.

Can O, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı”, C. 37, S. 1, 2020, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 133-192.

Çağlayan R, İdare Hukuku Dersleri, Onuncu Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Çakmak N M, “Sanatsal Kamu Hizmetleri”, C. 14, S. 1, 2010, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 251-262.

Derbil S, İdare Hukuku Cilt:II, İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ortaklığı, Ankara, 1952.

Duguit L, Kamu Hukuku Dersleri, Çev. Süheyp Derbil, İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ortaklığı, Ankara, 1954.

Duran L, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

Eren A, “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İctihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, C. 36, S. 1, 2019, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 1-72.

Evren Ç C, “Bir Danıştay Kararı Üzerine Kamu Hizmetinde Bedel Sorunu”, C. 11, S. 1, 2007, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 679-692.

Fendoğlu H T, Anayasa Hukuku, On Birinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023(a).

Fendoğlu H T, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Sınırları”, S. 71, 2023(b), Adalet Dergisi, s. 607-629.

Gözler K, İdare Hukuku Cilt I, Üçüncü Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019(a).

Gözler K, İdare Hukuku Cilt II, Üçüncü Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019(b).

Gözler K, Türk Anayasa Hukuku, Dördüncü Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2021.

Gözler K/ KAPLAN, G, İdare Hukuku Dersleri, Yirmi Beşinci Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2023.

Gözübüyük Ş/ Tan T, İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, Yedinci Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

Gülan A, “Kamu Hizmeti Kavramı”, C. 9, S. 1-3, 1988, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, s. 147-159.

Günday M, İdare Hukuku, On Birinci Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017.

Kanadoğlu K, “Yeni Siyasal Rejimin Yerel Yönetimlere Yansımaları”, C. 16, S. 1, 2019, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 39-54.

Karahanoğulları O, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Üçüncü Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

Karahanoğulları, O, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.

Onar S S, İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1967.

Sancakdar O/ Önüt, L B/ US Doğan E/ Kasapoğlu Turhan M/ seyhan S, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Onuncu Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Şahin E, Yasallık İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.

Tan T, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, C. 8, S. 1, 1991, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 233-252.

Uler Y, “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, C. 15, 1998, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 252-256.

Ulusoy A D, Türk İdare Hukuku, Beşinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

Yasin M, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri”, C. 36, S. 1, 2019, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 315-333.

Yıldırım T, “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı, C. 36, S. 1, 2019, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 293-314.

Yılmaz H, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları”, C. 78, S. 1, 2020, İstanbul Hukuk Mecmuası, s. 225-263.

Zeybek Cebeci E, “Türk İdare Hukukunda Kamu Hizmetlerinin Belirlenmesinde Objektivist ve Subjektivist Yaklaşımlar”, C. 25, S. 1, 2019, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 86-96.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI:

AYM, E. 2011/149, K. 2012/187, K.T.: 22.11.2012, RG, 04.12.2013, S. 28841.

AYM, E. 2004/114, K. 2007/85, K.T.: 22.11.2007, RG 24.12.2007, S. 26736.

AYM, E. 1994/43, K. 1994/42, K.T.: 09.12.1994, RG 24.01.1995, S. 22181.

AYM, E. 1985/7, K. 1985/22, K.T.: 28.11.1985, RG 21.01.1986, S. 18995.

AYM, E. 2019/78, K. 2020/6, K.T.: 23.01.2020, RG 13.05.2020, S. 31126.

AYM, E. 2018/123, K. 2022/138, K.T.: 9.11.2022, RG 05.04.2023, S. 32154.

AYM, E. 2018/119, K. 2020/25, K.T.: 11.06.2020, RG 09.11.2020, S. 31299.

AYM, E. 2019/71, K. 2020/82, K.T.: 30.12.2022, RG 24.02.2021, S. 31405.

AYM, E. 2020/65, K. 2023/187, K.T.: 8.11.2023, RG 12.03.2024, S. 32487.

AYM, E. 2018/118, K. 2023/180, 26.10.2023, RG 27.02.2024, S. 32473.

AYM, E. 2021/27, K. 2023/26, K.T.: 16.02.2023, RG 21.07.2023, S. 32255.

DANIŞTAY KARARLARI:

Danıştay 8. Dairesi, E. 2020/6651, K. 2023/4502, K.T.: 10.10.2023.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2021/113, K. 2021/111, K.T.: 15.12.2021.