



ANAYASA MAHKEMESİNİN KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERE İLİŞKİN İÇTİHADI DOĞRULTUSUNDA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Abdurrahman EREN*

ÖZET

Makalenin konusu, Kanun Hükmünde Kararnamelerin (KHK) hukuki rejimine ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin geliştirdiği içtihadın Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (CBK) bakımından nasıl bir değişiklik gösterebileceğidir. İncelemenin kapsamına olağanüstü hallerde çıkarılan CBK'lar alınmamıştır. Makale, bir çok yönden yoruma muhtaç olan olağan dönem CBK'larını kapsamaktadır. Konu, temelde Anayasa Mahkemesi'nin daha önce KHK'lar bakımından oluşturduğu içtihat doğrultusunda ele alınmaktadır. Ayrıca, KHK'lar ve CBK'lara ilişkin, doktrinde ileri sürülen görüşler üzerinde durulmaktadır. Hükümet sistemi değişikliği sonucu kararname çıkarma yetkisi tek başına Cumhurbaşkanına geçmiş, sert kuvvetler ayrılığı anlayışı çerçevesinde, yetki kanununa dayalı KHK uygulamasından doğrudan anayasaya dayalı CBK'ya geçilmiştir. Kanun hükmünde olan KHK'lar yerine, kanunun altında yer alan CBK kabul edilmiştir. Ancak, CBK'lar ilk el düzenleme yetkisi ile yasama işlevine sahiptir. KHK'lar karşısında sadece inhisari alanlar, münhasır kanun alanı sayılmış; münhasır bir KHK alanı kabul edilmemiştir. CBK'lar ise kanun hükmünde olmadığından, kanunla düzenleme öngören tüm konular münhasır kanun alanı haline gelmiştir. Buna karşın idarenin kanuniliği ilkesine ilişkin özel hükümlerle getirilen istisnalar, münhasır CBK alanı olmuştur. CBK'lar doğrudan Anayasadan alınan yetkiyle çıkarıldığından yasama yetkisinin devredilmezliği kuralının istisnalarını oluşturmaktadır. KHK'lar gibi CBK'ların Anayasaya uygunluk denetimi Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Anayasaya uygunluk denetimi kapsamında CBK'ların kanunlar karşısındaki durumu incelenmelidir.

Anahtar kelimeler: Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, normlar hiyerarşisi, münhasır alan, yasama yetkisinin devredilmezliği, Anayasaya uygunluk denetimi.

* Prof. Dr. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

THE ANALYSIS OF PRESIDENTIAL DECREES IN ACCORDANCE WITH THE CONSTITUTIONAL COURT PRECEDENT CONCERNING THE DECREES WITH THE FORCE OF LAW

ABSTRACT

This article discusses what kind of changes may occur, concerning the Presidential Decrees (PD), in the precedent by The Constitutional Court regarding the legal regime of Decrees with the force of law. The PDs issued during the state of emergency are not included in the scope of this article. It, basically, focuses on the state of normalcy PDs requiring explanation in many ways. In principle, this discussion is approached in accordance with the precedent by The Constitutional Court regarding the Decrees with the force of law. Furthermore, this article lays emphasis on the opinions, which are suggested in the doctrine, concerning the Decrees with the force of law, and Presidential Decrees. Following the change of the government system, ordinance power has been transferred to the President singly; and within the firm principle of separation of powers, there has been a shift from the practice of Decree with the force of law based on the Empowering Act to Presidential Decrees based directly on the Constitution. In the place of decrees which have the force of law, Presidential Decrees which are included in the law itself have been accepted. In fact, PDs have legislative function with first-hand regulatory power. In the face of Decrees with the force of law, only exclusive domains were accepted as such domains of law; an exclusive domain for Decrees with the force of law was not adopted. On the other hand, concerning PDs not having the force of law, all cases foreseen to be regulated in code have been considered exclusive domain of law. Despite this, exceptions introduced by the special provisions concerning the principle of the legality of the administration have become exclusive domain of PDs. As PDs are issued with the authority provided by the Constitution itself, they are exceptions to the principle of non-delegation of the legislative power. As with the Decrees with the force of law, the Constitutional Court has been assigned with the compliance auditing of PDs. In the framework of auditing the compliance with the Constitution, the position of PDs with respect to laws must be analyzed.

Keywords: Presidential decree, hierarchy of norms, exclusive domain, non-delegation of the legislative power, audit of compliance with the Constitution

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERE İLİŞKİN İÇTİHADİ DOĞRULTUSUNDA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu makalenin konusu, Kanun Hükmünde Kararnamelere (KHK) ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin geliştirdiği içtihat doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerini (CBK) değerlendirmektir. İncelemenin kapsamına olağanüstü hallerde çıkarılan CBK'lar alınmamıştır. Çünkü olağanüstü KHK'lar ile CBK'lar arasında; yetki, sebep, konu, usul ve denetim yönünden, tartışma yaratacak büyük farklılıklar olmadığı söylenebilir. Makale, bir çok yönden yoruma muhtaç olan olağan dönem CBK'larını kapsamaktadır.

Makalede ele alınan temel sorular; KHK'ların hukuki rejimi CBK'lar açısından ne yönde değişmiştir? Hukuki nitelik olarak KHK'lar ile CBK'lar hangi yönden farklılaşmaktadır? CBK'ların normlar hiyerarşisindeki yeri nedir? Münhasır düzenleme alanı bakımından KHK'lar ile CBK'lar arasında nasıl bir fark vardır? Yasama yetkisinin devredilmezliği kuralı, CBK'lar bakımından nasıl uygulanacaktır? Yargısal denetim açısından CBK'ların kanunlara uygunluğu aranacak mıdır?

Bu soruların cevapları, temelde Anayasa Mahkemesi'nin daha önce KHK'lar bakımından oluşturduğu içtihat doğrultusunda oluşturulacaktır. Ayrıca, KHK'lar ve CBK'lara ilişkin, doktrinde ileri sürülen görüşler üzerinde durulacak, sorulara ilişkin kendi kanaatimiz paylaşılacaktır. Sonuçta, Anayasa Mahkemesi'nin KHK'lar bakımından oluşturduğu içtihadın CBK'lar bakımından hangi yönde farklılaşacağı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

CBK'lara ilişkin Anayasa'daki düzenlemeler, büyük oranda daha önce KHK'lara ilişkin düzenlemelerin yerini almıştır. CBK'ların hukuki rejimi bakımından Anayasa'nın 104/17. maddesi genel hükümdür. CBK'lara ilişkin özel hükümler daha önce aynı konuyu düzenleyen KHK hükümleri yerine konmuştur. Bu durum tüm düzenlemeleri Anayasa'nın bütünlüğü içinde sistematik bir yoruma bağlamayı güçleştirmektedir. Tutarlı bir anlam bütünlüğüne ulaşmak çok güç olduğundan, CBK'ların hukuki rejimine yönelik, çok farklı değerlendirmeler ortaya çıkmıştır. CBK'ların hukuki rejimine ilişkin değerlendirmelerde, AYM'nin içtihat istikrarını koruması kadar, uygulamada tereddütlere yol açmayacak, anlamlı bir bütüne ulaşmak da önem taşımaktadır. Bu nedenle makalede, AYM içtihatları doğrultusunda, CBK'ların hukuki rejimine ilişkin bir anlam bütünlüğüne ulaşılmaya çalışılmıştır.

A. KHK'LARDAN CBK'YA DEĞİŞEN HUKUKİ REJİM

CBK'ların hukuki rejimi, Anayasa'nın bütünlüğü içinde sistematik bir yorum ile belirlenebilir. CBK'lar, yürütme yetkisine ilişkin genel hükümler ile CBK'ların hukuki rejimine ilişkin özel hükümler kapsamında ele alınmalıdır. Bu kapsamda öncelikle CBK'ların, hükümet sistemi değişikliği ile bağı kurulmalıdır. Çünkü hükümet sistemi değişikliği yürütme organının yapısını ve yetkilerini değiştirmiştir. İkinci olarak, KHK'ların yerini almış olan CBK'ların farklılıklarının ortaya konulması gerekmektedir. Bu farklılıklar, işlemin niteliği, normlar hiyerarşisindeki yeri, kapsamı ve denetimi bakımından önem taşımaktadır.

1. Hükümet Sistemi Değişikliğinin CBK'ların Hukuki Rejimine Etkisi

Kuvvetler ayrılığı ilkesine dayalı liberal anayasal sistemlerde, kanun koyma anlamında "ilkel/asli düzenleme yetkisi" yasama organlarına verilir. Bu nedenle yasama yetkisinin "genel, asli ve devredilmez" nitelikte olduğu ilke olarak kabul edilir. Yürütme organına tanınan düzenleme yetkisi ise, kanuna dayanan ve kanunların uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılan, "ikincil/türev düzenleme yetkisi" olarak görülür. Ancak hemen hemen tüm liberal sistemlerde, yürütme organına yasama işlevine sahip "yasama kararnamesi" (Legislative Decrees) çıkarma yetkisi tanınmaktadır¹.

Kararnamelerin hukuki rejimi ülkeden ülkeye farklılaşmakla birlikte, genelde iki farklı modelden söz edebiliriz. En yaygın uygulama, yasama organı tarafından bir "yetki kanunu" çerçevesinde yürütme organına kararname çıkarma yetkisi (**delegated decree authority**) verilmesidir. Yasama organına bu tür bir yetki devri açıkça anayasalarda tanınabildiği gibi, anayasal temeli olmasa da, yasama yetkisinin devredilmezliği kuralına uygun olarak yasama organı, yürütmeye kararname ile düzenleme yetkisi verebilmektedir. İkinci uygulama ise, anayasal yetki paylaşımı ile doğrudan yürütme organına belli alanları kararname ile düzenleme yetkisinin tanınmasıdır. Anayasal kararname yetkisi (**constitutional decree authority**) olarak nitelendirilen bu uygulamada, yürütme organı anayasal sınırlar içinde doğrudan belli alanlarda ilk el düzenleme yetkisine kavuşmaktadır².

¹ Bir araştırmaya göre, başkanlık ve yarı-başkanlık sistemine sahip ülkelerin %70; parlamenter sistem öngören ülkelerin %50'sinde yürütmeye kararname yetkisi tanınmaktadır. Bkz. Cheibub, J.A./ Elkins, Z./ Ginsburg, T. (2011). "Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective", Public Law And Legal Theory Working Paper No. 361, The Law School The University of Chicago, s. 18.

² Bu tür bir ayırım için bkz: Shugart, M.S/ Carey, J.M. (1992). Presidents and

Hükümet sistemleri bağlamında her iki uygulamanın da var olduğunu söyleyebiliriz. Ancak, parlamenter sistemde yumak kuvvetler ayrılığı anlayışına bağlı olarak, yasanın yürütmeye “yetki kanunu” çerçevesinde kararname çıkarma yetkisi vermesi daha yaygındır. Başkanlık sistemlerindeki sert kuvvetler ayrılığı anlayışına uygun olarak, doğrudan anayasa ile devlet başkanlarına kararname çıkarma yetkisi tanınabilmektedir. Amerika’da görülen başkanlık kararnameleri bu iki modele de uymamakla birlikte, başkan Anayasal temeli olmadığı halde, kanunlar çerçevesinde ya da doğrudan doğruya Anayasal yetkilerden hareketle kararname çıkarabilmektedir. Bu nedenle ABD uygulaması kendine özgü koşullardan doğduğundan model alınacak bir uygulama değildir³.

Yetki kanununa dayalı kararname uygulamasında, yasanın genellikle verilecek yetkinin “amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini” belirterek yetki vermesi öngörülmektedir. Parlamenter sistem olan İtalya Anayasası’nın 76. maddesine göre, “*Sadece sınırlı bir süreliğine ve belirli amaçlar için, ilkeler ve kriterler belirlenmedikçe, Hükümete yasama fonksiyonu (the legislative function) yerine getirme yetkisi verilemez*”. İtalya örneğinde yasama fonksiyonu içeren kararname yetkisinin verilebileceği kabul edildikten sonra 77. maddede, kararnamelerin hukuki rejimi belirlenmiştir:

“Hükümet, Meclislerden yetki almaksızın kanun hükmünde kararname (decree having force of law) çıkaramaz (f.1). Hükümet kendi sorumluluğunda, acil ve gerekli durumlarda geçici bir tedbir aldığıında, bu tedbir kanuna dönüşmesi için Parlamento’ya getirilir. Parlamento başvurudan itibaren beş gün içinde toplanır (f.2). Böyle bir tedbir, yayımlandığı tarihten itibaren altmış gün içinde kanunlaşmadığı takdirde, başlangıcından itibaren hükümsüz hale gelir. Parlamento reddedilmiş tedbirlerden kaynaklı yasal boşlukları düzenleyebilir (f.3)”⁴.

Yetki kanununa dayalı kararname uygulamasının tipik özelliklerini taşıyan bu örnekte görüldüğü gibi, kararnamelerin “kanun gücünde” olması, “acil ve gerekli” durumlarda yetkinin kullanılması, “belli süre” içinde tekrar parlamentonun onayı ile “kanunlaştırılması” bu modelin başlıca özelliklerini oluşturmaktadır⁵. Türkiye’de 1961 Anayasası ile

Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics, Cambridge University Press, s. 131.

³ Bu yönde bir değerlendirme için bkz. Çolak, Ç.D. (2017). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi”, Strategic Public Management Journal, Volume 3, Special Issue, pp. 51-65.

⁴ Metnin İngilizcesi için bkz. https://constituteproject.org/constitution/Italy_2012.pdf?lang=en, (erişim:23.11.2018).

⁵ Bu modeli benimseyen ülkelere örnek olarak, Brezilya, Hindistan, Bangladeş,

başlayıp 2017 Anayasa değişikliklerine kadar bu model uygulanmıştır. Parlamenter sistem olan Avrupa ülkelerinin büyük çoğunluğunda bu model geçerlidir.

Yetki kanununa dayalı kararname uygulaması, sadece parlamenter sisteme özgü bir model değildir. Başkanlık sistemi olan ülkelerde de bu model uygulanmaktadır. Peru Anayasası'nın 104. maddesine göre,

“Kongre yasama yetkisini, yetki kanununda belirtilen süre içerisinde ve belli konularda, yasama kararnamesi (legislative decrees) yoluyla yürütme organına devredebilir. Kongre, Daimi Meclise devredilemeyen konularda yetki devri yapamaz. İlanı, yayını, yürürlüğü ve etkileri bakımından yasama kararnameleri kanunlarla aynı kurallara tabidir. Devlet Başkanı her yasama kararnamesi hakkında, Kongre veya Daimi Meclise rapor sunar”⁶.

Peru uygulamasında Başkanın kabul ettiği kararnameleri yeniden yasama organı tarafından onaylanması gerekmekte, Başkan sadece kararnameler hakkında rapor sunmaktadır⁷. Benzer şekilde Şili başkanlık sistemi olmasına rağmen, başkana yetki kanununa dayalı kararname çıkarma yetkisi verilmiştir. Anayasa'nın 64. maddesine göre, “Cumhurbaşkanı, kanun konusuna giren alanlarda, bir yılı aşmayan bir süre için, kanun hükmünde kararname (force of law) çıkarmak üzere, Ulusal Kongreden yetki isteyebilir”. Maddenin devamında, doğrudan anayasa ile düzenlenen konular, organik ya da nitelikli çoğunlukla kabul edilen kanunlar, seçim ve halk oylaması ve vatandaşlıkla ilgili konular, Denetleme Kurulu Başkanlığı, Anayasa Mahkemesi, Ulusal Kongre veya yargı yetkisini kullanan kişilerin hukuki statüsünü etkileyecek nitelikte kararname çıkarma yetkisi verilemeyeceği düzenlenmektedir (f.2-3). Yetki kanununda, verilecek yetkinin konusu, sınırları ve süresinin gösterilmesi gerekmektedir (f.4). Denetleme Kurulu Başkanlığı, kararnamelerin yetki yasasına uygunluğunu denetlemekle görevlendirilmişken, Anayasa Mahkemesi kararnamelerin Anayasa Uygunluğunu denetleme yetkisine sahiptir (m.93/4)⁸.

Mısır, Avusturya, Papua Yeni Gine, Bahreyn, Burundi, Estonya, Gabon, Güney Kore, Hırvatistan ve Ruanda anayasaları da gösterilebilir.

⁶ Metnin İngilizcesi için bkz. https://constituteproject.org/constitution/Peru_2009.pdf?lang=en, (erişim:23.11.2018).

⁷ Yasamanın onayı değil bilgilendirmesini öngören benzer ülkeler şunlardır: Afganistan, Arjantin, Beyaz Rusya, Danimarka, Gürcistan, Kamerun, Kolombiya, Kuveyt, Macaristan, Özbekistan, Peru, Slovenya, Tunus ve Türkmenistan.

⁸ Metnin İngilizcesi için bkz. https://constituteproject.org/constitution/Chile_2015.pdf?lang=en, (erişim:23.11.2018).

Başkanlık sistemi olan Arjantin Anayasası'nın 75. maddesinde, 32 fıkrada yasama organının yetkileri tek tek sayıldıktan sonra, 76. maddede, yasama yetkisinin olağanüstü haller dışında devredilemeyeceği ifade edilmektedir. Başkanın yetkileri Anayasa'nın 99. maddesinde sayılmış, bu yetkiler arasında sadece olağanüstü hallerde başkana tek başına kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmiştir. Olağanüstü hal kararname ile ceza, vergi, seçim, siyasi partiler konularında düzenleme yapılamayacağı ifade edilmektedir. Olağan dönemde ise başkan ancak bakanlar kurulunun karşı imzası ile birlikte kararname çıkarabilmektedir. Ayrıca kararname 10 gün içinde Meclisin onayına sunulması gerekmektedir (f.3).

Venezuela Anayasası'nın 236. maddesinde, Başkana yetki kanununa dayalı kararname çıkarma yetkisi tanınmıştır. Venezuela Anayasası'nda Başkanın çıkardığı kanun hükmünde kararname, kanunlar gibi referanduma sunularak reddedilmesi yöntemi benimsenmiştir. Anayasa'nın 74/2. maddesine göre, *"Cumhurbaşkanı (President of the Republic) tarafından, bu Anayasanın 236. maddesinin 8. paragrafında belirtilen şekilde kabul edilen kanun hükmünde kararname (Decrees with the force of law), seçmen kütüklerine kayıtlı seçmenlerin %5'i tarafından talep edildiğinde zorunlu referanduma götürülür. Zorunlu referandumun geçerliliği için seçmen kütüklerine kayıtlı seçmenlerin %40'ının katılımı şarttır"*⁹.

Çok yaygın olmamakla birlikte yetki kanunu gerekmeden doğrudan anayasadan kaynaklı kararname yetkisi uygulaması bulunmaktadır. Bu uygulamanın daha çok başkanlık ya da yarı başkanlık sistemlerinde olduğu söylenebilir¹⁰. Kanun gücünde olmayıp yasama işlevine sahip kararname uygulamasına, yarı başkanlık sistemi olan Rusya Anayasası örnek gösterilebilir. Rusya Federasyonu Anayasası'nın 90. maddesine göre,

*"Rusya Federasyonu Cumhurbaşkanı kararname çıkarır ve emirler verir. Rusya Federasyonu Cumhurbaşkanının kararname ve emirleri Rusya Federasyonu genelinde bağlayıcıdır. Rusya Federasyonu Cumhurbaşkanının kararname ve emirleri Rusya Federasyonu Anayasasına ve federal kanunlara aykırı olamaz"*¹¹.

Bu düzenleme gereğince, kanunlara aykırı olmadan, kanunların

9 Metnin İngilizcesi için bkz. https://constituteproject.org/constitution/Venezuela_2009.pdf?lang=en, (erişim:24.11.2018).

¹⁰ Bu modele, Beyaz Rusya, Ekvator, Özbekistan, Türkmenistan ve Rusya anayasaları örnek olarak gösterilebilir.

¹¹ Rusya Anayasası'nın Türkçe çevirisi için bk. Eren, A. /Aleskerli, A. (2005), Yeni Anayasalar, Ankara: TİKA Yayınları.

düzenlemediği alanlarda devlet başkanına geniş bir alanda kararname yetkisi verilmektedir. Anayasa'nın 115. maddesine göre, "Rusya Federasyonu Hükümeti, Rusya Federasyonu Anayasasına, federal kanunlara, Rusya Federasyonu Cumhurbaşkanı kararnamelerine dayanarak ve onların yerine getirilmesi için karar ve emirler verir ve bunların yerine getirilmesini sağlar". Rusya Federasyonundaki normlar hiyerarşisini gösteren bu düzenlemeye göre, Cumhurbaşkanı kararnameleri kanunlardan sonra, ancak hükümetin düzenleyici işlemlerinden üstte gelmektedir. Rusya Anayasası'nın 115. maddesinin 3. fıkrasına göre, "Rusya Federasyonu Hükümetinin karar ve emirleri Rusya Federasyonu Anayasasına, federal kanunlara, Rusya Federasyonu Cumhurbaşkanının kararnamelerine aykırı olduğu durumlarda, Rusya Federasyonu Cumhurbaşkanı tarafından iptal edilebilir". Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine aykırı hükümet düzenlemelerini iptal yetkisi Cumhurbaşkanına verilmiştir. Anayasa'nın 125. maddesinin 2. fıkrasında, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri arasında, Rusya Cumhurbaşkanının düzenlemelerinin anayasaya uygunluğunu denetlemek de sayılmıştır¹².

Rusya'ya benzer kararname yetkisi Azerbaycan Anayasası'nda görülmektedir. Azerbaycan Anayasası'nın "Azerbaycan Cumhuriyeti Yasama Sistemine Dâhil Olan Düzenlemeler" kenar başlıklı 148. maddesine göre, "Yasama sistemi aşağıdaki normatif hukuki düzenlemelerden ibarettir: Anayasa; Referandumla kabul edilmiş düzenlemeler; Kanunlar; Fermanlar; Azerbaycan Cumhuriyeti Bakanlar Kurulu kararları; Merkezi yürütme organlarının normatif düzenlemeleri"¹³. Bu sıralama aynı zamanda, Azerbaycan'da normlar hiyerarşisini de göstermektedir. Dolayısıyla "ferman" olarak nitelenen kararnameler, kanunlardan sonra, ancak hükümetin düzenleyici işlemlerinden önce gelmektedir. "Normatif Hukuki Düzenlemeler" kenar başlıklı 149. maddenin IV. fıkrasına göre, "Azerbaycan Cumhurbaşkanının fermanları, Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası ve kanunlarına aykırı olmamalıdır. Yalnız yayınlanmış fermanların uygulanması ve yürütülmesi bütün vatandaşlar, yürütme organları, tüzel kişiler için zorunludur". V. fıkrada ise "Azerbaycan Cumhuriyeti Bakanlar Kurulunun kararları Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasasına, kanunlarına ve Azerbaycan Cumhurbaşkanının fermanlarına aykırı olmamalıdır" denilmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanunlardan altta, hükümetin düzenleyici işlemlerinden üstte kabul edilmiştir.

¹² Eren, A. (2018). Anayasa Hukuku Ders Notları, İstanbul: Onikilevha Yayınları, s.526.

¹³ Azerbaycan Anayasası'nın Türkçe metni için bkz. Eren, A. /Aliasker, A. (2012). Türk Cumhuriyetleri Anayasaları, Ankara: Türk Dili Konuşan Ülkeler Parlamenter Asamblesi/TURKPA Yayınları 4.

Kararnemelerin kanunlara aykırı olamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Anayasa'nın 130/III-2. Maddesine göre, "Azerbaycan Cumhurbaşkanları fermanlarının, Azerbaycan Cumhuriyeti Bakanlar Kurulu kararlarının, merkezi yürütme organlarının normatif hukuki düzenlemelerinin Azerbaycan Cumhuriyeti kanunlarına uygunluğunu" denetleme görevi Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir¹⁴.

1982 Anayasası'nın 2017 Anayasa değişikliği ile kabul edilen olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Rusya ve Azerbaycan'da uygulanan "başkanlık kararnamesi"ne benzemektedir. Bu modelin özelliği, kararname yetkisinin doğrudan anayasadan kaynaklı ilk el düzenleme yetkisi içermesi; yetki kanununa dayanmaması, normlar hiyerarşisinde kanunlardan alta yer alması ve yasama işlevine sahip olduğundan denetimlerinin Anayasa Mahkemeleri tarafından yapılmasıdır. Ancak, bu ülkelerde başkanlık kararnemelerinin kanunlara aykırı olamayacağı ve kanunlara uygunluğunun Anayasa Mahkemesi tarafından denetleneceği açıkça ifade edilmiştir. CBK'ların **kanunlara uygunluğunun denetimi** konusu aşağıda detaylı bir şekilde inceleneceği gibi Anayasa'da düzenlenmemiştir.

Karşılaştırmalı hukuktaki örnekler bağlamında Türkiye'de hükümet sistemi değişikliğine bağlı olarak KHK uygulamasından CBK'ya geçilmiş olduğu söylenebilir. Başkanlık sistemine geçişle birlikte, Cumhurbaşkanı ve bakanlar kurulu arasında bölünen yürütme yetkisi, artık tek başına Cumhurbaşkanı tarafından kullanılmaktadır¹⁵. Anayasa'nın 104/1. maddesine göre, "Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir". Bu yeni hükmün amacı, yürütmenin bir yetki olduğunu ortaya koymak değil, yetkinin tek başına Cumhurbaşkanına ait olduğunu göstermektir. Anayasa'nın 8. maddesinde yürütmenin bir yetki ve görev olduğu önceden de yer almaktadır. Yürütme yetkisinin tek başına Cumhurbaşkanına geçmiş olması, yürütmenin düzenleme yetkisine ilişkin hukuki rejimin de değişmesine yol açmıştır.

Bu kapsamda kararname çıkarma yetkisi, Cumhurbaşkanı için istisnai bir yetki olmaktan çıkmış, asli yetkiye dönüşmüştür. Parlamenter sistem döneminde Cumhurbaşkanı sadece Anayasa'nın 107. maddesi kapsamında "Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği" için

¹⁴ Eren, A. (2018). s. 526.

¹⁵ 1982 Anayasası'nın 2017 Anayasa Değişikliği önceki halinde, Anayasanın 8. maddesine göre, "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir". Yeni düzenlemede ise, "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir" denilmektedir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilmekteydi. Maddeye göre, “Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir”. Cumhurbaşkanlığı sisteminde Anayasa’nın 104/17-1. maddesinde, “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir” denilerek, yürütme yetkisine giren tüm konularda CBK çıkarma yetkisi tanınmıştır.

CBK’ların hukuki rejimini etkileyen bir diğer konu, parlamenter sistemde kabul edilen “yumuşak kuvvetler ayrılığı” anlayışından, başkanlık sisteminde benimsenen “sert kuvvetler ayrılığı” anlayışına geçilmiş olmasıdır. Kuvvetler ayrılığı anlayışındaki değişime bağlı olarak, yasamanın güveni ile kurulan “Bakanlar kurulu” uygulamasına son verilerek, doğrudan halkın seçtiği tek yetkili “devlet başkanı” uygulamasına geçilmiştir. Artık bakanlar meclise karşı değil, doğrudan halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır ve ona karşı sorumludur. Yine yürütmenin kanun tasarısı sunma yetkisinin kaldırılması, yasamanın siyasi denetim aracı olan gensoru yöntemine son verilmesi, milletvekillerinin bakan olması halinde istifa etmesi, sert kuvvetler ayrılığı anlayışının sonucudur. Sert kuvvetler ayrılığı anlayışı kararname yetkisine de yansımıştır. Yasama organının “yetki kanunu” ile Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verme uygulaması yerine, doğrudan Anayasa’dan kaynaklı bir yetkiyle çıkarılan CBK uygulamasına geçilmiştir¹⁶. Dolayısıyla, CBK’ların hukuki rejimi belirlenirken, yürütme yetkisini tek başına Cumhurbaşkanının kullandığı, düzenleme yetkisinin doğrudan Anayasa’dan kaynaklandığı, sert kuvvetler ayrılığı anlayışı çerçevesinde düzenleme alanlarının Anayasa ile belirlendiğinin göz önünde bulundurulması gerekir. Bu bakış açısı özellikle münhasır alan tartışmaları bakımından önem taşımaktadır.

2. Tarihsel Açıdan Kararnamelerin Değişen Hukuki Rejimi

CBK’ların hukuki rejimi belirlenirken, tarihsel süreçte kararnamelere ilişkin değişen hukuki rejimin ortaya konulması gelinen noktayı anlamak bakımından gerekmektedir. Kararname uygulaması hukuk sistemimize yeni girmiş değildir. 1876 Kanun-i Esasi’nin 36. maddesinde

¹⁶ Doktrinde Turan Yıldırım, kanun hükmünde kararnamelerin kaldırılmasını, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yasama işlevine sahip olmadığı sonucuyla ilişkilendirmiştir. Turan’a göre, “Ayrıca, Anayasa değişikliğiyle kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin kaldırılması, yürütmenin yasama işlemi yapmasının istenmediğine işaret etmektedir”. Bkz. Yıldırım, T. (2017). “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 23., Sayı 2. s. 23. (13-28).

düzenlenen kararname (kanun-u muvakkat); doğrudan Anayasadan kaynaklanan, olağanüstü durumlara özgü ve kanun hükmünde olan kararname türüdür¹⁷. Bu dönemde çıkarılan “Nizamnameler” de Anayasa Mahkemesi tarafından kanun niteliğinde değerlendirilmiştir¹⁸. 1921 ve 1924 Anayasalarında yürütme organının üstünlüğü anlayışı geçerli olduğundan, kararname yetkisi yürütmeye verilmemiştir. 1924 Anayasası’nda düzenleyici işlem türü olarak tüzükler bulunur¹⁹. 1961 Anayasası’nın ilk halinde kanun gücünde kararnameler yer almamış, idarenin düzenleyici işlemleri olarak tüzük ve yönetmeliklere yer verilmiştir²⁰. 1924 Anayasası’nda tüzükleri denetleme yetkisi TBMM’ye; 1961 Anayasası’nda bu yetki Danıştay’a verilmiştir.

¹⁷ Maddeye göre, “Meclis-i Umumi’nin toplantıda olmadığı zamanlarda, Devlet’i bir tehlikeden veya kamu güvenliğinin zedelenmesinden korumak için kaçınılmaz bir zorunluluk ortaya çıktığı ve bu konuda çıkarılması gereken bir yasanın görüşülmesi için Meclis’in çağırılması ve toplanması için yeterli zaman bulunmadığı durumlarda, Kanun-i Esasi hükümlerine aykırı olmamak üzere Hey’et-i Vükela tarafından verilen kararlar, Hey’et-i Meb’usan’ın toplanması sonucu alınacak karara kadar, Padişah buyruğu ile geçici olarak yasa hükmünde ve gücündedir”. Metnin günümüz Türkçesi için bkz. Sezer, A. (2009). Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İlgili Mevzuat, İstanbul: Beta Yayınevi, s.684.

¹⁸ Anayasa Mahkemesi’ne göre, “Taş Ocakları Nizamnamesi, 6 Haziran 1317 tarihinde zamanın padişahu tarafından çıkartılmıştır. O dönemdeki kurallara göre, padişah yasama ve yürütme görevlerini elinde tuttuğundan, bu Nizamnamenin yetkili makamca yasama yetkisine dayanılarak çıkartılmış sayılması gerekir. İçerik yönünden de kapsamına giren Yurttaki tüm ocaklar için geçerli ve uygulanması zorunlu, genel, soyut, sürekli kurallar getirmektedir. Öte yandan konuyu doğrudan doğruya düzenleyici nitelikte kurallar koyması nedeniyle, Anayasa’nın 107. maddesinde Öngörülen “..... Kanunun uygulanmasını göstermek veya Kanunun emrettiği işleri belirtmek üzere...” çıkartılan “tüzüklerden” (Nizamnamelerden) de ayrı bir nitelik göstermektedir. Böylece bu Nizamname öğretinin ve yürürlükteki yasaların, bir metnin yasa sayılması için aradığı tüm koşulları içermekte ve bu haliyle Yasa değer ve gücünde bulunmaktadır”. AYM, E.1976/31, K.1976/30, 3/6/1976.

¹⁹ Anayasa’nın 52. maddesine göre, “Bakanlar kurulu, kanunların uygulanışlarını göstermek yahut kanunun emrettiği işleri belirtmek üzere içinde yeni hükümler bulunmamak ve Danıştayın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarır. Tüzükler Cumhurbaşkanının imzası ve ilaniyle yürürlüğe girer. Tüzüklerin kanunlara aykırılığı ileri sürüldükte bunun çözüm yeri Türkiye Büyük Millet Meclisidir”.

²⁰ Anayasa’nın “Tüzükler” kenar başlıklı 107. maddesine göre “Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya kanunun emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak şartıyla ve Danıştayın incelemesinden geçirilerek, tüzükler çıkarabilir. Tüzükler, Cumhurbaşkanınca imzalanır ve kanunlar gibi yayınlanır”. Anayasa’nın “Yönetmelikler” kenar başlıklı 113. maddesine göre, “Bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Yönetmelikler Resmi Gazete ile yayınlanır”.

Yetki kanununa dayalı “Kanun Hükmünde Kararname” uygulaması ilk kez 1961 Anayasası’nda 20.09.1971 tarihinde 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, kabul edilmiştir²¹. 1961 Anayasası’nın 64. maddesinde yetki kanununa dayalı KHK uygulaması 1982 Anayasası’nın 91. maddesinde benzer şekilde sürdürülmüştür. Maddede “Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verme” kenar başlığı ile şu düzenlemeye yer verilmiştir:

“Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez (f.1). Yetki kanunu, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılmayacağını gösterir (f.2). Bakanlar Kurulunun istifası, düşürülmesi veya yasama döneminin bitmesi, belli süre için verilmiş olan yetkinin sona ermesine sebep olmaz (f.3). Kanun hükmünde kararnamenin, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından süre bitiminden önce onaylanması sırasında, yetkinin son bulunduğu veya süre bitimine kadar devam ettiği de belirtilir (f.4)”.

²¹ TBMM’nin görev ve yetkilerini düzenleyen 64. maddenin 2. fıkrasına göre, “Türkiye Büyük Millet Meclisi kanunla, belli konularda Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararnameler çıkarmak yetkisi verebilir. Yetki veren kanunda, çıkarılacak kararnamelerin amacı, kapsamı ve ilkeleriyle bu yetkiyi kullanma süresinin ve yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin açıkça gösterilmesi ve kanun hükmünde kararnamede de yetkinin hangi kanunla verilmiş olduğunun belirtilmesi lâzımdır (f.2). Bu kararnameler, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler. Ancak, kararnamede yürürlük tarihi olarak daha sonraki bir tarih de gösterilebilir. Kararnameler, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulur(f.3). Yetki kanunları ve Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan kararnameler, Anayasanın ve yasama meclisleri içtüzüklerinin kanunların görüşülmesi için koyduğu kurallara göre, ancak komisyonlarda ve genel kurullarda diğer kanun tasarı ve tekliflerinden önce ve ivedilikle görüşülüp karara bağlanır (f.4). Yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulmayan kararnameler, bu tarihte, Türkiye Büyük Millet Meclisince reddedilen kararnameler bu kararın Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Değiştirilerek kabul edilen kararnamelerin değiştirilmiş hükümleri, bu değişikliklerin Resmî Gazetede yayımlandığı gün yürürlüğe girer (f.5). Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel hak ve hürriyetler ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez. Anayasa Mahkemesi, bu kararnamelerin Anayasaya uygunluğunu da denetler (f.6).

1982 Anayasası'nda, ilk kez Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnemelerine (OHAL KHK) yer verilmiştir. Anayasa'nın 91. maddesinin 5. fıkrası ile 121 ve 122. maddelerinde olağanüstü hal ve sıkıyönetim süresince çıkarılacak OHAL KHK'ları düzenlenmektedir.

“Sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde, Cumhurbaşkanının Başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarmasına ilişkin hükümler saklıdır”(m.91/5).

“Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnemeler çıkarabilir. Bu kararnemeler, Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur; bunların Meclisce onaylanmasına ilişkin süre ve usul, İctüzükte belirlenir” (121/3).

“Sıkıyönetim süresinde, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu sıkıyönetim halinin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararname çıkarabilir”(m.122/2).

1982 Anayasası'nın ilk halinde, olağan ve OHAL KHK'larını çıkarma yetkisi “Bakanlar Kuruluna” aittir. OHAL KHK'larında Cumhurbaşkanına Bakanlar Kuruluna başkanlık etme yetkisi verilmiştir. Cumhurbaşkanı bu dönemde tek başına sadece Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin hukuki statüsünü belirleyen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisine sahiptir. Anayasa'nın mülga 107. maddesine göre “Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir”. Dolayısıyla, “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” kavramı Anayasa'nın mülga 107. maddesinden esinlenerek kabul edilmiştir.

1982 Anayasası'nda, 11.02.2017 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yapılan değişiklik sonrası, Bakanları Kurulu tarafından çıkarılan KHK uygulaması yerine Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” getirilmiştir. Olağan CBK'ların hukuki rejimi “genel olarak” Anayasa'nın 104/17. maddesinde belirlenirken; OHAL CBK'ları Anayasa'nın 119/6-7. maddesinde düzenlenmiştir:

- 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. (m.104/17).

- 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. (m.119/6). Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar. (m.119/7).

Olağan CBK'ların genel rejimi Anayasa'nın 104/17. maddesinde belirlenirken; CBK'lara ilişkin "özel hükümler" Anayasanın çeşitli maddelerinde yer almıştır:

- Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler. (m.104/9).

- Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir. (m.106/son).

- Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir. (m.108/son).

- Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir. (m.118/son).

- Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur. (m.123/3).

- Merkezî yönetim bütçesiyle verilen ödenek, harcanabilecek tutarın sınırını gösterir. Harcanabilecek tutarın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle aşılabileceğine dair bütçe kanununa hüküm konulamaz. (m.161/7).

- Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. (m.124/1).

- Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmemez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. (m.137/1).

CBK'ların "yargısal denetimine" ilişkin olarak, KHK'lar ile benzer hükümlere yer verilmiştir. Bu maddelerde KHK yazan ibareler yerine CBK konulmuştur:

- Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. (m.148/1-1).

- Ancak, olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz. (m.148/1-3).

- Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir. (m.150).

- Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, iptali istenen kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya İçtüzüğü'nün Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak altmış gün sonra düşer. (m.151).

- Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. (m.152/1).

- Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez. (m.153/2).

- Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet

Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. (m.153/3).

KHK'dan CBK'ya değişen hukuki rejimi tarihsel açıdan karşılaştırdığımızda Bakanlar Kurulunun çıkardığı KHK'lardan, yürütme yetkisini tek başına kullanan Cumhurbaşkanının çıkardığı CBK'lara geçiş olduğu görülmektedir. Yasama organının takdirine bırakılmış "yetki kanununa dayalı" kararname uygulamasından, doğrudan "anayasaya dayalı" kararname uygulamasına geçilmiştir. Yeni sistemde KHK'ların aksine olağan CBK'lar kanun hükmünde olmaktan çıkarılırken; olağanüstü hal CBK'ları yine kanun hükmünde kabul edilmiştir. Olağan CBK'ların yargısal denetimi KHK'larda olduğu gibi iptal ve itiraz davası yoluyla yine Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. OHAL CBK'ları ise önceden olduğu gibi yargı denetimine kapalıdır.

KHK'lara göre CBK'ların hukuki rejimi üzerinde çok daha yoğun tartışmalar yaşanacağı görülmektedir. Buna yol açan ilk sebep, karşılaştırmalı hukukta çok daha yayın bir şekilde kabul edilen ve Türkiye'de uygulama istikrarı kazanan yetki kanununa dayalı KHK uygulamasından, çok istisnai ve yeknesak olmayan Başkanlık kararnamesi modeline geçilmiş olmasıdır. İkinci bir neden de, Anayasa'nın bütünlüğü ve sistematığı gözetilmeden ve CBK'ların değişen hukuki rejimi dikkate alınmadan, KHK yazan hükümlerin yerlerine CBK hükümlerinin yerleştirilmesidir. Oysa hükümet sistemi değişikliğine bağlı olarak her iki işlemin hukuki niteliği ve normlar hiyerarşisindeki yeri değişmiştir. Bu tercih, KHK'lar ile CBK'lar bakımından münhasır alan ve yargısal denetim boyutuyla bir çok tartışmayı gündeme getirmektedir. Dolayısıyla, yöntem olarak KHK'lar yerine CBK hükümleri koymak yerine, CBK'ların yeni hukuki rejimi Anayasa'nın bütünlüğü içinde kendine özgü bir şekilde belirlenmesi gerekirdi.

B. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

CBK'ların hukuki niteliğine ilişkin bir değerlendirmede, öncelikle yürütme organının düzenleme yetkisini hangi tür işlemlerle kullandığı yönünde genel bir saptama yapmak gerekir. Düzenleme yetkisi genel olarak, yasama işlevi içeren "kararnameler" ile yasaların uygulanması amacı ile çıkarılan "idari düzenleyici işlemler" olarak iki şekilde kullanılır. İdari düzenleyici işlemler (regulations) normlar hiyerarşisinde kanunlardan ve kararnamelerden altta olan türev/ikincil nitelikte işlemlerdir. Asli/ilk el düzenleme yetkisi içeren kararnameler, "doğrudan anayasadan" alınan yetkiyle ya da yasama organı tarafından "yetki kanunu" çerçevesinde yürütmeye verilen yetki kapsamında çıkarılır.

Kararnameler de kendi içinde “kanun hükmünde kararnameler” (*Decrees with the force of law*), ve “kanun hükmünde olmayan kararnameler” (*Decrees*) olarak ikiye ayrılır. Kanun hükmünde kararnameler normlar hiyerarşisinde “kanun gücünde” kabul edilir²².

CBK’ların hukuki niteliğine ilişkin cevaplanması gereken iki temel soru ile karşılaşılmaktadır. Bunlardan biri, kararnamelerin “kanun hükmünde” olup olmadığı; ikincisi ise, “yasama işlevine” sahip olup olmadığıdır. Bu iki soruya cevap verebilmek için öncelikle yasama işlemleri ile yürütme işlemlerini birbirinden ayırmada kullanılan ölçütlerin neler olduğu ve bu ölçütlere ilişkin Anayasa Mahkemesi’nin içtihadının ne olduğu ele alınacaktır. Özellikle Anayasa Mahkemesi’nin daha önce KHK’ların hukuki niteliğini belirlerken kullandığı ölçütlerin CBK’lar için devam ettirilirip ettirilmeyeceği üzerinde durulacaktır.

1. Yasama ile Yürütme İşlemlerini Ayırmada Kullanılan Ölçütler

Genel olarak yasama işlemi ile yürütme işlemlerini birbirinden ayırmada, Fransız doktrini kaynaklı, Türk doktrini ve Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenen, “maddi kriter” ile “organik/şekli kriter” kullanılır²³. Maddi kritere göre hukuki işlemler “kural işlem, sübjektif işlem ve yargı işlemi” olarak üçe ayrılır. Bu kriterde işlemler maddi özelliklerine bakılarak ayrıştırılmaktadır. Kural koyma işlemi; genel, sürekli, objektif ve kişisel olmayan işlemler yapmak anlamına gelir. Bu mahiyetteki bir işlemi hangi organ yaparsa yapsın bu işlem yasama işlemi kabul edilir. Sübjektif işlem ise daima bireysel ve somut işlemdir. Bu nitelikteki işlemi hangi organ yaparsa yapsın idari işlem kabul edilir. Ancak maddi kriter tek başına yürütmenin düzenleyici işlemlerini yasama işleminden ayırmada yetersiz kalmaktadır. Yürütmenin düzenleyici işlemleri maddi nitelik bakımından yasama işlemleri gibi kural işlem niteliğindedir. Bu nedenle yasama işlemleri ile yürütme işlemlerini birbirinden ayırmada maddi kriterin yanında şekli/organik kriter kullanılır. Bu kritere göre işlemi yapan organ ve

²² Teziç kanun kuvvetindeki kararnameleri şu şekilde tanımlamaktadır: “Kanun kuvvetinde kararnameler, yasama organının, bir kanunla, belli konularda yürütmeye verdiği geniş düzenleme yetkisi üzerine, Bakanlar Kurulunca çıkarılan kararnamelerdir. Kanun kuvvetinde oluşu, yürürlükteki şekli kanunları değiştirebilmesini ifade eder, «Kararname» kelimesi ise, bu işlemin yürütme organının bir eseri olduğunu gösterir”. Teziç, E. (1972). s. 238.

²³ Fransız anayasa hukukçularından Léon Duguit maddi kriteri ; Raymond Carré de Malberg şekli kriter ya da organik kriteri kuralları ayırmada ölçü almıştır. Teziç, E. (1972). Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul: İÜHF Yayını, No.384. s. 33-42.

yapılış şekli esas alınır. Maddi özellikleri aynı olsa da, yasama organının yaptığı düzenleyici işlemler yasama işlemi, yürütme organının yaptığı düzenleyici işlemler yürütme işlemi kabul edilir²⁴.

Ancak, maddi-şekli kriter ayrımı yürütmenin yasama işlevine sahip ilk el düzenleme yetkisi içeren kararnameler ile ikincil düzenleme yetkisi içeren idari düzenleyişi işlemleri ayırmada yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle, yasama işlemleri ile yürütme işlemleri, yasama ile yürütme yetkisinin niteliğine göre de ayrıştırılmaktadır²⁵. Kural olarak, yasama yetkisi “kanun koyma, değiştirme ve kaldırma” (An.87); yürütme yetkisi ise, “kanunları uygulama” yetkisi (An.8) içerir. Yasama yetkisi “genel ve asli” bir yetki olarak “ilk-el düzenleme” yetkisi olarak nitelendirilir. Yasama yetkisinin genelliği kanunla düzenleme alanının konu yönünden sınırlandırılmamış olduğu anlamına gelir. Anayasaya aykırı olmamak şartıyla yasama organı her konuyu kanunla düzenleyebilir. Yasama yetkisinin asli olması ise yasama organının bir konuyu araya başka bir işlem girmeksizin doğrudan doğruya düzenleyebilmesidir. Yürütme organının düzenleme yetkisi ise kural olarak “ikinci-el düzenleme” yetkisidir. Bu yetki kanundan kaynaklanan türevsel ve tamamlayıcı niteliktedir. Yürütme organı kendisini yetkilendiren bir kanun hükmüne dayanmaksızın düzenleyici ya da bireysel işlem yapamaz²⁶. Kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince yasama yetkisi ilk-el, yürütme yetkisi ikinci-el nitelikte bir düzenleme yetkisi içerse de, Anayasalarda yürütme organlarına da ilk el düzenleme yetkisi tanınabilmektedir.

Türk Anayasa Mahkemesi, bu güne kadar verdiği kararlarda, yasama ile yürütme işlemlerini birbirinden ayırırken, maddi-şekli kriter yanında yasama ve yürütme yetkisinin niteliğinden de hareket etmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin yasama işlemlerinin hukuki niteliğine ilişkin ilk değerlendirmesini yaptığı kararlardan biri Türk Parasının Kıymetini Koruma hakkındaki 1567 sayılı Kanunun anayasa aykırılığı hakkında 1963 yılında verdiği karardır. Mahkeme bu kararda yasama yetkisinin genelliği, asliliği ve devredilmezliği ilkelerine dayanmıştır:

“Yasama organı, herhangi bir sahayı Anayasaya uygun olması şartı ile düzenleyebilir. Bu düzenlemede bütün ihtimalleri gözönünde bulundurarak teferruata ait hükümleri de tesbit etmek yetkisini haiz ise de; zamanın gereklerine göre sık sık tedbirler alınmasına

²⁴ Gözler, K. (2018). Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Bursa: Ekin Yayınları, s. 345-349.

²⁵ Yüzbaşıoğlu, N. (1996). 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi, İstanbul: Beta Yayınları, s. 6.

²⁶ Özbudun, E. (2018). Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, s.209-210.

veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konulmasına lüzum görülen hallerde, yasama organının, yapısı bakımından, ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında tedbirler almasının güçlüğü karşısında **esaslı hükümleri tesbit ettikten sonra ihtisasa ve idare tekniğine taallük eden hususların düzenlenmesi** için Hükümeti görevlendirmesi de yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. Şu hale göre; bu durumu yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı anlamına almak doğru olamaz²⁷.

Anayasa Mahkemesi yasama yetkisi ile yürütme yetkinin hukuki niteliğini "kararnameler bakımından" karşılaştırdığı ilk kararı 1965/16 Esas, 6.7.1965 tarihli bir karardır. Karara konu, 10/4/1322 günlü Âsarı Atıka Nizamnamesinin Anayasaya aykırılığını incelerken, yasama yetkisinin "asli", yürütme yetkisinin ise "türev" olduğu ölçütünden hareket etmiştir:

"Asarı Atıka Nizamnamesi bir **kanunu uygulama maksadıyla düzenlenmiş olmayıp konuyu doğrudan doğruya düzenler nitelikte kurallar koymakta** ve bu niteliği bakımından Anayasa'nın 107 nci maddesinde sözü edilen ve kanunun uygulama şeklini belirten veya kanunun emrettiği işleri açıklayan tüzüklerden ayrı bir durum göstermekte ve **yürürlüğünden önceki mevzuatı ortadan kaldırmaktadır**"²⁸.

Anayasa Mahkemesi bir yıl sonra yine bir Nizamname olan 18 Sefer 1299 günlü Zabıtâi Saydiye Nizamnamenin hukuki niteliğini değerlendirirken, maddi kanun ve yasama yetkisinin asli olma özelliklerinden yararlanmıştı:

"Adı nizamname olmakla birlikte toplum için uyulması zorunlu, genel, soyut, sürekli ve konuyu doğrudan doğruya düzenler nitelikte kurallar kapsar; yani **kanun değer ve gücündedir**. Nizamname adını taşımasının, o çağda kanunla nizamname arasındaki ayırımın kesin olarak belirmemiş ve tüzük (nizamname) deyiminin henüz bu günkü anlam ve kavramıyla yerleşmemiş bulunmasından ileri geldiği söylenebilir. Zabıtâi Saydiye Nizamnamesi, daima bir kanun niteliği ile uygulanagelmış; kimi hükümlerinin değiştirilmesi veya kaldırılması yahut yeni hükümler eklenmesi hep kanun çıkarılması yoluyla sağlanmıştı"²⁹.

²⁷ AYM, E. 1963/4, K.1963/71, 28.3.1963.

²⁸ AYM, E.1965/16, K.1965/41, 6.7.1965.

²⁹ AYM, E. 1966/4, K. 1966/25, 3.5.1966.

Bu ilk kararlarda görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi “nizamnamelerin” hukuki niteliğini değerlendirirken maddi özellikleri yönüyle; “genel, soyut, sürekli ve konuyu doğrudan doğruya düzenler nitelikte kurallar” olduğunu; konuyu ilk elden düzenlemesi yönüyle asli bir yetki kullanıldığını ve kanunları değiştirmesi ve kaldırma gücüne sahip olması yönüyle kanunlarla eş değerde olduğunu ve bu özellikleri nedeniyle “kanun niteliğinde” olduğunu belirtmiştir.

Henüz kararnamelerin 1961 Anayasası’nda kabul edilmediği dönemde, 28.7.1967 günlü ve 933 sayılı Kalkınma Plânının Uygulanması Esaslarına Dair Kanun ile Hükümete “kararname” çıkarma yetkisi verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu kanuna karşı açılan iptal davasında, yasama işlevi içermeyen ve ikincil nitelikte düzenleme yetkisi içeren bu tür kararnamelerin kanunla öngörülmesini Anayasaya aykırı bulmamıştır:

“Dâva konusu Yasanın maddeleri teker teker incelenerek Anayasa’ya aykırı olup olmadıkları belli edilmedikçe yalnız birçok maddelerde kararname yapılması öngörülmüş ve yıllık programlara dayanılmış bulunmasına bakılarak Anayasa’ya aykırılık konusunda bir karara varılamaz... Anayasa’nın 6. maddesine göre yürütmenin yasa sınırları içerisinde kendisine verilen işleri yapmakla görevli kılınmasına ve Anayasa’nın 107. ve 113. maddelerinin incelenmesinden, yürütmenin yasa ile yetkili kılınsa bile tüzük ve yönetmelik dışında ve fakat yönetmelik niteliğinde düzenleyici kurallar koymasının yasaklandığı anlamı çıkarılamamasına göre burada kararname ile düzenleme yoluna gidilmesinin yalnızca bu nedenden ötürü Anayasa’ya aykırı olduğu kabul edilemez”³⁰.

Anayasa Mahkemesi, aynı kararda anayasal temeli olmasa dahi kararnameler ile düzenleme yetkisinin tanınabileceğini kabul etmekle birlikte, **ilkel bir yetki olan yasama yetkisi** içeren bir kararname yetkisinin kanunla verilmesinin Anayasa’ya aykırı olacağını belirtmiştir:

“Genel kurallar koyma ve bunları değiştirme veya kaldırma yetkisi, Anayasa’nın 5. ve 64. maddeleri uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisinin **ilkel yetkileri** olup Meclisin bu yetkilerini herhangi bir kuruluşa veya kişiye aktarmasının yine Anayasa’nın 5. maddesi ile yasak edilmiş bulunmasına ve Anayasa’nın 6. maddesi uyarınca yürütme yetkisinin ancak bir **yasaya dayanmasının zorunlu olmasına** göre, ister tüzük, ister yönetmelik, isterse Bakanlar Kurulu kararnamesi olsun, idarenin koyacağı düzenleyici

³⁰ AYM, E.1967/41, K.1969/57, 25.10.1969.

kuralların idarenin, yetkisi sınırlarını aşmamış ve yasama yetkisi alanına taşmamış bulunması, vazgeçilmez bir koşuldur.

Anayasa'nın 5., 6., 64., 107. ve 113. maddelerinin hepsini birlikte gözönüne alırsak hukuki durumu şöylece açıklayabiliriz : Anayasa'nın 107. maddesi uyarınca tüzükler, ya yasaların uygulanması ereği ile ya da yasaların göstereceği yönleri düzenlemek üzere konulabilir, 113. maddesi uyarınca da yönetmelikler yalnızca yasaların veya tüzüklerin nasıl uygulanacağını belirlemek için yapılabilir. Demek ki, Anayasa'nın 5. ve 64. maddelerine göre **ilkel bir yetki olan yasama yetkisine** sahip yasa koyucu, belli konuda gerekli kuralları eksiksiz olarak koyacak, eğer uygun veya zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları iyice gösterilmiş alanlar bırakacak, idare ancak o alanlar içindeki **takdir yetkisine dayanarak**, yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyup yasanın uygulanmasını sağlayacaktır. Anayasa'nın 6. maddesindeki yürütmenin yasalar çerçevesinde görevini yerine getireceği kuralının anlamı da budur³¹.

Yukarıda ele alınan kararlarda görüldüğü gibi 1961 Anayasası döneminde anayasada açıkça kararname yetkisi tanınmadığı dönemde, yürütme organına kanunla kararname yetkisi verilebileceği kabul edilmiştir. Ancak bu kararnameler, ilk el düzenleme yetkisi değil, tüzük ve yönetmelik gibi kanundan kaynaklanan ikinci el düzenleme yetkisi içermektedir. 1961 Anayasası'nın 6. maddesinde, yürütme "kanunlar çerçevesinde yerine getirilecek bir görev" olarak tanımlandığından, **ilkel bir yetki olan yasama yetkisine** sahip kararname yetkisinin verilemeyeceği kabul edilmiştir. Bu dönemde hem doktrinde hem de Anayasa Mahkemesi içtihatlarında "kanunun olmadığı yerde yürütme yoktur" anlayışı hâkimdir³².

2. Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Niteliği

1971 yılında 1488 sayılı kanunla yapılan Anayasa değişikliği ile Bakanlar Kuruluna Kanun Hükmünde Kararname (KHK) çıkarma yetkisi verilmiştir. KHK'ları düzenleyen 1961 Anayasası'nın 64. maddesine göre, "TBMM belli konularda Bakanlar Kuruluna KHK çıkarmak yetkisi verebilir. Yetki veren kanunda, çıkarılacak kararnamelerin amacı, kapsamı ve ilkeleriyle bu yetkiyi kullanma süresinin ve yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin açıkça gösterilmesi ve KHK'da da yetkinin hangi kanunla verilmiş olduğunun belirtilmesi lazımdır". Türk doktrininin büyük çoğunluğu, 1961 Anayasası

³¹ AYM, E.1967/41, K.1969/57, 25.10.1969.

³² Yüzbaşıoğlu, N. (1996). s. 22.

ile öngörülen KHK'ları organik bakımından idari, fonksiyonel yönden “düzenleyişi işlem” olarak nitelendirmiştir.

Teziç'e göre, “1961 Anayasası'nın öngördüğü biçimi ile KHK'ların hukuki niteliği, organik bakımdan idari, **fonksiyonel yönden de düzenleyici işlemdir**. Çünkü, Bakanlar Kurulu, KHK ile yürürlükteki kanun hükümlerinden yalnızca yetki kanununda belirtilen kanun hükümlerini değiştirebileceğinden, yasamada değil, fakat düzenlemede bulunmaktadır”³³. Benzer görüş öğretide Lütfi Duran tarafından da savunulmuştur. Duran'a göre, “KHK adı verilen bu yeni işlem türü, **organik bakımdan idari, işlevsel yönden düzenleyici işlem niteliğindedir**. KHK'ların işlevsel bakımdan yasama işlemi olduğu sanılır. Ancak Bakanlar Kurulu bu tür işlemleriyle, yürürlükteki yasal hükümlerden yalnızca yetki kanununda kaldırılacağı açıkça gösterilen kanun hükümlerini değiştirebileceğinden, aslında bu konularda yasama değil, düzenlemede bulunmaktadır”³⁴. Yüzbaşıoğlu'na göre, “1961 Anayasası'nda yürütme organı sadece yetki kanununda belirtilen kanun hükümlerini değiştirebilmekteydi; dolayısıyla, KHK ile yaptığı düzenlemeyle, diğer kanunlarda değişiklik yapmayacağından, aynı zamanda diğer kanunlara aykırı düzenleme getirmemek zorundaydı. Başka bir deyimle doğrudan doğruya Anayasa'ya aykırı olmayan ilk-el düzenleme değil, diğer kanunlara da aykırı olmayan düzenleme getirmek durumundaydı. Kısacası, yetki kanunu ile çok sıkı bağlandığı gibi, diğer kanunlarla da bağlıydı. Bu nedenle biz de, 1961 Anayasası'ndaki KHK'ler rejimini, **fonksiyonel bakımdan yasama işlemi değil, yürütmenin düzenleme yetkisinin genişletilmesi olarak kabul eden öğretideki baskın görüşe katılıyoruz**”³⁵. Bu görüş sahipleri KHK'ları işlevsel yönden yasama işlemi saymamalarını, KHK ile “yürürlükteki yasal hükümlerden yalnızca yetki kanununda kaldırılacağı açıkça gösterilen kanun hükümlerini değiştirebilmesi” argümanına bağlamışlardır. Bu görüşlerden hareket ettiğimizde bu dönemde KHK'lar ne ilkel düzenleme yetkisine ne de kanunları değiştirme ve kaldırma gücüne sahip olmadığı düşünülerek işlevsel olarak düzenleyici işlem sayılmıştır.

Çoğunluğun savunduğunun aksine Ergun Özbudun ise, 1961 Anayasası'nın öngördüğü KHK'ları fonksiyonel bakımdan “yasama işlemi” kabul etmiştir. Özbudun'a göre, “KHK'ların yürütmenin diğer işlemlerinden farkı, kanuna eşit hukuki güçte oluşudur. Tüzük ve yönetmeliklerin yürürlükteki kanun hükümlerini değiştirebilir veya kaldırabilir... Yasama yetkisi ne şekilde anlaşılırsa anlaşılınsın, bu yetkinin kanun koymak, değiştirmek

³³ Teziç, E. (2016). Anayasa Hukuku, İstanbul: Beta yayınları, s. 27.

³⁴ Lütfi Duran, L. (1975). “Kanun Hükmünde Kararnameler”, Amme İdaresi Dergisi, S. 2., s. 4-5.

³⁵ Yüzbaşıoğlu, N. (1996). s.57.

ve kaldırmak unsurlarını içerdiğinden şüphe yoktur. Dolayısıyla, yürürlükteki kanun hükümlerini değiştirebilen ve kaldırabilen bir işlemin kanunla aynı güçte olduğu ve bu tür işlemler yapabilmek yetkisinin de maddi bakımdan yasama yetkisi olarak vasıflandırılması gerektiği sonucuna varılabilir”³⁶. Özbudun ise sınırlı da olsa, kanunları değiştirme ve kaldırma yetkisi içeren işlemin yasama işleme niteliğinde olduğu görüşündedir.

Görüldüğü gibi 1961 Anayasası dönemindeki KHK’lar için doktrin, yasama işleminin niteliğini belirlerken iki ölçü kullanmıştır. Birincisi, Anayasaya uygun olarak herhangi bir alanı “ilk eden düzenleme”; ikincisi ise “kanunları değiştirebilme ve kaldırabilme”dir. 1971’de kabul edilen KHK’lar için bu iki özelliğin olmadığı düşünülerek yasama işlemi olarak nitelendirilmemiştir. 1982 Anayasası ile öngörülen KHK rejimi iki noktada 1961 Anayasası’ndan ayrılmıştır. 1961 Anayasası’nda yer alan, KHK çıkarma yetkisinin “belli konularda verilebileceği” hükmü ile “yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin açıkça gösterilmesi” hükmü kaldırılmıştır. Bu değişiklikten sonra, Türk doktrini 1982 Anayasası’nın öngördüğü haliyle KHK’ların hukuki niteliği konusunda birleşmiş, bu işlemi organik olarak yürütme, fonksiyon olarak “yasama işlemi” kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesi ise hem 1961 Anayasası hem de 1982 Anayasası’nda düzenlenen KHK’lar bakımından bir fark görmeden KHK’ları “yasama işlemi” saymıştır. Anayasa Mahkemesi KHK’ların hukuki niteliği konusunda 1990/22 Esas sayılı kararında 1961 Anayasası dönemini içine alacak şekilde bir değerlendirme yapmıştır:

“Kanun Hükümünde Kararname (KHK) Kurumu, 22.9.1971 günlü ve 1488 sayılı Yasa ile 1961 Anayasası’nın 64. maddesinde yapılan değişiklik sonucu hukukumuzda girmiştir. Bu değişikliğin gerekçesinde ‘Parlamentar rejimlerde, kanun yapmanın belli usullere uyulmak zorunluluğu sebebiyle zaman aldığı ve gecikmeler meydana getirdiği bir gerçektir. Değişen iktisadi ve sosyal şartların gereği olarak bazı hukuk kurallarının bu usuller dışında yürürlüğe konulabilmesi çağdaş devlet anlayışının tabii sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa’nın 5. maddesi hükmünün prensibini bozmamak ve her halde önceden yasama meclislerine esasları bir kanunla tesbit olunan sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla hükümete KHK’lar çıkarma yetkisinin verilmesi ve bu yetkiyi düzenleyen hükmün T.B.M.M.nin genel olarak görev ve yetkilerini belirleyen 64. maddesine eklenmesi uygun görülmüştür.’

³⁶ Özbudun, E. (1986). “1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükümünde Kararnameler”, Ankara: Anayasa Yargısı, s. 169.

denilmektedir. KHK'ler, temelde 1961 Anayasası'ndan çok farklı olmamakla birlikte 1982 Anayasası'nda kimi yeniliklerle ve benzer gerekçelerle 91. maddede düzenlenmiştir. Böylece, hem yürütme organını güçlendirmek hem de değişen ekonomik ve sosyal konuların ortaya çıkardığı sorunlara ivedi çözümler bulmak amacına ulaşılacak istenilmiştir.

Olağan dönemlerde çıkarılan KHK'lerin mutlaka bir yetki yasasına dayanması zorunludur. Yetki Yasası'nın içeriği ve ögeleri de Anayasa'nın 91. maddesinde belirlenmiştir. 87. maddede ise Bakanlar Kurulu'na 'belli konularda' KHK çıkarma yetkisi vermek TBMM'nin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

Bakanlar Kurulu'nun belli bir konuda KHK çıkarabilmesi için öncelikle TBMM tarafından kendisine bu konuda yasa ile bir yetkinin verilmiş olması gerekir. Bakanlar Kurulu, bir yasa ile önceden yetkilendirilmedikçe, kendiliğinden KHK çıkartamaz. Yasa ile verilen yetkiye dayanılarak çıkartılan KHK, yürürlükteki yasa hükümlerini kaldırabilmekte ve değiştirebilmekte, başka bir anlatımla **yasanın hukuksal gücüne sahip** bulunmaktadır. Yasama Yetkisinin, "kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak" ögelerini içerdiği kuşkusuzdur. KHK, yürürlükteki yasa hükümlerini kaldırabilmekte ve değiştirebilmektedir.

Anayasa'da öngördüğü biçimi ile **KHK'ler yapısal (organik-uzvi) bakımdan yürütme organı işlemi, işlevsel (fonksiyonel) yönden ise yasama işlemi niteliğindedirler**. Ancak, Türkiye Büyük Millet Meclisi verdiği yetkiyi bir yasa ile her zaman geri alabileceği gibi kendisine sunulan KHK'leri aynen kabul etmek ya da reddetmek zorunda olmayıp dilediğinde değiştirerek de kabul edebilir. Bakanlar Kurulu'na KHK çıkarma yetkisinin verilmesi, yasayla düzenlemesi gereken konuların yasama alanından çıkarılıp yürütme organının düzenleme alanına sokulması sonucunu doğurmaz. Bu nedenle, Bakanlar Kurulu'na KHK çıkarma yetkisinin verilmiş olması Anayasa'nın 7. maddesinde öngörülen "Yasama yetkisinin devredilmezliği" ilkesini ortadan kaldırmaz"³⁷.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi hem 1961 hem de 1982 Anayasası ile düzenlenen KHK'ların hukuki niteliği bakımından bir fark görmemiş, her ikisi bakımından da organik bakımdan "yürütme işlemi", fonksiyonel yönden ise "yasama işlemi" niteliğinde kabul etmiştir. KHK çıkarma yetkisinin verilmesini, yasayla düzenlemesi gereken konuların

³⁷ AYM, E.1990/22, K.1992/6, 5.2.1992.

yasama alanından çıkarılıp yürütme organının düzenleme alanına sokulması sonucunu doğurmadığından yasama yetkisinin devri olarak görmemiştir. KHK'ların yasama fonksiyonu içermesine gerekçe olarak, **“yürürlükteki yasa hükümlerini kaldırabilmekte ve değiştirebilmekte, başka bir anlatımla yasanın hukuksal gücüne sahip bulunmak”** olarak açıklamıştır. Ancak, Anayasa Mahkemesi, KHK'ları bir yetki kanununa dayalı olarak çıkarıldığından “ilk-el yetki” değil, “türev yetki” olarak nitelendirmiştir:

“Yetki kanunu, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılmayacağını gösterir’. Bundan anlaşılacağı gibi yetki yasası, yürürlüğe konulacak KHK'nin amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve bu süre içinde birden çok kararname yürürlüğe konulup konulamayacağını belirtmek zorundadır. **Bakanlar Kuruluna verilen türevsel yetki, yasada öngörülen amaç, ilke, kapsam ve süre ile sınırlı bir yetkidir.** O halde, yetki yasasında Anayasa'nın belirlediği öğelerin belli bir içeriğe kavuşturularak somutlaştırılması gerekir”³⁸.

Anayasa Mahkemesi aynı kararda, KHK'ların Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi tutulmasını, KHK'ların yasama işlemi niteliğinde olması ile ilişkilendirmiştir:

“Anayasa'da KHK'lerin siyasal denetimi yanında yargısal denetimi de öngörülmüştür. KHK'ler, **işlevsel (fonksiyonel) yönden yasama işlemi** niteliğinde olduklarından bunların yargısal denetimlerinin yapılması görev ve yetkisi de Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir. Anayasa'nın 148., 150., 151., 152. ve 153. maddeleri hükümlerine göre, KHK'lerin Anayasa'ya biçim ve esas bakımlarından uygunluğunu Anayasa Mahkemesi denetler”³⁹.

Bu kararda görüldüğü gibi KHK'ların Anayasa Mahkemesi tarafından denetleniyor olması, hukuki nitelik olarak yasama işlevine sahip olmasına bağlanmıştır. Böylece 2017 Anayasa Değişikliği öncesi KHK'ların hukuki niteliği belirlenirken, organik bakımdan yürütme işlemi, fonksiyon olarak yasama işlemi olduğu konusunda hem doktrinde hem de Anayasa Mahkemesi içtihatlarında fikir birliği olduğu görülmektedir. Fonksiyonel bakımdan yasama işlemi görülmesinde, üç ölçü kullanılmıştır. Bunlar; **ilk-el düzenleme yetkisi, kanunları değiştirme ve kaldırma yetkisi ve Anayasa Mahkemesinin denetimidir.** Anayasa Mahkemesi KHK'ların

³⁸ AYM, E.1990/22, K.1992/6, 5.2.1992.

³⁹ AYM, E.1990/22, K.1992/6, 5/2/1992.

yetki kanununa dayalı olarak çıkarılması nedeniyle ilk el düzenleme yetkisi içerdiğini kabul etmezken; kanunları değiştirebildiği ve Anayasa Mahkemesi tarafından denetlendiği için fonksiyonel olarak yasama işlemi saymıştır.

3. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Niteliği

Anayasa Mahkemesi, yukarıda incelendiği gibi KHK'ları organik bakımdan yürütme, fonksiyonel bakımdan yasama işlemi kabul etmiştir. CBK'lar bakımından organik yönden yürütme işlemi olması yönünde bir içtihat değişikliği olmayacağı açıktır. Ancak asıl tartışma, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin fonksiyonel bakımdan yasama işlemi olup olmadığı yönündedir. Yukarıda incelendiği gibi Türk Anayasa Doktrini ve Anayasa Mahkemesi, kararnamelerin yasama fonksiyonu içerip içermediğini değerlendirilirken, üç ölçü kullanmıştır: Kararnamelerin “ilkel düzenleme” yetkisi içerip içermediği; “kanun hükmünde” olup olmadığı ve “Anayasa Mahkemesi'nin denetimine” tabi tutulup tutulmadığıdır.

CBK'ların hukuki niteliği belirlenirken öncelikle “ilk-el düzenleme yetkisi” bakımından konu ele alınmalıdır. KHK, yetki kanununa dayalı olarak çıkarılırken, CBK'lar için “yetki kanunu” gerekmemektedir⁴⁰. Yukarıda ele alındığı gibi daha önce Anayasa Mahkemesi, yetki kanununa dayalı KHK'ları ilkel düzenleme yetkisi olarak değil, türev yetki olarak nitelendirmiştir. Bunun da başlıca nedeni yetki kanunlarının KHK bakımından hukuki çerçeveyi belirlemesi, yetki kanununa dayalı olarak çıkarılmasıdır. Oysa CBK'lar doğrudan Anayasa'dan kaynaklı bir yetki ile çıkarılmakta ve yasal bir çerçeveye dayanması gerekmemektedir. Dolayısıyla, CBK'lar Anayasaya uygun olarak bir konuyu doğrudan doğruya düzenleme yetkisi içerdiğinden ilkel düzenleme yetkisi içermektedir.

İlk el düzenleme yetkisinin yasama yetkisinin bir özelliği olduğu argümanı Anayasa'nın 87. maddesine dayandırılabilir. Anayasa'nın 87. maddesine göre yasama yetkisi “kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak” yetkileridir. **Kanun koyma yetkisi, yasama fonksiyonunun**

⁴⁰ 1982 Anayasası'nın önceki 91/1. maddesine göre, “Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir”. Anayasa uyarınca (md. 91/2) “yetki kanunu, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılmayacağını gösterir”. Anayasa'nın 104/17-1. maddesine göre, “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir”. Böylece, yetki kanununa dayalı KHK uygulamasından, doğrudan Anayasa'dan kaynaklı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi uygulamasına geçilmiştir.

ilk-el düzenleme yetkisine karşılık gelmektedir. Yasama organı, Anayasaya aykırı olmadan herhangi bir konuyu doğrudan doğruya kanunlaştırabilir. CBK'lar da, kendi düzenleme alanında bir kanuna dayanmadan doğrudan doğruya düzenleme yapabildiğinden ilk-el düzenleme yetkisini içermektedir. Nitekim Anayasa'nın 153/2. maddesinde, "Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, **kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez**" derken, CBK çıkarmayı da kanun koyuculuk kavramı içinde değerlendirmiştir.

Yasama yetkisi içinde yer alan kanunları "**değiştirme ve kaldırma**" yetkisi, işlemin "**kanun hükmünde**" olup olmadığını göstermektedir. İşlemin kanun hükmünde olması normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemektedir. KHK ile kanunlar değiştirilip, yürürlükten kaldırıldığından, kanun hükmünde olduğu açıkça tanınmıştır. CBK'lar ise kanunları değiştirme ve kaldırma yetkisini içermediğinden kanun hükmünde sayılmamıştır.

CBK'lar kanunları değiştirme ve kaldırma yetkisi içermese de, ilk-el düzenleme yetkisi ile "kanun koyma" işlevine sahip olduğundan, yine de fonksiyonel olarak yasama işlemi kabul edilmelidir⁴¹. Nasıl daha önce, KHK'lar ilk-el düzenleme yetkisi içermediği halde, "kanunları değiştirme ve kaldırma" yönüyle yasama işlemi sayılmışsa, CBK'lar da ilk-el düzenleme yönüyle yasama işlemi sayılmalıdır.

Doktrinde bazı yazarlar, CBK'ların hukuki niteliğini, ilk el düzenleme yetkisi üzerinden ele alırken bazıları kanun hükmünde olup olmadığı yönüyle değerlendirmektedir. Örneğin Doktrinde Turan YILDIRIM, CBK'ların ilk el düzenleme yetkisi içermediğini savunmaktadır. YILDIRIM'a göre,

"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...** Eğer Cumhurbaşkanına doğrudan Anayasadan kaynaklanan düzenleme yetkisi verilmesi isteniyorsa, bunun mesela Fransa'da olduğu gibi açıkça yazılması

⁴¹ Doktrinde benzer görüş Özbudun tarafından şu şekilde dile getirilmektedir: "... bir düzenleyici işlem, mevcut kanun hükümlerini değiştirmemek ve ortadan kaldırmamakla birlikte, hakkında hiçbir kanuni düzenleme bulunmayan bir alanda asli yani ilk elden ya da doğrudan düzenleme yapıyorsa, böyle bir işlemin de yukarıda açıklanan idarenin türevselliği ilkesi gereğince, kanun niteliğinde sayılması gerekir." Bkz. Özbudun, E. (2018). Türk Anayasa Hukuku, s. 211.

gerekmektedir. 104.maddenin yeni hali, kanuni idare tartışmalarını sonlandırmaya yetmeyecektir"⁴².

Yukarıda Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarında görüldüğü gibi yetki kanununa dayanmadan doğrudan Anayasa'dan kaynaklı bir yetki ile ilk el düzenleme yetkisi içeren CBK'ların işlevsel olarak yasama işlemi olduğu açıktır. Aşağıda ayrıca ele alınacağı gibi Anayasa'da sadece CBK ile düzenlenecek münhasır alanların yer aldığı kabul edildiğinde CBK'ların ilkel düzenleme yetkisi içerdiği de kabul edilmesi gerekmektedir. Ayrıca, Yıldırım'ın söylediğinin tam tersine CBK'ların yeni hukuki rejimine göre CBK çıkarılmasının kanunla zorunlu kılınmasının Anayasaya aykırı olacağı söylenebilir.

CBK'ların hukuki niteliğine ilişkin benimsenen görüş, aynı zamanda normlar hiyerarşisine ilişkin görüşleri de etkilemektedir. Doktrinde büyük çoğunluk, CBK'ların kanun hükmünde olmadığını ve kanunlardan alta yer aldığını kabul etmektedir. Buna karşın Doktrinde Yavuz ATAR, CBK'ların hukuki niteliğini, ilk el düzenleme yetkisi üzerinden değil, normlar hiyerarşisindeki yeri üzerinden değerlendirerek, CBK'ların kanunlarla aynı düzeyde olduğunu ileri sürmektedir:

"Anayasanın bu hükümlerinden anlaşılacağı üzere, kanunlar ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Türk pozitif hukukundaki 'normlar hiyerarşisi' bakımından kural olarak aynı düzeydedirler... Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanunların altında yer alıyor olsaydı, Anayasa koyucu, 'Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır' şeklinde bir düzenleme yapmaya gerek duymazdı... Anayasamızda benzer bir düzenleme insan haklarına ilişkin anlaşmalar bakımından 90'ıncı maddede yer almaktadır. Anayasa'nın bu düzenlemesine göre, 'temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esaslanır'. Bu nedenle, kanunlar ihtilafına uygulanan, *genel hüküm-özel hüküm çatışmasında özel hükmün, eski hüküm-yeni hüküm çatışmasında ise yeni hüküm uygulanacağına* ilişkin prensipler burada geçerli olmayacaktır"⁴³.

Atar, görüşünü desteklemek için Anayasa'nın 90. maddesindeki temel hak ve hürriyetlere ilişkin anlaşmaların iç hukuktaki yerine ilişkin düzenleme ile paralellik kurmaktadır. Oysa, Anayasa'nın 90. maddesinde

⁴² Yıldırım, T. (2017). s.25-26.

⁴³ Atar, Y. (2018). Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları, s.276.

“andlaşmaların kanun hükmünde” olduğu açıkça düzenlenmiştir. Tüm andlaşmalar kanun hükmünde kabul edildikten sonra insan hakları andlaşmaları için genel çatışma kurallarının uygulanmayacağına ilişkin özel bir düzenleme getirilmesi normaldir. Andlaşmalar bakımından çatışma kurallarının öngörülmesi, andlaşmaları kanun hükmünde yapmamakta, andlaşmalar Anayasa gereğince kanun hükmünde kabul edildiği için “özel çatışma kuralı” getirilmektedir.

Kanaatimizce, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin çatışma kurallarına yer verilmesinin sebebi, işlemin normlar hiyerarşisinde kanunlara denk olmasından değil, CBK’ların ilk el düzenleme yetkisi içermesi nedeniyle yasama fonksiyonuna sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla CBK’lar yasama fonksiyonu içerseler de, normlar hiyerarşisinde kanunlardan altta yer almakta ve farklı hükümler içermesi halinde kanunlar uygulanmaktadır. İlk-el düzenleme yetkisine dayanarak CBK’lar ile ortak alanda doğrudan doğruya düzenleme yapılabilse de, aynı konuya ilişkin kanun hükümleri karşısında, **kanunların üst norm niteliği netleştirilmek** istenmiştir. Üst norm niteliği ile kanunlar, CBK’ları hükümsüz hale getirebilmektedir. Sonradan kabul edilen bir kanunla aynı konuyu düzenleyen CBK hükmünün kendiliğinden (ipso jure) hükümsüz hale gelmesi, kanunların üst norm niteliğini ortaya koymaktadır.

Doktrinde Söyler, CBK’lar arasında ikili bir ayrıma giderek, münhasır alanda çıkarılan CBK’ların, kanunlarla aynı düzeyde olduğu görüşüne yer vermektedir:

“Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde belirttiğimiz gibi Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasada belirtilen beş alanda özerkliğinin kabul edilmesi halinde, bu alanlarda çıkarılacak **Cumhurbaşkanlığı kararnameleri normlar hiyerarşisinde ayrı bir kategori oluşturur**. Bu kapsamdaki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde kanunla değişiklik yapılamayacağı için, bu kararnamelerin normlar hiyerarşisinde kanun ile aynı düzeyde kabul edilmesi söz konusu olacaktır”⁴⁴.

Kanunla münhasır CBK ile düzenlenecek konularda düzenleme yapılmaması, Anayasa’nın bu konudaki özel hükümlerine dayanmaktadır. Nitekim daha önce mülga Anayasa’nın 107. Maddesinde çıkarılan CBK, mahfuz bir alan oluşturmasına rağmen kanun hükmünde

⁴⁴ Söyler, Y. (2018). s. 166.

kabul edilmemiştir⁴⁵. Mahfuz alan, yasama yetkisinin genelliği ve asliliği ile ilgili olup mahfuz alan üzerinden kuralların normlar hiyerarşisindeki yeri belirlenemez. Ayrıca CBK'lar arasında iki farklı hukuki rejim oluşturmak, uygulamada daha fazla karışıklığa yol açacaktır. CBK'ların bir kısmını kanunun altında sayıp, bir kısmını kanun düzeyinde saymak, Anayasa'nın açıkça kanun hükmünde saymadığı CBK'ları kanun hükmü vermek anlamına gelecektir. Nitekim bu şekilde bir farklılık görülmediği için tüm CBK'ların denetimi Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir.

Doktrinde Özbudun, KHK'lar ile CBK'ları karşılaştırarak, CBK'ların KHK'ları göre normlar hiyerarşisindeki yerini kanunların altı olarak belirlemiştir:

“KHK'ler yürürlükteki kanun hükümlerini değiştirebildikleri ve kaldırebildikleri, dolayısıyla tamamen kanun gücünde oldukları halde, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, kanunun altında yer alan düzenleyici işlemlerdir”⁴⁶.

Gözler de, Özbudun gibi, kararnameler arasında bir ayırım yapmadan Anayasa'nın 104/17-5. maddesinde yer alan hükümden hareketle CBK'ların kanun altı olduğu sonucuna ulaşmaktadır:

“Anayasamızın 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Kanunla değişik 104'üncü maddesinin 17'nci fıkrasına göre, ‘Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır’. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisinde kanundan alt seviyede yer aldığı söyleyebiliriz. Zira bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmü ile bir kanun hükmü arasında çatışma var ise, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmü, isterse sonraki tarihli hüküm olsun, bu çatışmadan daima kanun hükmü galip çıkacaktır”⁴⁷.

Doktrinde ağırlıklı olarak, CBK'ların normlar hiyerarşisinde kanun hükmünde olmadığı, kanunlardan altta yer aldığı görüşü hakimdir. Bize göre de, CBK'lar normlar hiyerarşisinde kanunlardan alttadır. Ancak, normlar hiyerarşisinde CBK'lar kanunlara eş değerde olmasa da, ilk el düzenleme yetkisi kapsamında yasama işlemi niteliğindedir. CBK'ların hukuki niteliği, KHK ile karşılaştırdığımızda değişmemiştir. Organik

⁴⁵ Gözler'e göre, “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, doğrudan doğruya Cumhurbaşkanlığı tarafından yapılan ve sadece Cumhurbaşkanlığı tarafından imzalanan bir düzenleyici işlemdir. Gözler, K. (2018). Türk Anayasa Hukuku,1. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 554.

⁴⁶ Özbudun, E (2018), s. 248.

⁴⁷ Gözler, K. (2018). Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 896.

bakımdan yürütme, fonksiyonel bakımdan yasama işlemidir. Ancak, yasama işlemi sayılmasına ilişkin unsur değişmiştir. KHK'lar kanun hükmünde olduğu için kanunları değiştirme özelliği ile yasama işlemi kabul edilirken; CBK'lar ilk-el düzenleme yetkisi nedeniyle kanun koyma özelliği ile yasama işlemi kabul edilmelidir. CBK'lar, ilk-el düzenleme yetkisi içerdiği ve bu yetkinin de “kanun koymak” anlamında yasama işlevi olduğu açıktır. Kanun hükmünde olmadığı açık olan CBK'lar, normlar hiyerarşisinde kanunlardan altta olduğu halde, ilk el düzenleme yetkisi içerdiğinden münhasır kanun alanı dışında doğrudan doğruya düzenleme yaparak yasama fonksiyonu icra etmektedir.

Bu görüşü destekleyecek bir diğer argüman, Anayasanın 104/17. maddesinde *“Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz”* hükmüdür. CBK'lar yasama işlevi içermiyor olsaydı, “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konulardan” söz edilmesine gerek olmazdı. CBK'lar karşısında münhasır kanun alanının tanımlanması, CBK'ların yasama işlevine sahip olmasından kaynaklanmaktadır. CBK'ların işlevsel yönden yasama işlemi niteliğinde olduğunu gösteren bir diğer argüman, Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olmasıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesine göre, *“Anayasa'nın 91. maddesinde düzenlenen kanun hükmünde kararname, işlevsel yönden yasama işlemi niteliğinde olduğundan yargısal denetimlerinin yapılması görev ve yetkisi Anayasa'nın 148. maddesi ile Anayasa Mahkemesine verilmiştir”*⁴⁸. Anayasa Mahkemesine, kanun gücünde olmayan CBK'ların denetim yetkisinin verilmesinin sebebi, ilk el düzenleme yetkisi kapsamında “işlevsel yönden yasama işlemi” niteliğinde olmasındandır.

C. MÜNHASIR ALAN BAKIMINDAN CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ

Kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince yasama organının yasama yetkisine sahip olması genel kural, yürütme organının yasama yetkisi kullanması istisnadır. Yürütme organına Anayasa veya kanunla yasama işlevine sahip düzenleme yetkisi ayrıca ve açıkça verilmedikçe, yasama yetkisi kullanamaz⁴⁹. Bu nedenle Anayasalarda, “münhasır alan” oluşturulurken

⁴⁸ AYM, E.2011/142, K.2013/52, 3/4/2013.

⁴⁹ Bu durum Mecelle'de “sıfat-ı arzıda aslanan ademdir” ilkesi ile açıklanmaktadır. Bu ilkenin anlamı için bkz. Gözler, K. (2011). Hukuka Giriş, Bursa: Ekin Yayınları, s.264. Bu ilke 1982 Anayasası'nın, 6. maddesinde, “hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamaz” şeklinde hayat bulmuştur.

genel uygulama, yetkinin konusu bakımından “tahdidi sayma” (numerus clausus) yoluna gidilmesidir⁵⁰. Devlet organlarının birinin yetkisine giren konular bir maddede “tahdidi” olarak sayılmışsa, bu yetkileri diğer organlar kullanamaz. Kullanılacak yetki tahdidi olarak sayılmamış ise münhasır yetki alanından söz edilebilmesi için “inhisari yetki” olduğunu gösteren ibareler kullanılır. Bu durumda yetkinin “ancak, sadece, yalnızca” gibi bir makam tarafından kullanılacağı söylenmişse, o yetki bakımından ilgili makamın münhasır yetki sahibi olduğu söylenebilir.

Sayma yoluyla münhasır alan oluşturmaya örnek olarak Almanya Anayasası gösterilebilir. Almanya Anayasası’nda federal yönetim ile eyaletler arasında “inhisari yetki”, “yarışan/ortak yetki” alanları ayrı ayrı sayılmıştır. Alman Anayasası’nın “Federasyon ve eyaletler arasındaki yetki paylaşımı” kenar başlıklı 70. maddesinin 2. fıkrasına göre, “Federasyon ve eyaletler arasındaki yetki paylaşımı, bu Anayasanın inhisari yasama ve yarışan yasama yetkisi hakkındaki hükümlerine göre yapılır”. Anayasa’nın 73. maddesinde “**Federasyonun inhisari yasama yetkine giren konular**” (Matters under exclusive legislative power of the Federation); 74. maddesinde “**Yarışan yasama yetkisine giren konular**” (Matters under concurrent legislative Powers) tek tek sayılmıştır. Mahfuz yetki alanında sadece yetki sahibi organ doğrudan doğruya ilk el düzenleme yetkisine sahipken; isterse kanunla diğer organlara ikincil düzenleme yetkisi bırakabilir. Nitekim, Almanya Anayasası’nın, “Federasyonun inhisari yasama yetkisi” ([Exclusive legislative power of the Federation) kenar başlıklı 71. maddesine göre, “Federasyonun inhisari yasama alanına giren konularda eyaletlerin, ancak federal bir yasanın kendilerine açıkça izin vermesi halinde ve o yasanın öngördüğü ölçüde yasama yetkileri vardır”. Anayasa’nın “Yarışan yasama yetkileri” (Concurrent legislative Powers) kenar başlıklı maddesinde ise, “Yarışan yasama alanına giren konularda, Federasyonun kendi yasama hakkını yasa ile kullanmadığı hallerde ve ölçüde, eyaletler yasama yetkilerine sahiptir”⁵¹. Bu örnekte olduğu gibi yarışan yetki alanında ise, yasama organının mahfuz yetkisi ortadan kalkmakta, yetkisini kullanmadığı durumlarda diğer organlar doğrudan doğruya ilk el düzenleme yetkisine sahip olmaktadır.

2017 değişikliği öncesi, 1982 Anayasası’nda “yürütmenin mahfuz

⁵⁰ Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre, münhasır “bir kimse veya bir şey için ayrılmış, mahsus, sınırlanmış ve sınırlı” anlamına gelmektedir. Bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bb0b62a3c47a8.45649641, (Erişim: 08/04/2019).

⁵¹ Federal Almanya Anayasası’nın Türkçe metni için bkz. <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/anayasalar.htm> (Erişim:15.10.2018).

bir düzenleme yetkisinin olmadığı” görüşü hakimdir⁵². Bu nedenle yürütmenin düzenleme fonksiyonu, türev/tamamlayıcı nitelikte görülmüştür. Yürütmenin düzenleme yapabilmesi için, “düzenleme başlangıcı niteliğinde de olsa kanuna ihtiyaç olduğu” ileri sürülmüştür⁵³. Daha önce özerk düzenleme yetkisi, sadece Anayasa’nın 107. maddesinde öngörülen “Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” için tartışılmıştır. Maddeye göre, “Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir”. Bu açık yetkilendirmeden hareketle, Türk doktrininde bu düzenlemenin özerk bir düzenleme yetkisi içerdiği kabul edilmiştir. Bu yönde görüş belirten Teziç’e göre,

“1982 Anayasası da, yasamayı asli bir yetki olarak öngörmektedir. Yasama organı, Anayasaya uygun olmak koşuluyla, her konuyu düzenleme kapsamına alabilir. Bunun tek istisnası, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği’nin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları ile personel atama işlemleridir. Bu konu, 1982 Anayasası uyarınca, **Cumhurbaşkanı kararnamesi ile düzenlenebilir; kanunla düzenlenemez**. Bu istisna dışında, yasama ve yürütme arasında, düzenleme alanları bakımından bir yetki bölünmesi öngörülmüş değildir”⁵⁴.

Lütfi Duran ise, önceki Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği için çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin bireylerin hak ve hürriyetlerini ilgilendiren genel düzenleyici işlem olmadığından gerçekte özerk düzenleme işlemi sayılmayacağını ileri sürmüştür:

“Cumhurbaşkanının, Genel sekreterliğini düzenleyen özerk kararname çıkarması, Anayasa’da, öngörülen **özerk düzenleme yetkisinin tek ayrık örneği** olarak kabul edilmelidir. Ne var ki,

⁵² Doktrinde Teziç mahfuz alan olmadığı görüşünü şu şekilde dile getirmiştir: “Anayasanın bütününden çıkan önemli bir nokta da, yürütmenin mahfuz bir düzenleme yetkisinin olmadığıdır. Gereçede de belirtildiği gibi, Kanun olmayan yerde Türk hukukuna göre yürütme de yoktur. Şu halde, Türk hukukunda, yasama her alanda, her çeşit düzenlemeyi -Anayasaya uygun olmak şartıyla— yapabilecektir. 1924 sisteminde olduğu gibi, yasamanın düzenleme alanı sınırsızdır, münhasır bir sahası yoktur. Bizim hukukumuzda ne kanunun alanı, ne de bu alanda koyabileceği kaidelerin mahiyeti kesin olarak belirtilmiş değildir. Ayrıca bu düzenleme içinde, yürütmenin de «mahfuz» bir yetkisinden söz etmeğe imkân yoktur...” Teziç, E. (1972). “Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler”, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına 55 Makale, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s.234.

⁵³ Yüzbaşıoğlu, N. (1996). s. 59.

⁵⁴ Teziç, E. (2018). Anayasa Hukuku, 22. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s. 15.

bu kararname, Cumhurbaşkanlığının ancak içyapısı ve işleyişi ile ilgili kuralları ve usulleri içerebileceğinden, bireyler ve topluluklar üzerinde etkili ve geçerli olamaz. Bu bakımdan, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği kararnamesi de, tam ve gerçek anlamı ile özerk düzenleme işlemi sayılmaz⁵⁵.

Yeni hukuki rejimiyle CBK'lar, Cumhurbaşkanlığı için iç düzenleyici işlem niteliğinden çıkmış, yürütme yetkisine ilişkin tüm konuları kapsar hale geldiğinden, Duran tarafından dile getirilen çekincenin de bir değeri kalmamıştır. Dolayısıyla CBK'lar bakımından münhasır alan tartışmaları çok daha önemli hale gelmiştir. Bu tartışmalar temelde iki soru etrafında toplanmaktadır. Birincisi, CBK'lar ile düzenlenemeyecek **“Anayasada münhasır kanunla düzenlenmesi öngörülen konular”** nelerdir; ikincisi ise kanunla düzenlenemeyecek, sadece CBK ile düzenlenebilecek **“mahfuz alanlar”** var mıdır?

1. Münhasır Kanun Alanı

Münhasır kanun alanı, daha önce Anayasa'da açıkça yer almamış, bu kavram Anayasa Mahkemesi içtihatları ile ortaya konulmuştur. Daha önce sadece Anayasa'nın 13. maddesine ilişkin Gerekçede bu kavrama yer verilmiştir. Gerekçeye göre, *“Maddenin birinci fıkrasında ‘ancak kanunla’ denilmek suretiyle, hak ve hürriyet sınırlamalarının münhasır kanun konusu olduğu; yani yasama tasarrufundan başka bir düzenleyici tasarrufla (tüzük, yönetmelik vb.) hak ve hürriyetlerin sınırlanamayacağı belirtilmiştir”*. Bu açıklamada, münhasır kanun konusu sadece kanun ile düzenlenecek alan olarak tanımlanmıştır. Münhasır alan görüşü *“ancak kanunla”* ibaresine dayandırılmaktadır. 2017 Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 104/17-3. maddesinde açıkça münhasır kanun alanı dile getirilmiştir. Bu maddeye göre, *“Anayasada münhasır kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz”*. Ancak, Anayasa'da münhasır kanunla düzenlenmesi öngörülen konuların neler olduğu yönünde bir açıklamaya yer verilmemiştir.

Anayasa Mahkemesi içtihatlarına baktığımızda, münhasır kanun alanını, KHK'lar ve idarenin düzenleyici işlemleri bakımından farklı yorumlandığı görülmektedir. KHK'lar kanun hükmünde olduğu için Anayasa'da kanuna atıf yapılan her alanı münhasır kanun alanı kabul etmemiş, inhisari düzenleme içeren (ancak, sadece, yalnızca vb.) hükümleri KHK'lar karşısında münhasır kanun alanı kabul etmiştir. İdarenin düzenleyici işlemleri (yönetmelik vb.) için ise kanuna atıf

⁵⁵ Duran, L. (1985). “Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?”, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi (İHİD), Yıl 4, Sayı 1-3, s. 40.

yapılan her hükmü münhasır kanun alanı saymıştır. Böylece normlar hiyerarşisinde kanundan altta olan idari düzenleyici işlemler ile kanunlara eş değerde kabul edilen KHK'lar bakımından münhasır alan farklı yorumlanmıştır. Anayasa Mahkemesi önceki içtihatlarında, KHK bakımından “münhasıran kanun konusunu” şu şekilde belirlenmiştir:

“Anayasa’nın herhangi bir maddesinde kanunla düzenleneceği öngörülen bir konunun, Anayasa’nın 91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile ilgili olmadıkça ya da Anayasa’nın 163. maddesinde olduğu gibi, ‘Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapmak yetkisi verilemez’ şeklinde kanun hükmünde kararname çıkarılmayacağı açıkça belirtilmedikçe kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi Anayasa’ya aykırılık oluşturmaz”⁵⁶.

Anayasa Mahkemesine göre Anayasa’da “emredici” ya da “yasaklayıcı” bir hüküm olmadıkça “kanunla düzenlenir” denilen konular, kanuna denk hukuki güce sahip KHK ile düzenlenebilir. Mahkeme’ye göre, Anayasa’da “kanunla düzenlenir” ibaresi KHK'lar bakımından tek başına münhasır yetki oluşturmaz. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, inhisari ibarelerden yola çıkarak (ancak, sadece, yalnız vb.) “emredici” ya da “yasaklayıcı hükümleri” KHK bakımından münhasır kanun alanı kabul etmiştir⁵⁷:

“Anayasa’nın, bir konunun yasayla düzenleneceğini öngördüğü durumlarda, o konu KHK ile ilgili özel hüküm olan 91. maddesinin sınırlaması dışında kalmadıkça ya da 163. maddede olduğu gibi kanun hükmünde kararname çıkarılmayacağı açıkça belirtilmedikçe KHK ile düzenlenebilir. Anayasa’nın genelde yasayla düzenlemeyi öngörmesi, ayırık kural olan 91. maddeyi gereksiz ve geçersiz kılamaz. Yasa ile KHK’nın hukuksal yapısı, nitelik ve oluşum yöntemleri ayrı olsa da Anayasa, 91. maddesiyle açıkça KHK ile düzenlemeye olur vermiştir. Anayasa’nın 12-40. maddeleriyle 66-74 maddelerinin öngördüğü yasayla düzenleme yolu, 91. maddeyle korunarak bu konularda KHK de çıkarılmayacağı kolaylığı getirilmiştir. Bu durum karşısında, **Anayasa’nın yasayla düzenleme yapılacağını öngören her maddesini, mutlak ve yalnız yasa çıkarılmasını gerektiren bir zorunluluk sayıp** KHK’yı sakıncalı bulmak, 91. maddeyi bunlar dışında geçerli görmek olanaksızdır... Anayasa’nın bir maddesinin yasayla düzenleneceğini öngördüğü bir konunun, Anayasa’nın

⁵⁶ AYM, E. 2011/149, K. 2012/187, 22/11/2012.

⁵⁷ AYM, E.1989/4, K.1989/23, 16/5/1989; AYM, E.1990/1, K.1990/21, 17/7/1990.

91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça **yasakladığı hükümler** ile ilgili olmadıkça, ya da KHK ile düzenlenemeyeceği Anayasa'da **özel olarak belirtilmedikçe** KHK ile düzenlenmesi Anayasa'ya aykırı değildir"⁵⁸.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, tek başına "kanunla düzenlenir" denilen konuları münhasır kanun alanı kabul etmemiştir. Münhasır kanun alanını da, Anayasanın açıkça KHK ile düzenleneme yasağı koyduğu ya da kanunla düzenlemeyi emredici hükme bağladığı hükümlerle sınırlı tutmuştur. Ancak, Mahkemeyi bu yorumu yapmaya iten sebep, KHK'ların kanun hükmünde yani kanuna denk işlem olmasıdır. Öte yandan kanun hükmünde olmayan **düzenleyici işlemler yönünden**, kanuni düzenlemeye atıf yapan tüm hükümleri mahfuz alan saymıştır:

"Bu noktada Anayasa gereğince **kanunla düzenlenmesi gereken hususlarla** diğerleri arasında bir ayırım yapmak gerekecektir. Anayasa temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması (m.13), vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması (m.73) ve memurların atanmaları, özlük hakları v.s. (m.128) gibi bazı konularda düzenlemenin **münhasıran kanunla yapılmasını** öngörmektedir"⁵⁹.

Bu kararda konu düzenleyici işlemler bakımından ele alınmakta, söz edilen Anayasa'nın 73 ve 128. maddelerinde ise inhisari ifadeler (ancak, sadece) yer almamaktadır. Mahkeme, kanun hükmünde olmayan düzenleyici işlemler bakımından, kanuna atıf yapan her hükümün münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konu olarak değerlendirmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin yukardaki yorumunu esas alındığında, CBK'lar bakımından münhasır kanun alanı bazı yönlerden farklılaşmaktadır. "Yasaklayıcı hükümler" bakımından, münhasır kanun alanı CBK'lar için KHK'lar ile paralel düzenlenmiştir. Anayasa'nın 104/17-2. maddesine göre, "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 hüküm KHK'ları düzenleyen Anayasa'nın önceki 91. maddesinin ilk fıkrasından aynen alınmıştır. Bu hüküm gereğince sosyal ve ekonomik haklar dışındaki tüm temel hak ve hürriyetler ancak kanunla düzenlenecek münhasır alan içine girmektedir. Anayasa

⁵⁸ AYM, E.1989/4, K.1989/23, 16/5/1989.

⁵⁹ AYM, E.2013/72, K.2013/126, 31/10/2013. Benzer içtihat için bk. AYM, E.2017/143, K.2018/40, 2/5/2018.

Mahkemesi münhasır kanun alanını belirlerken, ikinci olarak, kanunla düzenlemeye işaret eden “emredici hükümleri” referans almıştır. Anayasa’da bu şekilde kanunla düzenleme yapılmasına ilişkin emredici hüküm sayısı (m.13, 20/3, 32/1, 33/3, 34/2, 35/2, 38/3, 51/2, 66/3, 68/6) çok sınırlıdır. Bunların hepsi de temel haklar alanında. CBK’lar bakımından “emredici hükümler” KHK’larda olduğu gibi münhasır kanun alanını belirleyecektir.

Anayasa’da “inhisari nitelikte” olmadığı halde, “kanunla düzenlenir/düzenlenebilir” şeklindeki yetki tanıyıcı hükümlerin CBK karşısında münhasıran kanun konusu kabul edilip edilmeyeceği doktrinde en tartışmalı alanı oluşturmaktadır⁶⁰. Doktrinde ATAR, bir yandan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini kanunlara eş değerde olduğunu ileri sürmekte; öte yandan, kanun ibaresinin geçtiği her hükmü münhasır kanun konusu kabul etmektedir:

“Anayasanın herhangi bir maddesinde kanunla düzenleneceği öngörülmüş konularda Meclis henüz bir kanuni düzenleme yapmamış olsa bile, bu konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Anayasada yer alan maddelerin yarısından fazlasında çok sayıda konunun kanunla düzenleneceği yazılıdır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılırken bakılacak hususların başında ‘kanunla düzenleme’ şartının olup olmadığının tespit edilmesi gelmektedir”⁶¹.

Atar, CBK’ları normlar hiyerarşisinde kanunlara eş değerde kabul ettiği halde, kanunla düzenlenir denilen konularda CBK’ların çıkarılamayacağını ileri sürmektedir. Oysa AYM, daha önce KHK’ları kanunlara eş değerde gördüğünden, münhasıran kanunla düzenlenecek konular dışında, kanunla düzenlenir denilen konuların KHK ile düzenlenebileceğini savunmuştur. Dolayısıyla CBK’ları hem kanunlara eş değerde kabul edip hem de kanunla düzenlenir denilen konularda düzenleme yapılmayacağını söylemek bir çelişki doğurmaktadır.

Yukarıda bizimde benimsediğimiz, CBK’ları kanun hükmünde kabul etmeyen görüşler bakımından, Anayasa’da “kanunla tespit edilir ve/veya düzenlenir” şeklindeki hükümleri münhasıran kanun konusu saymak tutarlıdır. Çünkü kanun hükmünde olmayan yani kanunlara eş değerde olmayan CBK’lar ile kanunla düzenleneceği ifade edilen konularda doğrudan düzenleme yapılabileceğini savunmak, Anayasa’nın kanun hükmünde kabul etmediği CBK’ları kanun düzeyine

⁶⁰ Bu konuda bkz. Gözler, K. (2018). 2. Baskı, s.879-885.

⁶¹ Atar, Y. (2018). s.279-280.

çkarılmak olacaktır. Aksi yorum Cumhurbaşkanına kanun hükmünde kararname yetkisi tanımak olacaktır ki, bu Anayasa'nın 104. maddesinde öngörülen hukuki çerçeve ile bağdaşmaz. Nitekim olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin "kanun hükmünde" olduğu açıkça ifade edilirken, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hakkında böyle bir niteleme yapılmaması, bu işlemlerin kanun hükmünde görülmediğinin açık kanıtıdır.

Aynı zamanda bu yorum yukarıda aktarıldığı gibi Anayasa Mahkemesinin kanun hükmünde olmayan düzenleyici işlemlere ilişkin münhasır alanı yorumuyla da uyumludur. Anayasa Mahkemesi de kanun hükmünde olmayan işlemler bakımından kanuna atıf yapılan her konuyu münhasır kanun konusu kabul etmektedir. Çünkü, normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde ya da üst düzeyde işlemler düzenleme yetkisi bakımından birbirinin alternatifi olabilirken; alt düzeyde işlemler üst düzeydeki işlemlere alternatif olamaz. Dolayısıyla kanunlardan altta olan CBK'lar, kanunla düzenlemenin alternatifi olamaz. İlk el düzenleme yetkisi ile CBK'lar yasama işlevine sahip olsa da, bu durum CBK'ları kanunların alternatifi yapmaz. Nitekim, Anayasa'nın 104/17-4. maddesinde "Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çkarılamaz" hükmü bu alternatifliği yasaklamıştır.

Anayasa'da "kanunla düzenlenme" öngörülen her konu münhasıran kanun konusu kabul edildiğinde, temel hak ve hürriyetler bakımından daha önce KHK'lar ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin benimsediğı içtihat bakımından bir farklılık ortaya çıkmaktadır. Bu farklılık temel hakların kanunla sınırlanması ilkesi yönünden değil, sosyal ve ekonomik hakların kanunla düzenlenmesi ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesi daha önceki içtihadında temel haklara ilişkin sınırlamalar ile düzenlemeler bakımından farklılığı şu şekilde ortaya koymuştur:

"Anayasa'ya göre mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilir. Buna karşın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının ancak kanunla yapılacağına ilişkin Anayasa'nın 13. maddesi, bir kanun hükmü olmaksızın yürütme ve idarenin bir hak ve hürriyeti ilk elden düzenleyici işlemlerle sınırlamasına izin vermez. (...) Dahası, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrası uyarınca sosyal ve ekonomik haklar hariç olmak üzere temel hak ve hürriyetlere ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılamaz. Dolayısıyla kanun hükmünde kararname ile dahi düzenlenemeyecek temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenlemenin

ilk elden idari düzenleyici işlemlerle yapılması Anayasa karşısında mümkün değildir"⁶².

Bu kararında Anayasa Mahkemesi, temel haklar alanında "sınırlamalar" yönünden Anayasa'nın 13. maddesindeki emredici nitelikteki hükmü karşısında, yürütme ve idarenin KHK dahil ilk elden düzenleyici işlemlerle sınırlama yapamayacağına hükmetmiştir. Düzenlemeler bakımından ise, kanuni dayanağı olmak kaydıyla ikincil nitelikteki düzenlemelerin tüm temel haklar alanında yapılabileceği; sosyal ve ekonomik haklar alanında ise KHK'lar kanunla düzenlenecek alanlarda da doğrudan ilk elden düzenleme yapılabileceği sonucuna varmıştır. Mahkeme'nin bu yorumunu CBK'lar bakımından değerlendirdiğimizde, "sınırlamalar" yönünden bir farklılık olmadığı söylenebilir. Anayasa'nın 13. maddesi karşısında sosyal ve ekonomik haklar dahil CBK'larla ilk elden sınırlayıcı işlem yapılamayacaktır⁶³.

Düzenlemeler bakımından CBK ile sadece sosyal ve ekonomik haklar ilk elden düzenlenebilecek; ancak, KHK'lardan farklı olarak bu haklar bakımından da kanunla düzenleme ibaresi münhasır kanun alanı kabul edilecektir. Bu sonuç, münhasır kanun alanında benimsenen görüşün tabii sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Sosyal ve ekonomik haklar alanında kanunla düzenleme öngören hükümler içinde ikincil nitelikteki düzenlemeler yapılabilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Anayasa'nın 42. maddesinde yer alan, "Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir." hükmü de, öğrenim hakkına ilişkin **her konunun mutlaka kanunla düzenlenmesi zorunluluğunu içermemekte, kanunla öğrenim hakkına ilişkin bir düzenleme yapılmaksızın söz konusu düzenleme yetkisinin tamamen yürütme organına bırakılmayacağını ifade etmektedir**"⁶⁴. Dolayısıyla konu kanunla ilk elden düzenlendikten sonra, konunun kanun dışında kalan alanlarına ilişki CBK ile düzenleme yapılabilir.

Sosyal ve ekonomik haklar alanını münhasır CBK alanı saymak da mümkün değildir. Çünkü 104/17-2. maddesinde sosyal ve ekonomik hakların kanunla düzenleneceği şeklinde doğrudan bir özel hüküm yer almamaktadır. Bu hüküm sadece CBK ile düzenlenemeyecek alanı göstermekte, sosyal ve ekonomik hakların CBK ile düzenleneceğini ifade etmemektedir. Dolayısıyla sosyal ve ekonomik haklar alanı münhasıran CBK alanı olmadığından, bu haklar kapsamında özellikle

⁶² Tuğba Arslan, B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 87-88.

⁶³ Aksi görüş için bkz. Söyler, Y. (2018). Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 90.

⁶⁴ AYM, E. 2014/88, K.2015/68, 13/7/2015. §. 65.

kanunla düzenleme öngören hükümler yine CBK karşısında münhasır kanun alanı kabul edilmelidir⁶⁵. Sosyal ve ekonomik haklar alanında kanunla düzenleneceği açıkça ifade edilen konular dışında hem kanunla hem de CBK ile düzenleme yapılabilecektir. Ancak, ortak düzenleme alanında kanunla açıkça düzenleme yapılmışsa, Anayasa'nın 104/17-4 hükmü gereğince CBK ile yine düzenleme yapılamayacaktır. Böylece "sınırlamalar" yönünden temel haklar alanı "münhasır kanun ve yarışan/ortak alanda" CBK'lara tümünden kapalıyken; düzenlemeler yönünden sadece sosyal ve ekonomik haklar alanında ve kanunla düzenleme öngörmeyen konularla sınırlıdır. Kanunla düzenleme öngörmeyen sosyal ve ekonomik haklar bakımından ise kanunla önceden açıkça düzenlenmiş alanlarda, CBK ile düzenleme alanı kalmayacaktır. Böylece temel haklar alanınca KHK'lara göre CBK'lar ile düzenleme alanı çok daha daralmıştır denilebilir.

Sonuç olarak münhasır kanun alanı, KHK'lar için sadece inhisari ibareler (emredici ya da yasaklayıcı) kapsamında kabul edilmişken, CBK'lar için kanunla düzenleme öngören tüm hükümler münhasır kanun alanı haline gelmiştir. KHK'lara göre farklılaşan bu yorumun temel argümanı, CBK'ların normlar hiyerarşisinde kanun hükmünde değil, kanunlardan altta olmasıdır. Münhasır kanun alanı oluştuğunda, bu alan dışındaki alanlarda, münhasır bir CBK alanı olup olmadığı tartışması ortaya çıkmaktadır. Münhasır bir CBK alanı olduğu kabul edildiğinde, kanun ve CBK ile düzenlenebilecek, "yarışan/ortak düzenleme alanı" karşımıza çıkmaktadır⁶⁶.

2. Münhasır Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Alanı

Anayasa'da CBK ile düzenlenecek konular tek bir maddede inhisari şekilde sayılmamıştır. CBK çıkarılmayacak ya da düzenlenecek alanlar farklı maddelerde ifade edilmiştir. CBK ile düzenleneceği açıkça ifade edilen konuların münhasıran CBK alanı oluşturup oluşturmadığı tartışmalıdır. Doktrinde CBK ile münhasır bir düzenleme alanı oluşturulmadığı görüşü bulunmakla birlikte, çoğunluğun görüşü CBK'lar için münhasır alanın olduğu yönündedir.

⁶⁵ Aksi yönde Söyler, "Bizim görüşümüz bu yönde değildir. Tam aksine 104. Maddenin on yedinci fıkrasında sosyal ve ekonomik hak ve ödevler konusunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılabileceğine yönelik hükme yer verilerek, sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilen Anayasa hükümleri karşısında özel bir durum oluşturulmuştur" demektedir. Bkz. Söyler, Y. (2018). s. 90.

⁶⁶ Gözler, bu her iki işlemle düzenlenecek ortan alana, "yarışan alan" demektedir. Bkz. Gözler, K. (2018). 2. Baskı. s.889.

Cumhurbaşkanının kararname yetkisi bakımından, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrası genel hüküm niteliğindedir. Bu fıkranın ilk cümlesinde, "Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir" denilmektedir. Bu hüküm yetki tanıyıcı nitelikte bir hüküm olduğundan, CBK çıkarma konusunda Cumhurbaşkanına takdir yetkisi tanımaktadır. Takdir yetkisinin kullanılmadığı durumlarda kanunla düzenleme yapılabilecektir. Dolayısıyla, bu hükümden yola çıkılarak münhasır bir CBK alanı oluşturulamaz. Bu genel hüküm dışında, Anayasa'nın çeşitli maddelerinde CBK ile düzenleneceği ifade edilen "özel hükümler" bulunmaktadır:

- Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler (m.104/9).
- Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir (m.106/son)⁶⁷
- Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir (m.108/son)
- Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir (m.118/son)

Tartışmaların odağında bu hükümlerin CBK'lar bakımından mahfuz alan oluşturup oluşturmadığı yer almaktadır. Münhasır alan görüşünü benimseyen ya da benimsemeyenler, CBK ile düzenleme öngören özel hükümlere ilişkin lafzi yorum yöntemine başvurmaktadır. Münhasır CBK alanı görüşünü benimsemeyen Ardıçoğlu'na göre,

"Anayasada, "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konularda kanun çıkarılamaz" gibi yasama yetkisinin genelliğini açıkça kaldıran bir hüküm yer almadığı sürece, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konuların kanunla düzenlenmesi anayasaya aykırılık oluşturmayacaktır. Anayasada belirli konulara ilişkin "Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler/düzenlenir" (Üst kademe kamu yöneticileri m. 104/9, Bakanlıklar m. 106/son, Devlet Denetleme Kurulu m. 108/son, Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğim. 118/6) lafzı tek başına münhasır bir alan yaratma gücüne sahip değildir. Bu sayılanlar

⁶⁷ Benzer yetki Ekvator Anayasası'nda devlet başkanına tanınmıştır. Anayasa'nın 151/2. maddesine göre, "Devlet Bakanlıklarının sayısı ve yetkileri Cumhurbaşkanlığı tarafından yayınlanan bir kararname ile belirlenir".

Cumhurbaşkanına bu alanlarda kararname biçiminde düzenleme yapma yetkisi veren normlar olup, mefhumu muhalifinden yasama organının yetkisine son verildiği sağlam bir çıkarım olamaz. Anayasa değişiklikleri ile yürütme organına açık bir münhasır düzenleme alanı tanınmamış, aksine kanun alanında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı, kesişim alanında iki normun bulunması halinde ise kanunun uygulanacağı veya Cumhurbaşkanı kararnamesinin hükümsüz hale geleceği hükümlerine yer verilmiştir⁶⁸.

Doktrinde GÖZLER, bu düzenlemelerin yine lafzi yorumundan hareketle, “düzenlenir” ibaresini “kanunla düzenlenemez” şeklinde yorumlamaktadır⁶⁹:

“Bununla birlikte biz, bu hükümlerde ‘münhasıran’, ‘sadece’ veya ‘ancak’ gibi inhisari bir ibare kullanılmamış olsa bile, bu konuların sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleyebileceğini düşünüyoruz. Bu hükümlerde (m.104/9, 106/11, 108/son), m.104/17’den farklı olarak ‘düzenlenebilir’ değil, ‘düzenlenir’ ibaresi kullanılmıştır. ‘Şu konu Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir’ demek, ‘şu konu Cumhurbaşkanlığı kararnamesi dışındaki işlemlerle düzenlenemez’ demek anlamına gelir. Aksi olsaydı, Anayasa koyucu ‘düzenlenir’ değil, ‘düzenlenebilir’ derdi. Keza aksi olsaydı Anayasa, m.123/3’te ‘kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur’ dendiği gibi, Anayasa koyucu ‘şu konular kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir’ derdi. Biz sonuç olarak yukarıda saydığımız dört konunun Cumhurbaşkanının mahfuz alanını oluşturduğunu, bu konularda yasama organının kanun çıkaramayacağını düşünüyoruz”⁷⁰.

⁶⁸ Ardıçoğlu, A. (2017). s.44.

⁶⁹ Benzer görüş Ülgen tarafından dile getirilmiştir: “Mahfuz yetki olan dört maddede (m.104/9, m.106/11, m.108/son, m.118/son) ise, belirtilen hususların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülmüştür. Bu konuların kanunla da düzenlenmesi mümkün olsaydı, kullanılması gereken ifade “düzenlenebilir” olmalıydı. Kamu tüzelkişiliğinin kurulmasında olduğu gibi, açık bir şekilde “kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir” biçiminde bir ifade kullanılması da mümkündü. Ancak, her iki olasılık da tercih edilmemiş ve Anayasa’da özel olarak sayılan bazı hususların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülmüştür”. Bkz. Ülgen, Ö. (2018). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, Yayın No:91, ss. (3-41), s. 19.

⁷⁰ Gözler, K. (2018). 2. Baskı, s.888.

Gözler'in bu yorumu, Anayasa Mahkemesi'nin daha önce KHK'lar bakımından kabul ettiği yorumdan ayrılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, daha önce inhisari ibareler içeren hükümleri sadece münhasır kanun konusu saymıştır. Kanunla düzenlenir ibaresini, KHK ile düzenlenemez şeklinde yasaklayıcı bir yoruma tabi tutmamıştır. Anayasa Mahkemesi içtihatlarına göre münhasır alan oluşturmak bakımından düzenlenebilir ibaresi ile düzenlenir ibaresi arasında bir fark yoktur. Anayasa Mahkemesi kanunla düzenlenebilir ya da düzenlenir ibarelerini içeren hükümlerde inhisari bir ibare olmadığından KHK ile düzenlenebileceğini kabul etmiştir. Ancak, CBK'lar normlar hiyerarşisinde kanunlardan altta olduğuna göre, "Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir" denilen bir konuda üst norm olan kanunla düzenleme yapılamaz denilemeyecektir.

Kanaatimizce, münhasır CBK alanı olduğu görüşü, Anayasa'nın bütünlüğü içinde sistematik bir yorumla savunulabilir. CBK'lar ile düzenleneceği ifade edilen alanların (m.104/9, 106/11, 108/son, 118/son), münhasır bir alan oluşturduğu tezi, genel-özel hüküm ilişkisi ile açıklanabilir. Anayasa'nın 104/17-3. maddesinde, "*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*" denilmektedir. Anayasa'nın 123. maddesinin 1. fıkrasında "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir*" denilmektedir. İdarenin kanunla düzenlenmesi yönündeki bu hüküm tüm idari teşkilat bakımından genel hükümdür. Ancak, idari teşkilat içinde, bakanlıklar (m.106/son), Milli Güvenlik Kurulu (m.118/son) ve Devlet Denetleme Kurulu (m.108/son) özel olarak CBK ile düzenleneceği öngörülmektedir. Dolayısıyla CBK ile düzenleneceği ifade edilen bu konular, Anayasa'da "idarenin kanunla düzenlenme ilkesine" getirilen istisnalardır. Benzer şekilde, Anayasa'nın 128. maddesinin 2. fıkrasında "*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir*" denilmektedir. Bu düzenleme karşısında, "*Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler (m.104/9)*" şeklindeki hüküm özel hüküm niteliğindedir. Bu özel hükümlerle, münhasır kanun alanına giren konulardan bir kısmı, münhasır CBK alanına dönüştürülmüştür. Özel hükümle genel hükmün alanı dışına çıkarılmış istisnai konularda genel hüküm uygulanamaz⁷¹.

⁷¹ Nitekim Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da toplantı ve karar yetersayısına ilişkin genel-özel hüküm ilişkisini şu şekilde açıklamıştır: "Bu bağlamda 1982 Anayasası'nın, genel ve özel af ilanı (Md.87), Meclis Başkanı seçimi (Md. 94), Meclis soruşturması yoluyla bakanların Yüce Divan'a sevki (Md.100), Cumhurbaşkanı seçimi (Md.102), Cumhurbaşkanının vatana ihanetten dolayı

Genel kural, istisna tutulmamış bütün parçalara uygulanabilir⁷². Özel hüküm genel hükme üstün gelir (lex specialist derogat legi generali) kuralı gereğince, CBK ile düzenlenir denilen konularda kanunla düzenleme yapılamayacaktır. Özellikle CBK ile düzenlenecek alanlarda kanunla düzenleme yapılamaz şeklinde yasaklayıcı bir hükme gerek yoktur. Dolayısıyla, özel hüküm kapsamına giren alanların CBK'lar için mahfuz alan olduğu söylenebilir.

Anayasa koyucunun iradesinin de bu alanların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi yönünde olduğu Anayasa'nın geçici 21. maddesinden yola çıkılarak ulaşılmaktadır. 21. Maddenin B) fıkrasına göre, *"Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen değişiklikler ise Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenir"*. Dolayısıyla, CBK ile düzenleneceği ifade edilen alanlarda, kanunlar varlığını devam ettirse bile bu alanların münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği kabul edilmiştir.

CBK ile düzenleneceği özellikle belirtilen alanların daha önce kanunla düzenleneceği öngörülmüştü. Önceki düzenlemede Anayasa'nın 113. maddesine göre, *"Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilatı kanunla düzenlenir"*. Yeni düzenlemede (m.106/son) ise *"Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir"* denilmektedir. Aynı şekilde Devlet Denetleme Kurulu'nun düzenlendiği 108. maddenin son fıkrasında *"Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, kanunla düzenlenir"* denilmekteydi. Milli Güvenlik Kurulu'nun düzenlendiği 118. Maddenin son fıkrasında, *"Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri kanunla düzenlenir"* denilmekteydi. Bu düzenlemelerde CBK'lar kanuna bir alternatif olarak değil, kanunun yerini almıştır. Anayasa koyucunun daha önce kanunla düzenlenen bir alanı, şimdi

suçlandırılması (Md.105), gensoru ve görev sırasında güvenoyu (Md.99, 111) ve Anayasa değişikliği (Md.175) konularında, TBMM'nin toplantı ve karar yetersayıları bakımından, 96. maddedeki genel kurala istisna getiren, özel hükümler içerdiği görülmektedir. Bu durumlarda kuşkusuz TBMM'nin toplantı ve karar yetersayıları bakımından, 96. maddedeki genel kural değil, belirtilen maddelerdeki özel hükümler uygulanacaktır. Anayasa'nın genel kurala istisna oluşturan söz konusu maddeleri, ifade biçimleri ve işlevleri yönünden incelendiğinde bunlarda belirtilen nitelikli çoğunluğun Cumhurbaşkanını seçimine ilişkin 102. madde dışında karar yetersayısına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır". AYM, E.2007/45, K.2007/54, 1/5/2007.

⁷² Genel hüküm-özel hüküm ilişkisi için bkz. Gözler, K. (2011). s.248-250.

CBK ile düzenleneceğini ifade etmesi, bu alanın münhasıran CBK ile düzenlenmesi iradesini yansıtmaktadır.

Münhasıran CBK ile düzenlenecek alana ilişkin çıkarılan kararnamelerde, “diğer mevzuatın bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesine aykırı hükümleri uygulanmaz” şeklinde hüküm konulması, münhasır alan görüşünün uygulamada kabul edildiğini göstermektedir. Örneğin, “Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum Ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”nin “**Uygulanmayacak hükümler**” kenar başlıklı 12. maddesinde “Üst kademe kamu yöneticileri hakkında bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenen hususlara ilişkin olarak, diğer mevzuatın bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesine aykırı hükümleri uygulanmaz” denilmektedir. Benimsenen bu formül ile münhasıran CBK ile düzenlenecek alanlarda kanunların ilgili hükümlerini uygulanmayacağı ifade edilmektedir. Münhasır alan tezinin benimsenmemesi halinde, bu hükmün Anayasa’ya aykırılığının kabul edilmesi gerekecektir.

Münhasır CBK ile düzenlenecek alanlarda önemli bir soru da, Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan “ancak kanunla sınırlama” ilkesi geçerli olacak mıdır? Anayasa Mahkemesi içtihatlarına göre, “13. maddenin birinci fıkrasında “kanunla” denilmek suretiyle hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının **münhasıran yasama tasarrufuyla** mümkün olabileceğine işaret edilmiştir”⁷³. Düzenleme yetkisi bakımından yeni sistemde münhasır kanun alanı ile münhasır CBK alanı ayrıştırıldığından, münhasır CBK alanında “**kanunla düzenleme yapılamadığından**”, CBK ile yapılan düzenlemeler kapsamında sınırlamalar da yer alacaktır. Çünkü bu alanlar bütünüyle yasamanın yetki alanından çıkarılıp yürütme organının asli düzenleme yetkisine terk edilmiştir. Böylece 13. maddedeki “kanunla sınırlama” ilkesi bakımından, münhasır CBK ile düzenlenecek alanlar istisna haline gelmiştir. Kanunla sınırlama dışında, 13. maddedeki sınırlamanın sınırını oluşturan güvenceler uygulanmaya devam edecektir. Aksi yorumun benimsenmesi halinde, münhasır CBK alanında, sınırlamaların ayrıca kanunla yapılabileceği gibi tutarsız bir sonuca ulaşılır⁷⁴. Her sınırlamanın aynı zamanda bir düzenleme

⁷³ AYM, E.1985/21, K.1986/23, 6/10/1986.

⁷⁴ Aksi yönde Söyler, “Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılacağı açıkça belirtilen beş alanda Cumhurbaşkanının bu yetkisi ister özerk düzenleme kapsamında değerlendirilsin isterse bu kapsamda değerlendirilmesin, bu beş alana ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılacak düzenlemelerde temel hak ve özgürlükler üzerinde sınırlandırma getirilememesi gerekir. Çünkü Anayasanın 13. Maddesine göre temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlandırılabilir”. Bkz. Söyler, Y. (2018). s.136.

olduğunu kabul ettiğimizde, kanunla bu alanda sınırlamaların ayrıca yapılacağını söylemek münhasır CBK alanını savunan görüşler bakımından tutarsızlık olacaktır. Münhasır CBK alanı dışında, yarışan/ortak alanda kanunla düzenleme engeli olmadığından, bu alanda çıkarılan CBK'larda temel hak sınırlamaları için yine kanunilik ilkesi aranacaktır.

Kısacası, Anayasa'nın 104/17 hükmü gereğince münhasır kanun alanı olduğu gibi, CBK ile düzenleneceği açıkça ifade edilen alanlar da münhasır CBK alanını oluşturmaktadır. Böylece Anayasa'da "münhasır kanun alanı", "münhasır CBK alanı" ve her iki işlemle de düzenlenebilecek "yarışan/ortak alan" oluşturulmuştur. Münhasır alan tezi, yeni sistemde benimsenen sert kuvvetler ayrılığı anlayışına da uygundur. Eğer münhasır CBK alanı olmadığı kabul edilirse, CBK ile düzenleneceği ifade edilen alanlar kanunla düzenlendiğinde, Cumhurbaşkanı bir daha bu alanda düzenleme yapamayacaktır. Bu durumda CBK yetkisi çok istisnai bir yetkiye dönüşecektir. Yürümenin düzenleme yetkisini çok dar ve işlemesi güç bir çerçeve içerisine sokan bu yorum, yürütme organını güçlendirme amacıyla yapılan Anayasa değişiklikleri ile de bağdaşmaz. Oysa Anayasa'da yasama ve yürütme arasında münhasır yetki alanlarının bu şekilde ayrıştırılması, sert kuvvetler ayrılığı anlayışına dayanan yeni sistemin de ruhuna uygun bir yorum olacaktır. Aksi yorumun kabul edilmesi, yasama ile yürütme organları arasında sürekli bir yetki çatışmasını doğuracak, arada Anayasa Mahkemesi kalacaktır!

D. YASAMA YETKİSİNİN DEVREDİLMEZLİĞİ BAĞLAMINDA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ

1982 Anayasası'nın 7. maddesinde "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez*" denilmektedir. Benzer kural 1924 ve 1961 Anayasalarında da yer almıştır. 1924 Anayasası'nın 6. maddesine göre, "*Meclis teşri selahiyetini bizzat istimal eder*". 1961 Anayasası'nın 5. maddesine göre, "*Yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez*". Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre yasama yetkisinin devredilmezliği kuralı şu anlama gelmektedir:

"Anayasa'nın 7. maddesinde, "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*" denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Bu hükme yer veren Anayasa'nın 7.

maddesinin gerekçesinde yasama yetkisinin parlamentoaya ait olması “demokrasi rejimini benimseyen siyasi rejimlerde kaçınılmaz bir durum” olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca, gerekçede “Millet adına kanun koyma yetkisini yasama meclisi yerine getirir. Bu yetki devredilemez. Ancak, Anayasanın 99 ve 129 uncu maddeleri hükümleri saklıdır” denilmek suretiyle bu ilkenin anlamı ve istisnaları belirtilmiştir. 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, kanun yapma yetkisinin devredilmesidir”⁷⁵.

Anayasa Mahkemesi yasama yetkisini kanun koyma yetkisi olarak tanımlamış, kanun koyma yetkisinin TBMM dışında bir başka organa verilmesini yasama yetkisinin devri olarak açıklamıştır⁷⁶. Dolayısıyla ilk-el düzenleme yetkisinin TBMM dışında başka bir organa verilmesi yasama yetkisinin devri anlamına gelir. Anayasa Mahkemesi’ne göre yetki devrinden söz edebilmek için ilk-el düzenleme yetkisinin geri alınmamak üzere TBMM dışında bir başka organa geçmesi gerekir⁷⁷. Anayasa mahkemesi bir kararında yasama “yetkisinin devri” ile “yetkinin verilmesinin” farklı anlama geldiğini ifade etmiştir:

“Anayasa’nın 87. ve 91. maddelerinde de yetkinin “devrinden” değil, “verilmesinden” söz edilmektedir. Yetkinin verilmesi ile devri, hukuksal sonuçları yönünden farklıdır. Devir durumunda yetki devredilene geçer; devreden o yetkiyi kullanması söz konusu olamaz. Oysa KHK çıkarma yetkisinin verilmesinde yetkiyi veren yasama organı yetkiyi kaldırabilir, kapsamına giren konularda kendisi düzenleme yapabilir”⁷⁸.

Nitekim Anayasa Mahkemesi bu yaklaşımdan hareketle, KHK çıkarma yetkisi verilmesini yasama yetkisinin devri olarak görmemiştir:

⁷⁵ AYM, E. 2013/72, K. 2013/126, 31/10/2013.

⁷⁶ Anayasa teorisinde, bu durum “Delegasyon teorisi” olarak adlandırılmaktadır. Delegasyon teorisine göre, yasama organı düzenleme yetkisi kendisine ait olan bir konuda yetki kanunu ile yürütme organına kararname çıkarma yetkisi vermektedir. Bkz. Soyaslan, D. (1995). “Kanun Hükümünde Kararnameler”, Anayasa Yargısı, s. 171.

⁷⁷ Doktrinde, yasama alanındaki konuların kanun konusu olmaktan çıkaracak şekilde devredilmesine “Delegalisation (kanun alanı dışına çıkarma) teorisi” denilmektedir. Bu teoriye göre Anayasa ile yasama yetkisi geri alınmamak üzere yürütme organına verilir. Bkz. Soyaslan, D. (1995). s. 172.

⁷⁸ Bkz. AYM, E. 1993/26, K. 1993/28, 16/09/1993.

“Anayasa’nın 7., 87. ve 91. maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden, yasama yetkisinin genel ve asli bir yetki olması, TBMM’ne ait bulunması ve devredilememesi karşısında KHK çıkarma yetkisinin kendisine özgü ve ayrı bir yetki olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle bu yetki, yasama yetkisinin devri anlamına gelecek ya da bu izlenimi verecek biçimde yaygınlaştırılıp geliştirilmemelidir⁷⁹. KHK çıkartılmasına yetki verilmesi, Anayasa’da öngörülen koşullar ve sınırlar içinde kalmak kaydıyla **yasama yetkisinin devri anlamına gelmez**⁸⁰. Yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi karşısında Bakanlar Kurulunun KHK çıkarma yetkisine sahip olmasının hukuken nasıl izah edilebileceği ile ilgili öğretilerdeki ayrıntılı tartışmalar bir yana bırakılırsa, Anayasa Mahkemesi’nin önceki kararlarında da belirtildiği gibi, şayet Anayasa’da öngörülen çerçeveye uygun bir yetki yasası ile Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi tanınmış ise bu durumda yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı bir durumdan söz edilemeyecektir”⁸¹.

Anayasa Mahkemesi Anayasa’da öngörülen çerçeveye uygun bir yetki yasası ile Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verilmesini yetki devri olarak kabul etmemiştir. Mahkeme KHK dışında, diğer düzenleyici işlemler açısından kanunla düzenlenmesi öngörülen konuları münhasıran kanun konusu kabul etmektedir. Bu nedenle, düzenleme başlangıcı yapılmadan idari düzenleyici işlemlere ilk el düzenleme yetkisi tanınmasını yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı bulmuştur. İkincil nitelikteki düzenleme yetkisi bakımından Anayasa Mahkemesi ikili bir ayrıma giderek, Anayasa’da “açıkça kanunla düzenlenmesi öngörülen” konularla “kanunla düzenleme öngörmeyen konuları” ayırmaktadır:

“Bununla birlikte, çok geniş yorumlandığında yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi kanunla düzenlenmesi gereken konuların yürütmeye bırakılmasını da yasaklamaktadır. Bu noktada Anayasa gereğince kanunla düzenlenmesi gereken hususlarla diğerleri arasında bir ayırım yapmak gerekecektir. Anayasa temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması (m.13), vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması (m.73) ve memurların atanmaları, özlük

⁷⁹ AYM, E.1995/44, K. 1995/44, 19/9/1995; AYM, E. 2000/45, K. 2000/27, 5/10/2000; AYM, E. 2001/9, K. 2001/56, 20/03/2001; AYM, E.1995/39, K.1995/45, 19/9/1995; AYM, E.1994/50, K.1994/44-2, 5/7/1994; AYM, E.1994/68, K.1994/80, 29/11/1994.

⁸⁰ AYM, E.2000/45, K.2000/27, 5/10/2000; AYM, E.2001/9, K.2001/56, 20/03/2001.

⁸¹ AYM, E.2011/60, K.2011/147, 27/10/2011.

hakları v.s. (m.128) gibi bazı konularda düzenlemenin **münhasıran kanunla yapılmasını** öngörmektedir. Bu konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemeden düzenleme yetkisini yürütmeye bırakması yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık teşkil edebilmektedir. Esasen bu durumda, söz konusu düzenlemenin kanunla yapılması gerektiğini belirten anayasal hükme aykırılıktan söz edilmesi daha isabetli olacaktır.

Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda ise kanunun çok genel ifadelerle düzenleme yaparak, ayrıntıyı yürütmeye bırakması mümkündür. Anayasa'da **münhasıran kanunla düzenleme yapılması** öngörülmemen 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 getirebilecektir⁸².

Özetle, Anayasa Mahkemesi 2017 Anayasa değişikliği öncesi oluşturduğu içtihadında, ilk el düzenleme yetkisini kanun koyma yetkisi olarak nitelendirmiş ve bu yetkinin geri alınmaz şekilde, TBMM dışında bir başka organa verilmesini yetki devri olarak kabul etmiştir. KHK çıkarma yetkisinin Anayasa'da koşulları belirlenen yetki kanununa dayalı olarak kullanıldığı ve yasamanın onayına tabi olması nedeniyle türev bir yetki kabul etmiş ve yetki devri içermediğine hükmetmiştir. Yürütme yetkisinin Anayasa'nın 8. maddesi gereğince Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılması gereken "türev yetki" olduğundan hareket ederek, kanuni düzenleme başlangıcı olmadan idari düzenleyici işlem yapılamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Ancak kanuni düzenlemenin kapsamı bakımından ikili bir ayrıma giderek, "münhasıran kanunla

⁸² AYM, E.2013/72, K.2013/126, 31/10/2013. benzer içtihat için bk. AYM, E.2017/143, K.2018/40, 2/5/2018.

düzenleneceği” ifade edilen konularda kanuni çerçevenin daha açık bir şekilde belirlenmesini ararken; Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülmeven konularda daha geniş bir çerçevede idareye düzenleme alanı bırakılabileceğini savunmaktadır.

Konumuz bakımından cevaplanması gereken soru, Anayasa Mahkemesi’nin 2017 Anayasa değişikliği öncesi yasama yetkisinin devredilmezliği kuralı bakımından oluşturduğu bu içtihat, CBK’lar bakımından ne yönde değişiklik gösterecektir?

CBK’lar, yukarıda açıklandığı gibi kanun koyma anlamında ilk el düzenleme yetkisi içerdiğinden yasama işlevine sahiptir. CBK ile ilk elden düzenleme yapılması yasama yetkisi kullanmaktır. CBK ile kullanılan ilk el düzenleme yetkisi doğrudan Anayasa’dan kaynaklandığı için, TBMM’nin yasama yetkisini devretmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla CBK’lar için “Anayasal yetki devri” ya da “Anayasa ile yetkilendirme” gündeme gelmektedir. Yarışan/ortak alanda kanun ve CBK ile düzenleme yapılabilmekte, ancak bu alanda kanuna üstünlük tanınmaktadır. Bu alanda, yetki devri değil, yasama yetkisinin verilmesinden bahsedebiliriz. Buna karşın münhasıran CBK ile düzenlenecek alanlarda, kanunla düzenleme yapılamadığından Anayasa ile “yasama yetkisinin devrinden” söz edebiliriz. Bu durumda, Anayasa’nın 7. maddesi karşısında münhasıran CBK ile düzenleme öngören hükümler bu kuralın istisnalarını oluşturmaktadır.

Anayasa’nın 104/17-3. maddesinde, “Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” denilmektedir. Bu hükmün amacı, yukarıda açıklandığı gibi kanunla düzenleme öngören konularda, CBK ile ilk elden düzenleme yapılmasının yasaklanmasıdır. Bu alanda CBK ile ilk el düzenleme yetkisinin kullanılmayacağı için Anayasa’nın 7. maddesinin uygulanması gündeme gelmeyecektir. Aynı şekilde, yarışan/ortak düzenleme alanında konu öncelikle kanunda düzenlenmişse, CBK ile ilk elden düzenleme yapılamaz. Nitekim Anayasa’nın 104/17-4. maddesine göre, “Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz”. Ancak, bu hükümler, kanunla ilk elden düzenleme yapıldıktan sonra, ikincil nitelikteki düzenlemelerin idari düzenleyici işlemlerle yapılmasını engellemez. Burada temel sorun, kanunla ikincil nitelikteki düzenlemelerin CBK ile yapılması öngörülebilir mi? Ya da Cumhurbaşkanı ikincil nitelikteki düzenlemeleri CBK ile yapabilir mi?

Anayasa’da, yasama organının kanunla yürütmeye görev ve yetki verebileceği kabul edilmekte, ancak bu yetkisini hangi tür işlemlerle

kullanacağı konusu Cumhurbaşkanının takdirine bırakılmaktadır. Anayasa'nın 8. maddesine göre, "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir". Benzer şekilde Anayasa'nın 104. maddesinde Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sayıldıktan sonra, son fıkrada, "Cumhurbaşkanı, ayrıca Anayasada ve kanunlarda verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır" denilmektedir. Bu düzenlemeler yürütme organına kanunla Anayasa'da verilen görevler dışında diğer görevler verilebileceğini göstermektedir. Örneğin, 17.1.2019 tarih ve 7161 sayılı "Vergi Kanunları İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, 67. maddesinde, "Bu maddenin uygulamasına ilişkin diğer usul ve esaslar Cumhurbaşkanınca belirlenir" denilmektedir. Bu maddede uygulamaya ilişkin ikincil nitelikteki düzenleme yetkisi Cumhurbaşkanına verilmiş, ancak bu yetkinin hangi tür düzenleyici işleme yapılacağı belirtilmemiştir.

Anayasa'da kanunla ve CBK ile ilk elden düzenlenen konularda "ikincil nitelikte düzenlemelerin" yönetmeliklerle yapılacağı öngörülmüştür. Anayasa'nın 104/18. maddesine göre, "Cumhurbaşkanı, kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilir". Aynı şekilde Anayasa'nın 124. maddesine göre, "Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnemelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler". Bu düzenlemeler, kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ikincil nitelikteki düzenlemelerin yönetmeliklerle yapılabileceğini göstermektedir.

Cumhurbaşkanının kararname çıkarma yetkisine ilişkin genel hüküm olan Anayasa'nın 104/17-1. maddesine göre, "Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir". Bu kural niteliği gereği yetki tanıyıcı nitelikte bir kuraldır. Bu maddede asıl vurgu, yürütme yetkisine ilişkin konularda değil, Cumhurbaşkanının kararname çıkarma konusundaki "takdir yetkisi"ndedir. "Çıkarılabilir" denilerek yürütme yetkisine ilişkin konularda kararname ile düzenleme yapma yetkisi, Cumhurbaşkanının takdirine bırakılmıştır. Anayasa'nın 73/3. maddesine göre, "Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir". Anayasa'nın 167/2. maddesine göre, "Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler

dışında ek malî yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya **kanunla Cumhurbaşkanına yetki verilebilir**". Bu düzenlemelerde kanunla Cumhurbaşkanının yetkilendirileceği ifade edilirken, bu **yetkinin hangi işlemle kullanılacağı konusu** Cumhurbaşkanının takdirine bırakılmıştır⁸³. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanı yürütme yetkisine ilişkin konularda, yetkisini hangi tür işlemle kullanacağı konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Yasama organı kanunla Cumhurbaşkanının görev ve yetkisini belirlerken, bu yetki kapsamındaki düzenlemelerin CBK ile yapılmasına ilişkin bir hüküm konulması, iki ihtimalde gerçekleşebilir. Birinci ihtimalde, zaten Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenecek konulara işaret etmek şeklinde olabilir. Bu tür bir hüküm, CBK çıkarma yetkisine ilişkin kurucu değil, açıklayıcı bir hüküm olacaktır. Örneğin, Örneğin 703 sayılı KHK'nın 178. maddesi'nin Ek Madde 33'de, "*Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle gerçekleştirilen teşkilat düzenlemeleri sonucunda unvan itibariyle ilk kez ihdas edilen kadro veya pozisyonların, mevzuatta yer alan kadro veya pozisyonlardan hangisine özlük hakları bakımından karşılık geldiği Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde gösterilir*" denilmektedir. KHK kapsamında CBK'lara yapılan atıf, Cumhurbaşkanının düzenleme alanına atıf yapan açıklayıcı bir düzenleme niteliğindedir. Bu tür açıklayıcı nitelikteki bir hükmün Anayasaya aykırılığından söz edilemez.

İkinci ihtimalde, kanunla ilk elden düzenleme yapıldıktan sonra, ikincil nitelikteki düzenlemelerin CBK ile yapılması ya da yapılmaması şeklinde emredici ya da yasaklayıcı kanuna hüküm konulması halidir. Bu nitelikteki bir kanun hükmü, Anayasa'nın CBK çıkarma konusunda Cumhurbaşkanına tanıdığı takdir yetkisini ortadan kaldıracaktır. Anayasa'nın Cumhurbaşkanına tanıdığı yetkiyi, kanun yoluyla bir göreve dönüştürülmesi ya da yetkinin kullanılmasının engellenmesi Anayasa'nın 104/17-1. maddesine göre, "*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir*". hükmüne aykırılık oluşturacaktır. Anayasa, kanun koyucuya CBK çıkarma konusunda Cumhurbaşkanını zorlama yetkisi tanımamıştır. Kanunun, Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesini öngördüğü bir konuda CBK ile düzenlemeye ilişkin yetki vermesi, doğrudan Anayasa'nın

⁸³ Bu çerçevede Mal ve Hizmetlere Uygulanacak Katma Değer Vergisi Oranlarının Tespitine İlişkin Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar (Karar Sayısı: 22), R.G: 15 Ağustos 2018, Sayı: 30510 ile Amerika Birleşik Devletleri Menşeli Bazı Ürünlerin İthalatında Ek Mali Yükümlülük Uygulanmasına Dair Kararda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Karar (Karar Sayısı: 21), R.G: 15 Ağustos 2018, Sayı: 30510 örnek gösterilebilir.

emredici hükmüne aykırılık oluşturacaktır. Anayasa'da "yetki kanunu" uygulamasına son verildiğinden, kanunla ilk el düzenlemeler yapıldıktan sonra, konunun CBK ile düzenleneceğini ifade etmek, bir tür yetki kanunu çıkarmak anlamına gelecektir. Ayrıca, kanun bir alanın CBK ile düzenleneceğini öngörmesi, Cumhurbaşkanı işlemlerinin denetim makamının da değişmesine yol açmaktadır. Yönetmelikle yapılabilecek bir ikincil nitelikteki işlemin, CBK ile yapılacağı öngörülerek, Cumhurbaşkanının idari düzenleyici işlemleri, Anayasa Mahkemesi'nin denetimine açılmış olacaktır.

Öte yandan, Anayasa'nın 104/17-1. maddesinde, "*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir*" denildiğinden, Cumhurbaşkanı kanunla ilk elden düzenlenmiş alanlarda düzenleme yetkisini CBK ile kullanabilir. Kanunla düzenlenen konular dışında, CBK ile ilk el düzenleme yetkisi kullanılabilmesi gibi aynı düzenleme içinde ikincil nitelikteki düzenlemelere de yer verilebilir. Örneğin 7/11/1985 tarih ve 3238 sayılı "Savunma Sanayii İle İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun" ile (Geçici Madde 10- (Ek: 2/7/2018 - KHK/703/121 md.) "Bu maddenin yayımlandığı tarihte Savunma Sanayii Müsteşarı ve Müsteşar Yardımcılarının kadro unvanı Savunma Sanayii Başkanı ve Başkan Yardımcısı şeklinde değiştirilmiştir" denildikten sonra, 15/7/2018 tarihli 7 sayılı "Savunma Sanayii Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" ile "Savunma Sanayii Başkanlığı kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarını düzenlenmektedir" (m.1). Cumhurbaşkanı yürütme yetkisine ilişkin konularda, takdir yetkisini CBK ile düzenleme yapmaktan yana kullanması, Anayasa'ya aykırı görülemez. Bu ihtimalde de denetim makamı değişmiş olmakla birlikte, bu konuda takdir yetkisi Cumhurbaşkanına bırakıldığından, Cumhurbaşkanının takdir yetkisini bu yönde kullanması Anayasa aykırılık olarak görülemez⁸⁴.

Cumhurbaşkanı kanun ile düzenlenmiş alanda, ikincil nitelikteki düzenlemeleri CBK ile yapması halinde, yasama yetkisinin devredilmezliği kuralı gündeme gelebilir. Bu durumda ikincil nitelikteki düzenlemelerin CBK ile yapılması ile yönetmelikle ya da diğer düzenleyici işlemlerle yapılması arasında bir fark olmayacaktır. Bu durumda yasama yetkisinin devredilmezliği kuralının ihlal edilmemesi için kanunun genel çerçeveyi çizmiş olması aranacaktır. Bu durumda verilen düzenleme yetkisinin yasama yetkisinin devri anlamına gelmemesi konusunda Anayasa Mahkemesi'nin önceki içtihadından yararlanılması mümkündür. Anayasa Mahkemesi'ne göre,

⁸⁴ Aksi yönde bkz. Söyler, Y. (2018). s. 146-147.

“Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Anayasa’nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, **yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi** olanaklı değildir. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir kanun hükmünün Anayasa’nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir”⁸⁵.

Bu açıklamalar ışığında konuyu özetlediğimizde, CBK’lar bakımından yasama yetkisinin devredilmezliği kurulunun uygulama alanının son derece kısıtlı hale gelmiştir. Münhasıran CBK ile düzenlenecek alanlarda, kanunla düzenleme yapılamadığından, yetki devri gündeme gelmeyecektir. Münhasıran kanunla düzenlenecek konularda, CBK ile ilk elden düzenleme yapılamayacağından yine yetki devri söz konusu olmayacaktır. Kanunla açıkla düzenlenen konularda ikincil nitelikteki düzenlemeler bakımından Cumhurbaşkanı CBK ile düzenleme yönünde takdir yetkisini kullanırsa, yasama yetkisinin devredilmezliği kuralı gündeme gelebilir. Yasama yetkisinin devredilmezliği kuralına aykırılığın doğmaması için kanunun temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz geniş bir alanı düzenleyici işlemlere bırakmaması gerekir.

E. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN YARGISAL DENETİMİ

Anayasa Mahkemesi’nin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddenin 1. fıkrasına göre, “*Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar*”. 2017 Anayasa değişikliği ile bu hükümde yer alan “kanun hükmünde kararnameler” ifadesi yerine, “Cumhurbaşkanlığı kararnameleri” gelmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanun hükmünde olmadığı halde, işlevsel olarak yasama işlemi olduğundan Anayasa Mahkemesi’nin denetimine tabi tutulmuştur. Anayasa’da açıkça “Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin” Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunun denetiminden söz edildiğinden, “Cumhurbaşkanı kararları” Anayasa Mahkemesi’nin denetimi dışındadır⁸⁶.

⁸⁵ AYM, E.2016/47, K.2018/10, 14/2/2018.

⁸⁶ Danıştay Kanunu’nun 24. maddesinin 1. fıkrasının b bendine göre, “Danıştay

Kanundan kaynaklanmayan ve doğrudan Anayasa'dan alınan yetkiyle çıkarılan CBK'ların, "kanunlara aykırılığı" nedeniyle iptal davası açılması Anayasa'da açıkça tanınmamıştır. Anayasa'nın 150. maddesine göre, "*Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı*" düzenlenmektedir. Aynı şekilde "Anayasaya aykırılığın diğer maddelerde ileri sürülmesi" kenar başlıklı 152. maddeye göre, "*Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa*" itiraz davası açabilmektedir. Anayasa'da CBK'ların kanunlara aykırılığının iptal ya da itiraz davasına konu olabileceği yönünde açık bir hüküm yoktur. Oysa Cumhurbaşkanlığı yönetmeliklerini düzenleyen Anayasa'nın 104/18. maddesinde, "*Cumhurbaşkanı, kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilir*" denilmektedir⁸⁷. Görüldüğü gibi Anayasa'da CBK'ların kanunlara aykırılığından değil, Anayasaya aykırılığından söz edilmektedir. Bu nedenle, CBK'ların genel olarak "kanunlara aykırılığı iddiasıyla" iptal ya da itiraz davası açılmayacağı söylenebilir.

CBK'ların yargısal denetimine ilişkin hükümler daha önce KHK'lara ilişkin hükümlerle birebir aynıdır. Anayasa'da KHK'ların, sadece Anayasaya uygunluğu öngörülmüştü. Ancak, Anayasa Mahkemesi, KHK'ların anayasaya uygunluğu denetiminin kanunların farklı olduğunu kabul etmiştir:

Kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa'ya uygunluk denetimi, kanunların denetiminden farklıdır. Anayasa'nın 11. maddesinde, "*Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*" denilmektedir. Bu nedenle kanunların denetiminde, onların yalnızca Anayasa kurallarına uygun olup olmadıkları saptanır. Kanun hükmünde kararnameler ise konu, amaç, kapsam ve ilkeleri yönünden hem dayandıkları **yetki kanununa hem de Anayasa'ya uygun olmak zorundadırlar**"⁸⁸.

ilk derece mahkemesi olarak, b) (Değişik: 2/7/2018 - KHK-703/184 md.) Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemlere dair davaları karara bağlar". Bu hükme göre, Cumhurbaşkanının CBK'lar dışındaki düzenleyici işlemleri ve kararlarının "Anayasaya ve kanunlara uygunluğunu" Danıştay denetleyebilmektedir.

⁸⁷ Anayasa'nın 124. maddesinde, "Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler" denilmiştir.

⁸⁸ AYM, E.2014/172, K.2014/170, 13/11/2014.

Anayasa’da KHK’ların yetki kanununa uygunluğu düzenlenmediği halde Anayasa Mahkemesi yorum yoluyla KHK’ların “yetki kanununa” da uygunluğunun aranması gerektiğine içtihat etmiştir. Anayasa Mahkemesi KHK’ların yargısal denetiminde yetki kanununa da uygunluğunun aranması gerektiğini şu argümana dayandırmıştır⁸⁹:

“Anayasa’nın 91. maddesinde düzenlenen kanun hükmünde kararnameler, **işlevsel yönden yasama işlemi niteliğinde olduğundan** yargısal denetimlerinin yapılması görev ve yetkisi Anayasa’nın 148. maddesi ile Anayasa Mahkemesine verilmiştir⁹⁰. Yargısal denetimde kanun hükmünde kararnamenin, öncelikle yetki kanununa sonra da Anayasa’ya uygunluğu sorunlarının çözümlenmesi gerekir. **Her ne kadar, Anayasa’nın 148. maddesinde kanun hükmünde kararnamelerin yetki kanunlarına uygunluğunun denetlenmesinden değil, yalnızca Anayasa’ya biçim ve esas bakımlarından uygunluğunun denetlenmesinden söz edilmekte ise de Anayasa’ya uygunluk denetiminin içerisine öncelikle kanun hükmünde kararnamenin yetki kanununa uygunluğunun denetimi de girer.** Çünkü Anayasa’da, Bakanlar Kuruluna ancak yetki kanununda belirtilen sınırlar içerisinde kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmesi öngörülmüştür. Yetkinin dışına çıkılması, kanun hükmünde kararnameyi Anayasa’ya aykırı duruma getirir”⁹¹.

Anayasa Mahkemesi’nin bu yorumunu CBK’lara uyarladığımızda, CBK’ların işlevsel yönden yasama işlemi niteliğinde olduğunu ve bu nedenle Anayasaya uygunluk denetiminin Anayasa Mahkemesine verildiği içtihatı benzer şekilde kabul edilmelidir. Yine karardan hareketle her ne kadar Anayasa’nın 148. maddesinde CBK’ların kanunlarına uygunluğunun denetlenmesinden değil, yalnızca Anayasa’ya biçim ve esas bakımlarından uygunluğunun denetlenmesinden söz edilmekte ise de Anayasa’ya uygunluk denetiminin içerisine öncelikle CBK’ların Anayasa’nın 104/17. hükmü kapsamında “**kanunlar karşısındaki konumunun**” değerlendirilmesinin de girdiği söylenebilir.

CBK’ların Anayasaya uygunluk denetiminde “kanunlar karşısındaki

⁸⁹ AYM, E.2017/141, K.2017/123, 26.7.2017; E.2016/15, K.2016/14, 16/3/2016; E.2015/65, K.2015/120, 23/12/2015; E.2015/101, K.2015/111, 3/12/2015; E.2014/172, K.2014/170, 13/11/2014; E.1993/32, K.1993/32, 6. 10. 1993; E.1993/33, K.1993/40-2, 21/10/1993.

⁹⁰ Benzer kararlar için bkz. AYM, E.2017/175, K.2017/175, 28/12/2017; E.2017/141, K.2017/123, 26/7/2017; E.2017/104, K.2017/89, 12/4/2017; E.2017/52, K.2017/32, 1/3/2017.

⁹¹ AYM, E.2014/172, K.2014/170, 13/11/2014.

konumunun" değerlendirilmesi gerektiği sonucuna öncelikle Anayasa'nın "Yürütme yetkisi ve görevi" kenar başlıklı 8. maddesinin yorumundan ulaşabiliriz. Anayasa'nın 8. maddesine göre, "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, **Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir**". Bu düzenleme Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin genel hükümdür. Bu hüküm gereğince, Cumhurbaşkanının yürütme yetkisi ve görevini Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanması ve yerine getirmesi gerekmektedir. Bir yetkinin kanunlara uygun olarak kullanılması ile kanunlara aykırı olmadan kullanılması aynı anlama gelmektedir⁹². Dolayısıyla yürütme yetkisi ve görevi içinde olan CBK çıkarma yetkisinin, "Anayasaya ve kanunlara uygun olarak" kullanılması demek, bu yetkinin "Anayasa ve kanunlara aykırı olmadan kullanılması" anlamına gelir. Ancak, CBK çıkarma yetkisi bakımından genel hüküm niteliğinde olan Anayasa'nın 8. maddesi karşısında bu yetkinin hangi koşullar altında kullanılacağını gösteren Anayasa'nın 104/17. maddesinde özel hüküm bulunmaktadır. Dolayısıyla, "Anayasa ve kanunlara uygunluk", bu özel hüküm kapsamında değerlendirilmelidir⁹³.

Anayasa'nın 104/17. maddesindeki kurallardan bazıları emredici, bazıları yasaklayıcı bazıları ise yetki verici niteliktedir⁹⁴. Maddenin 17-1. cümlesi, "Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda

⁹² Doktrinde, Recai Seçkin "Anayasaya aykırılık kavramı ile Anayasaya uygunluk kavramı arasındaki ilişkiyi" şu şekilde açıklamaktadır: "Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılmalıdır ki hukuka aykırılık, özünde, belli bir durumun, bağlı olduğu hukuk kuralına az veya çok uygun bulunmamasıdır; Anayasaya aykırılık da hukuka aykırılığın özel bir biçimi olunca, bir yasa veya içtüzük hükmünün Anayasaya aykırılığı dahi, onun Anayasaya hiç uygun olmaması veya az uygun olması, başka deyimle, Anayasaya aykırılık sözü, hukukça, Anayasaya gereğince uygun olmama veya hiç uygun olmama durumlarını anlatmaktadır; kısacası, (Anayasaya uygun olmama) sözü ile (Anayasaya aykırı olma) sözleri eş anlamlı sözlerdir". Bkz. Recai Seçkin, A. (1973). s. 250.

⁹³ Anayasa'nın 104/17. maddesinde Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlar arasındaki ilişki düzenlenmiştir: "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".

⁹⁴ Recai Seçkin, A. (1973). s.249.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir” yetki tanıyıcı nitelikte bir kuraldır. Yetki tanıyıcı kurala aykırılık, yapılacak şeyi yetki sınırlarını aşarak yapmak şeklinde gerçekleşir. Yürütme yetkisine giren alanda Cumhurbaşkanınca çıkarılacak bir CBK’nın yetki sınırlarını aşarak kanun alanına girip girmediği ya da tam tersi bir kanunun CBK ile münhasıran düzenlenmesi gereken bir alana girip girmediği her somut düzenlemede belirlenecek bir durumdur. Dolayısıyla kanunların ve CBK’ların kendi asli düzenleme alanını aşıp aşmadığı bundan sonra “yetki ihtilafı” şeklinde Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelebilecektir. Ancak yetki ihtilafı tezi yine münhasır CBK alanının varlığını kabul eden görüş ile birlikte savunulması gerekmektedir.

Cumhurbaşkanı CBK çıkarıp çıkarmama konusunda takdir yetkisine sahiptir. Anayasada CBK ile düzenleneceği belirtilen konularda Cumhurbaşkanının CBK çıkarmaması, Anayasa’nın Cumhurbaşkanına verdiği görevi yerine getirmemek anlamına gelse de ortada denetlenecek bir norm olmadığından iptal davası gündeme gelmeyecektir. Bu yönüyle kanun ile CBK arasında denetim bakımından bir fark yoktur. Dolayısıyla yürütme yetkisi ve görevinin Anayasa ve kanunlara uygun kullanılmaması her zaman iptal davasına konu olmaz. Anayasa ve kanunlara uygunluk ile aynı konunun dava edilebilirliği farklı olgulardır.

Maddenin 17-2, 3 ve 4. cümleleri, *“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”* şeklinde yasaklayıcı nitelikte kurallardır. Yasaklayıcı kurala aykırılık, yasak olan şeyi yapmak şeklinde gerçekleşir⁹⁵. CBK’lar ile “yasak alanlarda” düzenlemeler yapılması halinde doğrudan Anayasaya aykırılık gündeme gelecektir. Anayasa Mahkemesi KHK’lar bakımından yasak alanda düzenleme yapılmasını doğrudan Anayasa’ya aykırılık olarak görmüştür:

“Anayasa’da kimi konuların kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenmesi yasaklanmaktadır. 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 siyasî haklar ve ödevler...”in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Bu kural gereğince TBMM,

⁹⁵ Recai Seçkin, A. (1973). “Anayasaya Aykırılık Kavramının Tanımlanması Yolunda Bir Deneme”, Kemal Fikret Arık’a Armağan, Ankara Üniversitesi SBF Yayınları, Sevinç Matbaası, s. 403-462.

Bakanlar Kuruluna ancak kanun hükmünde kararnameyle düzenlenmesi yasaklanmış alana girmeyen konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Anayasa'nın herhangi bir maddesinde kanunla düzenleneceği öngörülen bir konunun, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile ilgili olmadıkça ya da Anayasa'nın 163. maddesinde olduğu gibi kanun hükmünde kararname çıkarılmayacağı açıkça belirtilmedikçe kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz"⁹⁶.

Anayasa Mahkemesi bu kararında Anayasa'da açıkça yasaklanan alanlarda KHK ile düzenleme yapılmasının Anayasa'ya aykırılık oluşturacağını ifade etmiştir. Benzer yorum CBK'lar içinde geçerli olacaktır. Anayasa'nın CBK ile düzenleme yasağı getirilen alanlarda düzenleme yapması halinde doğrudan Anayasa'ya aykırılık gündeme gelecektir. Münhasır kanun alanına ilişkin yasak ihlal edildiğinde doğrudan Anayasaya aykırı olacaktır. Ancak ortak alanda "kanunda açıkça düzenlenen konularda" CBK ile düzenleme yapılması, CBK'ların kanunlar karşısındaki durumunu incelemeyi gerektirir. Anayasa'da, "Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz" denilmektedir. Anayasa Mahkemesi anayasaya aykırılık iddiasını incelerken, CBK'ların "**Kanunda açıkça düzenlenen konularda**" çıkarılıp çıkarılmadığını araştıracaktır. CBK'ların kendinden önce çıkarılmış olan kanunlarda açıkça düzenlediği alanda düzenleme yaptığı tespit edilince, Anayasa'da, "Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz" hükmüne aykırılıktan iptal kararı verecektir. Bu inceleme, CBK'ların doğrudan kanunlara uygunluğunun denetimi anlamına gelmez.

Ortak alanda doğacak bu çatışmanın, Anayasa Mahkemesinin önüne gelmeden önce de, hangi yönde çözüleceği Anayasa'da düzenlenmiştir. Anayasa'nın 104/17-5. maddesine göre, "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır". Bu emredici nitelikte bir hüküm olduğundan, ilgili makamlar kanun hükümlerini uygulayacaktır. Ancak, aynı konuda farklı hükmün varlığı, "Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz" hükmüne de aykırılık oluşturabilir. Bu durum iptal ve itiraz davaları bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anayasa'nın 150 ve 151. maddeleri kapsamında açılacak "iptal davasında", CBK'larda kanunlardan farklı hükümler bulunması, Anayasaya aykırılığı gündeme getirebilir. Farklı hükümlerin

⁹⁶ AYM, E.2014/172, K.2014/170, 13/11/2014.

bulunması durumu, CBK ile yapılan düzenlemenin, münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir alana girmesinden kaynaklanması halinde Mahkeme, Anayasa'nın 104/17-3 hükmüne aykırılıktan ilgili hükmü iptal edecektir. Yarışan/ortak alanda bu farklılık daha önce kanunla düzenlenmiş bir alanda sonradan CBK ile yapılan düzenlemeden kaynaklanmışsa, Anayasa'nın 104/17-4 hükmüne ayrılık oluşturacağından, Anayasa Mahkemesi yine iptal kararı verilebilecektir. Ancak münhasır CBK alanındaki bir düzenlemenin kanun ile farklı bir hüküm içermesi halinde, CBK hükmü uygulanacağından, kanun hükmü anayasaya aykırı olacaktır.

Konuyu Anayasa'nın 152. maddesindeki "itiraz davası" açısından incelediğimizde, CBK ile kanunlarda farklı hükümler bulunmasının itiraz davasına konu olması çok düşük bir ihtimaldir. Bir davaya bakmakta olan mahkeme, herhangi bir norm için değil, davada "uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini" Anayasa'ya aykırı görürse itiraz yoluna başvurabilir⁹⁷. Görülmekte olan bir davada Mahkeme, farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümlerinin uygulanacağına karar verdiğinde, CBK davada uygulanacak norm niteliğini kaybetmiş olacaktır. Bu durumda, CBK'nın itiraz davası yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesi mümkün olmayacaktır. Mahkeme tereddüt halinde CBK'yı itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine götürse de, Mahkeme davada uygulanacak normun kanun olduğuna karar verdiğinde, Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle davayı reddedecektir. Ancak, görülmekte olan davada uygulanacak normun CBK olduğu mahkeme tarafından kabul edilirse, CBK'nın anayasaya aykırılık iddiasının ciddi bulunması halinde, itiraz davası açılabilecektir. Anayasa Mahkemesi yine olaya uygulanacak normun CBK olup olmadığı sorununu inceleyecek, uygulanacak norm olmadığına karar verirse davayı yine reddedecektir. Ancak, uygulanacak norm olduğuna karar verirse, münhasıran kanunla düzenlenmiş bir alanda düzenleme yapılıp yapılmadığı ya da kanunda açıkça düzenlenen bir konuda düzenleme içerip içermediğini yönünden inceleyerek normun iptaline karar verebilir.

1982 Anayasası'nın 153/5. fıkrasına göre, "iptal kararları geriye yürümez". Bu kural gereğince Anayasa Mahkemesi kararları "geçmişe

⁹⁷ Anayasa Mahkemesine göre, "bir davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan ya da tarafların istek ve savunmaları çerçevesinde bir karar vermek için göz önünde tutulması gereken kurallar" davada uygulanacak hüküm kabul edilir. AYM, E. 2002/116, K. 2002/67, KT. 9/11/2002.

etkili" (ex tunc /makable şamil) değil, "geleceğe yönelik" (ex nunc), etkiye sahiptir. Bu ilkenin amacı, kazanılmış hakları korumak, hukuk güvenliği ve hukuk düzeninin istikrarını sağlamaktır. İptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesi hakkında Anayasa Mahkemesi bir kararında; "Türk Anayasa sisteminde Devlete güven ilkesini sarsmamak ve ayrıca Devlet yaşamında bir karmaşaya neden olmamak için iptal kararlarının geriye yürümezliği kuralı kabul edilmiştir. Böylece hukuksal ve nesnel alanda sonuçlarını doğurmuş bulunan durumların iptal kararlarının yürürlüğe gireceği güne kadarki dönem için geçerli sayılması sağlanmıştır"⁹⁸. CBK'nın iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları bakımından bu hükümden ayrılmayı gerektirecek bir durum söz konusu değildir. Bu nedenle CBK'ya ilişkin iptal kararları geriye yürümeyecek, iptal kararının RG yayınlanması tarihine kadar geçerliliğini korumuş sayılacaktır.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararına konu CBK kuralı, Cumhurbaşkanı tarafından tekrar kabul edilmesi halinde maddi anlamda kesin hüküm itirazı ile karşılaşp karşılaşmayacağı tartışmalı bir konudur. Bu durumda, iptal kararına konu CBK kuralı, hüküm fıkrasında iptale konu olan hususlar giderilmeden tekrar kabul edilmesi halinde, Anayasa Mahkemesi bu durumda kararların bağlayıcılığı çerçevesinde Anayasa'nın 153/son fıkrasına aykırılık gerekçesiyle iptal kararı verecektir. Anayasa Mahkemesi 4.7.2013 tarihli kararı Anayasanın 153. maddesine aykırılık yönünde nasıl bir inceleme yapacağını ortaya koymaktadır:

"Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'nın bu kuralı Mahkemenin somut olarak Anayasa'ya aykırı bularak iptal ettiği hükümlerin bağlayıcılığıyla sınırlı olup, bu bağlayıcılık yasa koyucunun iptal edilen konuyla ilgili olarak ileriye yönelik farklı bir kanunda yeni bir düzenleme yapamayacağı ve eğer yaparsa yeni düzenlemenin sırf bu nedenle Anayasaya aykırı hale geleceği anlamına gelmemektedir. Bu yönüyle kuralın, Anayasa'nın 153. maddesine aykırılığında söz edilemez"⁹⁹.

Anayasa Mahkemesi'nin görüşünden hareket ettiğimizde, Cumhurbaşkanı iptal edilen bir CBK hükmünü, tekrar kabul ederse önceki iptal sebebine dayanarak tekrar iptal kararı verebileceği

⁹⁸ AYM, E. 1989/11, K. 1989/48, KT. 12/12/1989.

⁹⁹ AYM, E. 2012/100, K. 2013/84, KT. 4/7/2013;; E. 2016/150, K. 2017/179, KT. 28/12/2017; E. 2016/21, K. 2016/199, KT. 28/12/2016.

söylenabilir. Ancak, 153/son hükmüne dayanarak Cumhurbaşkanının iptal edilen konuyla ilgili olarak ileriye yönelik yeni bir düzenleme yapması halinde yeni düzenlemenin sırf bu nedenle Anayasa'nın 153. maddesine aykırı kabul edilemeyeceği anlaşılmaktadır¹⁰⁰.

Maddenin son cümlesinde yer alan “Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi **hükümsüz hale gelir**” kuralı tanımlayıcı nitelikte bir kuraldır. Tanımlayıcı nitelikteki kurallar, herhangi bir kimseye ödev yüklemeler, ancak kendilerine belli hükümler uygulanacak şeyleri veya kişileri gösterirler¹⁰¹. Hükümsüzlük, “Yürürlükten çıkarılmış, **yürürlükten kaldırılmış**, geçersiz, hükmü kalmamış” anlamına gelmektedir¹⁰². Hükümsüzlük kararı tespit niteliğinde bir karar olup geçmişe etkili sonuç doğuracaktır. Dolayısıyla hükümsüzlüğün hangi andan itibaren hukuki sonuç doğuracağını tespit etmek gerekir.

Münhasır kanun alanında CBK; münhasır CBK alanında kanun çıkarılmadığından, ancak ortak alanda, “aynı konuda kanun çıkarılması” söz konusu olabilir. Maddede “aynı konuda kanun çıkarması” ibaresi kullanıldığından, ortak alanda, farklı konularda her iki işlemle de düzenleme yapılabilir. Bu düzenlemeler birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğunda CBK'nın hükümsüzlüğünden söz edilemez. Çatışma durumunda, kanunların üst norm niteliği gereğince, alt norm olan CBK'lar hükümsüz hale gelmektedir. Bu hükümsüzlük, kanunla açıkça CBK'nın yürürlükten kaldırılması şeklinde gerçekleşebilir. Kanun üst norm niteliği ile CBK'nın aynı konuya ilişkin hükümlerini açıkça ilga edebileceği gibi CBK'yı bütünüyle yürürlükten kaldırabilir. Açıkça yürürlükten kaldırma olmadığı durumlarda uygulamada, “hükümsüzlüğün” hangi tarihten itibaren etki doğuracağı tartışma

¹⁰⁰ Doktrinin konuya ilişkin yaklaşımı da benzerdir. Özbudun'a göre, “Yasama organının, iptal edilen kanunla aynı içerik ve nitelikte kanun çıkaramayacağını kabul etmek, toplumun normal evrimini donduracak bir anlayıştır. Yeni sosyal ihtiyaçlar, böyle bir kanunun tekrar kabulünü gerekli kılabilir. Anayasa Mahkemesi, yeni kanunu da elbette iptal edebileceği gibi, çeşitli nedenlerle düşüncesini değiştirerek iptal talebini reddetmesi de mümkündür...Anayasa Mahkemesi görüşünü değiştirebileceğine göre, yasama organını aynı veya benzer nitelikte yeni bir kanun çıkarmaktan yasaklamak, mantıklı görünmemektedir”. Bkz. Özbudun, E. (2018). s.413. Gözler de, “Bağlayıcılık iptal edilen kanunun yürürlükten kalkması anlamına gelir. Aynı kanunun tekrar çıkarılmaması anlamına gelmez. Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı (m.153/son), yasama organının tekrar aynı kanunu çıkarmasını engelleyici bir etki doğurması mümkün değildir” demektedir. Gözler, K. (2018). s.1128.

¹⁰¹ Recai Seçkin, A. (1973). s.249.

¹⁰² Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>, Erişim: 17/04/2019.

konusu olabilir. “Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda **kanun çıkarması durumunda**” ifadesi, kanunun çıktığı tarihe işaret etmektedir. Dolayısıyla aynı konuda kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, CBK’nın ilgili hükmü hükümsüz sayılmalıdır. Hükümsüzlük CBK’nın yürürlüğe girdiği tarihe kadar geriye götürülemez. “Aynı konuda” ibaresi kullanıldığı için kanun ile çatışmayan konularda CBK hükümleri hükümsüz sayılamaz. Hükümsüzlüğün hukuki sonuçlarını “kanunun çıkarılması” tarihi aldığımızda, bu tarihten önce CBK ile yapılan işlemler hukuka uygun kabul edilecekken; bu tarihten sonra CBK ile yapılan işlemlerde hukuka aykırı hale gelecektir.

Anayasa’nın bu hükmüne dayanarak ilgili makamlar bu hükümsüzlüğe karar verebilir. **Mahkemeler davada uygulanacak kuralların yürürlükte olup olmadıklarını incelemek zorundadır.** İtiraz davası açısından sonraki bir tarihte kabul edilen kanunla hükümsüz hale gelen CBK davada uygulanacak kural niteliğini kaybetmiş sayılacaktır. Hükümsüzlük sebebiyle yürürlükten kalkan CBK, bu hükümsüzlüğe yol açan kanunun iptal edilmesi ya da yürürlükten kalkması ile tekrar yürürlüğe giremez¹⁰³.

CBK’nın anayasaya aykırılığı gerekçesiyle açılan davadan sonra, aynı konuda kanun çıkarılması halinde, Anayasa Mahkemesi CBK’nın hükümsüzlüğü hakkında karar vermek durumunda kalabilir. İtiraz yoluyla Anayasa Mahkemesince incelenmeye başlayan kuralın, yasama organınca kaldırılması veya değiştirilmesi, tek başına itiraz davasını sonlandırmaz¹⁰⁴. Anayasa Mahkemesi, maddi ceza veya usul hükümleri dışındaki yasa hükümlerinde, dava açıldıktan sonra bir değişiklik yapıldığında, “değiştirilen veya yürürlükten kaldırılan kuralın yürürlükte kaldığı dönemdeki olaylara uygulanması yasaklanmamışsa, önceki hükümler hakkında da itiraz davası açılabileceğini kabul etmektedir”. Örneğin, Anayasa Mahkemesi, yürürlükten kaldırılmış olan 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu’nun Ek 2. maddesine ilişkin itiraz başvurusunda, “İtiraz konusu Ek 2. maddenin son fıkrası, davacının emekli olduğu tarihte hakkında alınan idari karara dayanıklık etmiş ve bu nedenle de 6.3.1981 günlü, 2423 sayılı yasayla yürürlükten kaldırılmış olmasına karşın, görülmekte olan davada uygulama durumunu sürdürmüş bulunmaktadır” diyerek, davayı esastan inceleyip karara bağlamıştır¹⁰⁵.

¹⁰³ Aksi yönde görüş için bkz. Ardıçoğlu, A. (2017). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı. 3., s. 46.

¹⁰⁴ Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, s. 140-142; Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 2018, s. 418.

¹⁰⁵ AYM, E. 1981/2, K. 1981/21, KT. 22/9/1981.

Anayasa Mahkemesi'nin vereceği hükümsüzlük kararı "yokluk kararı" ve "iptal kararı"ndan farklı olacaktır. Yokluk (inexistence), bir hukuk normunun varlığının zorunlu koşullarının bulunmaması nedeniyle hukuk aleminde hiç doğmamış olduğu anlamına gelir. İptal kararı ise hukuk aleminde var olan normun sakat doğduğu, yani hukukun öngördüğü usul ve esaslara uygun yapılmaması sebebiyle geçersiz kılınmasıdır. Yoklukta kural hiç var olmadığından yapıldığı andan itibaren hükümsüzdür¹⁰⁶. İptal kararında ise, doğmuş olan hukuk kuralı iptal kararı hukuki sonuç doğuruncaya kadar varlığını sürdürür. Ortak alanda daha önce CBK ile düzenleme yapılması durumunda işlemin varlık unsurlarında bir sorun olmadığı gibi işlem sakat da doğmamıştır. Geçerli bir şekilde kabul edilen CBK, Anayasa'nın açık hükmü gereğince, daha sonra yapılan bir kanunla hükümsüz hale gelinceye kadar geçerliliğini korumuştur. Mahkeme'nin bu hükümsüzlüğü tespit eden kararı ile kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren CBK hükümsüz sayılacaktır. Dolayısıyla, hükümsüzlük kararı, kanunun CBK ile aynı konuyu içerdiği ve çıktığı tarihten itibaren CBK'yı hükümsüz yaptığı ile ilgili bir "tespit kararı" olacaktır. Kanaatimizce, geçerli bir normu iptal etme yetkisi, aynı normun geçerliliğini tespit etme yetkisini içinde barındırır. Bu nedenle, hükümsüzlük kararının Anayasa'da açıkça düzenlenmemesi, hükümsüzlük kararı vermeye engel değildir.

SONUÇ

CBK'ların hukuki rejimi, Anayasa'nın bütünlüğü içinde sistematik bir yoruma tabi tutulmalıdır. Yürütme yetkisinin Anayasa'nın 8. ve 104. maddeleri gereği tek başına Cumhurbaşkanına verilmesi ile hükümet sistemi değişmiştir. Hükümet sistemi değişikliği ile yumak kuvvetler ayrılığına dayanan parlamenter sistemden sert kuvvetler ayrılığı anlayışına dayanan başkanlık sistemine geçilmiştir. Bunun sonucu olarak, yasamanın "yetki kanunu" çerçevesinde yürütmeye kararname çıkarma yetkisi verme uygulaması yerine, anayasal yetki paylaşımı ile doğrudan "anayasaya dayalı" kararname uygulaması benimsenmiştir. Hukuki rejimdeki değişiklik, özellikle CBK'ların niteliğini, normlar hiyerarşisindeki yerini, düzenleme alanını ve yargısal denetimini etkilemiştir.

¹⁰⁶ Mahkeme'ye göre, "Yönetim hukukunda yokluk, bir hukuksal işlemin hiç doğmamış, hukuk alemine çıkmamış sayılması sonucunu doğurur. Bu bağlamda, Anayasa yargısında yasama işlemlerinin yok sayılabilmesi ancak yetki ve görev gaspı ya da çok ağır biçim eksikliği durumlarında söz konusu olabilir" Bkz. AYM, E. 1992/26, K. 1992/48, KT. 17/9/1992.

Yasama işlemleri ile yürütmenin düzenleyici işlemlerini birbirinde ayırmada temelde maddi ve şekli/organik kriter kullanılır. Ancak bu ayırım tek başına kararnamelerin hukuki niteliğini belirlemede yeterli değildir. Bunun yanında, yasama ile yürütme yetkisinin niteliğine bakılmaktadır. Genel olarak, yasama yetkisi “kanun koyma, değiştirme ve kaldırma” (An.87); yürütme yetkisi ise, “kanunları uygulama” yetkisi (An.8) içerir. Kanun koyma, “ilk-el düzenleme” yetkisi; kanunları uygulama “türev/ikincil düzenleme” yetkisidir. İşlemin, kanunları değiştirme ve kaldırma gücüne sahip olması “kanun hükmünde” olduğunu ifade etmekte ve kuralın normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemektedir. Anayasa Mahkemesi, yetki kanunlarına dayalı olarak çıkarılan KHK’ları türev yetki olarak nitelendirmiş; kanunları değiştirme ve kaldırma gücüne sahip olduğundan yasama işlemi niteliğinde görmüştür. CBK’lar ise, bir kanuna dayanmadan doğrudan Anayasa’dan alınan ilk-el düzenleme yetkisi içerdiğinden kanun koymak anlamında yasama işlemi niteliğinde görülmelidir. CBK’lar kanunları değiştirme ve kaldırma yetkisini içermediğinden kanun hükmünde değildir. KHK’lar ilk-el düzenleme yetkisi içermediği halde, “kanunları değiştirme ve kaldırma” yönüyle Anayasa Mahkemesi tarafından yasama işlemi sayılmış, CBK’lar da ilk-el düzenleme yetkisiyle yasama işlemi sayılmalıdır. Kanun gücünde olmayan CBK’ların denetim yetkisinin Anayasa Mahkemesi’ne verilmesi, bu işlemin “işlevsel yönden yasama işlemi” niteliğinde olduğunu göstermektedir. Ancak, yasama işlemi sayılmasına ilişkin unsur değişmiştir. KHK’lar kanun hükmünde olduğu için yasama işlemi kabul edilirken; CBK’lar ilk-el düzenleme yetkisi nedeniyle yasama işlemi kabul edilmelidir.

Kararnamelerin, kanun hükmünde olması normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemektedir. KHK ile kanunlar değiştirilip, yürürlükten kaldırıldığından, kanun hükmünde olduğu açıkça tanınmıştır. CBK’lar ise kanunları değiştirme ve kaldırma yetkisini içermediğinden kanun hükmünde değildir. CBK’lar ile kanunlar arasında çatışma kurallarına yer verilmesinin sebebi, CBK’ların normlar hiyerarşisinde kanunlara denk olmasından değil, ilk el düzenleme yetkisi içermesindedir. İlk-el düzenleme yetkisine dayanarak CBK’lar ile yarışan/ortak alanda düzenleme yapılabilse de, aynı konuya ilişkin kanun hükümlerinin üst norm niteliği netleştirilmek istenmiştir. Üst norm niteliği ile kanunlar, CBK’ları hükümsüz hale getirebilmektedir. Nitekim olağanüstü hal CBK’larının “kanun hükmünde” olduğu açıkça ifade edilirken, olağan CBK’lar hakkında bu nitelendirmenin yapılmaması, bu işlemin kanun hükmünde kabul edilmediğinin açık kanıtıdır.

Yasama tekniği bakımından “münhasır alan” oluştururken “tahdidi sayma” (numerus clausus) yoluna gidilebilir. Tahdidi sayma yoluna gidilmemişse, mahfuz yetkiden söz edilebilmesi için “ancak, sadece, yalnızca” gibi “inhisari” ibareler kullanılır. Münhasır alan ayırıştırması, aynı hukuki nitelikteki kuralların varlığı halinde gerekir. Yasama yetkisi genel ve asli bir yetki olduğundan, açık bir yetkilendirme öngörülmedikçe, yürütmeye bırakılmış mahfuz düzenleme alanından söz edilemez. 1982 Anayasası ve önceki anayasalarda yürütme alanına ilişkin mahfuz düzenleme yetkisi kabul edilmemiştir. Daha önce özerk düzenleme yetkisi, sadece Anayasa’nın 107. maddesinde öngörülen Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Hakkında “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” için tartışılmıştır. Yeni sistemde Anayasa’nın 104/17. maddesinde münhasır kanun alanı açıkça kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi içtihatlarına baktığımızda, münhasır kanun alanını, KHK’lar ve idarenin düzenleyici işlemleri bakımından farklı yorumlanmıştır. KHK’lar kanun hükmünde olduğu için Anayasa’da inhisari düzenleme içeren (ancak, sadece, yalnızca vb.) hükümler münhasır kanun alanı sayılmış; kanuna atıf yapılan her konu münhasır kanun alanı kabul edilmemiştir. Kanundan altta olan idarenin düzenleyici işlemler (yönetmelik vb.) bakımından, kanunla düzenleme öngören her hüküm münhasır kanun alanı kabul edilmiştir. CBK’lar kanun hükmünde olmadığından Anayasa’da “kanunla tespit edilir ve/veya düzenlenir” şeklindeki hükümler münhasıran kanun konusu kabul edilmelidir. Çünkü kanun hükmünde olmayan CBK’lar ile kanunla düzenleneceği ifade edilen konularda doğrudan düzenleme yapılabileceğini savunmak, Anayasa’nın kanun hükmünde kabul etmediği CBK’ları kanun düzeyine çıkarılmak olacaktır. Aksi yorum Cumhurbaşkanına kanun hükmünde kararname yetkisi tanımak olacaktır ki, bu Anayasa’nın 104. maddesinde öngörülen hukuki çerçeve ile bağdaşmaz. Temel hak ve hürriyetler alanında, Anayasa’nın 104/17-2. hükmü karşısında, sosyal ve ekonomik haklar dışında, kanunla düzenlemeye atıf olmasa da, bu maddedeki yasaklayıcı hüküm kapsamında, temel haklar alanı münhasır kanun alanı olmuştur. Sosyal ve ekonomik haklar yasak alan dışında olduğundan, kanunla veya CBK ile düzenleme yapılabilir. Ancak, bu haklar içinde de özellikle kanunla düzenleme ibareleri varsa bunlar da münhasır kanun alanını oluşturacaktır. Anayasa’nın 13. maddesi gereği sınırlamaların münhasıran kanun alanı olduğu genel olarak kabul edildiğinden, sosyal ve ekonomik haklar için de sınırlamalar kanun konusu olacaktır. Dolayısıyla temel haklar alanınca KHK’lara göre CBK’lar ile düzenleme yapma çok istisnai bir yetkiye dönüşmüştür.

CBK'lar ile düzenleneceği ifade edilen alanların (m.104/9, 106/11, 108/son, 118/son), münhasır bir alan oluşturduğu tezi, genel-özel hüküm ilişkisi kapsamında savunulabilir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği ifade edilen konular, Anayasa'da "idare kanunla düzenlenir ilkesine" (m.123) ve "Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili genel ilkelere" (m.128) getirilen istisnalardır. Dolayısıyla özel hüküm genel hükme üstün gelir (lex specialist derogat legi generali) kuralı gereğince, CBK ile düzenlenir denilen konularda kanunla düzenleme yapılamayacağından, bu alanın mahfuz alan olduğu söylenebilir. Bu alanlar sınırlı şekilde belirlendiğinden yasama yetkisinin genelliği ilkesini ortadan kaldırmaz. Mahfuz alan görüşü, bu alanda kabul edilen CBK'larda "**Uygulanmayacak hükümler**" kenar başlıklı maddelerde ortaya konulmaktadır. Bu maddelerde "*bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenen hususlara ilişkin olarak, diğer mevzuatın bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesine aykırı hükümleri uygulanmaz*" denilmektedir. Benimsenen bu formül münhasır alan yaklaşımını yansıtmaktadır. Böylece Anayasa'da "münhasır kanun alanı", "münhasır CBK alanı" ve her iki işlemle de düzenlenebilecek "yarışan/ortak alan" oluşturulmuştur. Her organ kendi yetki alanında düzenleme yapacak, yetki sınırının aşıldığı iddiası Anayasa Mahkemesi'nin denetim kapsamında çözülecektir. Eğer münhasır CBK alanı olmadığı kabul edilirse, CBK ile düzenleneceği ifade edilen alanlarda kanunla bir kez düzenleme yapıldığında, Cumhurbaşkanı bir daha bu alanda düzenleme yapamayacaktır. Bu yorum, Cumhurbaşkanının kendi yetki alanında kararname çıkarmaması ile sonuçlanır. Oysa münhasır alan görüşü, sert kuvvetler ayrılığı anlayışına dayanan yeni sistemin de ruhuna uygundur.

1982 Anayasası'nın 7. maddesinde "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez*" denilmektedir. Anayasa Mahkemesi 2017 Anayasa değişikliği öncesi oluşturduğu içtihadında, ilk el düzenleme yetkisini kanun koyma yetkisi olarak nitelendirmiş ve bu yetkinin geri alınmaz şekilde, TBMM dışında bir başka organa verilmesini yetki devri olarak kabul etmiştir. KHK çıkarma yetkisi, Anayasa'da koşulları belirlenen yetki kanununa dayalı olarak kullanıldığı ve yasanın onayına tabi olması nedeniyle türev bir yetki kabul edilmiştir. İdari düzenleyici işlemler bakımından, kanuni düzenleme başlangıcı olmadan idareye düzenleme yetkisi tanınması yasama yetkisinin devri olarak görülmüştür. İdari düzenleyici işlemler bakımından, kanuni düzenlemenin kapsamına ilişkin ikili bir ayrıma gidilmiştir. Münhasıran kanunla düzenleneceği ifade edilen konularda kanuni çerçevenin daha açık bir şekilde belirlenmesi aranırken;

Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülmeven konularda daha geniş bir çerçevede idareye düzenleme alanı bırakılabileceğı kabul edilmiştir.

CBK’lar, kanun koyma anlamında ilk el düzenleme yetkisi içerdiğinden yasama işlevine sahiptir. Münhasıran CBK ile düzenleneceğı belirtilen konularda Anayasa ile “yasama yetkisinin devrinden” söz edilebilir. Bu durumda, Anayasa’nın 7. maddesinde yasama yetkisi TBMM aittir kuralı karşısında, CBK ile düzenleme öngören hükümler, bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Münhasıran CBK ile düzenlenecek alanlarda, kanunla düzenleme yapılamayacağından Anayasa’nın 7. maddesinde öngörülen “yasama yetkinin devredilmezliğı” kuralı gündeme gelmeyecektir.

Münhasıran kanunla düzenlenecek konularda doğrudan CBK ile düzenleme yapılamaz. Anayasa’nın 104/17-3. maddesine göre, “Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz”. Bu hükmün amacı, yukarıda açıklandığı gibi kanunla düzenleme öngören konularda, CBK ile ilk elden düzenleme yapılmasını yasaklanmaktır. Aynı şekilde, yarışan/ ortak düzenleme alanında konu öncelikle kanunda düzenlenmişse, CBK ile ilk elden düzenleme yapılamaz. Nitekim Anayasa’nın 104/17-4. maddesine göre, “Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz”. Ancak, bu hükümler, kanunla ilk elden düzenleme yapıldıktan sonra, Cumhurbaşkanı tarafından ikincil nitelikteki düzenlemeler yapılmasını engellemez. Anayasa’nın 104/17-1. Maddesinde, “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir” hükmü, yürütme yetkisine ilişkin konuları değil, kararname çıkarma konusunda Cumhurbaşkanının takdir hakkını belirlemek üzere konulmuştur. Cumhurbaşkanı yürütme yetkisine giren konularda CBK çıkarma konusunda takdir yetkisine sahip olduğundan, kanunla düzenlenen alanlarda ikincil nitelikte düzenleme yetkisini yönetmelik ya da CBK ile kullanabilir. Ancak, kanunla belli alanda CBK çıkarma yükümlülüğü getirmek, CBK çıkarma konusunda Cumhurbaşkanına tanınan takdir yetkisini ortadan kaldıracağı için Anayasa’ya aykırılık gündeme gelebilir. Ayrıca, kanunun bir alanın CBK ile düzenleneceğini öngörmesi, denetim makamının da değişmesine yol açmaktadır. Cumhurbaşkanı ikincil nitelikteki düzenlemeleri CBK ile yapma yönünde takdir yetkisini kullanması halinde de denetim makamı değişmiş olmakla birlikte, bu konuda takdir yetkisi Cumhurbaşkanına bırakıldığından, Anayasa aykırılık gündeme gelmeyecektir. Cumhurbaşkanı kanun ile düzenlenmiş alanda, ikincil nitelikteki düzenlemeleri CBK ile yapması halinde, yasama yetkisinin devredilmezliğı kuralı gündeme gelebilir. Bu durumda ikincil

nitelikteki düzenlemelerin CBK ile yapılması ile yönetmelikle ya da diğer düzenleyici işlemlerle yapılması arasında bir fark olmayacaktır. Yasama yetkisinin devredilmezliği kuralının ihlal edilmemesi için kanunun genel çerçeveyi çizmiş olması aranacaktır.

CBK'ların yargısal denetimi, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddenin 1. fıkrasına göre, "*Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluk*" denetimini içermektedir. Kanundan kaynaklanmayan ve doğrudan Anayasa'dan alınan yetkiyle çıkarılan CBK'ların, "kanunlara aykırılığı" nedeniyle iptal davası açılması Anayasa'nın 150. ve 152. maddelerinde öngörülmemiştir. Bu maddelerde, CBK'ların "*Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı*" düzenlenmiştir. Bu nedenle, CBK'ların genel olarak "kanunlara aykırılığı iddiasıyla" iptal ya da itiraz davası açılmayacağı söylenebilir. Ancak, Anayasa'da KHK'ların yetki kanununa uygunluğu düzenlenmediği halde Anayasa Mahkemesi yorum yoluyla KHK'ların "yetki kanununa" da uygunluğunun aranması gerektiğine içtihat etmiştir. Anayasa'nın 148. maddesinde CBK'ların kanunlara uygunluğunun denetlenmesinden değil, yalnızca Anayasa'ya biçim ve esas bakımından uygunluğunun denetlenmesinden söz edilmekte ise de Anayasa'ya uygunluk denetiminin içerisine öncelikle CBK'ların Anayasa'nın 104/17. hükmü kapsamında "kanunlar karşısındaki konumunun" değerlendirilmesinin de girdiği söylenebilir. Anayasa'nın 8. maddesi kapsamında yürütme yetkisi ve görevi içinde olan CBK çıkarma yetkisinin, "Anayasaya ve kanunlara uygun olarak" kullanılması demek, bu yetkinin "Anayasa ve kanunlara aykırı olmadan kullanılması" anlamına gelir. Ancak, CBK çıkarma yetkisi bakımından genel hüküm niteliğinde olan Anayasa'nın 8. maddesi karşısında bu yetkinin hangi koşullar altında Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağını gösteren Anayasa'nın 104/17. maddesinde özel hüküm bulunmaktadır. Dolayısıyla, "Anayasa ve kanunlara uygunluk", bu özel hüküm kapsamında değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

- ARDIÇOĞLU, Artuk (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı.3., s. 20-51
- ATAR, Yavuz (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- CHEİBUB, José Antonio/ ELKİNS, Zachary/ GİNSBURG, Tom (2011). "Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective", *Public Law And Legal Theory Working Paper No. 361*, The Law School The University of Chicago.
- ÇOLAK, Çağrı D. (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi", *Strategic Public Management Journal*, Volume 3, Special Issue, ss. 51-65.
- DURAN, Lütfi (1975). "Kanun Hükmünde Kararnemeler", *Amme İdaresi Dergisi*, S. 2, ss. 4-5.
- DURAN, Lütfi (1985). "Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?", *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi (İHİD)* S.1-3, ss. 40.
- EREN, Abdurrahman (2018). *Anayasa Hukuku Ders Notları*, İstanbul: Onikilevha Yayınları.
- EREN, Abdurrahman/ALESKERLİ, Alesker (2005). *Yeni Anayasalar*, Ankara: TİKA Yayınları.
- EREN, Abdurrahman/ALESKERLİ, Alesker (2012). *Türk Cumhuriyetleri Anayasaları*, Ankara: Türk Dili Konuşan Ülkeler Parlamenter Asamblesi/ TURKPA Yayınları 4.
- GÖZLER, Kemal (2011). *Hukuka Giriş*, Bursa: Ekin Yayınları.
- GÖZLER, Kemal (2018). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa: Ekin Yayınları.
- GÖZLER, Kemal (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi.
- ÖZBUDUN, Ergun (1986). "1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnemeler", *Anayasa Yargısı*, ss. 169.
- ÖZBUDUN, Ergun (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- SEZER, Abdullah (2004). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İlgili Mevzuat*, İstanbul: Beta Yayınevi.
- SHUGART, Matthew Sobert/ CAREY, John M. (1992). *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press.
- SOYASLAN, Doğan (1995). "Kanun Hükmünde Kararnemeler", *Anayasa Yargısı*, s. 145-175.

SÖYLER, Yasin (2018). *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

RECAİ SEÇKİN, A. (1973). "Anayasaya Aykırılık Kavramının Tanımlanması Yolunda Bir Deneme", *Kemal Fikret Arık'a Armağan*, Ankara Üniversitesi SBF Yayınları, Sevinç Matbaası, s. 403-462.

TEZİÇ, Erdoğan (1972). *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, İstanbul: İÜHF Yayını, No.384.

TEZİÇ, Erdoğan (2018). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Beta yayınları.

TEZİÇ, Erdoğan (1972). "Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler", *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısını 55 Makale*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2017, ss. 231-245.

ÜLGEN, Özen (2018). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018/1, Yayın No:91, ss. 3-41.

YILDIRIM, Turan (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 23. Sayı 2, ss.13-28.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (1996). *1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, İstanbul: Beta Yayınları.

<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/anayasalar.htm> (Erişim:15.10.2018).

https://constituteproject.org/constitution/Italy_2012.pdf?lang=en, (erişim:23.11.2018).

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

AYM, E.1963/4, K.1963/71, 28/3/1963.

AYM, E.1965/16, K.1965/41, 6/7/1965.

AYM, E.1966/4, K.1966/25, 3/5/1966.

AYM, E.1967/41, K.1969/57, 25/10/1969.

AYM, E.1989/4, K.1989/23, 16/5/1989.

AYM, E.1990/ 1, K.1990/21, 17/7/1990.

AYM, E.1990/22, K.1992/6, 5/2/1992.

AYM, E.1993/26, K.1993/28, 16/09/1993.

AYM, E.1993/32, K.1993/32, 6/10/1993.

AYM, E.1993/33, K.1993/40-2, 21/10/1993.

AYM, E.1994/50, K.1994/44-2, 5/7/1994.

AYM, E.1994/68, K.1994/80, 29/11/1994.

- AYM, E.1995/44, K.1995/44, 19/9/1995.
AYM, E.2000/45, K.2000/27, 5/10/2000.
AYM, E.2001/9, K.2001/56, 20/03/2001.
AYM, E.2011/60, K.2011/147, 27/10/2011.
AYM, E.2011/149, K.2012/187, 22/11/2012.
AYM, E.2011/142, K.2013/52, 3/4/2013.
AYM, E.2013/72, K.2013/126, 31/10/2013.
AYM, E.2014/172, K.2014/170, 13/11/2014.
AYM, E.2015/101, K.2015/111, 3/12/2015.
AYM, E.2015/65, K.2015/120, 23/12/2015.
AYM, E.2016/15, K.2016/14, 16/3/2016.
AYM, E.2017/52, K.2017/32, 1/3/2017.
AYM, E.2017/104, K.2017/89, 12/4/2017.
AYM, E.2017/141, K.2017/123, 26/7/2017.
AYM, E.2017/175, K.2017/175, 28/12/2017.
AYM, E.2016/47, K.2018/10, 14/2/2018.
AYM, E.2017/143, K.2018/40, 2/5/2018.